





La concesión administrativa



ANDRY MATILLA CORREA

Doctor en Ciencias Jurídicas
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

La concesión administrativa



LIBRERÍA JURÍDICA INTERNACIONAL, S. R. L.

2018

Angel Potentini • Editor

Título de la obra:
LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Autor:
Andry MATILLA CORREA

Diagramación y portada:
José Miguel PÉREZ N.

ISBN: 978-9945-8-0224-5

Bajo los auspicios y cuidado de:



Av. Rómulo Betancourt No. 1208, Plaza Sahira Local 16 Bella Vista, D. N.
República Dominicana, Tels.: 809.476.9066 • 412-8616 • Fax: 809.412.8845
Email: Libreriajuridicainternacional@hotmail.com

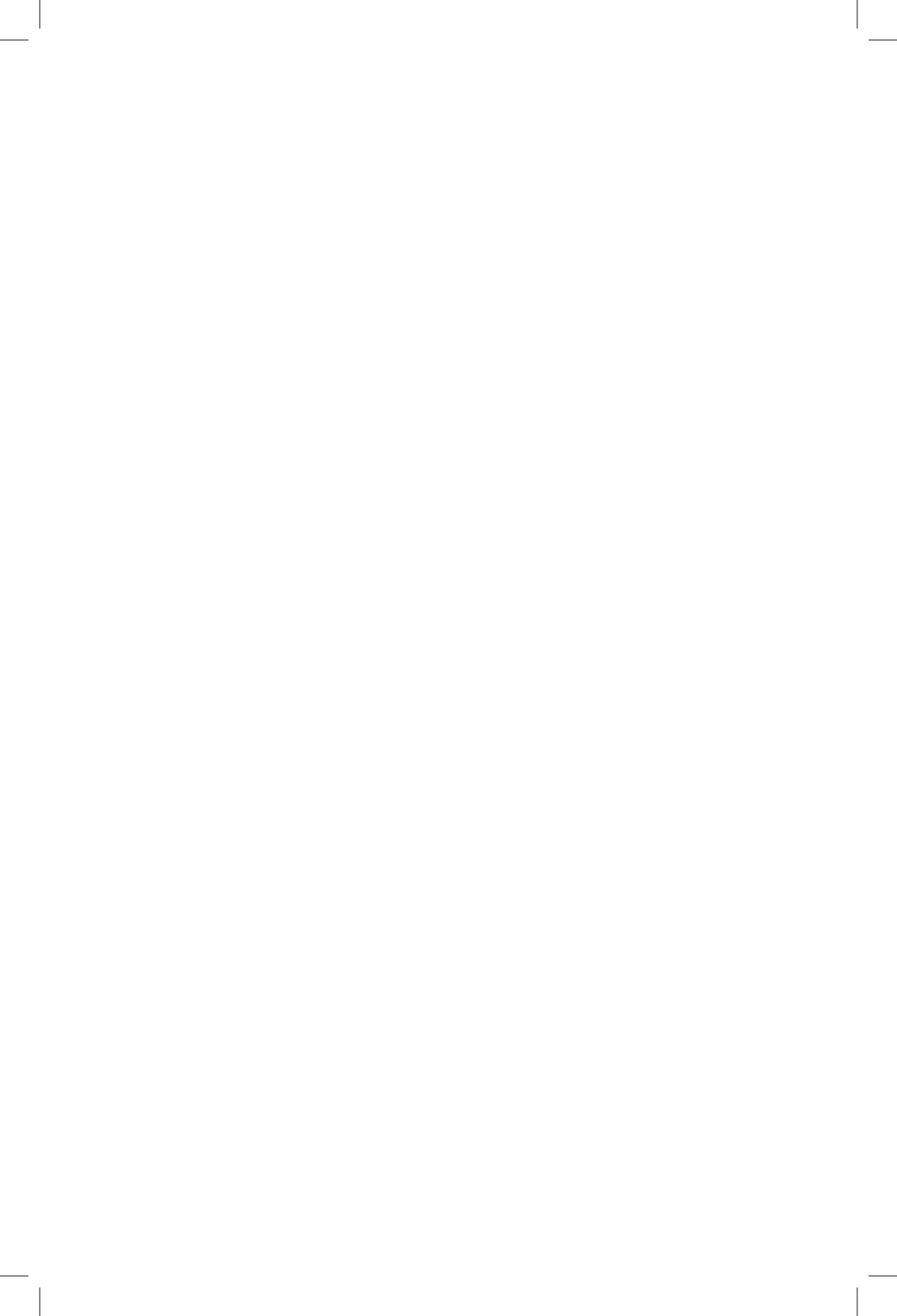
Hechos los depósitos y registros que manda la Ley No. 65-00

Sobre Derecho de Autor de la República Dominicana.

Impreso en la República Dominicana/Printed in Dominican Republic

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso del autor.

*A Yili y Andria, con todo mi amor.
A mis amigos dominicanos,
gracias por tanta amistad.*



“Yo mismo estaba feliz, encantado de haber acertado tan completamente y de estar al fin, en posesión de una verdad. Mas de pronto, no sé como, una extraña duda me asaltó, y sospechando que nuestras conclusiones eran falsas, exclamé desolado: «¡Ay, hijos míos! ¡Cuánto me temo que esta conquista que acabamos de hacer no sea más que una ilusión!». (...).”

“Lisis”. *Diálogos*
PLATÓN



ÍNDICE

Prólogo por Carmen CHINCHILLA MARÍN.....	17
Presentación por Olivo RODRÍGUEZ HUERTAS.....	21
Palabras al lector por Juan Manuel GUERRERO	23
A modo de introducción	25

Capítulo I

Base conceptual de la concesión administrativa31

I.1-) Presentación histórica general mínima	31
I.2-) Concepto de concesión administrativa	51
I.2.1-) Concepto amplio de concesión administrativa	54
I.2.2-) Concepto estricto de concesión administrativa.....	61
I.2.3-) Concepto más restringido de concesión administrativa.....	68
I.2.4-) Precisión final sobre el concepto de concesión administrativa.....	72
I.3-) La concesión administrativa como fenómeno jurídico de connotación económica y política	77
I.4-) Breve nota sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa.....	83

Capítulo II

Características de la concesión administrativa89

II.1-) Preliminar	89
II.2-) Características de la concesión administrativa	90
II.2.1-) Se otorga en función del interés general	91
II.2.2-) Es un acto sometido al régimen jurídico- administrativo	95
II.2.3-) Es un acto bilateral	102

II.2.4-)	Es un acto formal	107
II.2.5-)	Tiene un carácter <i>intuitu personae</i>	109
II.2.6-)	Se otorga con carácter temporal	111
II.2.7-)	Origina derechos para el concesionario (carácter constitutivo)	116
A-)	Sobre los principales derechos del concesionario	117
a-)	el derecho a la ejecución o explotación de la actividad objeto de la concesión	117
b-)	el derecho a la obtener la remuneración económica por el desarrollo de la actividad concedida	118
c-)	el derecho a recibir los beneficios o ayudas de carácter económico previstos	121
d-)	el derecho a disfrutar de los privilegios que se le otorguen	122
e-)	el derecho a ejercitar determinadas potesta- des administrativas que le pueden ser otorgadas .	125
f-)	el derecho a la utilización de los bienes de dominio público que se le otorguen	126
g-)	el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación concesional	126
h)	el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionen cuando, sin existir culpa de su parte, la Ad- ministración Pública concedente determina extinguir anticipadamente la concesión administrativa fundándose en razones de interés público.....	129
II.2.8-)	La Administración Pública ostenta un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral en el contenido de la relación concesional	130
II.2.9-)	La actividad administrativa objeto de la concesión corre, en principio, por cuenta y riesgo del conce- sionario (principio de riesgo y ventura)	135
II.2.10-)	La concesión genera una extensión de efectos ju- rídicos a terceros	138

Capítulo III

Clasificación de las concesiones administrativas147

III.1-)	Preliminar	147
III.2-)	Criterios de clasificación de las concesiones administrativas.....	148
III.2.1-)	Atendiendo al objeto de la concesión	148
A-)	La concesión de obra pública	150
B-)	La concesión de servicio público.....	159
C-)	La concesión de dominio público	162
D-)	Las división en concesiones mixtas y concesiones puras.....	165
E-)	A propósito de la llamada «concesión industrial»	167
III.2.2-)	Atendiendo al origen de los derechos concedidos.....	180
A-)	A propósito de la delegación administrativa y la concesión administrativa	202
III.2.3-)	Atendiendo a la entidad concedente o al titular del objeto concedido	216
III.2.4-)	Atendiendo a la iniciativa en el otorgamiento	217
III.2.5-)	Atendiendo a la configuración del otorgamiento de la concesión como de carácter discrecional o de carácter reglado	218
III.2.6-)	Atendiendo al elemento temporal	219
III.2.7-)	Atendiendo a la presencia dentro del contenido de la relación concesional de privilegios en favor del concesionario	222
III.2.8-)	Atendiendo a la realización por el concedente de ayudas económicas a favor del concesionario	225
III.2.9-)	Atendiendo al carácter oneroso o gratuito para el concesionario de la concesión administrativa.....	229
III.2.10-)	Otras clasificaciones	230

Capítulo IV

Elemento subjetivo de la concesión administrativa239

IV.1-)	Sujetos de la relación concesional	239
IV.1.1-)	El concedente.....	239

IV.1.2-)	El concesionario.....	240
IV.1.3-)	Respecto al <i>status</i> o situación jurídica del concesionario.....	243
IV.2-)	La naturaleza jurídica de la relación del concesionario con los terceros beneficiarios directos de la actividad concedida.....	247
IV.2.1-)	En la concesión de obra pública	248
IV.2.2-)	En la concesión de servicio público.....	252
A-)	Tesis del contrato privado.....	254
B-)	Tesis del contrato a favor de tercero o estimulación por otro.....	256
C-)	Tesis del contrato de adhesión	258
D-)	Tesis de la naturaleza pública o administrativa o de la situación reglamentaria o estatutaria...259	
E-)	Tesis de la relación regida en principio por el Derecho Público, pero que puede estar sometida en casos excepcionales al Derecho Privado.....	263
F-)	Tesis de la relación regida en principio por el Derecho Privado, pero que puede estar sometida en casos excepcionales al Derecho Público	263
G-)	Tesis que sostiene que el contenido de la relación está fijado, en principio, por las regulaciones normativas que al respecto establece la Administración Pública	264
H-)	Tesis que hace depender la naturaleza de la relación de la concurrencia de ciertas características en el servicio o en la prestación.....	266
I-)	Tesis que sostiene que la relación está sometida a un régimen jurídico mixto, con preeminencia del Derecho Privado.....	267
J-)	Tesis que sostiene que la relación está sometida a un régimen jurídico mixto, con preeminencia del Derecho Público	269
K-)	Otra tesis mixta.....	272
L-)	Nuestra opinión.....	273

Capítulo V**Sobre las potestades de la Administración Pública****concedente.....279**

V.1-)	Preliminar	279
V.2-)	La potestad de dirección y control	280
	A-) La potestad de dirección	285
	B-) La potestad de control.....	287
	C-) Sobre los límites al ejercicio de la potestad de dirección y control	290
V.3-)	La potestad de interpretación	297
	A-) Sobre los límites al ejercicio de la potestad de interpretación	311
V.4-)	La potestad de modificación unilateral (<i>potestas variandi</i>).....	314
	A-) La <i>potestas variandi</i> y figuras afines	326
	a-) Potestad de dirección y control y <i>potestas</i> <i>variandi</i>	327
	b-) <i>Potestas variandi</i> y potestad de extinción anticipada.....	328
	c-) <i>Potestas variandi</i> y hecho del príncipe (<i>fac-</i> <i>tum principis</i> o <i>fait du prince</i>).....	332
	B-) Límites al ejercicio de la <i>potestas variandi</i>	339
V.5-)	La potestad sancionatoria	346
	A-) Especial referencia a las sanciones pecunia- rias en el marco de la potestad sancionatoria.....	359
	a-) La indemnización por daños y perjuicios como sanción	360
	b-) La multa o cláusula penal	364
V.6-)	La potestad de extinción anticipada.....	373

Capítulo VI**Extinción de la concesión administrativa377**

VI.1-)	Preliminar	377
VI.2-)	El vencimiento del plazo	377
	A-) La prórroga de la concesión administrativa.....	380
	B-) Sobre la reversión	384

VI.3-)	La extinción de la concesión administrativa antes del vencimiento del plazo	393
	A-) La extinción del concesionario	396
	B-) La incapacidad sobrevenida del concesionario....	399
	C-) La falta de objeto sobrevenida en la concesión	401
	D-) La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión.....	404
	E-) El mutuo acuerdo.....	408
	F-) La cuestión de la renuncia del concesionario	409
	G-) La modificación de las condiciones de la concesión resultante del ejercicio extralimitado de la <i>potestas variandi</i> o por actos de poder público extraconcesionales	413
	H-) El incumplimiento de las obligaciones por parte del concedente	417
	a-) Sobre la procedencia o no de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	421
	I-) Razones de interés público	425
	J-) El rescate	431
	K-) La caducidad.....	444
VI.4-)	Nulidad de las concesiones administrativas	456

PRÓLOGO

Para la comunidad iberoamericana de administrativistas, Andry MATILLA CORREA es sobradamente conocido, a la vez que muy admirado y querido. Quienes integramos ese numeroso grupo de colegas y amigos unidos por la dedicación al Derecho Administrativo sabemos también que el profesor de la Facultad de Derecho de La Habana es un experto en concesiones administrativas, materia sobre la que lleva trabajando y publicando desde hace más de 18 años.

Sobre la concesión administrativa versó su tesis doctoral (*Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*), que fue defendida en 2005 y distinguida con el Premio de la Universidad de La Habana a la tesis doctoral más destacada en el área de Ciencias Jurídicas. También su primer libro, publicado en 2009, lo dedicó a las concesiones administrativas (*Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*) y, posteriormente, a lo largo de estos últimos años, ha publicado más de veinte artículos sobre temas específicos de las concesiones administrativas, en libros colectivos y revistas especializadas de diversos países.

El libro que tengo el honor de prologar ahora, *La concesión administrativa*, no es ni una ampliación de su tesis doctoral, ni una compilación de sus numerosos artículos sobre las concesiones administrativas, sino que se trata de un ensayo sobre una categoría jurídica que no ha perdido ni un ápice de su vigencia e interés con el transcurrir de los años, y que fue, históricamente, y lo sigue siendo hoy, una institución central del Derecho Administrativo. Por eso no es de extrañar que, seducido por su tema de tesis doctoral, durante todos estos años, Andry MATILLA haya seguido dándole vueltas al tema y le haya dedicado muchas horas de estudio y de reflexión para terminar concentrando en estas páginas lo que no es sino la esencia de muchas otras más que me consta que tiene escritas.

Con un gran esfuerzo, y no menor ilusión, el profesor cubano ha logrado, con éxito, escribir su monografía sobre las concesiones administrativas y lo ha hecho, justo es subrayarlo, en solitario; con el tesón y la fuerza necesaria para no caer en el desánimo y con la inteligencia precisa para

ir construyéndose un criterio propio y acertado sobre todos y cada uno de los aspectos principales del que, sin duda, es uno de los grandes temas del Derecho Administrativo.

Creo, sinceramente, que poco mérito tenemos quienes, desde el primer día de nuestra vida académica y a lo largo de toda ella, hemos contado con la ayuda de los grandes maestros del Derecho Administrativo; en mi caso, los profesores LEGUINA VILLA, GARCÍA DE ENTERRÍA, NIETO y PARADA. Todo el mérito, por el contrario, hay que reconocer a los profesores que, como Andry MATILLA, han tenido que formarse en solitario, haciendo un esfuerzo titánico, como el que haría un deportista de élite que logra conseguir subir al pódium a pesar de no haber tenido nunca un buen entrenador. Reconozcamos, pues, ese gran mérito al profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Habana.

El libro de MATILLA CORREA sobre la concesión administrativa es un libro de libros y no un libro de normas. O, mejor dicho, es un libro de conceptos e ideas y no de análisis de preceptos legales o de sentencias. Es, por ello, un libro atemporal y global, en el sentido de que no trata sobre el régimen jurídico de las concesiones en un tiempo determinado y en un país concreto. No hay Derecho positivo explícito en este libro, pero es una opción consciente y deliberada del autor, pues demuestra que no desconoce ni prescinde de ese Derecho positivo, sino, sencillamente, que lo que quiere ofrecer en sus páginas es la esencia de lo que deriva de las normas, tal y como ha sido expuesta, a lo largo de los años, por numerosos autores de diversos países europeos e iberoamericanos.

Así se pone claramente de manifiesto, por ejemplo, en sus reflexiones sobre los límites al ejercicio de la *potestas variandi*, cuando alude, con acierto, al problema que el ejercicio de esta prerrogativa de la Administración concedente plantea desde la perspectiva de la adjudicación de la concesión y la garantía de los principios que la rigen, es decir, la publicidad y la transparencia; el trato igualitario y no discriminatorio a los licitadores y la objetividad. Esta es, precisamente, la idea que en la Unión Europea (UE) ha llevado a regular las modificaciones contractuales de manera muy restrictiva y sobre la base de entender que determinadas modificaciones equivalen, en realidad, a adjudicar un nuevo contrato, por lo que no puede eludirse la obligación de seguir el debido procedimiento de concurrencia. Es por eso por lo que hoy en la Unión Europea (UE) y, por tanto, también en España, la modificación de la concesión y de los contratos, en general, solo es posible en los casos previstos en los pliegos y, en lo no previsto en ellos, en supuestos que son verdaderamente excepcionales y que están tasados en la Ley. Más allá de

ello, cuando sea necesario que una concesión en vigor se ejecute en forma distinta a la pactada, entonces deberá procederse a su resolución y a la celebración de un nuevo contrato, previa la correspondiente licitación pública. Este es un ejemplo, y podría poner algunos más, de cómo este libro, que, como ya he dicho, no analiza el Derecho positivo de las concesiones de ningún país concreto, expone, sin embargo, cuestiones y problemas actuales que se plantean y abordan en las legislaciones vigentes de distintos países.

Este nuevo libro de Andry MATILLA –el tercero del profesor de La Habana– es un estudio completo y bien sistematizado de las concesiones administrativas. De manera ordenada y lógica, comienza estudiando las bases conceptuales de la concesión administrativa y sus características. A continuación expone, de manera exhaustiva, las distintas clasificaciones de las concesiones, realizadas en virtud de muy diversos criterios, como, por ejemplo, el objeto, la iniciativa en el otorgamiento, su carácter reglado o discrecional, el elemento temporal, su naturaleza constitutiva o traslativa, o su carácter oneroso o gratuito. Al estudio de las clasificaciones de las concesiones le sigue el análisis del elemento subjetivo, y dentro del mismo, el del tipo de relación que se crea entre el concesionario y los terceros beneficiarios directos de la actividad concedida. A continuación, aborda el tema, capital, de las potestades de la Administración concedente, para terminar, como no podía ser de otra manera, con la extinción de las concesiones.

A lo largo de los seis capítulos que integran el libro, el autor va exponiendo y desgranando las diferentes posiciones que, sobre cada una de las cuestiones planteadas, han ido manteniendo autores de muy diferentes países y de todos los tiempos. Pero lógicamente, Andry MATILLA no se queda ahí, sino que, tras la correspondiente exposición de las diferentes posturas enfrentadas, nos ofrece siempre su opinión personal, bien argumentada y sólidamente construida, con independencia de que se comparta o no la conclusión que, en cada caso, alcance el autor, aunque tengo que decir que, con carácter general, casi siempre comparto su criterio.

Compartir el criterio del profesor MATILLA no es difícil y ello porque sus opiniones personales no solamente están bien argumentadas y sólidamente construidas, como ya he dicho, sino que, además, siempre están acompañadas de las necesarias cautelas y matices. Un buen ejemplo de ello son sus reflexiones acerca de la cuestión de si las concesiones demaniales comparten o no la misma naturaleza que las otras concesiones, es decir, la de obra pública y la de servicio público. El profesor de La Habana considera que también en las concesiones demaniales se trasladan al concesionario funciones y actividades de naturaleza administrativa, pero al mismo tiempo advierte, por un

lado, que la conexión de la utilización privativa de un bien demanial con el interés público, que de forma tan evidente está presente en las concesiones de obra pública y de servicio público, no lo está, de forma tan clara ni tan directa, en las concesiones demaniales. Y, por otro lado, explica que cuando él habla de la traslación al concesionario de una actividad *originariamente administrativa* se refiere a que, en una concesión demanial, lo que se transmite al concesionario son unas facultades –la de explotar o aprovechar el bien– que originariamente son propias de la Administración en su condición de titular del bien. Ambos matices son, en mi opinión, muy oportunos, pues, sin ellos, podría parecer que el autor está defendiendo que existe, en este aspecto concreto, una identidad total de los tres tipos de concesiones –obra pública, servicio público y dominio público– cuando, en mi opinión, existe una clara diferencia entre ellos, ya que, mientras que en la concesión de obra pública o en la de servicio público la Administración traslada con su encargo al concesionario la realización de una actividad que podría o debería hacer ella misma, en la concesión demanial, que no responde a encargo alguno, la Administración transfiere al concesionario facultades que solo a ella le corresponden, por su condición de titular del bien, sí, pero para realizar actividades que no son propias de ella y que, más bien, al contrario, se trata de actividades que la Administración ni suele hacer, ni, en principio, podría hacer.

Por lo demás, el libro de Andry MATILLA que tengo el gusto de prologar está muy bien escrito y expone, con rigor y con orden, la opinión de centenares de autores, de distintos países, sobre los diferentes elementos de la concesión. A quienes por primera vez se adentren en el estudio de esta categoría, tan importante y actual del Derecho administrativo, este libro les proporcionará una visión general de la concesión administrativa. Y para quienes ya conozcan la institución, el libro les servirá para profundizar sobre la misma y, también, y no menos importante, para recordar, una vez más, las brillantes ideas de los grandes maestros, sobre todo franceses, como HAURIUO o DUGUIT, o de los grandes *arrêts* del *Conseil d'État*.

Termino felicitando al profesor MATILLA y recomendando vivamente la lectura de este libro.

Carmen CHINCHILLA MARÍN
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá de Henares, España

Madrid, julio de 2018

PRESENTACIÓN

La Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA), tiene el privilegio de presentar a la comunidad jurídica dominicana la obra *La concesión administrativa*, del Dr. Andry MATILLA CORREA, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

El profesor MATILLA CORREA es ampliamente conocido en la República Dominicana, la que habitualmente visita como profesor invitado, conferencista y en su condición de miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, que ha celebrado en dos ocasiones, 2012 y 2017, sus jornadas anuales en nuestro país.

Fruto de esas visitas, el autor de la obra ha cultivado en nuestra tierra buenas amistades, por lo que resulta oportuna la decisión de la Librería Jurídica Internacional de apoyar su publicación sobre uno de los temas centrales del Derecho Administrativo, como lo es la concesión administrativa, enriqueciendo así el acervo bibliográfico en un tema clásico y, en consecuencia, de permanente utilidad para nuestro país.

Como podrá apreciar el lector, la obra redactada por Andry MATILLA CORREA constituye un ejercicio profundo, amplio y documentado de reflexión y análisis sobre los diferentes aspectos concernidos dentro de la figura de la concesión administrativa, al margen de ordenamientos jurídicos positivos concretos. Lo que permite que dicha obra sea un útil material de consulta para nuestros juristas y para todos aquellos que se interesen por la temática.

El prólogo de este libro que se presenta, tiene la firma de una de las mentes más brillantes del Derecho Administrativo iberoamericano, como lo es la profesora española Carmen CHINCHILLA MARÍN, catedrática de la Universidad de Alcalá de Henares, quien, al referirse al autor, señala lo siguiente: “Para la comunidad iberoamericana de administrativistas, Andry MATILLA es sobradamente conocido, a la vez que muy admirado y querido. Quienes integramos ese numeroso grupo de colegas y amigos unidos por la dedicación al Derecho Administrativo sabemos también que el profesor de la Facultad de Derecho de La Habana es un experto en concesiones

administrativas, materia sobre la que lleva trabajando y publicando desde hace más de 18 años”.

En nombre de nuestra Asociación, quiero expresar al profesor Andry MATILLA CORREA, la apuesta por publicar su libro en nuestro país; y a la Librería Jurídica Internacional, nuestra gratitud por facilitar a la comunidad de abogados administrativistas de la República Dominicana una obra de valor y trascendencia.

Olivo RODRÍGUEZ HUERTAS
Presidente ADDA
Profesor de Derecho Administrativo

Santo Domingo, 2 de agosto de 2018

PALABRAS AL LECTOR

Un verdadero lujo constituye la posibilidad de dirigirme al lector en esta suerte de palabras introductorias que me ha solicitado el profesor Dr. Andry MATILLA CORREA como autor de esta obra (*La concesión administrativa*), en generosa e inmerecida invitación.

Aunque quien suscribe este libro puede calificarse aún como un profesor joven - se desempeña como Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba) -, esta que tengo a bien introducir es una obra seria a la que le preceden varios años de estudio e investigación sistemáticos; así como la pasión curiosa en el intento por conocer y desentrañar los arcanos de un fenómeno que constituye – probablemente – uno de los institutos más elusivos y versátiles de todo el Derecho Administrativo.

Las características y peculiaridades que hacen parte de la concesión administrativa, han permitido al autor de este trabajo un resultado que parece prescindir de referentes temporal y territorial, con genuinos y neutrales aportes al debate y a la dogmática en torno a esa figura jurídica administrativa. Hay en las páginas de este libro amplias referencias, agudos análisis, razonamientos bien fundados y riqueza de conocimientos que hacen que su lectura sea provechosa y se agradezca como ejercicio intelectual.

Por lo que este libro, fecundo y original, posee una clara y verdadera vocación para encontrar legítimo espacio en las bibliotecas – públicas y privadas – de la comunidad *iuspublicística* de habla hispana.

Espero que el lector dominicano – porque ha sido en nuestro país el lugar donde aparece publicada esta obra gracias a los esfuerzos de la editorial Librería Jurídica Internacional -, pero también todo aquél que se sumerja en sus páginas allende nuestros mares, pueda apreciar como yo los valores intelectuales y científicos que encierra esta obra que bajo el título *La concesión administrativa*, ha salido de la autoría del profesor MATILLA CORREA, como un aporte más de este estudioso cubano al debate y al desarrollo del Derecho Administrativa en nuestra región caribeña y en el área iberoamericana.

De mi lado solo resta, tal cual ha hecho ya la querida profesora Carmen CHINCHILLA MARÍN en su prólogo a este estudio, invitar a la lectura de este libro, deseando que en sus páginas el lector encuentre provecho.

Juan Manuel GUERRERO
Profesor de Derecho Administrativo
República Dominicana

Santo Domingo, 3 de agosto de 2018

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Dentro del mundo del Derecho existen instituciones jurídicas que concentran en sí todo el atractivo científico y práctico de la rama a la que pertenecen. Ellas reflejan a su alrededor las grandezas – y también las deficiencias – de la dinámica social en la que se enmarcan. Y el acercamiento a estas instituciones permite apreciar, desde su perspectiva particular, la capacidad real del hombre para dar respuesta a la ordenación jurídica de las relaciones de la vida en colectivo, como presupuesto necesario e indispensable para el buen desenvolvimiento de esa vida.

Mirando el planteamiento anterior desde el plano del Derecho Administrativo, hallamos que la concesión administrativa es una de esas instituciones jurídicas que es síntesis y expresión de toda la riqueza que la esfera *iusadministrativa* puede mostrar; en tanto hace parte del universo del Derecho Administrativo como pieza endémica del mismo.

La utilidad práctica, la polémica teórica, la importancia económica y política, un desarrollo histórico interesante, son sólo argumentos de inicio – y sobrados además - para justificar cualquier acercamiento al estudio de la concesión administrativa. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, una de las razones más importantes para fundamentar esta acción es el hecho que, a través de ella, tenemos la posibilidad de adentrarnos en un submundo jurídico (el del Derecho Administrativo) que marcha incansablemente hacia la consolidación definitiva de sus principios e instituciones, y de poder ser partícipes de esa marcha.

Mucho se ha escrito y debatido científicamente sobre la concesión administrativa desde el siglo XIX hasta hoy. Rica ha sido la jurisprudencia, la experiencia legislativa y la práctica de dichas concesiones en los diversos ordenamientos en que se ha hecho presente. Y ambos ángulos (el teórico y el práctico) de la figura concesional, han prestado un apreciable favor al trazado y sustanciación del Derecho Administrativo mismo, si tenemos en cuenta que una parte relevante de las ideas cardinales y del desarrollo esencial de éste y de algunas de sus instituciones características (como lo es la propia concesión administrativa), han sido planteadas, dirimidas y sustanciadas a propósito del fenómeno concesional y su manifestación concreta.

Pero - como las viejas historias que se han consolidado con el devenir de los tiempos -, a pesar de ser un tema recurrido y con una importancia práctica que hace mucho nadie pone en cuestionamiento, lo cierto es que su atractivo científico no ha cedido ni un ápice y el interés a su alrededor se mantiene vivo. Sobre todo porque muchos de los aspectos que involucra no alcanzan aún una definición completa, ni sobre ellos se ha cerrado el círculo de discusión científica.

Para los cultores del Derecho Administrativo, ha resultado sumamente difícil la construcción técnico-jurídica de la idea concesional. El interés por develar sus líneas maestras como categoría o concepto unitario, «como tipo unitario» o género, se ha hecho patente en no pocos esfuerzos doctrinales.

Pero, también, en no poca cantidad de ellos, ha aflorado la duda; y hasta el convencimiento de la imposibilidad – hay quien ha cuestionado la utilidad - de reconducir a las concesiones administrativas a una figura unitaria, dejando el terreno caracterizado por la fragmentación y la diversidad, bajo la premisa que los tipos concesionales, en específico, presentan unas divergencias sustanciales tales que, por encima de lo que les une en ese plano, les impiden someterse a una síntesis orgánica que – salvando, por supuesto, sus particularidades - los subsuma en una categoría unitaria.

En esto último, han sido determinantes los puntos de partida que se han planteado, sustentados, en muchos supuestos, en el uso variable que le ha dado la legislación y la jurisprudencia al vocablo en cuestión, en un contexto determinado. Muestra de lo cual es el sentimiento, nada atípico en estas lides, de que «las concesiones constituyen una suerte de mundo o, si se prefiere, de pabellón que cubre una cantidad considerable de mercancías», según han manifestado gráficamente – en conocida y recurrida expresión - los franceses DE LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ.¹

De otro lado, también hay que considerar la fuerza que ha tenido la concesión de servicio público en los estudios y en la práctica del último siglo. A la que se le ha dispensado mucha más atención que a sus pares objetivos (concesión de obra pública y concesión de dominio público); y en la que se ha querido ver el «centro del universo concesional», cuando, aun con enorme relevancia, sigue siendo una especie de concesión administrativa, un tipo, no el tipo, según el objeto sobre el que recae.

¹ DE LAUBADÈRE, André/ MODERNE, Franck y DELVOLVÉ, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, 2^e édition, L.G.D.J., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, p. 283.

En definitiva, en los predios concesionales, el panorama de hoy sigue estando signado por los esfuerzos - más o menos loables, pero válidos todos al fin - y las dudas. Con todo y que, por etapas, el debate ha tenido mayor o menor intensidad, según ha aflorado con protagonismo la concesión administrativa, o un tipo de ella, en un momento y espacio jurídico-administrativo determinado.

Pero, por nuestra parte, pensamos que si bien no se han impuesto de una vez los intentos de construir una teoría de la concesión administrativa como categoría unitaria, no quiere eso decir que no pueda llegarse a ello. De hecho, creemos que una aspiración de ese orden es algo lícito y justificado, desde la percepción de que sería una muestra más de la capacidad y madurez del Derecho Administrativo - como cualquier otra rama jurídica ya no en ciernes - para dar respuestas articuladas y con cierto grado de precisión, a las construcciones de las instituciones jurídicas que le son características, más allá del grado de complejidad - a nivel de conceptos y realidad - que estas puedan presentar.

Siguiendo un vector orientado en ese sentido, es que hemos pretendido encarar el estudio que se contiene en este libro. Sin dejar de pensar y palmar las dificultades para articular esa organicidad que, creemos, está presente en un ejercicio intelectual de este tipo a propósito de la concesión administrativa, tal como se ha puesto de relieve en la literatura jurídica especializada.

Sin embargo, para hacer honor a la verdad - y en algo que no tiene por qué demeritar el producto final - el resultado que pueda percibirse en las páginas de esta obra, no necesariamente debe tenerse como la demostración indubitada de esa tesis unitaria. Al fin y al cabo, en ese objetivo, nos hemos encontrado con los mismos escollos y problemas teóricos y prácticos a salvar, que otros autores que se han dirigido por estos derroteros. Por supuesto que los hemos intentado salvar a nuestra manera. Pero, más que la demostrabilidad a ultranza de un punto de vista que puede ser (de hecho lo es) perfectamente controvertible, pensamos que las ideas aquí reflejadas y los análisis contenidos, puedan, por sobre todo otro interés, ser de utilidad en el debate en torno a la concesión administrativa y a la construcción y desarrollo de su régimen jurídico.

En el trazado que se contiene en este trabajo, hemos querido dejar un reflejo de lo más representativo de los autores que han estudiado el tema de la concesión administrativa o alguna de sus aristas, sin buscar agotarlo, ni mucho menos, y con la claridad que buena parte de ese segmento ha quedado fuera por circunstancias más objetivas que de otra índole. Con ese

reflejo, muestra superficial de cuánto ha sido el interés doctrinal por el tratamiento de la concesión administrativa, hemos preferido hacer desfilar por estas páginas, en ocasiones «de mano propia», a autorizadas voces que han aportado hasta hoy a los cimientos teóricos de la figura concesional. Muchos de esos escritores son los «constructores teóricos» del régimen jurídico de la concesión administrativa; otros, sólo son voces de acompañamiento en ese concierto constructivo, sin un rol tan protagónico como aquellos, pero que hacen parte también de los esfuerzos por tomar mejor conocimiento del fenómeno *iusadministrativo* que nos ocupa. De todos modos, todo este aparato referencial puede tener un valor indicativo, indiciario, para aquellos que se acerquen a estas páginas que hemos compuesto y pretendan luego profundizar sobre la temática en cuestión.

Las ideas que en este libro se ponen a consideración del lector, son un compendio o resumen de una parte del trabajo que ha resultado de varios años de investigación sobre el tópico de las concesiones administrativas. En este tiempo, mucho hemos podido leer, consultar, apreciar, contrastar, evaluar, analizar; también escribir y dudar.

Sin embargo, el saldo real luego de todos este período de dedicación, ha sido la convicción de que estudiar este tema será – al menos para nosotros -, por mucho, un proceso inconcluso – la historia de nunca acabar -, frente a la vastedad, amplitud y complejidad que presenta; y que se va descubriendo en la medida en que nos sumergimos con más hondura en los más profundos vericuetos de la cuestión.

De otro lado, ha sido esta una pesquisa científica cuya elaboración la hemos estado prolongando por demasiado tiempo ya; entre otras cosas por el placer que nos ha proporcionado estudiar este tópico y porque no trasunta lapso temporal corto comenzar a conocerlo con cierta conciencia. En esa prolongación, ha tenido presencia constante un sentimiento de insatisfacción que nos ha llevado a reelaborar y reelaborar, una y otra vez, casi todo lo que en él se contiene; y con el peligro cierto (hoy convicción) de «volverse interminable» para nosotros.

Por tal motivo, hemos querido poner un alto en este largo sendero investigativo y resumir como resultados una parte de lo realizado hasta hoy al respecto.

Adentrarnos en el estudio del fenómeno concesional en sus diversas aristas, ha tenido para nosotros, entre otros, un valor formativo en términos – si se nos permite – de trabajo científico. En efecto, «de la mano de las concesiones administrativas» nos adentramos en el mundo del Derecho

Administrativo hace casi ya veinte años, en la investigación y en la discusión. A su vera, caminamos inicialmente por ese interesante y complejo mundo de ideas y realidades que es la rama *iusadministrativa*; apreciando no sólo un objeto de estudio, sino recalando obligatoriamente en otros pueros de conocimiento jurídico-administrativo, como etapas necesarias para llevar nuestro empeño a planos deseables.

A estas alturas, no tenemos certeza de si hemos «caminado bien ese camino», el del aprendizaje del universo del Derecho Administrativo y el de la aprehensión del submundo vasto y complejo que representa la concesión administrativa. Pero, de lo que sí no tenemos duda, es que hemos podido sacar de él lecciones muy provechosas, que nos han permitido comprender mucho mejor la realidad administrativa que nos circunda, que nos enmarca, que nos determina en muchos casos.

Y es que el campo de las concesiones administrativas, por su sustrato material y las implicaciones jurídicas que revela, no nos ha permitido quedarnos sólo en él, circunscribiéndonos al perímetro estrecho de una institución del Derecho Administrativo; sino que nos ha obligado a revisar y conocer – aun tangencialmente – otras categorías jurídicas esenciales de esa rama (v.gr.: función administrativa, actividad administrativa, servicio público, obra pública, dominio público, actos administrativos, contratos administrativos, procedimiento administrativo, potestades administrativas, responsabilidad de la Administración Pública, historia del Derecho Administrativo) y otras del Derecho Público o del Derecho Privado en general.

El estudio de la concesión administrativa tiene la «cualidad del magnetismo», no sólo porque puede atraer hacia su estudio, sino porque en su estudio atrae, necesariamente, otros conocimientos propios del Derecho Administrativo, del Derecho Público o el Derecho Privado, del Derecho en general, y hasta otros campos del saber más allá de lo jurídico.

Hemos de advertir al lector que este libro no lleva pretensión alguna – ni siquiera en parte - de ser un tratado o manual sobre las concesiones administrativas. El objetivo no ha sido ese; la estructura, metodología y alcance no responde a esas pretensiones. Contiene, esencialmente, una «especulación teórica» sobre algunas cuestiones fundamentales relativas al régimen jurídico de las concesiones administrativas, que pudieran ser de utilidad para el mejor conocimiento de este último. No más, como puede entenderse del índice.

Esperamos nos disculpen por ello si alguno accede a éstas páginas «buscando todos los secretos jurídicos de la concesión administrativa» y se diluciona con lo que encuentra.

También hay que decir que en estas páginas tampoco subyace el interés de pretender poseer la verdad sobre lo que tratamos. Antes bien, lo que nos ha animado para articular esta obra es compartir en letra impresa la construcción que, en lo personal, hemos ido edificando en estos años para explicarnos una parte del «mundo del Derecho de las concesiones administrativas».

Por lo tanto, no es este un libro «para explicar en toda su línea, y en extenso, a las concesiones administrativas». No se trata aquí de querer «dar lecciones sobre las concesiones administrativas».

A decir verdad, este es un trabajo que resulta de cómo nos hemos ido explicando dicha institución jurídica, para intentar comprenderla, para percibirla como fenómeno jurídico y como manifestación concreta de relaciones en el espacio *iuspúblico*. Es este, entonces, un texto sobre nuestra visión personal entorno a tópicos de las concesiones administrativas y no se tiene en él otra intención de ir más allá.

No pensamos que lo reflejado aquí es – ni por asomo - «la mejor interpretación del mundo de las concesiones administrativas» que se puede tener. Pero, sí creemos que, en lo correspondiente, han sido explicaciones que hemos dado por buenas y hemos creído que nos han servido para entender mejor las implicaciones del fenómeno concesional administrativo.

En definitiva, sólo esperamos que el lector indulgente, al repasar estas páginas, haya sentido que le han servido de utilidad y que puede encontrar en ellas inquietud o estímulo suficiente para querer seguir profundizando en el estudio de las concesiones administrativas.

De ser así, nos damos por muy satisfechos.

CAPÍTULO I

Base conceptual de la concesión administrativa

I.1-) Presentación histórica general mínima

En ámbitos como el Derecho Administrativo es siempre un punto de partida necesario en el análisis, la referencia a la perspectiva histórica de la institución jurídica objeto de estudio, pues esa base, además de coadyuvar a su mejor entendimiento, es el derivado insoslayable del carácter histórico de las construcciones jurídico-administrativas. Como resultantes de la vida social del hombre, los avatares de dichas instituciones son consecuencia lógica del constante evolucionar de la sociedad, en el que se expresan los intereses de esta última, sus necesidades, logros y, por qué no, también sus deficiencias y miserias.

Acercándonos a la *concesión administrativa*, hay que decir que su origen como figura jurídico-administrativa está ligado al del Derecho Administrativo y, en consecuencia, a la suerte evolutiva del Estado Moderno, especialmente a partir del Estado constitucional continental europeo. En la configuración actual, tanto estructural y funcional, como lingüística, de la categoría concesional administrativa, han jugado un papel determinante los cambios sociales, culturales, económicos, políticos, jurídicos, históricos en general, que propiciaron el surgimiento y evolución de la moderna formación estatal y la delineación de su marco jurídico característico. Marco que resulta, en gran medida, diferente al espacio jurídico propio de épocas históricas precedentes.

Según el italiano Massimo Severo GIANNINI, el vocablo *concessioni* es de origen *settecentesco*, y con él se indicaba un acto de benevolencia soberana.²

Por su parte, el francés Xavier BEZANÇON ha sostenido, desde el Derecho francés, que la denominación *concession* fue ganando terreno en él a

² GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Volume secondo, Terza edizione, Dott. A. Guiffrè Editore, Milano, 1993, p. 651.

partir del siglo XVII; y apoya su conclusión en el hecho de que en la letra de contratos concluidos entre la corona francesa y ciertas compañías para la construcción de infraestructuras – como el *Canal de Briare* –, aparece utilizada una expresión como «*en notre lieu et place*», la cual, según el propio BEZANÇON, caracteriza perfectamente el sentido de la denominación *concession*.³

Como palabra de uso en el lenguaje técnico jurídico, la voz *concesión* (y su expresión equivalente en otras lenguas como *concession* – en francés-, *concessione* – en italiano-, *concessão* – en portugués-, *Konzession* – en alemán –, por ejemplo) se fue imponiendo poco a poco en el campo del Derecho Público, porque vino a designar con más exactitud la nueva realidad jurídica que con ella se ha querido abarcar⁴ – la transferencia del ejercicio de actividades propias del Estado a particulares –, en relación con otras voces de uso anterior, como la de *regalía* – que refería otorgamientos de derechos pertenecientes a los monarcas –, cuyo origen y contenido estuvieron condicionados por épocas y necesidades históricas diferentes.

En las explicaciones de GIANNINI:

“Sino al XIX secolo le concessioni erano atti di grazia o condiscendenza sovrana, con cui si attribuivano privilegi a persone (p. es. titoli nobiliari, onorificenze, cambiamenti di cognome), ad imprese (compagnie coloniali, produttori di armi, organizzatori di servizi

³ BEZANÇON, Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de service publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 1999, pp. 10, 67 (especialmente nota 48) y 87.

⁴ Según resumía Henri COURIVAUD: “La palabra «concesión» no recubre las mismas realidades jurídicas de un país europeo a otro. Ciertamente, la historia muestra que los derechos nacionales de la Europa continental tienen la misma idea de partida para hablar de este procedimiento contractual que se asemeja o bien a la venta, o bien al arrendamiento, o bien a la donación y que tiene por rasgo esencial, sea el abandono por el concesionario de bienes pertenecientes al Estado o dejados a la disposición de una autoridad pública, sea al menos la sustitución en ciertos derechos del Estado a favor de otras personas jurídicas. Esta realidad así descrita bien se resume en el verbo latino «*concedere*» que puede traducirse en francés por «poner en el lugar de». Esta raíz latina, de donde se toma por ejemplo en francés la palabra «*concession*» y en alemán «*Konzession*» no es seleccionada al azar, puesto que la Antigüedad romana conocía la práctica de contratos perpetuos de locación de instalaciones y de maquinarias portuarias sobre el dominio público marítimo, el cual era valorado gracias a estos contratos de superficie, que permitían realizar trabajos públicos de cierta amplitud.” COURIVAUD, Henri, “La concession de service public «à la française» confrontée au droit européen”, *Revue internationale de droit économique*, 2004/4, t. XVIII, 4, p. 397, disponible en <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2004-4-page-395.htm>.

postali, ecc.), a corporazioni, a città, ad unità di origine feudale (contee, dicati, ecc.). Dal siglo XIX la denominazione passa a significare un grupo de procedimientos amministrativi, regolati da norme, con i quali si danno ad altri soggetti, pubblici o privati, particolari vantaggi in materie pertinenti ai pubblici poteri.”⁵

La generalización del uso de la voz *concesión*, o *concesión administrativa*, es un resultado de la mutación cultural (lingüística, en este caso) que todo cambio socio-histórico trae consigo; y que también se refleja en la nomenclatura jurídica. Pero es, ciertamente, a partir del siglo XIX que se puede reconocer, en torno a la utilización del vocablo *concesión (administrativa)*, la cristalización de ese movimiento nominativo generalizado con la connotación jurídica que modernamente ha adquirido dentro del Derecho Administrativo y que llega hasta nuestros días.

En el proceso de generalización del uso de la expresión *concesión (administrativa)*, encontramos, como en todo proceso de este tipo, escritores que, aun cuando ya se estaba dando ese proceso de extensión en la utilización de esta voz con un sentido jurídico más moderno, continuaban empleando, en alguna medida, una nomenclatura más arcaica para designar el fenómeno que aquella entraba a denominar con mayor idoneidad;⁶ y otros que aplicaban la denominación de *concesión (administrativa)* a supuestos objetivos que preexistían a su uso como vocablo, pero que, como situaciones, se enmarcan – con más o menos semejanza – dentro de los casos que luego fueron cubiertos por el alcance de esa palabra, a despecho de las expresiones

⁵ GIANNINI, Massimo Severo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Seconda edizione aggiornata a cura di Alfredo Maribelli CENTURIONE, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000, p. 340. En una obra anterior, GIANNINI comentaba sobre el alcance de la voz *concesión* dentro del Derecho Público: “(...) *Giuridicamente questi atti non sono sempre traducibili in ordine concettuali moderni, talora corrispondendo ad atti normativi con cui si accertano privilegi o prerogative, talaltra corrispondendo ad atti amministrativi derogatori rispetto a norme, talaltra infine ad atti amministrativi con i quali semplicemente si amministravano materie attribuite in prerogativa alla corona.*”; luego precisaba: “*La legislazione degli Stati dei successivi ha conservato il vocabolo, cambiandone però il significato.* (...)”. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, ob. cit., p. 651.

⁶ En nuestra opinión, lo anterior puede evidenciarse en lo expresado por: BLUNTSCHLI, J. Gaspar, *Derecho Público Universal*, Tomo II, Nueva edición española revisada por la redacción de la “Revista de los Tribunales y de Legislación Universal”, Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/a, p. 48. Ver el desarrollo posterior que realizaba BLUNTSCHLI, ob. cit., pp. 48 y sigs., sobre los tipos de regalía que manejaba, en el que empleaba el vocablo *concesión* sólo en el marco de la “*regalía de ferrocarriles*”.

propias que normalmente se utilizaban para designar o denominar tales situaciones.⁷

A diferencia de lo que sucede con las instituciones jurídicas más características del Derecho Privado, no resulta nada sencillo en las instituciones que pertenecen típicamente al Derecho Público (al Derecho Administrativo, en este caso) tender de manera coherente, y en una clara línea evolutiva que cubra el espacio temporal que va desde sus antecedentes originarios más remotos hasta hoy, el puente histórico que permita enlazar y transitar por la historia de las mismas sin llegar a perder el camino en algún momento, o al menos a no dudar de él.

Algunas de las instituciones características del Derecho Administrativo – como ocurre con el caso de la *concesión administrativa* –, son el resultado de nuevas condiciones y concepciones socio-políticas, generadas por la vida en comunidad políticamente organizada en un momento histórico concreto determinado, y no encuentran antecedentes con una similitud lo suficientemente exacta como para establecer una línea coherente de identidad, en las figuras jurídicas propias de los períodos históricos precedentes. Aunque, tampoco puede pasarse por alto en un análisis de esta índole, que también es cierto que toda institución jurídica resulta de algún tipo jurídico anterior, el cual provee la esencia estructural sobre la base de la cual – y en una mutación condicionada por nuevas realidades históricas, económicas, políticas, sociales, filosóficas y culturales, que se van produciendo en el indetenible y ascendente andar de la sociedad – se genera una nueva institución que responde con más propiedad a esas nuevas realidades que condicionan la vida y el desenvolvimiento de la comunidad políticamente organizada, en cada período de tiempo por el que ésta transita.

⁷ Nos parece que pueden utilizarse como ilustración de esta idea unas palabras de Alexis DE TOCQUEVILLE, quien en el capítulo en que demuestra que la centralización administrativa es una institución del Antiguo Régimen, y no obra de la Revolución ni del Imperio, refiriéndose a una de las situaciones existentes dentro del *Ancien Regime* decía, según la traducción al español utilizada: “(...) Sabido es que una parte de los impuestos era concesionada (...)”; DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 1^{era} edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996, p. 123. Ver, también, la manera en que se expresaba, por ejemplo: BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Tome VII, Deuxième édition, L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs, Paris, 1888, p. 24. Por su parte, Édouard LAFERRIÈRE recogía: “Las concesiones anteriores a 1560 son aquellas que han sido hechas por la Corona antes que el canciller l’Hôpital hiciera emitir la célèbre ordenanza de Moulins (febrero 1566) que ha declarado inalienable el dominio de la Corona.”; LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Bergerd-Levrault et C^{ie}, Libraires-Éditeurs, Paris, 1888, p. 618. Igualmente, puede verse como se ha expresado, desde una perspectiva mucho más actual, y entre otros: BEZANÇON, Xavier, ob. cit., pp. 30 y sigs.

Es por esa razón - unida al espacio reducido que tenemos para unas reflexiones de este tipo en comparación con lo voluminoso que se tornaría acometer el estudio histórico de la figura concesional, y porque esto último no constituye un objetivo fundamental para nosotros en este trabajo - que hemos preferido asumir, en las líneas que continúan, la visión histórica de la *concesión administrativa* a partir de una presentación histórica general mínima. Sólo apuntando algunas ideas al respecto – en apretadísima síntesis, pero que tributa lo suficiente a nuestro interés mayor –, que permitan ubicar temporalmente los probables orígenes – no todos demostrados científicamente con certeza irrefutable – de la *concesión administrativa* como fenómeno jurídico.

Dentro del Derecho Administrativo francés, desde el siglo XIX, está enraizada la convicción, en un sector de su doctrina, de que la *concesión administrativa* tiene, en Francia, un origen anterior al del Estado constitucional y que se remonta en el tiempo al siglo XVI, en pleno Antiguo Régimen.

En esta dirección de pensamiento, podemos ver que, ya desde temprano en el siglo XIX, advertía un autor que:

“El silencio guardado hasta hoy sobre el contrato de *concesión* podría llevar a algunas personas a pensar que este modo de ejecución de trabajos públicos es entre nosotros una innovación reciente; mas esta suposición sería un gran error, pues los primeros canales ejecutados en Francia fueron hechos por concesionarios.”⁸

De ese modo, se cifra *la invención de la concesión*⁹ en los sistemas o procedimientos utilizados por la Administración Real francesa,

⁸ DELALLEAU, Ch., “Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics (Premier article)”, en *Revue de législation et de jurisprudence*, Tomo I^{er}, 1^{re} livraison, Paris, 1834, p. 177. Así, entre otros: BATBIE, A., ob. cit., p. 241; LAFERRIÈRE, Édouard, ob. cit., p. 618; BLONDEAU, Ange, *La concession de service public*, Deuxième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1933, pp. 8 y sigs.; COMTE, Philippe, *Essai d'une Théorie d'Ensemble de la concession de service public. Une aspect de l'évolution du droit public contemporain*, Thèse pour le doctorat, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1934, pp. 7 y 8; CATHELINÉAU, Jean, “Diversité et particularisme des concessions de travaux publics”, en *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, No. 210, 1968, Paris, pp. 31 y 32; BETTINGER, Christian, *La concession de service public et de travaux public*, Berger-Levrault, Paris, 1978, p. 2; DUFAU, Jean, *Les concessions de service public*, Éditions du Moniteur, Paris, 1979, p. XVII; AUBY, Jean-François y RAYMUNDIE, Oliver, *Les service public. Droit national et droit communautaire. Régime juridique et catégories. Modes de gestion*, Groupe Moniteur (Éditions Le Moniteur), Paris, 2003, pp. 406 y sigs., y 442; BEZANÇON, Xavier, ob. cit., p. 67.

⁹ En expresión de: BEZANÇON, Xavier, ob. cit., p. 67.

fundamentalmente, entre los siglos XVI y XVIII para contratar la realización de importantes obras de infraestructura, relacionadas especialmente con canales y puertos.¹⁰ Reconociéndose en ese procedimiento de contratación, según dicha línea de pensamiento, una fisonomía de *concession de travaux publics* (de trabajos públicos o de obras públicas).¹¹ Por tales procedimientos, la Autoridad Real, y pública en general, contrataba con una compañía la construcción de una obra de interés público (canales, puertos, desecación de mares, entre las más significativas), otorgándole a la segunda el derecho al cobro del peaje sobre los que utilizaban la obra, como medio de remuneración por la inversión realizada.¹² Originariamente, tales otorgamientos eran a perpetuidad, por lo que constituían una enajenación de los derechos sobre la obra en favor de su ejecutor.¹³

En lo atinente a los antecedentes históricos, podemos destacar que se ha señalado a la figura de las *regalías* como el «ascendiente» jurídico inmediato de las *concesiones administrativas* o donde enraízan históricamente estas últimas.¹⁴

¹⁰ Vid.: DELALLEAU, Ch., ob. cit., pp. 177 y sigs.; BEZAÇON, Xavier, ob. cit., p. 67.

¹¹ Ver, entre otros: DELALLEAU, Ch., ob. cit., pp. 177 y sigs.; BATBIE, A., ob. cit., p. 241; JANSSE, Lucien, *L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer*, Thèse de doctorat en Droit, Librairie de Droit et de Jurisprudence Ernest Sagot et Cie, Paris, 1924, pp. 8 y 9; BLONDEAU, Ange, ob. cit., pp. 8 y sigs.; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 7 y 8; CATHELINÉAU, Jean, "Diversité et particularisme...", ob. cit., pp. 31 y 32; BETTINGER, Christian, ob. cit., p. 2; DUFAU, Jean, *Les concessions...*, ob. cit., p. XVII; DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome II, *Droit administratif des biens*, 11^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence E. J. A., Paris, 1998, p. 367; BEZAÇON, Xavier, ob. cit., p. 67; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*, Traducción actualizada por la 14^a edición (2015), Traducido por Zoraida RINCÓN ARDILA y Juan Carlos PELÁEZ GUTIÉRREZ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 517.

¹² Véase, entre otros, las consideraciones de: JANSSE, Lucien, *L'évolution...*, ob. cit., pp. 8 y 9; BLONDEAU, Ange, ob. cit., p. 9; y BEZAÇON, Xavier, ob. cit., pp. 68 y 69.

¹³ Ver, por ejemplo, las aseveraciones de: AUCOC, León, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif fait à l'École des Ponts et Chaussées*, Tome II, *Règles générales relatives à l'exécution des travaux publics*, Deuxième édition revue et augmentée, Dunod, Éditeur, Paris, 1879, pp. 371 y 372.

¹⁴ Así, entre otros, y en una referencia meramente ilustrativa, pueden verse: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, *Parte Especial. Las obligaciones especiales*, Traducción directa del original francés por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954, pp. 156 y 157; FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Traducción de la 8^{va} edición alemana por Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, p. 275; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, Tomo I, *Parte General*, 12^{ma} edición

Las *regalías* constituían derechos o prerrogativas pertenecientes al Monarca, y su otorgamiento a los súbditos se relacionaba con la explotación o aprovechamiento de determinados bienes de la Corona, como las minas, salinas, tierras, montes, etc., a cambio del pago de un tributo.¹⁵ También existían otras que estaban vinculadas a la Iglesia o al desempeño de cargos y funciones públicos.¹⁶

En un avance más hacia el Medioevo, siguiendo los posibles antecedentes históricos institucionales de la concesión administrativa, encontraremos, entre los que han escrito sobre el tema, opiniones como la del español José Luis VILLAR PALASÍ, quien llega a afirmar:

“Existe, en efecto, una directa derivación de la idea concesional de los *beneficia* y a su vez de los *beneficia* medievales de los *beneficia* militares primitivos, y de allí que concediéndose éstos para el beneficiario y sus herederos (los *milites limitanes*) para la defensa del *Limes*, se entendiese la concesión personalísima e intransferible.”¹⁷

revisada, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1952, p. 368; VILLAR PALASÍ, José Luis, “La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»”, en *Revista de Administración Pública*, año II, No. 5, mayo-agosto, 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 151; del propio VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Publicada bajo la dirección de Carlos-E. MASCAREÑAS con la colaboración de eminentes profesores y juristas, Tomo IV, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1952, pp. 688 y sigs.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Exposición de motivos”, del despacho redactado por la subcomisión en la IV Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Tucumán, Argentina, en 1936, en *Régimen Jurídico de la Concesión de Servicio Público. IVª Conferencia Nacional de Abogados. Despacho y Exposición de Motivos*, Buenos Aires, 1936, p. 23; FIORINI, Bartolomé A., “Noción Funcional de la Concesión, de la Autorización y el Permiso”, en *Revista de Derecho y Administración Municipal*, No. 178, diciembre, 1944, Buenos Aires, p. 1057.

¹⁵ Algunos autores han hecho hincapié en el *censo enfitéutico* como antecedente medieval de la concesión administrativa. Véase, para el caso de España, por ejemplo, a: RUIZ OJEDA, Alberto, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 319 y sigs.; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 48 y 49.

¹⁶ Hay autores que han relacionado a la *concesión* con los otorgamientos que se hacían durante el Antiguo Régimen en lo que respecta al cobro de impuestos. Así, por ejemplo, el belga: ERRERA, Paul, *Traité de Droit Public Belge. Droit Constitutionnel-Droit Administratif*, Deuxième Edition entièrement refondue et mise à jour, M. Giard & É Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1918, p. 366.

¹⁷ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 688.

Este puente de derivación que se tiende en valoraciones como la de este autor español, hace que la línea evolutiva de la que se obtiene al final la *concesión administrativa* actual, entronque con la base del sistema feudal.¹⁸

Adentrándonos aún más en la historia con la intención de seguir acercándonos a los posibles antecedentes de las *concesiones administrativas*, tenemos que en la Roma antigua la tierra se dividía en *ager privatus* y *ager publicus* o *ager romanus*, el cual era propiedad del Estado romano; abarcando, en un principio, el territorio inicial de la *civitas*, y luego el de lo que conocemos hoy como Italia. Posteriormente, apareció el territorio provincial producto de las conquistas romanas más allá de la península itálica.

Parte del *ager publicus* se incorporó, mediante un procedimiento de venta, a los dominios privados de los ciudadanos. Otra parte se le otorgó a los veteranos del ejército como pago a sus servicios o a los ciudadanos que formaban colonias allende los predios de la antigua polis. El resto del *ager* fue ocupado por los ciudadanos bajo permiso del Estado, quien se reservó la propiedad, a cambio del pago de un censo.

Respecto a los territorios provinciales, Eugène PETIT manifestó que pertenecieron al Estado por derecho de conquista y los particulares no podían ser propietarios, sino solamente poseedores, debiendo pagar al Estado, que conservaba la propiedad de los fundos provinciales, un censo llamado *tributum* o *stipendium*.¹⁹

Esta situación evoca otra figura a considerar en el mundo jurídico de la Antigua Roma, en el sentido que nos ocupa en este acápite: la del *ius in agro vectigali*; la cual se refería a la entrega en arrendamiento, por parte del Estado o sus municipios, de tierras que le pertenecían a cambio del pago por el arrendamiento de un canon anual (*vectigal*). Estos arrendamientos se realizaban a perpetuidad o por largos períodos de tiempo.²⁰

¹⁸ Útil es que se vean las explicaciones de: MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, pp. 45 y sigs. Además, puede verse para el caso español y en conexión con el marco que nos ocupa, entre otros, a: BENEYTO PÉREZ, Juan, “El beneficio en el Derecho medieval español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año LXXXIII, Tomo 164, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1934, pp. 674 y sigs.

¹⁹ PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial “Saturnino Callejas”, S.A., Madrid, 1926, p. 190.

²⁰ En relación con las concesiones administrativas, ver lo que plantearon: VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 689; MENÉNDEZ, Pablo y FERNÁNDEZ

También dentro del Derecho Romano había una figura jurídica interesante - que unos discuten si es o no el antecedente romano del *beneficio*²¹ - a los fines de las reflexiones históricas que aquí destacamos, que es la figura del *precarium*, por la cual un terrateniente entregaba porciones de tierra a los clientes y, en un principio, esa entrega era revocable en cualquier momento por voluntad del primero.²²

Manteniéndonos todavía en el perímetro de la Roma antigua, debemos acotar, a tenor del cobro de los impuestos, que durante una etapa de la vida romana la recaudación tributaria (*vectigalia*) era arrendada, previa subasta, a sociedades específicas que recibieron el nombre de *societates vectigalium* o *societates publicanorum*. A los socios de las mismas se les denominaba *publicanos* (*publicani*) y provenían de la clase de los *aequites* o *caballeros*. Como se verá, la situación descrita tiene ciertos elementos de contacto con la dinámica que envuelve lo que hoy conocemos como *concesión administrativa*.²³ En esta propia línea hay que ver que el francés LÉON AUCOC, en el siglo XIX, llegó a concluir que la *concession de travaux publics* tenía su origen en los peajes sobre los transportes establecidos en la época romana.²⁴

ACEVEDO, Rafael, “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo (Director) *et al*, *Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Civitas, Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2003, pp. 44 y 45; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 45 y sigs.; URUETA ROJAS, Juan Manuel, *El contrato de concesión de obra pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., 2006, pp. 20 y sigs.

²¹ Ver al respecto las opiniones de Fustel de COULANGES y de BRUNNER que recoge VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 688. Igualmente ver, en el especial énfasis en la relación beneficio y precario, la exposición de BENEYTO PÉREZ, Juan, ob. cit., pp. 678 y 679.

²² Sobre la noción del *precarium* en el Derecho Romano puede verse, de modo resumido, y entre tantos otros: D'ORS, J. A., *Derecho Privado Romano*, 8^{va} edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, p. 143.

²³ En relación específica con las concesiones administrativas, ver: VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume II, Quarta edizione aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1955, p. 154; RUIZ OJEDA, Alberto, ob. cit., pp. 316 y 317, quien sigue lo apuntado por PENDÓN MELÉNDEZ, E., *Régimen jurídico de las prestaciones de servicios públicos en Derecho Romano*, Dykinson-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Madrid-Cádiz, 2002, pp. 34 y sigs., 73 y sigs., y 168 y sigs.; URUETA ROJAS, Juan Manuel, ob. cit., pp. 20 y sigs.

²⁴ AUCOC, Léon, ob. cit., p. 370.

Ante la riqueza de la vida jurídica romana antigua, seguramente es posible localizar varios supuestos de relaciones – además de los ya ilustrados – entre la Administración romana y los individuos o sociedades, en los que aparece el otorgamiento por parte de la primera, a los segundos, del aprovechamiento de bienes públicos, de la realización de obras o del ejercicio de actividades prestacionales que entonces tenían una connotación pública. Esos supuestos también podrían conectarse con la línea troncal histórica de la que se obtiene la moderna *concesión administrativa*, sin perder la contextualización consecuente en el marco histórico correspondiente a la una y los otros.²⁵

Con la aclaración por delante, nuevamente, de que la intención de este primer epígrafe es sólo señalar someramente la posible línea evolutiva de la actual concesión administrativa, asumimos que ya es momento de hacer a un lado el intento de búsqueda de sus antecedentes históricos institucionales - que otros han concluido con mayor erudición y felicidad de la que nosotros podemos aspirar -, para dedicarle una breve reflexión, desde los marcos del Estado constitucional, a la figura que nos ocupa, pues ha sido ese contexto el espacio donde ha tenido lugar su desarrollo pleno como institución jurídica, especialmente a partir del siglo XIX.²⁶

²⁵ Además de las inclusiones en las obras sobre el Derecho Público Romano, generales o específicas, puede verse, sobre esta referencia a la concesión en el mundo jurídico de la Roma Antigua, una obra de corte más específico como es la de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, *in toto*; o las alusiones históricas al respecto contenidas en estudios como, por citar algún ejemplo: SIMONCELLI, Domenico, voz “Concessioni governative”, en *Nuovo Digesto Italiano*, Volume III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 583; MENÉNDEZ, Pablo y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 45 y sigs.; EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, 3^{era} reimpresión de la 1^{era} edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 96 y sigs.; RUIZ OJEDA, Alberto, ob. cit., pp. 314 y sigs., también recurriendo a PENDÓN MELÉNDEZ, E., ob. cit., pp. 34 y sigs.; URUETA ROJAS, Juan Manuel, ob. cit., pp. 20 y sigs.

²⁶ Massimo Severo GIANNINI resultaba enfático cuando concluía: “El oficio dado en concesión no es, por tanto, una supervivencia del instituto del oficio venal – como en cambio alguno ha declarado – sino una institución nueva, surgida con el Estado moderno, que responde a las reglas propias de su estructura.”; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Volumen primero, Traducción de Luis ORTEGA, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, p. 267. Ver la observación, entre los que así lo han apreciado, de RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, “La concesión administrativa de servicios (Reseña histórica)”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Año XXXVIII, Número 203, Julio-Septiembre, 1979, Instituto de Estudios de

La *concesión administrativa*, como figura de la rama *iusadministrativa* que es, ha marchado a la par del desarrollo del Derecho Administrativo y ha sufrido también las fluctuaciones a las que se ha visto sometido ese subsistema jurídico. Su itinerario de vida ha estado determinado por las tendencias económicas y políticas que han animado al Estado Moderno en las últimas centurias; y, en su utilización y regulación, ha pasado de períodos de auge a momentos de crisis y de limitación.

No le falta razón a Laurent RICHER cuando admitía que la «historia de la concesión tiene un carácter cíclico y sectorial».²⁷ Conclusión esa que se desgaja, precisamente, de apreciar el itinerario de vida de la categoría concesional en estos siglos, y la riqueza y particularidades de los tipos específicos en que se ha venido concretando en la práctica la concesión administrativa como fenómeno jurídico.

Por la dinámica funcional que toda concesión administrativa entraña, a la que nos iremos acercando en otros acápite, su período de construcción clásico, y época de florecimiento, se sitúa en el Estado liberal burgués,²⁸ en el capitalismo liberal,²⁹ en el período decimonónico.³⁰

Administración Local, Madrid, pp. 456 y sigs., en lo atinente específicamente a la concesión administrativa de servicio público.

²⁷ RICHER, Laurent, *La concession en débat*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 11.

²⁸ En apreciación del francés Bernard CHENOT «comprendemos muy bien que la concesión ha sido la institución mejor adaptada al período más dinámico del capitalismo liberal»; CHENOT, Bernard, *Organisation économique de l'État*, Librairie Dalloz, Paris, 1951, p. 285. Para AUBY y DUCOS-ADER, sobre la concesión: “1° En período de economía liberal, ella aparece como el mejor medio de crear y gerenciar los servicios públicos industriales y comerciales, evitando a las colectividades públicas asumir los riesgos inherentes a semejantes empresas. (...)”; AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, *Grands services publics et entreprises nationales*, Tome 1, 2ª édition mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p. 240. Mientras, DE SOTO comentaba que «al inicio, el sistema de la concesión ha sido presentado como una consecuencia de la economía liberal»; DE SOTO, Jean, *Droit Administratif. Théorie générale du service public*, Éditions Montchrestien, Paris, 1981, p. 340.

²⁹ AUBY y DUCOS-ADER calificaban a la concesión como un «modo capitalista de gestión»; AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, ob. cit., p. 76. Para GUGLIELMI, KOUBI y LONG, repasando la evolución del sistema concesional, «la concesión confirma así de manera muy evidente la preeminencia del capitalismo privado sobre las estructuras de intervención de las personas públicas»; GUGLIELMI, Gilles J./ KOUBI, Geneviève y LONG, Martine, *Droit du service public*, 4ª édition, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2016, p. 831.

³⁰ Para AUBY y DUCOS-ADER la concesión como «fórmula de gestión tuvo su tiempo de celebridad en el siglo XIX»; AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, ob. cit., p. 76. Por su parte, René CHAPUS ha calificado al siglo XIX como *la edad de oro de la concesión* (de

En gráfico desarrollo de Jean RIVERO (a propósito de la concesión de servicios públicos):

“El procedimiento, (...), presupone, al menos en su forma clásica, la adhesión del Estado al *liberalismo económico*. Cuando el Estado liberal, en el siglo XIX, se encontró obligado a intervenir para permitir el desarrollo de empresas, nacidas del progreso técnico, cuya realización excluía la concurrencia y requería los procedimientos de potestad pública (ferrocarriles, gas, electricidad), este Estado dudaba de su aptitud para administrar por sí mismo tales empresas; temía, por otra parte, los aleas que parecían presentarse en el nacimiento de estas empresas. El procedimiento de la concesión le permitió, a la vez mantener a estas empresas bajo la autoridad de la potestad pública, hacer jugar en su gestión el móvil del lucro capitalista, aguijón necesario del proceso económico en la óptica liberal, y en fin descargar sobre el concesionario los riesgos financieros de tales iniciativas.”³¹

De tal suerte, fue el siglo XIX el espacio temporal que vio surgir y desarrollarse, en su primer estadio, a la *concesión administrativa* como realidad jurídica-administrativa;³² y en el que se dieron, igualmente, los primeros pasos en función de su configuración teórico-práctica como institución del Derecho Administrativo.³³ Incluso, un autor como el español Niceto ALCALÁ-ZAMORA, llegaba a escribir, en los primeros lustros del siglo XX, que

servicio público, según escribía); CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15^e édition, Editions Montchrestien, E.J.A., Paris, 2001, p. 639.

³¹ RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9^a edición francesa, Reimpresión, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006, p. 498.

³² Ya a finales del propio siglo XIX, un autor francés como Albert DREYFUS señalaba que los más grandes trabajos de esa centuria en Francia, habían sido ejecutados por la vía de la concesión y que esta última se había convertido en instrumento de progreso; DREYFUS, Albert, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse pour le doctorat, A. Pedone, Éditeur, Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, Paris, 1896, p. 1. Ver también, entre otros, PELLOUX, Robert, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, Thèse pour le doctorat en Droit, Université de Grenoble, Librairie Dalloz, Paris, 1932, p. 239.

³³ En el decir de RUIZ OJEDA: “(...) lo que otrora fue la concesión administrativa: una institución que emergió sobre y a partir de los restos del Antiguo Régimen durante el capitalismo de primera juventud para instrumentar la concurrencia con un poder administrativo mal organizado y peor dotado de ideas y de recursos. (...)”. RUIZ OJEDA, Alberto, ob. cit., pp. 35.

“(…) en torno del problema y el concepto de la concesión, giran las grandes cuestiones de nuestra vida nacional (…).”³⁴

Las primeras construcciones teóricas de la concesión administrativa se levantaron a partir de las figuras de la *concesión de dominio público*³⁵ y de la *concesión de obra pública o de trabajos públicos* (con mayor propiedad, para el caso francés, *concession de travaux publics*).³⁶ Ello tuvo que ver con una etapa del desarrollo técnico jurídico donde el *servicio público* no había adquirido aún claridad y cuerpo propio, técnicamente hablando, como concepto teórico y práctico dentro del espacio de funcionamiento *iusadministrativo*; ni como ámbito objetivo sobre el que podía recaer de la concesión,³⁷

³⁴ ALCALÁ-ZAMORA, NICETO, *La concesión como contrato y como derecho real*, Imprenta y Enc. de Julián Espinosa, Madrid, 1918, p. 6.

³⁵ Ver las afirmaciones de: PELLOUX, Robert, ob. cit., p. 239; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El servicio público del gas”, en su obra *Problemas actuales de régimen local*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1958, pp. 49 y 50. También para el caso del ordenamiento jurídico español del siglo XIX, véase además, entre otros, los análisis de: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, en *Revista de Administración Pública*, Nos. 100-102, Volumen III, Enero-diciembre, 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 2430; y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998, pp. 45 y sigs.

³⁶ Desde el Derecho español, enfatizaba Luis MORELL OCAÑA: “Puede decirse, en efecto, sin hipérbolo, que en torno a la figura de la concesión de obra pública se perfilaron – ya que no puede entenderse que nacieron –, las más importantes instituciones del Derecho Administrativo: el contrato administrativo, la expropiación forzosa, el servicio público, buena parte de la teoría del dominio público, al responsabilidad civil de la Administración, la misma teoría general de la concesión administrativa nace o al menos se desarrolla a la sombra protectora de la obra pública. (...)”; MORELL OCAÑA, Luis, “La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado”, en *Revista de Administración Pública*, No. 68, 1972, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 172. Asimismo, aseveraba Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (“Las obras públicas”, ob. cit., p. 2433): “(...) La concesión se concibe primariamente como un sistema de construcción de obras públicas, es decir, de transformación física de inmuebles demaniales. (...)”. Igualmente lo que planteara el propio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, ob. cit., pp. 2434 y sigs. Ver también a: MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, S.A., Madrid, 1992, pp. 23 y sigs.

³⁷ Según resumió E. DESGRANGES sobre el siglo XIX francés: “a) En la primera mitad del siglo XIX, la concesión de servicio público no era una categoría jurídica distinta de la concesión de trabajos públicos. Ni de Cormenin, ni Aucoc, ni Ducrocq, ni Batbie, ni Laferrière conocen la concesión de servicio público. Lo que se veía en la concesión era el elemento trabajo público y se atribuía el conocimiento de contratos de concesión al consejo de prefectura pues toda concesión comporta una parte de trabajo público. Era normal en la época donde lo que importaba era más la construcción de las obras necesarias en la concesión que su funcionamiento. Antes de hacer circular los ferrocarriles, antes de distribuir el gas y la electricidad, era necesario construir las vías férreas, las canalizaciones, los talleres,

el cual h distinto y diferenciable, en sí, de las categorías de *dominio público* y de *obra pública*.³⁸

Eso es perfectamente constatable en la literatura decimonónica de Derecho Administrativo. Por ejemplo, en una antigua obra de ese período, de procedencia francesa, se consignaba:

“La concesión domanial, es la apropiación privada de una cosa o de un derecho a título precario y revocable; es la posesión precaria de un bien dependiente del dominio público, o la quasi posesión de un derecho sobre este mismo bien.”³⁹

En otro texto del período, esta vez debido a PERRIQUET, se sustentaba:

“La palabra concesión es un término general que sirve para designar diversos contratos de interés público que se asemejan, tanto a la

las fábricas, todo un conjunto de obras públicas.” DESGRANGES, E., “Définition du marché de fournitures. Étude de jurisprudence”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, Tome cinquante-huitième, XLVIII^e Année, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1942, p. 211.

³⁸ Muy interesante al respecto resultan unas observaciones de Maurice HAURIU, incluidas en su nota de comentario al *affaire Feutry*, del Tribunal de Conflictos francés, con fecha 29 de febrero de 1908 (consultada por nosotros en la reproducción que de esa nota se hace en: HAURIU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIU, Tome I, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 584 y sigs.). Ver también, en este sentido, lo que planteaba: MESTRE, Achille, “Preface”, en BLONDEAU, Ange, *La concession de service publics*, Deuxième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1933, p. X. Igualmente: NÉGRIN, Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de Droit privé dans l'action administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, pp. 68 y 69. En la literatura jurídico-administrativa de procedencia española, resulta recurrente la conclusión de VILLAR PALASÍ, en el tercer cuarto del siglo pasado, que acuñaba: “En los comienzos de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo. (...)”; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, Tomo I, *Introducción y teoría de las normas*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 155 (aunque su obra de referencia esencial al efecto es *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964). De igual modo, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (“Las obras públicas”, ob. cit., p. 2430), señalaría: “Dominio y obra pública son de este modo conceptos que se apoyan y prestan mutua colaboración, al propio tiempo que permiten un primer desenvolvimiento de una nueva idea, la de servicio público, que sólo tardíamente y de forma fatigosa se irá abriendo paso y ganando autonomía.”

³⁹ FAURE, André, *Du Précaire en droit romain. Des concessions administratives sur les dépendances du domaine public en droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, F Pichon, Imprimeur-Libraire, Paris, 1876, p. 119.

venta, tanto al arrendamiento, tanto a la donación, y que tienen por rasgo común, sea el abandono de bienes pertenecientes al Estado o dejados a la disposición del Gobierno, sea al menos la sustitución en ciertos derechos del Estado. Ello se aplica, impropiaemente, a situaciones donde hay un simple permiso más que un contrato.”⁴⁰

Entre las concreciones objetivas más importantes, históricamente consideradas, de los tipos concesionales de obras o trabajos públicos y de bienes públicos, especialmente en el siglo XIX, se pueden contar las de los canales y puentes,⁴¹ los aprovechamientos de agua, los ferrocarriles⁴² y las minas.

De ahí que, en ese momento, la referencia jurídica al fenómeno que hoy conocemos particularmente como *concesión de servicio público*, estuviera comprendido, esencialmente, en los marcos conceptuales y funcionales que entonces abarcaba el supuesto de la *concesión de travaux publics*, de *trabajos públicos* o de *obra pública*.⁴³

⁴⁰ PERRIQUET, E., *Les Contrats de l'État*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billars et Cz, Imprimeurs-Éditeurs, Libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1884, p. 242. PERRIQUET (pp. 242 y 243) precisaba que las «concesiones del Estado» se relacionaban con tres tipos principales: las «concesiones de propiedad o de derechos reales», las «*concessions de travaux publics*» y las «concesiones impropiaemente nombradas con ese nombre, consistentes simplemente en un permiso, indispensable en aquellos que quieran usar un bien de dominio público o una cosa *nullius*». En esta cuerda argumental que aquí ilustramos, sobre las *concessions de travaux publics* sería interesante que se viera lo que desarrolló DELALLEAU, Ch., ob. cit., pp. 177 y sigs.

⁴¹ Vid.: DELALLEAU, Ch., ob. cit., pp. 177 y sigs.; JANSSE, Lucien, *L'évolution...*, ob. cit. p. 10.

⁴² Vid.: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 156; BLONDEAU, Ange, ob. cit. p. 25; BERMEJO VERA, José, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1975, p. 27.

⁴³ Situación esa que ya ha sido notada en diversos ordenamientos jurídicos. Así, v. gr., en Francia, Philippe COMTE sostuvo (ob. cit., p. 7), a la altura de la década de 1930, que la *concesión de servicio público* era una institución relativamente reciente, el último término de una larga evolución por la que había atravesado una institución muy antigua: la *concession de travaux publics*; ver, además, lo escrito por el propio COMTE, ob. cit., pp. 15 y 16. En el caso portugués: DE MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello, *Concessões de serviços públicos. Sua natureza jurídica*, 2ª edição (Reimpressão da 1ª edição [1914]), Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1928, p. 13. Para el caso español, por ejemplo, véase, entre otros, a: MORELL OCAÑA, Luis, “La concesión de marismas...”, ob. cit., p. 172; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, No. 243, Julio-Septiembre, 1989, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, pp. 584 y sigs.; y MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción...*, ob. cit., p. 24 y sigs.

Hacia el final del período decimonónico, comenzó a centrarse el eje principal de las concesiones administrativas en los *servicios públicos*.

Como aseveraba el belga Paul ORIANNE, el cuadro jurídico que recubre a la operación económica de la concesión se modifica por la evolución de la Administración, de la organización económica y del progreso técnico.⁴⁴ ORIANNE apreciaba también:

“Los aspectos de «trabajos públicos», «concesión de peaje» y «ocupación de dominio público» se disimulan gradualmente en la concesión, para dejar aparecer, al centro de su régimen jurídico, la noción de servicio público.”⁴⁵

Un paso representativo de esa dirección lo tenemos en los albores mismos del siglo XX, cuando la noción de *concession de service public* aún no tenía carta de naturaleza extendida entre la jurisprudencia, la doctrina y la legislación francesas de la época, de la mano de uno de los maestros forjadores de la ciencia del Derecho Administrativo francés: Maurice HAU-RIOU. Fue el decano de Toulouse uno de los que tempranamente vislumbró el carácter identitario que finalmente adquiriría la *concesión de servicio público* como figura jurídica, aportando además a esa realidad de identidad y esclarecimiento como tal figura jurídica. Así, pudo exponer en su nota de comentario al *affaire Blanleuil et Vernaudeau c. Ville de Angoulême*, del Consejo de Estado francés, de fecha 14 de febrero de 1902:

“El verdadero nombre de las concesiones que nos ocupan es entonces concesión de servicio público, y ella es ante todo un medio de asegurar un servicio público. Los servicios públicos se ejecutan, sea en régie, sea por concesiones. En seguimiento de una suerte de política administrativa, hay toda una serie de servicios públicos que no pueden ser ejecutados sino por el sistema de concesión. Estos son los servicios públicos que considero como empresas económicas. (...)”.

Y en el párrafo siguiente agregaba:

“Las concesiones de servicio no lo son menos que las concesiones de trabajos públicos, pero es un aspecto accesorio que sólo interesa a la competencia. Ha hecho falta, para que nos atengamos a esta corteza, la preocupación exclusiva de la competencia, que ha sido

⁴⁴ ORIANNE, Paul, *La loi et le contrat dans les Concession de service public*, Maison Ferdinand Larcier, S.A., Bruxelles, 1961, p. 139.

⁴⁵ ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 139.

durante mucho tiempo aquella del derecho administrativo francés, y que ha escondido a tantos el fondo del derecho. Las concesiones de servicio público no son incluso necesariamente contratos de obras públicas, (...), lo atestiguan las concesiones de transportes marítimos. (...).”⁴⁶

La relevancia cada vez mayor del *servicio público* para la vida social de finales del siglo XIX y principios del XX, hubo de llevar a esa categoría a deslindarse, como noción teórica y objetiva, de figuras como la *obra pública* y los *bienes de dominio público*, y a cobrar identidad propia.⁴⁷ De ahí que, justo al cerrar el primer cuarto del siglo XX, un estudioso francés pudiera aseverar con convicción que «la concesión de servicios públicos es entonces una operación independiente de toda idea de dominio y de *travaux publics*».⁴⁸

Por supuesto, todo ese movimiento de transformación nominal y conceptual hacia la concesión de servicio público, se da como consecuencia del desarrollo que fue adquiriendo la vida social y el replanteo del papel del Estado en su accionar directo en función de los intereses colectivos.⁴⁹

⁴⁶ Esta nota apareció inicialmente en Sirey 1904, III^e part., p. 81, y ha sido consultada por nosotros en: HAURIU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIU*, Tome III, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 437 y sigs., especialmente p. 440.

⁴⁷ Desde el prisma particularizado de Francia, se dio cuenta de esta situación en los comienzos del siglo XX. Así, de acuerdo con lo sostenido por Jean ROUVIÈRE: “(...) fundamentalmente después del fallo Thérond de 4 marzo de 1910, la jurisprudencia del Consejo de Estado hace una distinción. Ella considera, de una parte, el contrato de obra pública, y de otra parte, la concesión de servicio público. El contrato de obra tiene por objeto la construcción de la obra. La concesión de servicio público tiene por objeto la explotación de la obra según reglas precisas (...); ROUVIÈRE, Jean, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Thèse pour le doctorat, Imprimerie Alençonnaise, Alençon, 1930, p. 70. Ver: AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, ob. cit., pp. 76 y 237. También para Jean DUFAU es, a partir del *arrêt Therond*, del Consejo de Estado francés, de 4 de marzo de 1910, con conclusiones del Comisario de Gobierno PICHAT, que la *concesión de servicio público* adquiere su autonomía en relación con la *concesión de travaux publics*; DUFAU, Jean, *Les concessions...*, ob. cit. p. XIX; y del propio DUFAU, *Droit des travaux publics*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 118; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 517.

⁴⁸ REDEUILH, Henri, *Nature juridique de la concession de service public*, Thèse pour le doctorat (Sciences politiques et économiques), Imprimeries Delmas, Chapon, Gounouilhou, Bordeaux, 1925, p. 5.

⁴⁹ Esta situación la explicaba DE MAGALHÃES COLLAÇO, hace casi una centuria, indicando: “Puede afirmarse, sin exagerar, que representa concepciones totalmente diversas de la noción de actividad del Estado – y, en especial, de las formas, de esta, de la situación del

En resumidas cuentas, en los comienzos del siglo XX, la especie concesional cuyo objeto recae sobre la prestación de los servicios públicos pasa a ocupar el interés principal de los operadores del Derecho Administrativo en materia de concesiones y se convierte en la especie fundamental del sistema concesional. Incluso, en el plano denominativo cobra identidad⁵⁰ y se consolida la expresión *concesión de servicios públicos*, que en el período precedente se mostraba como de uso excepcional,⁵¹ en un proceso de evolución creciente en el que tuvieron incidencia tanto la legislación,⁵² como la jurisprudencia en

concesionario y de la entidad concedente, así como del alcance atribuido a los medios a disposición de los particulares y de la administración de cada al funcionamiento de lo que hoy llamamos *servicios públicos concedidos*. (...)” DE MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello, ob. cit., p 13.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, lo que reflejaba: GAUDUCHEAU, Charles, *Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante*, Thèse pour le doctorat économique, Imprimerie L. Caillot et Fils, Rennes, 1912, pp. 11 y 12.

⁵¹ Sería oportuno que se viera lo que recogió E. DESGRANGES (ob. cit., p. 212) sobre las conclusiones del Comisario de Gobierno francés M. REVERCHON, en el *affaire Istria* del Consejo de Estado, de 8 de abril de 1854, donde este último comisario hablaba de *concessions portant sur un service public*. Es preciso resaltar además que es posible encontrar referencias a la denominación *concesión de servicio público* en fallos de los altos tribunales de justicia franceses en el período decimonónico; en un fallo de la Corte de Casación de 22 de noviembre de 1884, publicado en la *Gazette du Palais*, 8.2.765, del que se reproduce en un fragmento contenido en la voz “Concession administrative”, en AA.VV., *Pandectes Françaises. Nouveau Répertoire de doctrine, de Législation et de Jurisprudence*, Tome dix-neuvième, Librairie Maresq Ainé, Chevalier-Maresq et C^{ie} Éditeurs, Librairie Plon, E. Plon, Nourrit et C^{ie} Imprimeurs, Paris, 1895, p. 691, específicamente No. 165) se utiliza la expresión *concessionnaire d'un service public*.

⁵² Según escribía Maurice HAURIU, desde la óptica del Derecho francés, el decreto de 31 de mayo de 1910, sobre la organización del Consejo de Estado y el contencioso, en su artículo 3, § 1, es el que inaugura la expresión *concesión de servicio público*; HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Onzième édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 793. Achille MESTRE (ob. cit., nota 2, p. XI) reconoció en su momento, en relación con el proceso de entronización de la voz *concesión de servicio público* y el desplazamiento de la expresión *concesión de trabajos públicos*, que los textos legislativos del período reflejaron esas nuevas tendencias; e ilustra con el artículo 115 de la ley de 5 de abril de 1884 en la que se hacía alusión a los *traités portant concession des grandes services municipaux*, y con el artículo 3, § 1, del decreto de 31 de mayo de 1910, sobre la organización del Consejo de Estado y el contencioso, en el que aparece la expresión *concesión de servicio público*. También son de utilidad las precisiones de: BLONDEAU, Ange, ob. cit., pp. 55 y 56. Por su lado, LLORENS reafirmaba que es en ocasión del decreto de 31 de mayo de 1910 sobre organización del Consejo de Estado que la expresión servicio público «es inaugurada»; LLORENS, François, “La définition actuelle de la concession de service public en Droit Interne.”, en AA.VV., *La concession de service public face au droit communautaire*, Éditions Sirey, Paris, 1992, p. 16.

materia administrativa⁵³ y lo más avanzado del pensamiento *iuspublicístico* atento a las dos primeras.⁵⁴

En este orden de cosas, hay que destacar que por la fuerza expansiva y absorbente de la propia idea de *servicio público*, tal como se verá en el primer cuarto del siglo XX – particularmente –, la figura de la *concesión de servicio público*, en la construcción teórica y jurisprudencial de un sector, llega a ser entendida como que subsume o absorbe en sí las de *concesiones de obras* o de *trabajos públicos* y las de *dominio público* que tiempo antes gozaban de identidad.

Como ilustración de esto podemos traer a colación unas líneas contenidas en un viejo trabajo francés sobre concesiones. Allí se decía:

“La concesión de Trabajos públicos no es exclusivamente una categoría particular de contrato relativo a la ejecución de trabajos público. Ella sobrepasa, incluso, en cierta medida, la noción de la operación de trabajos públicos para devenir un modo de ejecución de trabajos públicos, mas este punto de vista es discutible, porque la concesión de trabajos es una operación compleja en la que el

⁵³ Christian BETTINGER (ob. cit., p. 3) manifestaba que la cohabitación de las expresiones *concession* y *service public* aparece realmente en el *arrêt Therond*, del Consejo de Estado francés, de 4 de marzo de 1910. Mientras, François LLORENS (ob. cit., p. 16) acotaba que es en las conclusiones del comisario de gobierno CHARDENET, en el célebre *arrêt* conocido como *Gaz de Bordeaux*, que la *concesión de servicio público* conoce su primera definición, remarcable y siempre de referencia.

⁵⁴ Además de los comentarios pioneros de Maurice HAURIUO reproducidos precedentemente, hay que observar que en Italia, Ugo FORTI, en su trabajo “Natura giuridica delle concessioni amministrative”, que data de 1900 y que fue publicado originalmente en *Giurisprudenza italiana* (consultado por nosotros en FORTI, Ugo, *Studi di Diritto Pubblico*, Volume I, Soc. Ed. del «Foro Italiano», Roma, 1937, p. 375), sostenía enfáticamente que creía necesario abandonar la denominación que daban los autores franceses – citaba a AUCOC y a HAURIUO –, y que era seguida en Italia por CAMMEO, y sustituir la calificación de *concessioni di lavori pubblici* (que sin duda era tomada de la denominación francesa de *concession de travaux publics*) por la de *concessioni di pubblico servizio*. Para FORTI (“Natura...”, ob. cit., p. 375): “(...) *Così questa importantissima categoria di rapporti avrà un nome proprio e rispondente a quello che è il suo vero carattere; mentre invece non protrebbe che esser fonte di inesattezze, e sarebbe di più abbastanza strano, il chiamare «concessioni di lavori pubblici» quella concernente, per es., il solo esercizio di una ferrovia di proprietà dello Stato, o del peso pubblico, o di un teatro comunale.*”. Interesante también a este efecto resultan las explicaciones de Paolo SABBIONI, en el contexto del Derecho Administrativo italiano, ver: SABBIONI, Paolo, “Le service public et l’État de Droit en Italie”, en MODERNE, Franck y MARCOU, Gérard (eds.), *L’idée de service public dans le Droit des États de l’Union Européenne*, L’Harmattan, Paris, 2001, p. 259.

elemento más importante no es la construcción de una obra, sino su explotación por el concesionario y esta explotación se traduce en la gestión de un verdadero servicio público. En realidad, la concesión de trabajos públicos sería mejor nombrada concesión de servicio público.”⁵⁵

En todo este ambiente esbozado se manifestaba, además, una mutación terminológica que alcanzaba a la institución concesional, condicionada por – y en expresión de – los cambios en la realidad jurídica que afectaban a la rama *iusadministrativa* y, especialmente, al entorno objetivo al que respondía la concesión administrativa como técnica jurídica formal.

La *concesión administrativa*, en su desarrollo teórico-práctico - tomando en consideración especialmente el ámbito objetivo sobre el que recae y la trascendencia que esa actividad reviste en su realización y repercusión -, ha ido de la mano de la proyección social que trajo el nuevo sistema que derribó al Antiguo Régimen y del desarrollo que ha tenido esa proyección a lo largo de todo este tiempo. Así como también ha estado estrechamente conectada con los grandes adelantos científico-técnicos, y con las exigencias del fin existencial último por el cual se hace presente como institución jurídica: la satisfacción de las necesidades colectivas o de los intereses públicos.

Tal como se resumía por ORIANNE, subyacente a la evolución de la concesión deviene la de

“(…) las concepciones sobre el rol y la misión del Estado. Él no es más ese ser todopoderoso e irresponsable que ejerce una autoridad libre de todo control, donde la competencia está limitada a las actividades elementales de la vida pública. El Príncipe soberano deviene el administrador de un conjunto de servicios, *responsable de ellos*, y donde la intervención es requerida pues en hay un interés público a satisfacer; y el progreso hace nacer cada día nuevas necesidades...”⁵⁶

De ahí que todos esos presupuestos y condicionamientos mencionados deben mantenerse siempre a la vista en los análisis que sobre el tema se

⁵⁵ Cours du Droit rédigé avec la collaboration des Professeurs de l’Ecole Universelle par correspondance de Paris, *Droit Administratif. La Concession de Travaux Publics*, Librairie Carus, Paris, 1933, p. 3.

⁵⁶ ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 139.

quieran perfilar, si no se quiere pecar de olvidar la propia esencia de la institución en cuestión.

I.2-) Concepto de concesión administrativa

Resulta muy frecuente encontrar en los distintos estudios que se refieren a la *concesión administrativa*, el reconocimiento de quienes los suscriben sobre la confusión, vaguedad, desvarío o imprecisión que, en su planteamiento, ha rodeado a la definición o conceptualización de esa figura jurídica.

En Francia, un conocido autor (AUBY) apuntaba que «en el derecho francés había pocos términos tan anfíbológicos como el de concesión»;⁵⁷ y otro (BLONDEAU) decía que ese término no evidenciaba ninguna idea precisa.⁵⁸

En un libro clásico sobre concesiones administrativas, debido al italiano GALLATERIA, este autor advertía que, a pesar de los esfuerzos de la doctrina de su país por clarificarla, la noción de concesión administrativa seguía siendo siempre vaga e imprecisa;⁵⁹ y la incertidumbre que al respecto reinaba entre los *iuspublicista*, era índice de cuán vaga e imprecisa era esa noción.⁶⁰ Para GALLATERIA, el motivo de esa incertidumbre viene por la dificultad de definir esta institución, de por sí difícil, la cual presenta una desconcertante afinidad con algunos negocios jurídicos de Derecho Privado y Público; y nos decía:

⁵⁷ AUBY, Jean-Marie, “La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l’électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946”, en *Cahiers de Documentation Juridique*, Nos. 7 et 8, Octobre et Novembre, 1949, Électricité de France – Gaz de France, Paris, p. 3.

⁵⁸ BLONDEAU, Ange, ob. cit., p. 5. Una percepción de este tipo estaba enraizada ya desde el siglo XIX en el Derecho francés. En una vieja tesis francesa sobre concesiones de dominio público, su autor señalaba que: “La voz concesión no indica por ella misma nada preciso; no apunta a un sentido determinado; ella no designa una relación jurídica definida como las voces *venta*, *arrendamiento*, *prenda*. Ella puede servir para designar relaciones de derecho muy diversas.”; FAURE, André, ob. cit., p. 114. Con talante más contemporáneo, Bruno GENEVOIS acogía que la expresión concesión (*contrat de concession*, con mayor exactitud) era «en sí misma vaga y no era de contenido jurídico determinado»; GENEVOIS, Bruno, “La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics”, en *Cahier Juridique de l’Électricité et du Gaz*, 52^e année, No. 576, Mai, 2001, Électricité de France et Gaz de France, Paris, p. 181.

⁵⁹ GALLATERIA, Luigi, *Il negozio di concessione amministrativa*, Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 1942, p. 52.

⁶⁰ GALLATERIA, Luigi, ob. cit., pp. 53 y 55.

“(...) El término concesión que de hecho en el significado común de la palabra responde a la noción clara de dar o permitir a otro cosa demandada o deseada, en nuestra *terminología técnica*, no expresa un *preciso* concepto jurídico.”⁶¹

Esa situación que ilustramos a través de las consideraciones de GALLATERIA, es un fenómeno que ha venido arrastrándose desde el siglo XIX. Lo que muestra que no se ha logrado reconocer del todo, por la teoría y la práctica administrativas en general, un concepto de *concesión administrativa* que suscite la aceptación unánime.⁶²

Tal diversidad de ideas, con su expresión en criterios de autores, en fallos y normas en distintos países y momentos, es, en parte, resultado de la propia evolución histórica de la *concesión administrativa* y de la interpretación que de esa evolución se ha hecho. Asimismo, esa diversidad responde a enfoques nacionales y temporales tradicionales propios del fenómeno, según se ha entendido la realidad jurídica administrativa característica de cada país. La situación que ha acompañado a la definición de la *concesión administrativa*, puede verse como reflejo del camino que transita una institución jurídica característica de una rama del Derecho en construcción; y como expresión del *iter* que recorre ella misma como tal institución para lograr su definitiva cristalización.

A tenor de esa situación esbozada, precisar el concepto de *concesión administrativa* se convierte entonces en un requisito de base para el correcto entendimiento de toda la dinámica jurídica que envuelve a dicha institución; además de ser un intento de trazar compactadamente la silueta misma de esa dinámica.

En los diccionarios de la lengua española, comúnmente se recogen como acepciones del vocablo *concesión* los siguientes: a-) acción de conceder, y b-) otorgamiento gubernativo a favor de particulares o empresas, para aprovechar, construir o explotar algo.

De esto se puede entender que, corrientemente, se acoge, en primera instancia, un significado amplio y después otro más restringido, o específico, de la palabra en cuestión.

⁶¹ GALLATERIA, Luigi, ob. cit., p. 55, también en pp. 53 y 59.

⁶² Para el caso francés, en un trabajo de fines de la década de 1940, Jean-Marie AUBY reparaba en el hecho que: “La doctrina administrativa (...) había renunciado a la tarea tan vana de agrupar en una misma teoría las situaciones jurídicas múltiples y heterogéneas que portan esta misma denominación. (...)”. AUBY, Jean-Marie, ob. cit., p. 3.

Si nos enmarcamos en el terreno específico de la técnica jurídica, podemos constatar fácil e indubitadamente también aquí, y al igual que en su significado corriente, que la definición de *concesión administrativa* se ha proyectado en acepciones diversas - con sus seguidores y oponentes - que responden a tres enfoques fundamentales: uno *latu sensu*, uno *strictu sensu* y otro aún más restringido.

Esta es una cuestión de la que se ha dado cuenta por la doctrina sobre concesiones administrativas desde sus más viejos exponentes en el siglo XIX.

De tal suerte, tenemos al francés DELALLEAU, quien ya hacia 1834 nos advertía que el término «*concession*», en el lenguaje del Derecho y de la Administración, tenía varias acepciones. Una primera la refería como sinónimo de «de dar, de otorgar»; una segunda - que precisaba como más habitual - la enmarcaba como sinónimo «de permisión, de autorización». Para terminar diciendo que «sobre todo» la voz «*concession*» era «consagrada principalmente para designar un modo de ejecución de *travaux publics*».⁶³

En definitiva, para el universo jurídico-administrativo la palabra *concesión* comenzó a utilizarse inicialmente en dos grandes sentidos.

De una parte, para designar el acto de la Administración Pública que creaba derechos sobre el *dominio público* a favor de los particulares; y para señalar el acto o contrato por el que se otorgaba a estos últimos la realización o ejecución de una *obra pública* y su explotación (*trabajo público*).⁶⁴

⁶³ DELALLEAU, Ch., ob. cit., p. 180.

⁶⁴ Ello puede constatarse en los autores más antiguos, por ejemplo: TARBE DE VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des travaux publics*, P. Carilian-Goeury, Paris, 1835, p. 152; VIVIEN, A. F. A., *Estudios Administrativos*, Tomo I, Traducidos de la última edición francesa por don Antonio HERNÁNDEZ AMORES y don JUAN LÓPEZ SOMALO, Imprenta de Luis García, Madrid, 1854, pp. 43 y sigs. y 272 y sigs.; DUFOUR, Gabriel, *Traité Général de Droit Administratif appliqué*, Tome V, Deuxième édition, Cotillon, Éditeur, Librairie du Conseil D'État, Paris, 1856, pp. 106 y sigs. y 134 y sigs.; BATBIE, A., ob. cit., pp. 239 y 240; AUCOC, Léon, ob. cit., pp. 369 y 370; la voz "Concession", en BLANCHE, Alfred (Publié sous la direction de), *Dictionnaire Général d'Administration*, Avec le concours de M. Th. YMBERT, Tome I, Nouvelle édition entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence, Societé d'Imprimerie et Librairie Administratives, Paul Dupont, Editeurs, Paris, 1884, p. 499; la voz "Concession", en BLOCK, Maurice, *Dictionnaire de Administration Française*, Avec la collaboration de Membres du Conseil d'État, de la Cour de comptes, de directeurs et de Chefs de service des différents Ministères, etc., Quatrième édition refondue et considérablement augmentée, Berger-Levrault et Cie, Librairies-Éditeurs, Paris, 1898, p. 628; la voz "Concesione amministrative", en AA.VV., *Pandectes Français...*, ob. cit., pp. 683 y 684 y sigs.; MEUCCI, Lorenzo, *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, Terza edizione migliorata, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1892, p. 422; GIORGI, Giorgio,

Igualmente, coexistía en cierto sector de la teoría y la práctica administrativas, un uso de dicho vocablo que se extendía a todo aquél acto de esa índole, creador de nuevos derechos (no sólo ya sobre el *demanio* o sobre la ejecución y explotación de obras públicas) a favor de particulares o entidades jurídicas.

En relación con su origen, el alcance del término *concesión* se vio también ensanchado por el deslinde que, hacia finales del siglo XIX, se comenzó a realizar entre las nociones de *obra pública*, de *servicio público* y de *dominio público*, y que finalmente tomó cuerpo en los inicios del siglo XX.

1.2.1-) Concepto amplio de concesión administrativa

Como acabamos de apuntar, en un segmento doctrinal, jurisprudencial y legislativo, desde antiguo, se ha utilizado la idea de concesión administrativa en un sentido amplio, enfilada a dar cabida bajo su manto categorial a todo acto de índole administrativa creador de nuevos derechos a favor de particulares o entidades jurídicas.

Esta dirección dio lugar a que se entendiera la *concesión administrativa* como una categoría amplia en su contenido, proyectando su alcance a lo interno hacia una heterogeneidad de supuestos objetivos que la han llevado a convertirse en un supuesto que, si se mira desde ese vasto espectro, ha generado confusiones, por las distintas figuras que puede abarcar en esa amplitud y que no pueden identificarse exactamente entre sí.

Desde una perspectiva amplia, son varios los que han definido a la *concesión administrativa*.

La Dottrina delle Persone Giuridiche o Corpi Morali esposta con speciale considerazione del Diritto Moderno Italiano, Volume II, *Lo Stato*, Ristampa della seconda edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1927, p. 318; OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 219 y sigs.; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, 3^{era} edición, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865, pp. 56, 95 y sigs. y 163; COS-GAYÓN, Fernando y CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio, *Diccionario Manual de Derecho Administrativo español, para uso de los funcionarios dependientes de los Ministerios de Gobernación y Fomento, y de los alcaldes y ayuntamientos*, Imprenta de los Herederos de Vallejo, Madrid, 1860, especialmente las voces *Aprovechamiento de aguas*, pp. 65 y sigs., *Canal*, pp. 233 y sigs., *Ferrocarriles*, pp. 562 y sigs., y *Minas*, pp. 736 y sigs.; SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 3^{era} edición, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1891, pp. 555 y sigs., 565 y sigs., 582 y sigs., 624 y sigs. y 778 y sigs.; ABELLA, Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo español*, Tomo II, Madrid, 1886, pp. 964, 987, 1018, 1027 y 1179 y sigs.

Así, por ejemplo, el francés **TARBÉ DE VAUXCLAIR** escribió:

“Es el otorgamiento hecho por la autoridad soberana de un derecho, de una gracia, de un privilegio, de una facultad de hacer. (...)”.⁶⁵

Para **Santi ROMANO**:

“(...) *Sotto questa categoria non di raro si sono compresi tutti gli atti costitutivi di poteri o diritti a favore di determinate persone e anche di status. p. es., le naturalizzazioni (concessioni di cittadinanza), l'erezione a persona giuridica, la legittimazione per decreto reale dei figli naturali, la grazia sovrana, il conferimento di un impiego, etc.*”.⁶⁶

Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO la refirió de la siguiente manera:

“Gracia, merced o reconocimiento expreso o tácito, que se otorga por la Administración, mediante ciertos requisitos o formalidades, confirmando un derecho, permitiendo su ejercicio, o creándolo, bien a solicitud de un particular, bien por oferta administrativa.”.⁶⁷

Esta concepción extensiva de la *concesión administrativa* se planteó desde el siglo XIX y ha tenido importantes exponentes dentro de los científicos del Derecho Administrativo de Alemania,⁶⁸ Austria⁶⁹ e Italia⁷⁰; y también

⁶⁵ **TARBÉ DE VAUXCLAIR**, ob. cit. p. 152. De un modo muy similar se recogía en el diccionario de **BLOCK** sobre la *concesión*: “(...) En su sentido más general, ella designa el otorgamiento de una gracia, de un privilegio o de un derecho por el Jefe de Estado a una persona o a una sociedad.”; ver: **BLOCK**, Maurice, ob. cit, p. 628.

⁶⁶ **ROMANO**, Santi, *Corso de Diritto Amministrativo*, Terza edizione riveduto, CEDAM, Padova, 1937, p. 239.

⁶⁷ **FERNÁNDEZ DE VELASCO**, Recaredo, *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, Tomo II, 2^{da} edición, Librería Bosch, Barcelona, 1931, p. 312.

⁶⁸ Ver la manera en que se expresaba, por ejemplo: **JELLINEK**, George, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, pp. 121 y sigs.

⁶⁹ Por ejemplo: **MERKL**, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 250. Ver, igualmente, los pronunciamientos de: **SPIEGEL**, Ludwing, *Derecho Administrativo*, Traducción del alemán por Francisco J. CONDE, Editorial Labor S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1933, pp. 217 y sigs.

⁷⁰ Entre otros, pueden verse: **RANELLETTI**, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Settima edizione riveduta e interata, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1945, p. 22; **ZANOBINI**, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954, pp. 334 y 335; **LENTINI**, Arturo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Volume primo, Parte Generale, Società Editrice Libreria, Milano, 1939, pp. 596 y 597; **DE VALLES**, Arnaldo, voz “Concessioni”, en *Nuovo Digesto Italiano*, Volume III,

entre los cultivadores de la ciencia jurídico-administrativa en la región correspondiente a Iberoamérica⁷¹.

En síntesis, se puede concluir que el denominador común y punto de intersección de las definiciones destacadas, estriba en la referencia a un acto que produce el nacimiento de un derecho o de una nueva posición activa para determinada persona, otorgado por la Administración Pública; es decir, de un acto que produce como consecuencia la ampliación de la esfera jurídica subjetiva de la persona a la cual se le realiza el otorgamiento por parte de la Administración Pública.

A partir de esa idea, y en principio, todo acto de la Administración Pública que involucre esa situación de creación *ex novo* de un derecho para una persona, o de ampliación de su esfera jurídica subjetiva, se denominará entonces como *concesión* o *concesión administrativa*.

Si tomamos como referencia la concepción amplia y los planteamientos de quienes la adoptan, podemos constatar que se han incluido dentro del concepto de la *concesión administrativa* los actos que otorgan la legitimidad de un hijo natural, la ciudadanía, un título honorífico, la personalidad

Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 578; también de DE VALLES, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Terza edizione, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1956, p. 203; VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, Quarta edizione aggiornata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1954, pp. 368 y 369; del mismo VITTA, la voz “Concessioni (Diritto amministrativo)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA, Volume III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1959, p. 920; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Traducción de la 3^{era} edición italiana por Buenaventura PELLISÉ PRATS, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970, p. 166; GIANNINI, Máximo Severo, *Diritto Amministrativo*, ob. cit., pp. 651 y sigs.; CASSETTA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Diciassettesima edizione completamente riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul proceso, a cura di Fabrizio FRACCHIA, Dott. A. Guiffirè Editore, S.p.A., Milano, 2015, p. 331.

⁷¹ V. gr.: LARES, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, dadas en el Ateneo Mexicano, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852, pp. 75 y sigs.; RODRÍGUEZ MORO, Nemesio, *La ejecutividad del acto administrativo (Con especiales referencias a lo municipal)*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949, p. 19; DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pp. 95 y 96; REYES RIVERO, Jorge, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión de bienes nacionales de uso público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, pp. 211 y sigs.; GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, *La concesión, acto creador de derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965, pp. 28 y 29; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2^a edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 238; BUJ MONTERO, Mónica, “El acto administrativo”, en FARRANDO (h), Ismael – MARTÍNEZ, Patricia R. (Directores) et al, *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión de la 1^{era} edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 168.

jurídica a determinado ente, el cambio de nombre o apellido, el derecho de vecindad, una determinada patente, una pensión; los que otorgan el ejercicio de ciertos derechos subjetivos, o la construcción de una obra pública, la realización de un servicio público y la utilización de un bien de dominio público. Además de los actos por los que se enajenan bienes nacionales, las licencias, las autorizaciones; entre otros.

Incluso, el italiano Cino VITTA llegó a manifestar:

*“Ritengo per fermo che concettualmente debba farsi rientrare nella categoria delle concessioni amministrative anche il conferimento di un ufficio pubblico al singolo, avvenga questo dietro corrispettivo coll’assunzione nell’impiego, ad a titolo meramente gratuito mediante la nomina a funzionario onorario. Non mi dissimulo che questo non è il comune modo di vedere, e che dell’impiego pubblico, e più ancora della nomina ad ufficio onorario, molti autori vogliono fare una categoria speciale di atti amministrativi; ma per mia parte non ne vedo la ragione. In realtà qui si attribuisce un diritto ad esercitare la pubblica funzione od a compiere un pubblico servizio a chi per lo innanzi era completamente strano all’a.p., e si crea per esso un diritto subbiiettivo ex novo, come in tutti gli altri casi di concessione amministrativa. (...)”.*⁷²

De esa manera, se reúnen actos muy disímiles bajo una misma rúbrica y se pretende realizar una construcción jurídica unitaria de ellos, sólo porque los conecta el hecho que, por una vía u otra, ensanchan la esfera subjetiva de una persona, al derivar nuevos derechos para esta última a partir de una actuación administrativa.⁷³

⁷² VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, ob. cit., pp. 372 y 373. También de VITTA, “Concessioni (Diritto amministrativo)”, ob. cit., pp. 921 y 922.

⁷³ El chileno Eduardo SOTO KLOSS advertía sobre la *concesión* que “(...), se trata de un término “análogo”, que si bien difiere en cada significado poseen todo ellos algo en común, es decir un “analogado principal” en el que todos convienen.”; y apreciaba luego de repasar algunos ejemplos que caen bajo el alcance objetivo de dicho término: “Se advierte, pues, que el vocablo “concesión” tiene múltiples significados, pero en todos subsiste algo común – el denominado con lógica “análogo principal” - y ese algo en común es el atribuir un bien (corporal o incorporal/derecho) a un sujeto que antes no lo poseía, atribución que puede originarse en un “acto” administrativo (esto es una decisión unilateral de un órgano estatal administrativo) o surgir de un “contrato” administrativo (esto es, una convención celebrada por un órgano de la Administración con un tercero)”. Ver de SOTO KLOSS: “La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el Derecho chileno”, trabajo que fue publicado inicialmente en la revista *Ius Publicum*,

Por esa razón, y en aras de intentar buscar el perfeccionamiento de la técnica jurídica, cabría preguntarse: ¿será ese criterio suficiente de por sí para encerrar a todos esos actos en una categoría jurídica homogénea, que implique la aplicación de un régimen jurídico con elementos comunes?

En una opinión que se ha convertido en referencia obligada en este tema, el italiano Cino VITTA se manifestaba por adoptar el concepto amplio de concesión, pues, en un concepto más restringido, quedarían fuera del cuadro del acto administrativo algunos actos que no se sabría cómo clasificar, y que tienen la nota común de hacer surgir en el particular un derecho que no tenía.⁷⁴

Sin embargo, y más allá de la defensa que ha tenido y de la acogida por destacados científicos, la noción expuesta de *concesión administrativa* no ha dejado de ser cuestionada en su amplitud,

En este sentido, resulta emblemático el sentir de Georges VEDEL cuando sentenciaba que el

“(...) término “concesión” es uno de los más vagos del Derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de “incrementos futuros” que son simplemente ventas de materiales.”⁷⁵

En el decir del italiano TRIMARCHI, es posible dudar del criterio que identifica a la concesión con ese sentido más amplio, pues la ampliación de la esfera subjetiva del sujeto destinatario del acto de concesión, no siempre puede constituir la *nota común y exclusiva* de las diversas hipótesis que ello puede abarcar. Esa ampliación, que puede encontrarse en las concesiones, pero también en otros actos como la autorización – que la doctrina

No. 9, 2002, pp. 111 y sigs., y que ha sido consultado por nosotros en SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2009, pp. 473 y 474.

⁷⁴ VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, ob. cit., p. 368, y “Concessioni (Diritto amministrativo)”, ob. cit., p. 920. Ver también, entre otros que han seguido el criterio de VITTA, a: DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, ob. cit., p. 95, nota 30; y GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, ob. cit., pp. 28 y 29.

⁷⁵ VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6ª edición francesa por Juan RINCÓN JURADO, 1ª edición, Aguilar, S.A., Madrid, 1980, p. 708.

ha distinguido de la concesión -, representa un dato muy genérico, y como tal, no susceptible de fundar una categoría específica de actos jurídicos. La tentativa – sigue diciendo el italiano – de considerar unitariamente una numerosa y variada serie de actos, comporta, en un plano de la teoría general, la excesiva amplitud e imprecisión del esquema de cualificación.⁷⁶

En este orden de cosas, a través de todo este tiempo, una parte de la doctrina y la jurisprudencia ha levantado su voz contra una percepción amplia del concepto de concesión administrativa, con argumentos nada desdeñables.⁷⁷

Fernando ALBI, con motivo de la denominación de *concesión*, concluía en su momento:

“Tropezamos de nuevo, al iniciar el estudio de la concesión, con un problema terminológico, (...), ahora nos enfrentamos con una denominación caracterizadamente administrativa, casi exclusivamente administrativa, que como consecuencia de la penuria verbal que lamentamos ha tenido que aplicarse profusamente por la legislación y la doctrina, de consuno, a un conjunto de instituciones de tan escasa coincidencia esencial que en muchos casos sólo es posible aproximarlas, en una elaboración sistemática, forzando exageradamente el razonamiento.”⁷⁸

A su turno, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO apreciaba sobre el concepto amplio de concesión administrativa que «consiste en trasplantar el significado vulgar de la palabra para el terreno técnico jurídico sin cualquier efecto práctico».⁷⁹

Entre los que se han enrolado en la tendencia de confrontar la noción más amplia de la concesión administrativa, se ha argumentado que no recoge la verdadera esencia del fenómeno;⁸⁰ que por ese motivo y desde ese prisma de la amplitud se cubre una inmensidad de supuestos o situaciones

⁷⁶ Ver: TRIMARCHI, Francesco, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967, pp. 3 y 4.

⁷⁷ Ver las afirmaciones del italiano SILVESTRI, ENZO, voz “Concessione amministrativa”, en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo VIII, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1961, p. 371.

⁷⁸ ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, S.A., Madrid, 1960, p. 502.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Volume I, *Introdução*, 3ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2010, p. 557.

⁸⁰ GALLATERIA, Luigi, ob. cit., p. 61.

disímiles y dispares;⁸¹ que se hace de ella una institución poco precisa, «sin utilidad a los fines de la cualificación de ese instituto jurídico»;⁸² y, como tal, genera confusiones técnicas con otros tipos de acto, que no benefician la construcción teórica y práctica de su régimen jurídico, genera inconvenientes teórico-prácticos en su realización⁸³ y no propicia la construcción sistémica de su régimen jurídico.⁸⁴

Para nosotros, de aceptarse el sentido lato esbozado de la *concesión administrativa*, se extendería en buena proporción el alcance de su significado, dificultando su delimitación con exactitud⁸⁵ y llevando, en relación directa con ello, a la imposibilidad de establecer diferencias precisas con otras instituciones jurídicas-administrativas; produciéndose inevitables confusiones técnicas entre ellas, que repercutirían desfavorablemente en el ámbito de su ordenación jurídica como relaciones intersubjetivas. Esa realidad sólo generaría una percepción imprecisa del fenómeno,⁸⁶ que se trasladaría tanto a su arista teórica, como a la práctica, con la consecuente imperfección y disfuncionalidad en su construcción jurídica general, que puede manifestarse también en el espacio de realización objetiva de dicho fenómeno.

Creemos que establecer un concepto demasiado abierto de la *concesión administrativa*, provocaría que se incluyeran en él actos que, a simple vista,

⁸¹ Vid.: GALLATERIA, Luigi, ob. cit., p. 61; MASAGÃO, Mário, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., editores, São Paulo, 1933, p. 14.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios...*, ob. cit., p. 557.

⁸³ V. gr.: CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, Volumen III, *Contratos administrativos*, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro – São Paulo, 1967, p. 117.

⁸⁴ Apreciaba Francesco GULLO que la consideración del concepto amplio de concesión o de la amplitud del concepto, induce a dudar de la validez de esa definición amplia en cuanto su valor sistemático. GULLO, Francesco, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, CEDAM, Padova, 1965, p. 3.

⁸⁵ Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sobre el alcance amplio de la idea de concesión “(...) Es manifiestamente inconveniente reunir bajo tal denominación tan profunda gama de actos profundamente diferentes en lo que se refiere a la estructura y a los regímenes jurídicos. (...)”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Derecho Administrativo*, Traducción del portugués por Valeria Estefanía LABRAÑA PARRA, 1ª edición en español, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 2006, p. 379.

⁸⁶ Esta percepción se nos refuerza, cuando constatamos que un autor como Manuel María DIEZ, que llegó a acoger una noción amplia de la *concesión administrativa*, se expresaba, igualmente, en los siguientes términos: “(...) Por la diversidad de objetos y por el régimen jurídico distinto de las concesiones administrativas resulta que no se puede dar en derecho administrativo sino una noción conceptual vaga de la concesión, de la que, por lo demás, es difícil hacer una teoría de conjunto”. DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, 5ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, p. 384.

involucren la creación de derechos para la contraparte de la Administración Pública en la relación que se origina a raíz de los referidos actos, pero que, en un examen a fondo, no fueran afines con la concesión. Ello sería crear un concepto «saco» o una figura genérica donde se introduciría todo acto innominado que tuviera algún punto de coincidencia global en los efectos generadores de derechos, pero sin atender a sus posibles particularidades individualizadoras;⁸⁷ cuando lo más consecuente, científicamente hablando, sería tratar de determinarles un *nomen iuris* y una naturaleza jurídica que permita ubicarlos por sí solos en el sistema de Derecho, y con ello adjudicarles el régimen jurídico más adecuado a sus implicaciones.

I.2.2-) Concepto estricto de concesión administrativa

Frente a quienes han enarbolado el concepto expuesto de la *concesión administrativa*, contrasta un sector doctrinal que se ha empeñado en individualizar y deslindar esa figura específica de otros actos (como la *autorización*, por ejemplo⁸⁸) – no ya de manera interna dentro de una categoría ge-

⁸⁷ Al estudiar la cuestión de la concesión administrativa de servicio público en su país, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO reparaba en la «falta de buena terminología» y en el uso impreciso que se hacía por el Derecho positivo de vocablos afines como admisión, licencia, autorización, permiso, concesión y otros, «sacrificando su necesaria precisión» y causando lo que denominaba como «caos semántico» y «ausencia de una deseable sistematización del tema, a nivel de normas generales». MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 16ª edição revista e atualizada, Editora Forense Ltda., Rio de Janeiro, 2014, p. 481.

⁸⁸ Uno de los trabajos más trascendentes en este sentido, por su repercusión posterior en otros administrativistas dentro de su propio país y fuera de él, ha sido el del italiano Oreste RANELLETTI, titulado “Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, aparecido en 1894 en *Giur. ital* y consultado por nosotros en RANELLETTI, Oreste, *Scritti giuridici scelti*, Tomo III, *Gli atti amministrativi*, Edizioni a cura di Erminio FERRARI y Bernardo SORDI, Jovene editore, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, 1992, pp. 35 y sigs. Pero ya varios años antes de este trabajo de RANELLETTI, encontramos observaciones de distinción entre la *concesión* y la *autorización* como la que tempranamente hiciera el francés TARBÉ DE VAUXCLAIRS, ob. cit., p. 152. También con anterioridad al trabajo de RANELLETTI: BATBIE, A., ob. cit., p. 239. Igualmente clásico al respecto es el desarrollo de: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, *Parte Especial. Poder de Policía y Poder Tributario*, Traducción directa del original francés por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 59. Así como: GUILLOUARD, Jean, *Notion juridique des actes d’exécution des autorisations et des concessions administratives*, Thèse pour le doctorat, Université de Caen, A. Pedone, Editeur, Librairie de la Cour d’Appel et de l’Ordre des Avocats, Paris, 1903, pp. 257 y sigs.; y ARCA, Francesco, *Le concessioni amministrative ed i contratti pe pubblici servizi*, Tipografia Economica diretta da Bruno Surace, Reggio Calabria, 1905, pp. 63 y sigs.

nérica, sino de forma independiente cada uno –, que se tienden a incorporar dentro de un mismo perímetro conceptual a partir de la noción amplia de la institución concesional.

Con ello se ha pretendido trazar su diagrama como una figura con un alcance objetivo más estrecho que el que puede mostrar su noción más lata. Pero, a su vez, se ha tratado de solidificar su unidad como fenómeno jurídico y de propiciar una mayor precisión en la percepción y ordenación de su régimen jurídico.

Según consideraba Enzo SILVESTRI:

*“La necessità della delimitazione del concetto in questione è evidente. Solo se gli atti di tale categoria assolvono la medesima funzione specifica e presentano caratteristiche strutturali omogenee, può dirsi che la nozione di concessione risponda ad una esigenza sistematica.”*⁸⁹

En esa orientación, hay que hacer notar que ya en la Francia decimonónica, y a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos (especialmente Alemania e Italia), la construcción clásica de la *concesión administrativa* no ha adquirido ribetes tan amplios en su concepción – a pesar de las advertencias de parte de su doctrina en cuanto al hecho que el uso de la noción de *concesión administrativa*, desde esa época, implicaba la agrupación, bajo su alcance, de realidades jurídicas diversas y heterogéneas⁹⁰ –; sino que se ha levantado esencialmente sobre la idea de explotación de un bien público y de construcción y explotación de una obra pública, o de ejecución de trabajos públicos, otorgados a un particular por la Administración Pública.⁹¹ Para desembocar luego, a inicios del siglo XX, en la configura-

⁸⁹ SILVESTRI, ENZO, voz “Concessione amministrativa”, ob. cit., p. 371.

⁹⁰ Ver, por ejemplo: la voz “Concession administrative”, en AA.VV., *Pandectes Françaises...*, ob. cit., p. 683; SUDRE, Jacques, *La compétence du Conseil d’État en matière de contrats*, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1928, págs. 95; BLONDEAU, Ange, ob. cit., pp. 3 y sigs.; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 5 y sigs.; PELLOUX, Robert, ob. cit., pp. 242 y sigs.; AUBY, Jean-Marie, ob. cit., p. 3; voz “Concession administrative”, en VERGÉ, Emmanuel y HAMEL, Joseph (Publié sous la direction), *Dalloz. Nouveau Répertoire de Droit*, Tome premier, Deuxième édition, Jurisprudence Générale, Dalloz, Paris, 1962, p. 913; CHENOT, Bernard, ob. cit., p. 281; CATHELINEAU, Jean, “Diversité et particularisme...”, ob. cit., p. 27; BETTINGER, Christian, ob. cit., pp. 2 y sigs.; y BEZANÇON, Xavier, ob. cit., pp. 358 y sigs.

⁹¹ Entre los escritores franceses del siglo XIX podemos mencionar a: TARBÉ DE VAUXCLAIRS, ob. cit., p. 152; DUFOUR, Gabriel, ob. cit., pp. 106 y sigs. y 134 y sigs.; BATBIE, A., ob. cit., pp. 239 y sigs.; AUCOC, Léon, ob. cit., pp. 369 y 370; voz “Concession”, en BLANCHE,

ción del *servicio público* como otro elemento objetivo característico sobre el que puede recaer la concesión.

A fin de cuentas, la idea rectora sobre la que se ha asentado esa construcción es la de subrogación o sustitución del concesionario en ciertos derechos de la Administración Pública, que se relacionan con el aludido marco objetivo. Por lo que, desde antiguo, en dicha concepción se arrastraba el planteamiento de fondo de la preexistencia de tales derechos en el ámbito funcional o competencial de esa entidad pública y del movimiento de los mismos, de ella hacia el concesionario, en virtud del acto de concesión.⁹²

La conjugación de ambos factores – la consideración por unos de lo inapropiado del concepto extendido de la *concesión administrativa* para una construcción sólida de la misma y la influencia que el Derecho Administrativo francés ha ejercido sobre parte de los administrativistas de otros países – tributó a que en la búsqueda por perfilar de forma más nítida los contornos de la *concesión administrativa*, se expresara una orientación conceptual que ha estrechado – en contraste con lo visto anteriormente – los fundamentos de esa figura⁹³ en el hecho de conferir a determinada persona (la manifestación

Alfred, ob. cit., p. 499; voz “Concession”, en BLOCK, Maurice, ob. cit., p. 628; DUCROCQ, Th., *Cours de Droit Administratif*, Tome II, *Tribunaux administratifs*, Septième Édition, Ancienne Librairie Thorin et Fils, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1897, pp. 248 y sigs.; y DUCROCQ, *Cours de Droit Administratif*, Tome IV, *L'Etat. Personnalité Civile et Domaine*, Septième Édition, Ancienne Librairie Thorin et Fils, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1900, pp. 548 y 551; LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I, Berger-Levrault et C^{ie}, Libraires-Éditeurs, Paris, 1887, pp. 549 y sigs. Ver la voz “Concession administrative”, en AA.VV., *Pandectes française...*, ob. cit. pp. 683 y 684; y la voz “Concession”, en FUZIER-HERMAN, Ed./ CARPENTIER, A. y FRÈREJOUAN DE SAINT, G., *Répertoire Général Alphabétique du Droit Français*, Tome douzième, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, L. Larose, Éditeur, Paris, 1893, p. 1064.

⁹² Véase la forma específica en que se manifestaban, por ejemplo: BATBIE, A., ob. cit., p. 239; AUCOC, Léon, ob. cit., pp. 369 y sigs.; y DUCROCQ, Th., ob. cit., Tome II, p. 248.

⁹³ No sin encontrar opositores como, por ejemplo: ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 239, y ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., pp. 334 y 335, quienes prefirieron la concepción amplia y expresamente plantearon que no debe aprobarse la tendencia a esta restricción conceptual de la concesión; VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, ob. cit., p. 368. Decía Lugwing SPIEGEL (ob. cit., p. 219) en nota al pie de la página: “No está muy claro por qué no se puede traducir el término «autorización» por el de «concesión» (1, pág. 289). El límite riguroso entre autorización y la concesión, que MAYER toma del Derecho francés, no puede aplicarse exactamente al Derecho austríaco, ni tampoco al Derecho alemán. Cfs. TEZNER en el Verw-Arch., 8, pág. 530, N^o. 125.” Para GARCÍA-TREVIANO Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, ob. cit., p. 238: “Podría tomarse la palabra en un sentido más restringido y exigir, por ej., que la entrega de facultades al administrado

de inicio fue el otorgamiento a un particular) ciertos derechos, funciones o actividades cuyo titular es la Administración Pública; derechos, funciones o actividades, que se refieren a su esfera de actuación característica (de ahí que se haya dicho también que tales actos conferirían derechos o poderes sobre una parte de la administración pública⁹⁴) y que tienen como objeto la prestación de un *servicio público*, la realización de una *obra pública* o la explotación de un *bien de dominio público*.⁹⁵

El carácter público del servicio, de la obra o del bien, significa que tales ámbitos objetivos están, en principio, incardinados jurídicamente en el perímetro de acción pública propio de la Administración Pública y que la relación de ésta sobre aquéllos es una relación de titularidad. Es decir, que, en cuanto espacios objetivos, están sustraídos jurídicamente del que abarca el tráfico jurídico ordinario de lo individuos, y que la intervención de estos últimos en dichos marcos – y precisamente por esa situación – debe tener lugar a tenor de una previa habilitación al efecto de la entidad administrativa. Por lo que, entonces, la Administración Pública concedente transmite al concesionario, en virtud del acto de concesión, el ejercicio - pero no la titularidad - de la actividad que los tiene como objeto. Situación ésta que no ocurre en el caso de las llamadas *concesiones de personalidad jurídica*, de *títulos honoríficos*, *patentes* y otras que se han pretendido incluir en la definición extendida, en las que no hay ningún otorgamiento o movimiento de la gestión de actividades propias del ente administrativo.

Contrastando con la tesis amplia, existe entonces una concepción más restringida de la definición de *concesión administrativa*, que se mueve en la línea argumental expuesta en el párrafo precedente y se halla diseminada por los diferentes ordenamientos jurídicos y por importantes sectores de la ciencia del Derecho Administrativo en esos ordenamientos.

(o derechos o poderes) requiera que éstos sean propios del concedente. No creo admisible este criterio porque existen numerosas desviaciones en la relación concesional. El concedente actúa a veces sobre funciones o servicios ajenos o, por ej., la reversión se produce a *non concedente*, y todo esto no son más que aspectos parciales de un único fenómeno.”

⁹⁴ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo III, *Parte Especial. El Derecho Público de las cosas*, Traducción directa del original francés por Horacio H. HEREDIA y Ernesto KROTOSCHIN, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 245.

⁹⁵ Uno de los esfuerzos representativos que pueden incluirse en esta orientación, con sus particularidades, es el del español José Luis VILLAR PALASÍ, “Concesiones administrativas”, ob. cit., especialmente, pp. 696 y sigs., en relación con lo que él refirió como unidad de la idea concesional y en el marco particular de lo que reconocía como concesiones traslativas.

Por ejemplo, el francés A. BATBIE definía:

“La concesión es un acto por el cual la administración subroga en sus derechos a un particular o compañía. Es una medida discrecional que no implica ningún derecho preexistente de parte del concesionario, y que es la fuente primaria de acciones adquiridas por este último. (...)”.⁹⁶

Decía Otto MAYER:

“(...) Así, definimos la concesión como un acto administrativo mediante el cual se otorga a un súbdito un poder público sobre una parte de la administración pública que le es delegada.”.⁹⁷

También desde la tesis en sentido estricto, el italiano Ugo FORTI afirmaba:

*“Le concessioni in senso stretto danno vita dunque a rapporti giuridici, propri del diritto pubblico, con cui si mira semplicemente a creare ex novo nel singolo una facoltà nel campo dell’attività propria a ciascuno degli enti pubblici, conferendogli un «privilegio d’utilità» (...).”*⁹⁸

Por su parte, el argentino Rafael BIELSA observó:

⁹⁶ BATBIE, A., ob. cit., p. 239.

⁹⁷ MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 245. Para el francés DEVELLE, por la concesión administrativa lo que se concede “(...) es una facultad, una prerrogativa exorbitante del derecho común, una parcela más o menos extendida de poder público.”; DEVELLE, Philippe, *La concession en Droit International*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de L’Université de Paris, Librairie Gabriel Enault, Paris, 1936, p. 25. ÁLVAREZ PUGA y SENTÍAS BALLESTER sostuvieron: “Resumiendo, podemos definir la concesión, en sentido estricto como *el acto unilateral, discrecional, realizado por la Administración en concepto de poder, mediante el cual se transfiere a un particular, basándose en razones de utilidad o conveniencia pública, funciones propias de la Administración.*”; ÁLVAREZ PUGA, Eduardo y SENTÍAS BALLESTER, César, *Suma práctica de las concesiones administrativas*, Ánfora, Barcelona, 1964, p. 14.

⁹⁸ FORTI, Ugo, “Natura...”, ob. cit., p. 367. Del propio FORTI puede verse: “Due speciali forme di concessione amministrative (riscossione d’imposte e teatri comunali)”, en *Studi di Diritto Pubblico*, Volume I, Soc. Ed. del «Foro Italiano», Roma, 1937, pp. 336 y 337. Otras nociones por ejemplo, en: ARCA, Francesco, ob. cit., p. 71; RAGGI, Luigi, “Sull’atto amministrativo”, en *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, Anno IX-1917, Parte prima, Società Editrice Libreria, Milano, p. 177; PRESSUTTI, Enrico, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Volume primo, Terza edizione, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina, 1931, p. 189; SIMONCELLI, Domenico, ob. cit., p. 585; SILVESTRI, Enzo, voz “Concessione amministrativa”, ob. cit., p. 371; LANDI, Guido/POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Undecima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 208 y 209.

“De manera general se considera a la concesión como la atribución de un poder jurídico de ejecución en parte de la Administración pública (...).”⁹⁹

La noción de *concesión administrativa* que nos ocupa ha recibido mayores simpatías por parte de no pocos autores, a tenor de la percepción de que el significado amplio de *concesión* conlleva en sí la acción de abarcar en su seno un contenido muy heterogéneo e impreciso, que atenta contra su propia determinación y unidad como tipo jurídico.¹⁰⁰

Esta definición más restringida de la *concesión administrativa*, trasluce una mayor precisión en su uso que la concepción más amplia anteriormente referida, a partir de la similitud esencial de los supuestos fácticos que involucra. Similitud que, salvando las especificidades de las diferentes tipos concesionales según su objeto, permite apreciar la posibilidad cierta y efectiva de la aplicación de fondo de un régimen jurídico común en sus pilares fundamentales.

Según el criterio del argentino Miguel Santiago MARIENHOFF:

⁹⁹ BIELSA, Rafael, *Ciencia de la Administración*, 2DA edición, actualizada, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 107. Ver también, sólo con un fin ilustrativo numéricamente mínimo, a: GARCÍA OVIEDO, Carlos, “Hacia la emancipación del Derecho Administrativo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año LXXIX, Tomo 156, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1930, p. 192; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, 4.ª edição actualizada e revista, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1957, p. 521; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Impresa en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1953, p. 421; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 3^{era} edición, Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2015, p. 351; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2^{da} edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 83; también en su *Derecho Administrativo*, Tomo II, Reimpresión de la 9^{ma} edición, AbeledoPerrot S.A., Buenos Aires, 2010, p. 457; del mismo CASSAGNE, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2005, p. 79; y *El Contrato Administrativo*, 2^{da} edición, Con la colaboración de Estela B. SACRISTÁN, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2005, p. 205.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Vera MONTERO apreciaba que ese sería el “(...) uso más frecuente y útil, en la medida en que contribuye a evitar confusión entre dos situaciones distintas – que son, la delegación de poderes y deberes de la Administración Pública a terceros y el otorgamiento de cualquier derecho al particular. De todo modo, es preciso esclarecer que el referido sentido atribuido para la concesión en los estudios doctrinarios esta invariablemente relacionado a la prestación de servicios públicos, aunque se reconozcan otros usos para el instituto.” MONTERO, Vera, *Concessão*, Sociedad Brasileira de Direito Público, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2010, p. 33.

“Entre la concesión de *uso* y las concesiones de *servicio público* y de *obra pública* existen, desde luego, diferencias esenciales, pero, salvadas éstas, se observa entre todas ellas una evidente vinculación o afinidad: un *fondo jurídico común*, que se traduce en la existencia de un gran número de *principios uniformes* aplicables a todas ellas.”¹⁰¹

Para añadir a continuación:

“Todas esas concesiones se rigen por los mismos principios sustanciales, sin perjuicio de las modalidades específicas debidas al “fin” – público o privado – a que responden o en cuyo mérito se otorgan, lo cual configura las *diferencias* a que hice alusión.”¹⁰²

De igual modo, y ante esa realidad, dicha definición de perímetro restringido configura una categoría general más sólida de la institución en cuestión, y, por esa vía, tributa a conjurar las molestas confusiones que toda amplitud en demasía trae consigo.

Sin embargo, sobre los esfuerzos por dar una unidad conceptual a la concesión administrativa, a partir de este punto de referencia más restringido al que hemos aludido, se han manifestado objeciones.

Por ejemplo, el español Fernando LÓPEZ RAMÓN razonaba:

“(…) no es suficiente para afirmar en relación con todos los supuestos concesionales la existencia de un monopolio administrativo de la actividad y una sucesiva transferencia de funciones públicas en beneficio del concesionario. La idea concesional unitaria (…) no es advertible en todo tipo de concesiones, si no forzando mucho los conceptos o dando un alcance muy genérico, casi irrelevante, a la misma idea concesional unitaria. (…)”¹⁰³

Por su lado, FERNÁNDEZ ACEVEDO estampaba:

“Al menos desde la perspectiva actual, la construcción unaria de la concesión, que a mediados del siglo pasado defendiera con ardor y brillantez VILLAR PALASÍ, olvida que las concesiones demaniales y las de servicio y obra pública tienen distinto objeto, sirven a una función

¹⁰¹ MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, *Dominio público*, 2^{da} edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 416.

¹⁰² MARIENHOFF, Miguel Santiago, ob. cit., Tomo V, p. 417.

¹⁰³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 570. Ver, además, el análisis de LÓPEZ RAMÓN en “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 570 y sigs.

pública distinta, están sometidas a regímenes jurídicos diversos y poseen también una diferente naturaleza jurídica. Tratándose, pues, de tres figuras en muchos aspectos heterogéneas la construcción unitaria de la categoría concesional se manifiesta excesivamente genérica, imprecisa y poco menos que irrelevante. A este hecho, por sí sólo suficiente para desterrar cualquier intento unificador, se añade el que en dicha idea está el origen de numerosas confusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales (e incluso legales) con enorme trascendencia a la hora de interpretar el concepto y el régimen jurídico de las concesiones de dominio. En efecto, la supuesta unidad de la categoría «concesión administrativa» ha traído como consecuencia la aplicación casi sistemática a la concesión demanial de algunas construcciones elaboradas pensando principal, cuando no únicamente, en la concesión de servicio público a la que, desde su origen, se ha reconocido una clara superioridad en atención a la mayor relevancia de los intereses públicos que tiene a su cargo. (...).”¹⁰⁴

I.2.3-) Concepto más restringido de concesión administrativa

Es necesario añadir, que en una parte de la doctrina ha existido otra definición de la *concesión administrativa* aún más restringida que la anteriormente esbozada. La que incluye como objeto de ese acto sólo la realización de un servicio público.

Bajo esa idea, Lèon DUGUIT planteó:

“(...) Propiamente considerada la palabra designa el acto por el cual una colectividad pública (Estado, provincia, ciudad, colonia) encarga a un particular, en general, a una compañía, que acepta, de asegurar el funcionamiento de un servicio público, bajo ciertas condiciones determinadas en un acto llamado pliego de condiciones. (...).”¹⁰⁵

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 97 y 98. Ver también, en esta dirección argumental, lo que razonaba el brasileño: MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, *Concessões*, 1ª reimpressão de la 1ª edição, Editora Fórum, Ltda., Belo Horizonte, 2016, pp. 154 y sigs.

¹⁰⁵ DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del Derecho Público*, Traducción con estudio preliminar de Adolfo POSADA y Ramón JAÉN, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, p. 221. De modo muy similar se expresaba en *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Traducción de Carlos G. POSADA, 2da edición, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920, pp. 146 y 147. Ver de DUGUIT, además, su *Manual de Derecho Constitucional*, Traducción de José G.

La presencia de esa concepción más estrecha de la *concesión administrativa*, es apreciable en escritores como el español Fernando ALBI, quien exponía su posición así:

“Según nuestra manera de pensar, por concesión debe entenderse “un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin, y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometiéndose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio.”.”¹⁰⁶

Esta tesis tuvo una decisiva potenciación, sobre todo, en los postulados de la *Escuela del Servicio Público* y fueron algunos de los franceses que desarrollaron su obra dentro de esta tendencia, especialmente, a los que se sumaron otros estudiosos influidos por ellos, los que sostuvieron tal idea conceptual de la *concesión administrativa*. Como para estos estudiosos el Derecho Administrativo gravitaba en torno a la idea del *servicio público*, sus

ACUÑA, 2^{da} edición española, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 77. A pesar de estas precisiones, en su *Tratado de Derecho Constitucional* el profesor francés nombraba a la concesión, junto a la autorización y al permiso, como uno de los actos por los que se otorga a un particular “*un usage privatif d'une portion de la grande voirie*”; DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome III, *La Théorie Générale de L'État (suite et fin)*, Troisième Édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1930, p. 72.

¹⁰⁶ ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 540. De ALBI puede verse, también en esa línea de pensamiento, su trabajo: “El servicio público municipal y sus modos de gestión (Conclusión)”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 36, Noviembre-Diciembre, 1947, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pp. 856 y sigs. En la concepción del brasileño Mário MASAGÃO: “Entendemos que no hay un género *concesión*, dentro del cual aparezcan especies diversas, pero sí que la *concesión* es una especie, en cuyas manifestaciones se verifica, siempre, la incumbencia de un servicio público a una persona de derecho privado, que en su nombre lo ejerce.”; MASAGÃO, Mário, ob. cit., p. 15. También: FÁBREGAS DEL PILAR Y DÍAS DE CEBALLOS, José María, *Derecho Administrativo*, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1927, pp. 50 y 51; ABELLÁN, Carmelo, *Tratado práctico de la Administración Local española*, Tomo III, *Modos operativos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1974, pp. 852 y 853.

instituciones lo hacían también, poniendo especial énfasis en la *concesión administrativa*, al punto de que si el objeto a conceder no constituía un *servicio público*, la figura no se consideraba conceptual y técnicamente como una *concesión administrativa*. En ello ha de ir implícito el carácter absorbente y preeminente, como régimen jurídico y como figura, en el contexto particularizado de las concesiones administrativas, del *servicio público* en relación con la *obra pública* o los *trabajos públicos* y con el *dominio público*. Algo que fue superado con el declive definitivo de la *Escuela del Servicio Público*, y con los esfuerzos delimitadores que han arrojado luz clarificadora para la distinción e individualización de los ámbitos objetivos involucrados en el espectro concesional (el servicio, la obra y el bien públicos).

De ahí que, sin dejar de reconocer que la *concesión administrativa de servicio público* es la especie concesional más relevante por sus implicaciones en relación con otros tipos concesionales, vemos que aquella definición de la concesión administrativa que le ancla exclusivamente a la esfera material del servicio público, incurre en el defecto propio de toda restricción desmedida, pues deja fuera de su contenido y alcance a los otros tipos concesionales históricamente típicos, que son el de *obra pública* y el de *explotación de bienes de dominio público*, los cuales revelan espacios objetivos que no son constitutivos propiamente de un *servicio público*, funcionalmente considerado, y que también pueden ser objeto de una mecánica traslativa del ejercicio de actividades enmarcadas en el sector del funcionamiento administrativo, que deviene, esencialmente y en cuanto tipo jurídico, tan *concesión* como la de *servicio público*.

Lo anterior nos sirve además para indicar, en relación con la noción de *concesión administrativa*, cómo han operado otras soluciones que no cumplan exactamente con la que se difunde como relativa a un servicio, una obra y un bien públicos; y que incurren también en planteamientos objetivamente restrictivos de esta institución en cuestión, aunque dibujados desde una perspectiva menos cerrada que el concepto anteriormente señalado.

De ese modo, producto de posiciones propias sobre cómo concebir el fenómeno en cada ordenamiento de que se trate, de la forma y fundamentos sobre los que se ha construido y ha evolucionado el proceso de formación del Derecho Administrativo y sus instituciones características en un momento y en un contexto espacial determinados, del grado de desarrollo teórico que ha presentado dicha rama *iusadministrativa* (no olvidar aquí la operatividad histórica del planteamiento y solución jurídicas que se ha dado a la coexistencia e interconexión de las categorías: dominio, obra y servicio públicos) y de la influencia que es capaz de generar cierto sistema jurídico nacional sobre el de otros países, han aparecido postulados conceptuales

relacionados con la *concesión administrativa* que la construyen sobre la base sólo de la realización y gestión de una obra pública o de un servicio público, dejando con ello de lado el supuesto de la *concesión de dominio público*; u otros que edifican a la mecánica concesional a partir de los ámbitos del servicio público y los bienes de dominio público, sin convocar entonces, propiamente, dentro del marco tipológico propio de la concesión a la de obra pública.¹⁰⁷

Para el primero de esos últimos supuestos aludidos, podemos ejemplificar con las palabras de Christian BETTINGER, en las que se recoge:

“En realidad, se trata de un «extravío jurídico», pues la palabra «concesión», en derecho administrativo, sólo debe aplicarse plenamente a las concesiones de servicios públicos y a las concesiones de obras públicas. La quasi-unanimidad de los practicantes convienen en ello, así como la doctrina.”.

Seguidamente, BETTINGER argumentaba:

“Sólo para estos dos tipos de concesiones se puede decir que un elemento contractual se combina estrechamente con un elemento de poder público en razón incluso de la naturaleza de los servicios o de las obras que el contratante se obliga a asegurar o a ejecutar.”.

Y decía además:

“Los otros actos habitualmente designados bajo el vocablo «concesión» no contienen alguno de estos dos elementos específicos. Las «concesiones de ocupación del dominio público» no operan ninguna delegación de un atributo de poder público y no invisten al titular de ninguna misión de interés general; se ha podido incluso decir que, bajo una apariencia contractual, ellas sólo constituyen en el fondo actos unilaterales de autorización.”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Por ejemplo, esa es la percepción en que se apoyaba el español José Luis VILLAR PALASÍ en su indispensable trabajo “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 693, que tanto influiría posteriormente en buena parte de los doctrinantes de su país, e incluso en el área latinoamericana. En él, VILLAR PALASÍ decía que el concepto superior genérico de la concesión se escindía en las dos formas de concesión: la “(...) demanial - versando sobre dominio público - y concesión de servicio - sobre servicio público - (...)”. Otro ejemplo, en el modo en que se manifestaba: NETTO DE ARAÚJO, Edmir, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição revista e atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2014, pp. 182 y 184.

¹⁰⁸ BETTINGER, Christian, ob. cit., p. 4. Véase el modo en que se expresaba el belga: BUTTGENBACH, André, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Maison Ferdinand Larcier, S.A., Bruxelles, 1952, pp. 394 y 395. Como ilustración de esta posición, para el caso de América Latina, tómese como botón de muestra el concepto

I.2.4-) Precisión final sobre el concepto de concesión administrativa

En cuanto a la elaboración de la definición de *concesión administrativa*, hay que decir que ésta ha sido enfocada desde diferentes ángulos formales, como una muestra más del atractivo que presenta el análisis de las materias en la ciencia del Derecho. En honor a la verdad, no son más que aristas distintas desde donde puede observarse un mismo fenómeno; expresión de la riqueza de los recursos técnicos que conlleva el universo jurídico-administrativo; y de las dificultades que arrastra el fenómeno concesional para su encuadramiento o explicación desde los contornos más simples de los más tradicionales tipos técnico-jurídicos del Derecho Administrativo.

La definición más clásica de la concesión administrativa reconocida dentro del Derecho Administrativo francés, a pesar del tiempo, es la que diera el comisario de gobierno CHARDENET en sus conclusiones al *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916:

“(...) es el contrato que encarga a un particular o a una sociedad ejecutar una obra pública o asegurar un servicio público, a su costo, con o sin subvenciones, con o sin garantía de interés, y en el que se le remunera confiando la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público con el derecho de percibir las rentas de los usuarios de la obra o de los que se benefician del servicio. (...)”.¹⁰⁹

En este sentido, podemos señalar que la perspectiva más común es la de considerar a la institución concesional administrativa desde su ángulo formal y, en dependencia de cómo se ha ido asumiendo su naturaleza jurídica por los diversos sectores doctrinales y jurisprudenciales, desde variadas posiciones conceptuales. Esto es: como un acto administrativo;¹¹⁰ un contrato;

fijado en GARRIDO ROVIRA, Juan/ MIZRACHI COHÉN, Ezra y RAMOS DE LA ROSA, Emilio, “La concesión de obra pública para la construcción de autopistas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 28, Año lectivo 1979-1980, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 158.

¹⁰⁹ Ésta es, como puede constatarse en la bibliografía jurídico-administrativa francesa que recorre todo el siglo XX a partir del final de su segunda década, y lo que va del XXI, la noción más recurrida de la concesión en la doctrina de ese país. Hemos tomado esta definición de las conclusiones de CHARDENET que fueron publicadas en su parte general – la parte doctrinal, como bien se aclaraba – en la nota de jurisprudencia de: JÈZE, Gastón, “La guerre et les concessionnaires de service public (Compagnie du gaz)”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Tome trente-troisième, XXIII^e année, 1916, V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, p. 213.

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, la definición ya reproducida anteriormente de: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 245.

un contrato administrativo; una operación compleja;¹¹¹ un convenio o una convención compleja;¹¹² un acto complejo¹¹³ o un acto mixto¹¹⁴ (en una interesante gama de matices)¹¹⁵; un negocio jurídico;¹¹⁶ una relación jurídica compleja.¹¹⁷

También es posible encontrar la referencia a la concesión desde la óptica del procedimiento;¹¹⁸ desde la que la señala como técnica

¹¹¹ HAURIU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 793.

¹¹² Entre las diversas obras de León DUGUIT donde así lo plantea, puede verse, por todas, su: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, *La règle de Droit – Le problème de L'État*, Troisième Édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1927, p. 420. También: REDEUILH, Henri, ob. cit., p. 47.

¹¹³ Por ejemplo: BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif. Partie Générale*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 550.

¹¹⁴ Como botón de muestra: FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 45^{ta} edición, Revisada y actualizada por Manuel FRAGA, Editorial Porrúa, S.A. de CV., México, D.F., 2006, p. 245.

¹¹⁵ V.gr.: GAUDUCHEAU, Charles, ob. cit., p. 34 y 35; VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, 2^{da} edición puesta al día, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1948, p. 292 y 293; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos da regulamentação dos serviços públicos”, en *Direito. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, Anno III, Setembro-Outubro, 1942, Vol. XVII, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, pp. 101 y 102; RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Principios de Derecho Administrativo (Segundo semestre)*, 1^a edición, Materiales de clases, Escuela de Ciencias Comerciales, Universidad de La Habana, La Habana, 1947, p. 31; ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Las concesiones de aguas públicas superficiales*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1970, pp. 31 y 32; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 2^{da} edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, SA de CV, México, DF., 2003, p. 404; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios públicos)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A., México, DF., 1995, p. 254; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, pp. 184 y 185.

¹¹⁶ Para el uruguayo BRITO: “(...) la concesión de servicio público es un negocio jurídico complejo, regulado predominantemente por el Derecho público, y por el cual una administración pública encarga a una persona (física o jurídica, pública o privada) la prestación temporal de un s. p., transmitiéndole ciertos poderes jurídicos, cumpliéndose la prestación del servicio por cuenta y riesgo del concesionario, y mediante una remuneración a éste normalmente resultante de prestaciones a cargo de los usuarios, y bajo el contralor de la administración concedente.” BRITO, Mariano, “Concesión de servicio público”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Cuadernos, No. 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968, p. 37.

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso...*, ob. cit., p. 634.

¹¹⁸ Así, entre otros, pueden verse: VEDEL, Georges, ob. cit., p. 708. El profesor francés escribía sobre la *concesión de servicio público*: “Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad

jurídica o técnica habilitante;¹¹⁹ desde la del título habilitante o del título jurídico-administrativo;¹²⁰

Igualmente, ha sido enfocada como un derecho:

“Es un Derecho otorgado por la Administración a un particular o Empresa para realizar o prestar algún objeto, algún servicio, de la incumbencia propia y exclusiva de aquélla, y sujeto a tarifa la explotación.”¹²¹

Junto a los ángulos conceptuales apuntados debe añadirse que el tipo concesional ha sido visto desde el prisma del documento formal contentivo del acto en cuestión.¹²²

concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.”

¹¹⁹ Santiago MUÑOZ MACHADO, por ejemplo, se refería a la concesión como “(...) una técnica de habilitación de actividades privadas que tiene como presupuesto la retención por la Administración de la titularidad de la actividad o servicio correspondiente. (...)”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado*, Tomo I, *Los fundamentos*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998, p. 313.

¹²⁰ Para DE LA CUÉTARA: “(...) toda concesión constituye un título administrativo por el que el particular puede actuar por derecho propio en áreas reservadas a la Administración.”; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1983, p. 189. En idéntico sentido, el venezolano ARAUJO-JUÁREZ acogía: “(...) toda concesión constituye un título jurídico administrativo por el que el particular puede actuar por derecho propio en áreas reservadas a la persona pública, (...)”; ARAUJO-JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los servicios públicos*, Vadell Hermanos Editores, C.A., Valencia-Caracas, 2003, p. 223; también de ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, 1^{era} reimpresión de la 1^{era} edición, Ediciones Paredes II, C.A., Caracas, 2008, p. 627.

¹²¹ Así: ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, en diferentes escritos, tales como: “La concesión y el contrato de Derecho Público”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año LXXIX, Tomo 156, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1930, pp. 441 y 442; *Los contratos públicos*, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1934, p. 202; *Manual de Derecho Administrativo*, Librería General, Zaragoza, 1941, p. 62; *El servicio público (Su teoría jurídico-administrativa)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p. 64; *Tratado General de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 502. Ver, entre otros ejemplos, a: SARAVIA, Guillermo Alberto, “Naturaleza jurídica de las concesiones de servicio público”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nos. 4-5, Año IX, 2^a parte, Septiembre-Diciembre de 1945, 1946, Universidad Nacional de Córdoba, Imprenta de la Universidad, Córdoba, p. 60; NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo R., *Tratado de Derecho Administrativo*, (Con arreglo al Programa de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA), Tomo II, 3^{era} edición, Imprenta “Casa Girón”, Habana, 1920, p. 245.

¹²² Resaltan el enfoque como documento formal, por ejemplo: SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Segundo Curso*, 24^{ta} edición corregida y aumentada por Andrés SERRA ROJAS BELTRI, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 2006, p. 387; ACOSTA ROMERO, Miguel,

Además, la concesión administrativa ha sido tenida como la relación jurídica en cuestión que se crea.¹²³

No han faltado conceptos que toman como punto de referencia uno de los principales ejes funcionales o efectos que se le atribuye a la categoría concesional; esto es, desde la idea de transferencia o de delegación.

En este sentido, el portugués Marcelo CAETANO es de los que hubo de concluir que:

*“Llámase concesión a la transferencia, temporaria y resoluble, por una persona colectiva de derecho público, de poderes que le competen para otra persona singular o colectiva a fin de que esta los ejerza por su cuenta y riesgo y en interés general.”*¹²⁴

Por su parte, un antiguo autor argentino presentaba la idea de concesión en los siguientes términos:

*“Jurídicamente, desde el punto de vista del público, la concesión no es otra cosa que una delegación de poder que el Estado efectúa, a favor de un individuo o empresa particular, en vista de la ejecución de un servicio público.”*¹²⁵

Teoría General del Derecho Administrativo. Primer curso, 12^{da} edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, D. F., 1995, p. 856; FOURNIER, Jacques, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques. Ouverture - Marchés publics - Protection de l'environnement*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 2002, p. 145.

¹²³ Vid.: VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático*, Universidad de Atacama, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 275 y 276; FOURNIER, Jacques, ob. cit., p. 145.

¹²⁴ CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., p. 521. En idéntico sentido, siguiendo a CAETANO, el brasileño CRETELLA JÚNIOR, José, ob. cit., p. 121.

¹²⁵ SARRÍA, Félix, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4^a edición, Editor: Librerías Cervantes, Córdoba, 1950, p. 305. Con talante más actual, el brasileño Romeu Felipe BACELLAR FILHO la definía como “(...) la delegación a un particular, persona natural o jurídica, de la gestión o ejecución de un servicio público, precedida o no de la ejecución de obra pública, por su cuenta y riesgo y remuneración por los usuarios. (...)”; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, “A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coordinación), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo III, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 2125; también de BACELLAR FILHO, “A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. Serviços públicos. Na Constituição Federal de 1988”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coordinador) et al, *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1^{era} edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2005, pp. 3 y sigs.

A la par, en virtud de sus especialidades objetivas esenciales, la concesión administrativa es considerada: como forma o modo de ejecutar o realizar una obra pública;¹²⁶ de gestionar un servicio público¹²⁷ o de organizar dicho servicio;¹²⁸ y de explotar privativamente un bien de dominio público. En el caso de la *concesión de bienes de dominio público*, también es destacada como un modo de constituir o crear un derecho real de carácter administrativo¹²⁹ o como un derecho real.¹³⁰

Después de la ilustración de perspectivas conceptuales que acabamos de hacer, podemos presentar la noción de *concesión administrativa* desde nuestra óptica.

Le definimos como:

¹²⁶ Por ejemplo: JANSSEN, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton et Cie, Paris, 1938, pp. 301 y 30; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 385; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12^{ma} edición, Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2009, p. 601.

¹²⁷ V. gr.: DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET: “La concesión de servicio público es clásicamente definida como un modo de gestión del servicio consistente en que una colectividad pública («concedente»), encarga a un particular, individuo o frecuentemente una sociedad («concesionario»), por una convención concluida con aquel, cuidar de hacer funcionar el servicio público por su cuenta y riesgo y remunerándose por medio de las rentas percibidas de los usuarios.” DE LAUBADÈRE, André/ VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, *Droit administratif général*, 15^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1999, p. 883.

¹²⁸ Así, JANSSEN: “La concesión de servicio público es un modo de organización de servicios públicos en el que un individuo, una sociedad o un establecimiento público es encargado de asegurar el funcionamiento de un servicio público, en principio a riesgo propio, mediante una remuneración definida por las disposiciones orgánicas del servicio.” JANSSEN, Lucien, *Les traits...*, ob. cit., p. 243.

¹²⁹ En ese sentido, por ejemplo, HAURIOU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 653; RIGAUD, Louis, *La théorie des droits réels administratifs*, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 304. Ver asimismo, entre otros: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Reimpresión de la 2^{da} edición, Ediciones Civitas, S.A., Madrid, 1989, p. 58; LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión de dominio público. (Estudio especial de su caducidad)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1988, p. 29; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., p. 242.

¹³⁰ Niceto ALCALÁ-ZAMORA entendía: “La concesión como derecho real, puede definirse diciendo que es la explotación de cosas o derechos procedentes del dominio público, mediante aprovechamientos determinados y obligatorios, subordinados a fines de interés general y sometidos a la autoridad. Es en sintética expresión, en compendio, la explotación limitada del dominio público.”; ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, ob. cit., p. 29.

el acto bilateral por el que la Administración Pública confiere a determinada persona, temporalmente, el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público.

O, lo que es igual:

el título jurídico-administrativo por el que la Administración Pública habilita a determinada persona, temporalmente, para el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público.

I.3-) La concesión administrativa como fenómeno jurídico de connotación económica y política

Pensar la concesión administrativa como un fenómeno jurídico de connotación económica y política, no es otra cosa que el reflejo insoslayable de la relación que existe entre la Economía, la Política, el Derecho, el Estado, la Administración Pública, la función administrativa y el Derecho Administrativo, el sector público y el sector privado; y el rol determinante que juegan la economía y la política sobre fenómenos *iusadministrativos* como la concesión administrativa.

En esa dirección, no está de más recordar, por muy útil aquí, una consabida máxima de fondo al día de hoy, con palabras de JÈZE:

“El derecho administrativo de un país determinado está dominado por las ideas políticas que prevalecen en determinada época.”¹³¹

La concesión administrativa es una figura del Derecho cuyo papel en el tráfico jurídico de una nación - en su vida misma - dependerá indisolublemente de las concepciones políticas, económicas y sociales que en ella imperan; fluctuando en idéntica medida con dichas ideas. El saldo real que pueda presentar finalmente su utilización, estará en estrecha dependencia de los intereses que se busquen alcanzar con su uso y del manejo que se haga de la concesión en la realidad de las cosas.

¹³¹ JÈZE, Gastón, “Prefacio del autor a la edición argentina” en su obra *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Tomo I, *La técnica jurídica del Derecho Público francés*, Traducción directa de la 3^{era} edición francesa por Julio N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. XL.

Cuando miramos el espectro analítico que ha venido rodeando al instituto concesional, es fácil percatarse cómo ha estado aflorando, de un modo u otro, la conciencia de la circunstancia anterior.

Como bien se ha expresado desde hace más de un siglo, es posible intentar un examen exclusivamente jurídico de la concesión administrativa, a partir de un proceso de aislamiento y abstracción de la figura, prescindiendo de su contenido económico y político social. Pero algo así sólo conduciría a un resultado incompleto e inexacto.¹³²

Y es que la concesión administrativa opera en diferentes planos que no pueden reconducirse sólo al jurídico. Sin olvidar, en una percepción eminente objetiva, que – como advertieran FRIER y PETIT – la concesión (como todas las delegaciones de servicio público – según terminología francesa) «es mecanismo posible, por definición, sino cuando la explotación es económicamente viable».¹³³

Ella, además de técnica jurídica, es medio económico e instrumento de política. Es modo para proveer bienes, obras, infraestructuras y servicios bajo determinadas exigencias económicas. Es instrumento de política económica. Como atinaba a destacar MATTARELLA, la concesión es «instrumento de gobierno de la economía y de control sobre el desenvolvimiento de la actividad privada».¹³⁴ Es también, como escribiera DEVELLE, «un medio de acción política para el Estado».¹³⁵

De tal suerte, se ha llegado a sostener enfáticamente que «en su origen, la concesión consiste en una delegación de prerrogativas administrativas y sobre todo de poderes gubernamentales»;¹³⁶ que «el régimen de la concesión ha evolucionado profundamente por razones prácticas e ideológicas»;¹³⁷ y que «son razones políticas, no jurídicas, las que motivan la existencia de la concesión».¹³⁸

¹³² ARCÀ, Francesco, ob. cit., p. 5.

¹³³ FRIER, Pierre-Laurent y PETIT, Jacques, *Droit administratif*, 9^e édition, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 246.

¹³⁴ MATTARELLA, Bernardo Giorgio, “VIII. Il provvedimento”, en CASSESE, Sabino (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 206.

¹³⁵ DEVELLE, Phillippe, ob. cit., pp. 8 y 16.

¹³⁶ DEVELLE, Phillippe, ob. cit., p. 11.

¹³⁷ RIVERO, Jean, ob. cit., p. 498.

¹³⁸ ÁLVAREZ PUGA, Eduardo y SENTÍAS BALLESTER, César, ob. cit., p. 14. El brasileiro Diogenes GASPARIINI ha visto lo que denominaba «el fundamento político» de la concesión de servicio público en la «conveniencia y oportunidad de hacer descentralizado el servicio

Un autor argentino, Juan P. RAMOS, sobrepasado el primer cuarto del pasado siglo, se preguntaba:

“¿Por qué razones existe la concesión de servicios públicos y no, por ejemplo, una concesión para percibir y administrar las rentas municipales? Indiscutiblemente no por razones jurídicas, sino económico-sociales. (...). De esta insuficiencia económica y técnica del Estado para llenar determinada necesidad social, nace la concesión de servicios públicos.”

Luego, este propio autor sentenciaba:

“La concesión de servicios públicos nace, como se ve, de profundas razones económicas y sociales, que ningún hombre de ciencia y de experiencia debiera olvidar jamás.”¹³⁹

La importancia de las dimensiones económica y política que se proyectan en la figura concesional ha sido tal que, frente a la relevancia que puede revestir una concesión administrativa, y el peso político de una decisión de ese tipo, no han faltado autores que han asimilado el otorgamiento de una concesión administrativa a un «acto de gobierno»¹⁴⁰ o de naturaleza política.¹⁴¹

público, aprovechando el potencial económico, tecnológico y financiero de los particulares»; GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 17ª edição atualizada por Fabrício MOTTA, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 426.

¹³⁹ RAMOS, Juan P., *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicos*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1937, pp. 105 y 106.

¹⁴⁰ Para DEVELLE: “(...) el otorgamiento de una concesión aparece siendo comúnmente, en materia internacional, una de esas manifestaciones a las cuales, en derecho interno, la práctica administrativa reserva el calificativo de acto de gobierno”; DEVELLE, Phillippe, ob. cit., p. 54. Según comentaba el español Carlos PUYUELO: “(...) nos inclinamos a ver en la concesión un acto del Poder público, un **acto de gobierno** para el cumplimiento de los fines del Estado que implica el nacimiento de ciertos derechos a favor del particular en cuanto éste ha de realizar determinadas prestaciones y que suele revestir forma contractual más o menos acusada según la clase de concesión como medio de expresar la aceptación de las obligaciones y condiciones impuestas”; PUYUELO, Carlos, *Derecho Minero*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 61 (la negrita es del original). Entre los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Argentina que reseñaba José Luis AMADEO sobre la concesión de servicios públicos, figura uno en el que se puede leer –con un sentido de proyección más bien genérico–: “La concesión es primordialmente un acto de gobierno que tiene por fin organizar un servicio público de utilidad general, pese a los aspectos contractuales que quepa reconocerle”; ver: AMADEO, José Luis, *La concesión de servicios públicos. Según la jurisprudencia de la Corte*, AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 12.

¹⁴¹ Así, Juan P. RAMOS, hubo de expresar: “Prácticamente, la concesión de servicios públicos, especialmente en las grandes concesiones, es un acto de naturaleza política en su doble

Una apreciación de ese tipo, la de calificar a la concesión administrativa como acto de gobierno o acto de naturaleza política, en buena técnica jurídica, no es exacta ni correcta, si nos atenemos a la configuración y evolución que ha tenido en el Derecho Público la categoría *actos de gobierno* o *actos políticos*. Mas, si justificamos el uso de esa locución y si nos atenemos a un lenguaje menos técnico (jurídicamente hablando), y más corriente, más común, hay de gobierno y de política en todo el ambiente existencial que pertenece al cosmos de la concesión administrativa.

No se debe estar de espaldas a la realidad que marca el hecho de que sobre la *concesión administrativa*, en su configuración dogmática y en su operatividad objetiva, se manifiestan de manera intensa los intereses políticos y económicos que resultan imperantes y determinantes en un tiempo y espacio dados. Por lo tanto, la *concesión* tampoco escapa – como el propio Derecho Administrativo – al matiz que le imprime la cualidad de ser un producto histórico (y hasta cultural – en el sentido amplio de esta expresión –).

La *concesión administrativa* – de manera especial dentro del campo *iudministrativo* – ha fluctuado, tanto en su concepción teórica y científica, cuanto en su presencia, aceptación y relevancia como institución jurídica dentro del tráfico jurídico administrativo, en la medida en que han variado las condiciones políticas y económicas del Estado constitucional. Su fisonomía como técnica jurídica se ha ido moldeando a la par de las transformaciones políticas y económicas que han animado, hasta la actualidad, el desarrollo de la Administración Pública; así como también su propia existencia, la cual ha dependido de dichas transformaciones.

La *concesión administrativa* es una técnica jurídica administrativa relacionada funcionalmente con la satisfacción de necesidades colectivas y con la concepción y proyección de las vías para responder, desde la actuación del Estado, desde la actuación pública (si se quiere mejor), a ese objetivo. Como mecanismo jurídico, su materialización o puesta en práctica está vinculada a cuestiones fácticas como la imposibilidad material de la Administración Pública de ejecutar directamente la actividad involucrada; o a cuestiones conceptuales de política económica, aún cuando se tengan

acepción corriente: primera, arte de gobernar y dar leyes y reglamentos a fin de alcanzar y mantener la tranquilidad, la seguridad, el progreso y el bienestar públicos por los medios adecuados y correctos que la voluntad de la Nación pone en manos de sus gobernantes; segunda, arte de llegar al gobierno y mantenerse en él, en beneficio propio, de un partido o de una clase social determinada, haciendo uso con ese fin de todos los medios, sean o no correctos, que tienden a obtener el voto o la aprobación de los gobernados. (...).” RAMOS, Juan P., ob. cit., p. 88.

las condiciones técnicas, financieras y materiales en general para que esa entidad pueda asumir la ejecución directa de la actividad de que se trate.¹⁴²

De ahí que, tras la *concesión administrativa*, se manifieste una forma conceptual determinada de proveer a la consecución del interés público y se pueda apreciar también un modo de concebir y ordenar una arista de la actuación pública.

Presentada así la situación, podemos derivar que en el interior del perímetro que señala la función administrativa, el instituto concesional trasciende la simple significación como instrumento de ordenación y formalización de relaciones jurídicas individuales y con consecuencias patrimoniales, para asumir, igualmente, otros enfoques interpretativos, en lo referente a su presencia y funcionalidad dentro del tráfico jurídico administrativo.

De tal suerte, la *concesión administrativa* se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa esos límites estrechos, para proyectarse hacia la comunidad toda, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además de ser expresión del tráfico económico en el sector público, la *concesión administrativa* extiende sus consecuencias en lo social y en lo político.

Por los sujetos que involucra, por el objeto sobre el que puede recaer – bienes, obras y servicios públicos, en los que se comprende asimismo una esfera conectada directamente con la soberanía –, por el espacio funcional en el que operan sus efectos, por el fin esencial al que responde primariamente – el público –, y por el juego de intereses que se manifiesta en su interior, no se hace difícil intuir que la *concesión administrativa* resulta una vía nada desdeñable por la cual el concesionario puede alcanzar un espacio de determinación directa sobre la comunidad. Todo ello desemboca en que la figura

¹⁴² Valga ilustrar con las palabras del chileno RAMÍREZ ARRAYAS cuando aseveraba: “El sistema concesional se funda precisamente en permitir que los privados ingresen al diseño, construcción y explotación de bienes públicos, absteniéndose en determinados casos el Estado – subsidiariedad pasiva – de realizar directamente inversiones en ámbitos que pueden financiar y desarrollar los particulares: autopistas urbanas e interurbanas, aeropuertos, etc. Por otra parte, esto permite que los recursos del Estado sean destinados a su inversión directa – subsidiariedad activa – en ámbitos en que los particulares, por regla general, no tienen interés o lo realizan insuficientemente: agua potable rural, caminos básicos, etc.”; RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio, *Concesiones de obras públicas. Análisis de la institucionalidad chilena*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, p. 7.

de la *concesión administrativa* puede considerarse como un instrumento de política económica, de actuación de intereses públicos, de ejercicio del poder público y de proyección social e ideológica del Estado hacia la colectividad. Es, en fin, un instrumento de política pública.

En este orden de ideas no está de más recordar que CARAYON apuntaba que el concesionario, en la concesión, «se obligaba a seguir una cierta política administrativa y financiera».¹⁴³

En definitiva, la *concesión administrativa* deviene en un espacio de conciliación de intereses diversos en función de satisfacer primariamente el interés público; en un ámbito de colaboración entre sujetos con móviles distintos, orientado básicamente a dar respuesta a ciertas exigencias sociales que no pueden desconocerse. Dicho tipo jurídico administrativo no debe significar, ni debe operar, so pena de desnaturalizarse irremediamente, como un campo de confrontación de ánimos divergentes que pugnan por ver cuál de ellos prevalece, sin importar las consecuencias que ese enfrentamiento genere, ni el alcance que éste pueda tener. Tampoco deber ser tenido como un medio de legitimación para sacrificar el interés colectivo frente a las ansias económicas individuales.

Como figura jurídica incardinada en el ámbito *iusadministrativo*, la *concesión administrativa* debe ser capaz de generar, desde su dinámica funcional interna, los mecanismos requeridos para garantizar ciertamente su funcionalidad como zona de conciliación y como forma de colaboración. A su vez, también está llamada a aportar, desde aquella dinámica, los mecanismos adecuados para salvaguardar y sostener la finalidad esencial a la que debe su existencia, en primer orden, como institución jurídica. De eso dependerá su pertinencia y efectividad dentro del tráfico jurídico administrativo y su utilización y subsistencia como figura jurídica dentro de ese marco.

Mas, no debe olvidarse que la *concesión administrativa* no es otra cosa que una simple herramienta, un instrumento – uno más dentro de una acción que debe ser necesariamente coral en cuanto a las vías a emplear – al servicio de la sociedad y del hombre; y, en cuanto tal, es incapaz por sí misma de producir beneficios o desatar males. Los resultados que en una u otra dirección pueda revelar su utilización, sólo se deberán a quienes hagan uso de ella y a las intenciones que compulsan y determinan ese empleo.

¹⁴³ CARAYON, Jehan, *La cession des concessions et des permissions*, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1934, p. 31.

I.4-) Breve nota sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa

El interés por develar la naturaleza jurídica de una institución del Derecho, no se traduce en un mero ejercicio de abstracción científica con el simple objetivo de incursionar en el debate teórico. Este aspecto de la naturaleza jurídica resulta una cuestión más trascendente, por cuanto alrededor de él se dilucida el punto de partida esencial para determinar y configurar el régimen jurídico que ha de aplicarse a la institución que se trate, indicando la premisa de su ubicación dentro del universo que revela el sistema de Derecho.

De ahí su pertinencia y utilidad; y el carácter impostergable de la necesidad de conocer los resortes a los que ha de responder, en lo conceptual y operacional, la ingeniería del régimen jurídico que corresponde a la figura objeto de atención. Resortes que han de variar en sus particularidades formales y materiales, según sea la solución particular a la que se llegue o el punto de vista específico que se haga valer, en la configuración del régimen jurídico del que hablamos.

Todos los esfuerzos que se dirigen a determinar la naturaleza jurídica de una figura determinada, responden a la simple interrogante de qué es en su base existencial y funcional esa figura dentro del universo del Derecho. Pero, ante la aparente claridad de lo que se quiere buscar, no debemos olvidar que, en no pocas ocasiones, las preguntas más simples a primera vista suelen derivar en las soluciones más complejas y en los caminos más accidentados para satisfacerlas; o en esfuerzos cuyo resultado final no se corresponde con la certeza y precisión de la interrogante a la que tratan de responder.

La indagación sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa es, tal vez, el punto tradicionalmente más polémico dentro de aquellos que son cubiertos por el análisis científico de esa figura; y es, también, un marco de discusión donde aún no se ha logrado conseguir una completa unidad de criterios teóricos y prácticos. Sobre la base de él, se han generado ideas muy diversas; diversidad que, sin dudas, ha contribuido a fomentar las zonas de indefinición que aún acompañan el trazado de la concesión administrativa como categoría jurídica.

Incluso, uno de los dilemas que se han introducido a propósito de la muy discutida cuestión de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas, y que ha llegado hasta afectar la percepción unitaria del fenómeno concesional, es el hecho que hay un segmento de autores (de jurisprudencia y

legislación) que no interpreta esta cuestión de manera unitaria, y le asignan una naturaleza jurídica a las concesiones de servicio público y a las concesiones de obra pública (básicamente, naturaleza contractual administrativa o mixta) y otra a las concesiones de bienes de dominio público (principalmente, naturaleza unilateral, de acto administrativo).

Por lo que, quizás, es, en este terreno en específico de la naturaleza jurídica del fenómeno concesional, donde nos es posible apreciar, en su mayor extensión, la riqueza científica que encierra su estudio como figura del Derecho. Con la necesaria carga de matices y la policromía que debe acompañar toda solución final que pretenda navegar, con un mínimo de suerte, por ese mar anchuroso y bravío que es el Derecho Administrativo.

Varias han sido las teorías propuestas para ubicar a la concesión administrativa dentro del sistema de Derecho y fijar el régimen jurídico que debe aplicársele. Sin embargo, ninguna de tales orientaciones ha alcanzado la aceptación total. Esa situación ha acentuado la polémica en torno a la institución y ha contribuido igualmente, en gran medida, a la aureola de indefinición y complejidad que le rodeó y que, si bien se ha ido disipando con el avance de los estudios, todavía mantiene atisbos de vigencia en ciertos postulados. En lo que, incluso, no ha estado ausente hasta el escepticismo en la utilidad de resolver este aspecto de la naturaleza jurídica.

A partir de los estudios realizados, hemos encontrado una pluralidad de criterios que intentaron o intentan explicar, con mayor o menor felicidad, la naturaleza jurídica de la concesión administrativa. De ahí que para introducirnos en un consecuente análisis de esa naturaleza, se hace necesario advertir tales criterios, sobre la base de una agrupación metodológica de las distintas opiniones propuestas; tomando como patrón aunador los elementos propios concurrentes, que permiten conectarlas bajo la conclusión de que pertenecen, con sus matices, a una misma tendencia.

En esto, queremos dejar salvado que esa agrupación no lleva un interés de validez absoluta, sino que dicha valía no busca ir más allá de los marcos de estas líneas. Máxime cuando nos hemos apoyado en los planteamientos de muchos autores anteriores, para levantar los nuestros.

Si nos detenemos a contrastar detalladamente la diversidad de ideas que sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, observaremos que, con sus variaciones más o menos visibles, muchas coinciden en su esencia o su sustancia; lo que produce cierta identidad material entre algunas de ellas. A pesar de esa circunstancia, tal situación no obsta a que lleguemos a considerar que aquellas opiniones que puedan acercarse materialmente,

difieran entre sí por la forma en que enfocan la institución concesional. Lo que al final las convierte en postulados divergentes, si consecuentemente asumimos que la naturaleza de una institución jurídica es el resultado de un análisis a raíz de la conjugación de su contenido y de su forma y no de una sola de esas perspectivas.

Ahora bien, más allá del variado espectro de tesis con planteamientos puntuales sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, que las convierten en opiniones específicas en relación con otras también individualizadas desde esa óptica, todas ellas pueden reconducirse, a su vez, hacia tres grandes tendencias a saber (en realidad todas ellas no son más que variaciones sobre alguno de estos tres temas): *la contractualista*, *la unilateralista* y *la mixta*.

Esta agrupación de opiniones, a diferencia de la que reviste un carácter mucho más particularizado, toma como punto de partida la consideración de los aspectos más globales de los distintos criterios que se han expuesto al respecto, propiciando la reunión de varios de los mismos bajo uno de esos signos.

Acercándonos algo más a los tres bloques aludidos, podemos precisar que cada uno responde a un enfoque genérico de la institución concesional: *el contractualista* se erige sobre la premisa de la concesión como un contrato de tipo unitario (de Derecho Civil¹⁴⁴ o de Derecho Administrativo); *el unilateralista* parte de entender a dicha figura como un acto esencialmente unilateral (de soberanía o administrativo); mientras que bajo *la tesis mixta* encontramos todas aquellas ideas que, al tiempo de explicar la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, combinan en tal explicación elementos de carácter contractual (ya de Derecho Civil o de Derecho Administrativo o Público) y elementos de carácter unilateral (ora reglamentarios, ora derivados de un acto administrativo), con independencia de que califiquen finalmente a la concesión administrativa como un contrato o un acto administrativo o de otra forma.

¹⁴⁴ La idea de apreciar a la concesión administrativa como un contrato civil o de Derecho Privado, y con ello considerarla en su naturaleza jurídica dentro de la tipología contractual tradicional y propia de ese campo, fue, quizás, la primera explicación que surgió en el tiempo para responder a la ubicación de la institución concesional en el sistema jurídico. Como concepción, tuvo sus principales exponentes durante el siglo XIX, básicamente; aunque es posible constatar su trascendencia a los primeros años del siglo XX, pero en mucha menor medida y con signos que manifestaban ya su previsible superación como solución teórica y práctica para la cuestión a la que pretendía responder.

Es importante destacar que la tendencia mixta surge ante la necesidad de justificar las especificidades que concurren en la dinámica funcional de la concesión administrativa. Las que no responden con plena exactitud a los moldes más tradicionales y típicos del acto administrativo y del contrato.

Este modo de calificar las diversas teorías planteadas sobre la concesión administrativa, aunque no nos propicia un análisis tan exhaustivo de las ideas expuestas al respecto, como se puede hacer desde una visión más particularizada de ellas, sí conjura los inconvenientes que trae aparejado todo estudio más detallado, pues, además de darnos el enfoque global de la cuestión (igualmente necesario en todo estudio), da la posibilidad de adscribir a una de ellas las opiniones de autores que, por la manera en que se expresan sobre el tema, o el momento en que lo hicieron, no nos permiten dilucidar con exactitud si se afilian a una u otra tesis más específica, o si simplemente no lo hacen de forma conclusiva y se quedan sólo en el postulado general; y así tomar en cuenta sus argumentos (tan valederos como otros).

Sin duda alguna, un estudio consecuente de la naturaleza jurídica de la concesión debe tener presente la conjugación de las teorías más individualizadas en sus planteamientos con el enfoque genérico dentro del cual cada una de ellas se inserta.

Desde lo dicho hasta aquí, podemos referir como criterios que se han utilizado para explicar la naturaleza de la concesión los siguientes:

- 1-) teoría del contrato de Derecho Privado (civilista);
- 2-) teoría del acto de supremacía o acto de soberanía;
- 3-) teoría del acto administrativo;
- 4-) teoría de la concesión-contrato;
- 5-) teoría del acto de autoridad condicionado en su eficacia por un acto de obligación del concesionario (o teoría de los dos actos unilaterales);
- 6-) teoría italiana que califica a la concesión administrativa como un contrato de Derecho Público;
- 7-) teoría de la doble naturaleza o doble aspecto;
- 8-) teoría de la convención de carácter complejo;
- 9-) teorías del contrato administrativo:
 - 9.1-) teoría del contrato administrativo, acto jurídico complejo o acto mixto;
 - 9.2-) teoría del contrato administrativo, acto unilateral en su nacimiento y bilateral en sus efectos.

- 9.3-) teoría del contrato administrativo, en sentido propio, *strictu sensu* o concepción unitaria;
- 9.4-) teoría del contrato administrativo, contrato de adhesión;
- 10-) teoría del acto complejo o acto mixto;
- 11-) teoría del *provvedimenti* administrativo con un contrato de objeto público o de Derecho Público accesorio;
- 12-) otras teorías de orientación bilateralista que no califican de manera específica a la concesión administrativa como un acto administrativo o como un contrato administrativo.

Cuando se observa en su conjunto el planteamiento y desenvolvimiento de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa,¹⁴⁵ siguiendo una línea evolutiva a través de ellas, se palpa claramente, desde la arista específica de una figura jurídica en concreto, el camino recorrido por el Derecho Administrativo en aras de consolidar su autonomía científica existencial. Así como también se nos proporciona una idea de los avatares de sus instituciones (reducidos en este caso a una única figura, pero bien representativa de la rama administrativa) para lograr su propia fisonomía.

No debe perderse de vista tampoco, cuando se estudie la naturaleza jurídica de una institución como la que nos ocupa, que ella se inserta dentro del Derecho Administrativo y se presenta vinculada directamente con el Estado y con las necesidades de los integrantes de la colectividad en cuanto grupo social. Está en estrecha dependencia con las concepciones político-económicas que dominan a la formación estatal en un momento histórico dado y con la proyección social que tenga esa formación. Presentándose, lógicamente, con sus matices, según sea la participación del Estado en el

¹⁴⁵ Por nuestra parte, hemos realizado un esbozo de esas teorías y sus principales representantes en: MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Centro de Estudios de Administración Pública, Universidad de La Habana, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, pp. 72 y sigs. También pueden verse nuestros trabajos: “Maurice Hauriou y la naturaleza jurídica de la concesión administrativa: la teoría de la doble naturaleza o doble aspecto”, en MATILLA CORREA, Andry/ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando y SANTAELLA QUINTERO, Héctor (Coordinadores), *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 515 a 538; y “La teoría de León Duguit sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa (La teoría de la convención de carácter complejo)”, en MATILLA CORREA, Andry/ RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo y SALINAS GARZA, Juan Ángel (Coordinadores), *Ensayos de Derecho Público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguit*, 2^{da} edición revisada, corregida y aumentada, Librería Cerda, Monterrey, Nuevo León (México), 2015, pp. 269 a 304.

conjunto de las relaciones sociales que se desenvuelven en el marco de la colectividad, la forma en que se concibe su participación en ese conjunto y las premisas por las que se encausa la satisfacción del interés general.

En otras palabras, concesiones, función administrativa, Estado, política, economía, relación poder público-ciudadanos, no pueden desvincularse si se desea buscar el por qué de cada posición sustentada sobre la naturaleza jurídica de las primeras.

CAPÍTULO II

Características de la concesión administrativa

II.1-) Preliminar

Presentar los caracteres o las características de un fenómeno determinado, no es sino señalar el conjunto de cualidades que lo distinguen.

Por lo tanto, al hablar de las características de la concesión administrativa, el interés es destacar los trazos que pueden ser tomados como que reflejan o determinan su identidad fenoménica en cuanto figura del Derecho; marcando su sustancia y señalando sus diferencias con otras categorías jurídicas.

Esos aspectos caracterizadores, resultan de la mecánica y de la dinámica estructural y funcional del fenómeno en cuestión - en este caso la concesión administrativa -, tal cual se concibe y proyecta en lo conceptual y lo práctico. A su vez, dichos aspectos guían esa concepción y práctica.

Desde su individualidad, como ejercicio metodológico, ellos permiten un acercamiento o visualización de un aspecto o elemento del objeto caracterizado, pero no apuntan a explicarlo todo. Para eso, deben justarse todos los aspectos o elementos caracterizadores, integrarse y colocarse en perspectiva de unidad y sistema. Sólo así, a través de esos caracteres o características articulados e integrados sistémicamente, se podrá tener una descripción acertada del fenómeno y se podrán aprehender consecuentemente sus implicaciones.

En definitiva, cuando se habla del tratamiento de las características de la concesión administrativa, no se habla de otra cosa sino de «las líneas maestras» que pueden ser asumidas para moldear o constituir esa institución jurídico-administrativa.

Al repasarse el cúmulo de pronunciamientos (normativos, jurisprudenciales y teóricos) vertidos en torno a la concesión administrativa, no es difícil apreciar que en ellos ha tenido un lugar propio la búsqueda y fijación de los caracteres identitarios de la misma.

Dentro de esos señalamientos, que resultan de índole diversa y toman enfoques diversos, pueden encontrarse ciertos resultados que reúnen los mayores niveles de coincidencia al tiempo de esbozar o destacar algunos de los caracteres. A pesar de ese grado de coincidencia y el grado de aceptación mayoritaria que han tenido algunos aspectos acogidos como caracteres de la concesión administrativa, no necesariamente se da la unanimidad o la completa coincidencia en las que pueden ser enlistadas como características de la figura concesional.

Con el desarrollo teórico y práctico de la concesión administrativa, lo cierto es que se han venido sedimentando algunos aspectos que se tienen como caracterizadores de esta, marcando y singularizando su estructura y funcionalidad como fenómenos jurídicos; y, en suma, su identidad como categoría del Derecho Administrativo.

II.2-) Características de la concesión administrativa

Como no es infrecuente encontrar dentro de la rama *iusadministrativa*, fijar un plexo de características para una de las instituciones que corresponden a ese subsistema jurídico, tiene mucho de admisión de conclusiones a las que se ha llegado ya con anterioridad y que se van estableciendo con el tiempo y la aceptación. Pero también tienen algo de apreciación personal de quien asume esa fijación. Esto último, no tanto porque vaya a «descubrirse una nueva característica», sino por el modo en que puede ser presentado alguno de los elementos que quedan comprendidos dentro de ese plexo.

Por nuestra parte, creemos que el grupo de características de la concesión administrativa puede resumirse en el siguiente:

- a-) se otorga en función del interés general;
- b-) es un acto sometido al régimen jurídico-administrativo;
- c-) es un acto bilateral;
- d-) es un acto formal;
- e-) tiene un carácter *intuitu personae*;
- f-) se otorga con carácter temporal;
- g-) origina derechos para el concesionario (carácter constitutivo);
- h-) la Administración Pública ostenta un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral en el contenido de la relación concesional;

- i-) la actividad administrativa objeto de la concesión corre, en principio, por cuenta y riesgo del concesionario (principio de riesgo y ventura);
- j-) la concesión genera una extensión de los efectos jurídicos a terceros.

Pasemos entonces a referirnos a cada una de esas características y a las implicaciones que pueden desplegar.

II.2.1-) Se otorga en función del interés general

El interés general, o el interés público – precisiones terminológicas a un lado -, es uno de los conceptos claves dentro del Derecho todo y, en especial, un concepto esencial como fundamentador e informador del Derecho Público, del Derecho Administrativo.

Este concepto jurídico indeterminado, juega un rol esencial dentro de la definición misma del Derecho Administrativo como subsistema jurídico, cualquiera que sea la definición que de esta rama del Derecho se adopte.¹⁴⁶ Expresa o implícitamente, el interés público o interés general es un elemento determinante y caracterizador del universo jurídico-administrativo. En consecuencia, ese papel trasciende a todas las instituciones particulares que están comprendidas en ese universo.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Recuérdese, por ejemplo, que WALINE definió al Derecho Administrativo como: “(...) el conjunto de reglas que precisan en cuáles condiciones las personas administrativas adquieren los derechos e imponen las obligaciones a los administrados, por medio de sus agentes, en el interés de la satisfacción de los fines públicos.” WALINE, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6^e édition, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1952, p. 9.

¹⁴⁷ De provecho pueden verse, entre otros conocidos trabajos al respecto: TRUCHET, Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1977, en todo; ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, en todo; NIETO, Alejandro, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coordinación y presentación), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2185 y sigs.; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2012, en todo; GUGLIELMI, Gilles (Sur la direction de), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, Université Panthéon-Assas, Éditions, Panthéon-Assas, Paris, 2017, en todo.

El interés general es el que marca y determina el carácter público de la relación concesional y constituye el fundamento e informa al régimen jurídico de la concesión administrativa.

En este sentido, no olvidemos que la concesión administrativa se encuadra en los modos de acción del poder público organizado para la consecución concreta de determinados fines públicos. Es un modo de organización de la acción concreta del poder público y, en última instancia, responde a las necesidades de ese poder.¹⁴⁸ Claro está, sin perder de vista ni dejar de garantizar los intereses individuales del concesionario en la relación en cuestión, como factor necesario este último para la existencia del fenómeno concesional.

GIANNINI resultaba enfático al sostener que:

“(...) No hay dudas que los concesionarios forman parte de los poderes públicos y tienen un fuerte sentimiento de su posición; sin embargo son, a la vez, empresarios privados y las administraciones, por su parte, los consideran extraños. (...)”.¹⁴⁹

Y es que, la idea misma de interés general, es la que debe actuar como factor de balance y realización, para no permitir olvidar todo lo que se pone en juego en la mecánica y en la dinámica estructural y funcional de la concesión administrativa.¹⁵⁰ Ciertamente, el interés general no es el único que concurre ni está en juego en una concesión administrativa; mas, él es la brújula para no perder el equilibrio necesario que se traza en ella, como uno de los resortes de estructuración y operación de dicha relación jurídica.¹⁵¹

¹⁴⁸ El portugués GONÇALVES ha destacado que “(...) la concesión es de hecho la expresión de una *concepção organizatoria* (*hoc sensu*, político-administrativa) puesta en práctica por el *poder organizatorio*. (...)”. GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 229.

¹⁴⁹ GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 267.

¹⁵⁰ Quizás no sea ocioso traer a colación unas viejas palabras de ALCALÁ-ZAMORA, cuando describía a la concesión administrativa en estos términos: “Doctrinalmente es la combinación interesante de mayestáticas liberalidades del Poder con estipulaciones interesadas de un convenio; la delimitación difícil entre la soberanía, de la que siempre se desprenden reflejos, y el dominio, sobre el que pesan constantemente reservas y limitaciones; la ordenación delicada, imponderable de un fin egoísta y concreto con otro general y vago; el imperio de un pacto fijo y la adaptación del propósito, que es su alma, a nuevas e imprevistas realidades; el sentido cabal del estricto Derecho, dominado por la noción fundamental de la equidad, y la celosa supremacía de la autoridad y el bien público”. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, ob. cit., pp. 5 y 6.

¹⁵¹ Permítasenos citar de nuevo a ALCALÁ-ZAMORA en tanto indicaba: “Para el concesionario, la causa es la aportación que recibe y el aprovechamiento que se le permite; para

Según hemos anotado ya, la concesión administrativa es una manera de ser concretizada del funcionamiento público, de la función administrativa. Función que se enfila rectamente a la satisfacción de los intereses generales, no importa que ella sea actuada directa o indirectamente por la Administración Pública. Lo que se involucra en una concesión administrativa no son sino actividades que conectan directamente con el interés público, su gestión y satisfacción, en diversos niveles de intensidad. Se encuentran dentro del ámbito competencial, por tanto funcional, de la Administración Pública; y su existencia como relación jurídica está marcada en primera instancia por ser medio para responder a las exigencias que marca ese interés público.

En sentido general, se reconoce que las concesiones administrativas son otorgadas en interés público. En esto, dentro de los teóricos, no ha habido fractura alguna – desde antiguo – cuando se trata de las concesiones de servicio público y de obra pública. Es bien sabido, entonces, que esas concesiones no se otorgan en interés primario del concesionario, sino, por sobre todo, en función directa del interés general.

Donde han aparecido matices al respecto es precisamente en las concesiones de bienes de dominio público, donde las percepciones que se tienen no han sido tan unánimes o monolíticas como en los supuestos anteriores; y se dan distintos planteamientos en torno a esta cuestión.

En un balance general, puede decirse que han sido dos las posiciones principales que se han dado: una que considera que en las de dominio público la relevancia del interés público no difiere de aquella que tiene en las de servicio público y en las obras pública; y otra que parte de considerar que ese interés, en las de dominio público, tiene un valor atenuado, secundario, menos importante, por lo que se manifiesta en su mecánica y determina su dinámica con un grado menor de intensidad.

Sin embargo, a pesar de esa polarización, en la tendencia que ha mitigado el valor del interés público en las concesiones de bienes de dominio público, los planteamientos no siempre han tenido un único ribete y se han manifestado en tesituras variables.

el Poder, la causa es la cooperación de ese mismo aprovechamiento a fines armónicos y superiores de interés general. De este concepto de causa, que enlaza los propósitos en uno mismo bajo aspectos diversos, surge la consecuencia transcendental de importar el fin de la concesión a ambas partes, de ser el aprovechamiento más función que derecho y, sobre todo, que interés, y de estar regida la interpretación del contrato y toda la vida jurídica de las concesiones, por una elevada noción y suprema ley, de armonía constante, de subordinación definitiva, de sacrificio eventual hacia el interés público, noblemente sentido, enérgicamente amparado.” ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, ob. cit., p. 11.

Así, por ejemplo, en el Derecho Administrativo español ha sido emblemático el parecer de VILLAR PALASÍ, cuando hubo de observar que

“(…) en la concesión de dominio público, el interés es sólo reflejo, teniendo una pura eficacia interna, como respondiendo al interés *uti cives* de la generalidad, (…)”.¹⁵²

Por su lado, el chileno REYES RIVERO expresaba, al distinguir las concesiones de servicio público y de bienes públicos:

“En la concesión de servicio público, siempre se tiene en vista, o más bien, siempre se trata de satisfacer un interés público. En cambio, en la concesión de bien dominical no existe necesariamente este interés público, ni se trata de satisfacer ninguno. Puede, a veces, concurrir directa o indirectamente, pero ello no es indispensable. (…)”.¹⁵³

Esta última opinión y las divergencias de sentir al respecto, se han proyectado tanto desde la especie más genérica de la concesión de bienes de dominio público, cuanto desde la perspectiva de algún tipo objetivo más particularizado de las concesiones demaniales (ha sido el caso, por ejemplo, de las concesiones de aprovechamiento de aguas¹⁵⁴ o las concesiones mineras¹⁵⁵).

¹⁵² VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 701. Ver cómo se expresaba el propio VILLAR PALASÍ unas líneas más debajo de este fragmento citado, p. 701. Con idénticas palabras a las de VILLAR PALASÍ, puede verse: PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, *Lecciones de dominio público*, Instituto Católico de Artes e Industrias, Librería ICAI, Madrid, 1976, pp. 58. También refiere las consideraciones de VILLAR PALASÍ: SÁNCHEZ DÍAZ, José L., “La concesión de uso de bienes públicos locales”, en LÓPEZ PELLICER, José A. y SÁNCHEZ DÍAZ, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, p. 305. Igualmente, ver las explicaciones de: GARCÍA PÉREZ, Marta, *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1994, pp. 139 y 152 y sigs.

¹⁵³ REYES RIVERO, Jorge, ob. cit., p. 217.

¹⁵⁴ Vid., el análisis de: GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 1^{era} edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982, p. 140.

¹⁵⁵ Un autor argentino precisaba que “(…) el fin de la concesión minera lo constituye la explotación del yacimiento, empresa privada que consulta puramente el interés individual del concesionario.”; BOUNOCORE, Domingo, “La concesión de minas y la concesión de servicios públicos”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, No. 26, año IV (3^a época), 1939, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, p. 55. Contrastando con una opinión de ese tipo, desde la otra rivera del fenómeno se ha podido decir en el Derecho español que “(…) es la propulsión de los intereses colectivos el móvil determinante de las concesiones

A pesar de las diferencias que ha podido arrastrar el proceso evolutivo de las concesiones administrativas, es hoy percepción reinante y consagrada jurídicamente que toda concesión administrativa, cualquiera que sea su especie – en consecuencia, también la de dominio público¹⁵⁶ –, está signada por el interés general como fin primario de la relación. Esa relación jurídica administrativa se constituye en función de ese interés general, a él responde y el principio de prevalencia del interés general marca toda la estructura y el funcionamiento de la institución concesional.

La prevalencia del interés general, al que ha de ajustarse el interés del concesionario dentro de la dinámica concesional, sin perjuicio de las garantías patrimoniales correspondiente para este último, es corolario del carácter de técnica de gestión pública (de bienes y servicios) de la concesión administrativa. Y esa prevalencia, así como su garantía, se proyecta y opera en los diversos elementos que integran el régimen jurídico concesional.

II.2.2.-) Es un acto sometido al régimen jurídico-administrativo

Tal como se ha dicho ya, la concesión administrativa es una técnica jurídica de gestión pública, administrativa; un modo en que se concreta el funcionamiento administrativo. Como fenómeno jurídico se encuadra en el espacio funcional, materialmente entendido, que integra ese funcionamiento. Ella, en sí misma, es un acto o fenómeno de administración pública; un modo de expresión de la función administrativa.

Es por ello que se ha dicho que la concesión administrativa es un acto que disciplina una relación jurídica concreta entre la Administración Pública y un sujeto (concesionario), cuya naturaleza material o sustancialmente administrativa parece indiscutible.¹⁵⁷ Esa naturaleza administrativa, viene determinada por el segmento funcional (la función administrativa) en que se desenvuelve la relación concesional; por la finalidad inmediata (el interés general) que mueve al acto de concesión; por el nexo directo de dicho acto con la respuesta a ciertas necesidades de la colectividad que la Administra-

mineras, y no la utilidad privada de los solicitantes. (...).”; MARTÍNEZ USEROS, Enrique, “El intervencionismo estatal y las concesiones de minas”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año XCIII, Segunda Época, Tomo XVC (183 de la colección), No. 6, “Instituto Editorial REUS”, Madrid, 1948, p. 637.

¹⁵⁶ Interesante resulta lo que desarrollara en esa cuerda argumental del interés público en las concesiones demaniales: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 202 y sigs.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 111.

ción Pública debe atender como garante fundamental; y por la naturaleza pública del objeto sobre el que ella recae (obra, bien y servicio públicos), el cual pertenece en titularidad a la Administración Pública concedente y no pierde el carácter de público ni ésta pierde esa titularidad a pesar de la concesión administrativa.

La concesión administrativa, como acto jurídico (genéricamente hablando), como relación jurídica, resulta de aquellos típicamente ordenados y regidos por un régimen de Derecho Público, específicamente de Derecho Administrativo. Su configuración y dinámica funcional como acto y como relación jurídica, responde a las peculiaridades que al respecto le imprime su encuadre en el ámbito *iusadministrativo*. Es, desde este último plano, que puede ordenarse y explicarse consecuentemente el universo relacional que implica una concesión administrativa.

La sustancia *iusadministrativa* de la figura concesional, ha sido puesta de relieve con convicción por la doctrina. Así, en sus célebres conclusiones al *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916, el comisario de gobierno CHARDENET afirmaba: “El contrato de concesión, remarquémoslo, es un contrato de orden esencialmente administrativo, que no tiene análogo en el derecho civil (...)”.¹⁵⁸

La regulación de la relación jurídico administrativa que se origina a partir de la concesión administrativa, estará determinada, esencialmente, por lo dispuesto en la letra del acto en cuestión, así como por lo establecido en las disposiciones normativas relacionadas con ese acto en específico, con la actividad que se concede en sentido general, con el espacio de actuación de índole empresarial en que se desenvuelve el concesionario y con la actuación de este último en cuanto sujeto de Derecho globalmente considerado. De lo anterior se podrá entender que el ejercicio de lo concedido se inserta en un marco regulador conformado por un grupo de disposiciones jurídicas que van desde el plano más concreto e individualizado (representado por el acto de concesión), hasta uno más general (en el que se estructura lo

¹⁵⁸ Ver este fragmento de CHARDENET en: JÈZE, Gastón, “La guerre...”, ob. cit., p. 213. En esa misma cuerda, LECOMTE aseveraba (desde la perspectiva contractual de la concesión de servicios públicos), que «en Derecho Privado, ningún contrato se parece al contrato de concesión de servicio público» y que «en la materia, la noción de Derecho Público es una noción necesaria»; LECOMTE, François, *Le rachat de concessions*, Thèse pour le doctorat en Droit, Université de Paris, Faculté de Droit, Imprimerie Générale Lahure, Paris, 1942, pp. 6 y 7. Por su parte, Mariano BRITO escribía sobre la concesión (de servicio público) que “(...) su régimen jurídico, características y atributos fundamentales sólo pueden hallar explicación en el ámbito del Derecho Público.”; BRITO, Mariano, ob. cit., p. 35.

dispuesto en los reglamentos, las leyes y en la Constitución misma, que de una forma u otra tengan que ver con las consecuencias jurídicas que genera el vínculo que se establece con motivo de la concesión administrativa).¹⁵⁹

Asimismo, es menester observar que si bien el régimen jurídico que rige la relación concesional es el de Derecho Administrativo (determinado por la índole pública de la actividad objeto de la concesión y la finalidad que la misma cumple), en él también confluirán normas jurídicas cuyo contenido es típico de otras esferas jurídicas bien cercanas a la rama administrativa, como es el caso – por ejemplo - del Derecho Financiero y del Derecho Ambiental, en lo relativo a las cuestiones propias de ellas que se manifiestan en el nexo concesional. Sin olvidar que, en algunos aspectos que se derivan de la naturaleza empresarial de la actividad del concesionario, de los nexos jurídicos que se establecen entre este último y sus empleados, o entre éste y terceros, también entra a contar la normativa propia del Derecho Civil, el Derecho Mercantil o el Derecho del Trabajo o Derecho Laboral, por sólo mencionar las más comunes.

Es menester señalar que a pesar de la claridad que se tiene hoy sobre la pertenencia de la concesión administrativa al universo jurídico institucional del Derecho Administrativo, lo cierto es que no siempre existió esa claridad.

En efecto, en su etapa decimonónica – aunque con cierta trascendencia al siglo XX -, una de las principales tendencias para tener y explicar jurídicamente a la concesión administrativa, fue la solución contractualista en su vertiente civilista o privatista. En esencia, esta línea conceptual pretendía ver a la concesión administrativa como un contrato de Derecho Privado. Es decir, que, desde este prisma, se delineaba a la concesión administrativa como un acuerdo de voluntades entre Estado-concedente y particular-concesionario, encaminado a originar derechos y obligaciones para ambas partes en un plano de igualdad y sometido en sus aspectos, en principio, a las normas del Derecho Común (Derecho Civil).¹⁶⁰

Si bien por razones metodológicas el postulado cardinal de la teoría en análisis puede reducirse al planteamiento esbozado anteriormente, no debe pensarse que dicha tesis se presenta, y se agota, en la forma exclusiva y en la homogeneidad de lo allí expuesto. En ese sentido, debe tenerse a la vista que

¹⁵⁹ Véase lo que planteara, por su parte: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., pp. 103 y 104.

¹⁶⁰ Uno de los ejemplos más recurridos en la doctrina, para ilustrar esta solución que nos ocupa sobre la naturaleza jurídica de la *concesión administrativa*, es el del francés DELALLEAU, Ch., ob. cit., p. 183.

esa posición teórica fue seguida por diversos autores que se expresaban a la luz de ordenamientos positivos y bases conceptuales que adoptaban matices distintivos entre sí – aunque manifestaran puntos de coincidencia-; y en un período donde el Derecho Administrativo inició su despegue como rama jurídica y su andar como disciplina científica autónoma.

De ello resulta que, dentro de esta tendencia contractual sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, convergen afirmaciones que estuvieron también cargadas de matices y que señalaban, entre sí, ciertas diferencias en el modo de ver la relación que asumían entre la institución concesional administrativa y la categoría contractual típicamente civil, que servía de punto de partida para calificar e interpretar la dinámica relacional y funcional que abarca en su espectro objetivo la figura de la concesión administrativa.

De tal suerte que, desde la óptica de esta teoría del contrato *iusprivado* para explicar la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, podemos encontrarnos soluciones heterogéneas que van desde ángulos más radicales al respecto, pues consideraban a la concesión administrativa como un contrato estrictamente de Derecho Privado;¹⁶¹ hasta otras que admiten la concurrencia en ella de algunos caracteres especiales, en comparación con la contratación privada más típica – como el objeto de la concesión, la presencia en ella de la Administración Pública como una de las partes contratantes, los requerimientos formales, y la existencia de una jurisdicción especial para conocer de los litigios entre las partes contratantes en los marcos del vínculo concesional -, haciendo entonces de la concesión administrativa un contrato que presenta ciertas variaciones¹⁶² – determinadas por esos caracteres especiales – dentro de la figura contractual propia

¹⁶¹ Ver: GIANZANA, la nota al fallo de la Corte de Apelación de Ancona de 7 de febrero de 1880, en *Foro Ital.*, 1880, I, 911, y *Le acque nil diritto civile italiano*, Turin, 1879, Nos. 232-237, pp. 324, 331, No. 775 y sigs., pp. 517 y sigs.; citado por RANELLETTI, Oreste, “Teorie generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, y consultado por nosotros en RANELLETTI, Oreste, *Scritti giuridici scelti*, Tomo III, *Gli atti amministrativi*, Edizione a cura di Erminio FERRARI, Bernardo SORDI, Jovene editore, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, 1992, pp. 35 y sigs.

¹⁶² Interesante en esta línea argumental fue la posición de: DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Tomo II, *Sources des obligations (Suite)*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, pp. 867 y sigs., quien llegó a calificar a la concesión administrativa como *contrato de reglamentación*.

del Derecho Privado.¹⁶³ De ahí que se le llegó a calificar como contrato *sui generis*, o como contrato administrativo *sui generis*, por un determinado sector científico, ante la dificultad de acomodar la concesión administrativa dentro de los moldes característicos de los contratos que se tipificaban tradicionalmente en la legislación civil.¹⁶⁴

Sin embargo, lo que latía en el fondo de esa calificación era la idea de que ese contrato no era más que una especie de la contratación civil que seguía, en lo general, el régimen jurídico común al respecto, con las excepciones que se derivaban de su cualificación impuesta por las peculiaridades subjetivas, objetivas, formales y jurisdiccionales que lo acompañaban.

Incluso, un Comisario de Gobierno francés como Georges PICHAT, en sus conclusiones al caso *Thérond*, del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1910, reconocía que el vínculo en el que se centraba el litigio era una concesión de servicio público; pero, en una terminología que mezclaba al contrato del Código Civil con un elemento de identidad del contrato administrativo como lo era la ejecución de un servicio como objeto – que cobraba fuerza definitoria entonces para ese último tipo contractual –, apreciaba sobre esa concesión:

“El contrato es la locación de servicios de los arts. 1710, 1779 y 1786 del Código Civil, que tiene por objeto la ejecución de un servicio público y que presenta el carácter de una concesión.”¹⁶⁵

¹⁶³ Por ejemplo: PRADIER FODÉRÉ, P., *Compendio del Curso de Derecho Administrativo profesado en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas*, 2^{da} edición, traducido por Manuel A. FUENTES, Lima, Imprenta del Estado, Lima, 1878, p. 424; DUCROCQ, Th., ob. cit., Tome II, pp. 249 y 257, y ob. cit., Tome IV, pp. 551; MOREAU, Félix, *Manuel de Droit Administratif*, Ancienne Librairie, Thoring et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1909, pp. 724 y sigs; BERTHÉLEMY, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Huitième édition, Rosseau & C^e, Éditeurs, Paris, 1910, p. 615; el belga ERRERA, Paul, ob. cit., p. 367; DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, José, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1866, pp. 61 y 62; SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 3^{ra} edición, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1891, p. 779; CABALLERO Y MONTES, José María, *Lo contencioso-administrativo*, Tomo I, *Naturaleza y condiciones generales del recurso contencioso-administrativo*, Tip. Mariano Escar, Zaragoza, 1902, p. 559; PORTOCARRERO, Felipe S., *Derecho Procesal Administrativo*, Escuela Tip. Salesiana, Lima, 1943, p. 43.

¹⁶⁴ DREYFUS, Albert, ob. cit., pp. 22 y sigs.

¹⁶⁵ El fragmento de las conclusiones de PICHAT lo hemos tomado de: JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo III, *El funcionamiento de los servicios públicos*, Traducción directa de la 3^{ra} edición francesa por Julio N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 363, nota 27.

Esta teoría de corte civilista sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, en cualquiera de sus tonalidades, es hoy una tesis desechada y sólo presenta un valor «arqueológico», pues los argumentos que le sirvieron de base cayeron ante la evolución científica del Derecho Administrativo y de la transformación objetiva del contexto material que pudo servirle de amparo, que obligó a replantear y reconfigurar conceptualmente el arsenal técnico jurídico que acompañaba esa rama jurídica.

De otro lado, igualmente hay que decir que al incardinarse toda la mecánica y la dinámica estructural y existencial de la concesión administrativa como regulada plenamente por el Derecho Administrativo, quedan también descartadas otras tesis sobre dicha categoría, que han convocado protegónicamente al Derecho Civil para explicar – si no toda – parte de dicha mecánica y dinámica.¹⁶⁶

Manejándonos ahora en otros términos, hay que pensar también que, para el caso de la concesión administrativa, específicamente la de bienes de dominio público, esta plantea para el concesionario un *derecho real de carácter administrativo*.

La figura del *derecho real administrativo*, fue impulsada por Maurice HAURIU en el marco de la ocupación del dominio público por los concesionarios de servicio público.¹⁶⁷ Fue luego recogida, sustanciada además¹⁶⁸ y seguida por otros autores franceses.¹⁶⁹ Tuvo también planteamientos fuera

¹⁶⁶ Es el caso, por ejemplo, de la teoría de la teoría de la *concesión-contrato* que como planteamiento general, se inserta dentro de las tendencias mixtas que han pretendido explicar la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas. Esta solución ha sido especialmente característica de una parte de la jurisprudencia y de la doctrina italianas desde el último tercio del siglo XIX, v. gr.: GIORGI, Giorgio, ob. cit., Volume II, pp. 318 y sigs.; MANTELLINI, Guiseppe, *Lo Stato e il Codice Civile*, Vol. II, Florence, Barbera, 1882, pp. 505 y sigs.

¹⁶⁷ Ver de: HAURIU, Maurice su comentario al fallo *Ministre de Commerce c. Chemis de fer d'Orlans*, del Consejo de Estado, de 25 de mayo de 1906, nota aparecida originalmente en *Recueil Sirey*, 1908, IIIª parte, p. 65, y consultada en *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIU, Tome III, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 270 y sigs.; y su *Précis...*, ob. cit., p. 653.

¹⁶⁸ Ver en Francia, especialmente: RIGAUD, Louis, *La théorie...*, ob. cit., p. 304; así como del mismo RIGAUD: *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Traducción de J. R. XIRAU, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1928, pp. 295 y sigs.

¹⁶⁹ Por ejemplo, y sin ánimos de agotar la referencia: RÈNARD, Georges, *Cours élémentaire de Droit Public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1922, pp. 167 y sigs.; JANSSEN, Lucien, *Les traits...*, ob. cit., pp. 190 y sigs. y 278; LENOIR, Yves, *Les domaines de l'État et des autres collectivités publiques*, Éditions Sirey, Paris, 1966, pp. 193 y sigs.; DÉNOYER,

de Francia, con destacados exponentes,¹⁷⁰ para recalcar luego en el espectro doctrinal iberoamericano.¹⁷¹

Como indicara GONZÁLEZ PÉREZ en un conocido trabajo:

“Los derechos reales administrativos, (...), *son los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público.* (...) Para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den los tres elementos que integran la definición, a saber: primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real, y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público.”¹⁷²

Jean François, *L'exploitation du domaine public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, pp. 103 y sigs.

¹⁷⁰ Es el temprano caso del italiano: MAJORANA, Dante, *La teoria dei diritti pubblici reali*, Cav. Niccolò Giannotta, Editore, Catania, 1910, en todo.

¹⁷¹ V. gr.: ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, pp. 53 y sigs.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, ob. cit., p. 58; CANO TELLO, Celestino A., *La hipoteca de concesiones administrativas*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1973, pp. 43 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., pp. 58 y 60; y SÁNCHEZ DÍAZ, José L., “La concesión de uso de bienes públicos locales”, ob. cit., pp. 297 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto, ob. cit., pp. 13 y sigs.; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 581 y 582; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 242 y sigs.; DIEZ, Manuel María, *Dominio Público (Teoría General y Régimen Jurídico)*, “Valerio Abeledo”, Editor, Buenos Aires, 1940, pp. 417 y 418; SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, *Parte General*, Volumen 3^º, *El objeto del Derecho*, Ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, S.A.C. e I., Buenos Aires, 1953, pp. 631 y sigs. y 641; MARIENHOFF, Miguel Santiago, ob. cit., Tomo V, pp. 431 y 566 y sigs.; SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, 1^ª reimpresión de la 1^ª edición, AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 2004, p. 362, del mismo SALOMONI, “Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (El caso de la explotación de la distribución de gas natural)”, en AA.VV., *El Derecho Argentino, Hoy*, Jornadas sobre Derecho Administrativo, División Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp. 304 y sigs., y también, “Uso del dominio público. Uso común, permisos, concesiones. La prescripción”, en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1^ª edición, Ediciones RAP s.a., Buenos Aires, 2005, p. 947; FANELLI EVANS, Guillermo, “Las concesiones y los derechos reales administrativos. El anteproyecto de “ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas””, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, pp. 198 y sigs.; VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, *Concesión minera y derechos reales*, Porrúa Hnos y Cia, México, 1946, pp. 28 y sigs.

¹⁷² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, ob. cit., p. 29.

La concesión administrativa en cuanto derecho real administrativo o título constitutivo de un derecho real administrativo (derecho de concesión) se singulariza porque su contenido se refiere, básicamente, al uso y disfrute, o al goce, o al aprovechamiento o a la explotación de un bien público.¹⁷³

Por tal motivo, sería este un tipo de derecho real que, como todo derecho real administrativo, su ordenación jurídica pertenece al campo del Derecho Administrativo y no al del Derecho Civil.¹⁷⁴ Este es un derecho que tiene sustancia administrativa o pública, sin presencia entonces dentro del plexo de derechos reales que pertenecen comúnmente al Derecho Civil o Privado.¹⁷⁵

II.2.3-) Es un acto bilateral

Esta característica está determinada por la propia dinámica relacional y funcional de la concesión administrativa; porque la concesión administrativa

¹⁷³ Vid., entre otros: HAURIU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 653; las conclusiones de RIGAUD, Louis, *La théorie...*, ob. cit., especialmente, pp. 319 y 325 y sigs. Sin llegar a acoger la calificación de *derecho real administrativo*, Robert PELLOUX (ob. cit. pp. 282 y 308) igualmente indicaba que el concesionario poseía sobre el dominio concedido un «*droit exclusif de jouissance*». También, entre otros, pueden verse: VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 702; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, ob. cit., pp. 38 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto, ob. cit., pp. 13 y sigs.; LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., pp. 33 y sigs.; GARCÍA PÉREZ, Marta, *La utilización...*, ob. cit., pp. 119 y sigs.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Capítulo I. Los bienes públicos en general”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director)/ BARRANCO VELA, Rafael/ CASTILLO BLANCO, Federico A. y DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 57; SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría...*, ob. cit., p. 362, “Régimen de los bienes públicos...”, ob. cit., pp. 304, y “Uso del dominio público...”, ob. cit., p. 947.

¹⁷⁴ HAURIU, Maurice en su comentario al fallo *Ministre de Commerce c. Chemis de fer d’Orlans*, ob. cit., pp. 280.

¹⁷⁵ En el resumen de MARIENHOFF: “La circunstancia de que los derechos reales administrativos no figuren en el Código Civil, en nada obsta a su existencia: 1º, ante todo, porque, como lo expresa Otto Mayer, fuera de la doctrina del derecho civil aún hay derecho; 2º, porque es inexacto que la categoría del derecho real sea exclusiva del derecho civil: es una noción *general* de derecho, más allá que en el derecho civil haya encontrado su mayor aplicación, como decía Rigaud; 3º, porque los derechos reales *administrativos* mal podrían figurar entre los derechos reales que establece la ley civil, pues de trata de prerrogativas sometidas a regímenes distintos: de derecho público o de derecho privado, según que el derecho real que se considere sea administrativo o civil, siendo de recordar que, como lo expresó claramente el propio codificador Vélez Sarsfield, *en un Código Civil no se trata sino de derecho privado* (...).”. MARIENHOFF, Miguel Santiago, ob. cit, Tomo V, p. 571.

genera derechos y obligaciones mutuos entre las partes intervinientes; porque requiere del consentimiento de ambas partes para que el acto pueda producir los efectos previstos; y porque la voluntad del concedente y del concesionario intervienen, en la medida correspondiente, en el fondo del acto, en su sustanciación, por lo que adquieren un carácter constitutivo en relación con dicho acto.

El maestro uruguayo SAYAGUÉS LASO, expresaba que

“(...) es de toda evidencia que la concesión constituye un acto bilateral. La concesión como acto que produce efectos jurídicos, surge recién cuando se opera el acuerdo de ambas voluntades: de la administración y del concesionario.”¹⁷⁶

La idea de bilateralidad de la concesión administrativa, es coherente con el rol que esta desempeña dentro del tráfico jurídico administrativa y, por tal, con la condición que asumen las partes en esa relación.

Por lo pronto, recuérdese que la concesión administrativa es, en esencia, una «fórmula asociativa»,¹⁷⁷ de colaboración o de cooperación,¹⁷⁸ de contenido económico, una «asociación financiera» (en palabras de WALINE),¹⁷⁹ de muy vieja data, entre (en su primigenia y clásica construcción) el Estado (o el sector público) y los privados (o el sector privado), para la satisfacción de fines mutuos,¹⁸⁰ pero sobre todo del interés colectivo, a partir de garantías para esa satisfacción. En su seno, ambas partes se asocian para una actividad de trascendencia al interés público y que es, además, económicamente relevante, y el concesionario es atraído a aportar y colaborar con

¹⁷⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Impresa en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, p. 77.

¹⁷⁷ Phillippe DEVELLE reparaba en el hecho que la concesión administrativa tenía el “(...) mérito de asociar dos partes y de establecer su acuerdo de forma equilibrada para sus intereses. (...)”; DEVELLE, Phillippe, ob. cit., p. 27. Por su parte, Jean RIVERO (ob. cit., p. 499) calificaba a la concesión (de servicio público) como una «asociación entre concedente y concesionario privado»

¹⁷⁸ Un «modelo especial de colaboración entre la Administración pública y los particulares», al decir de GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 165.

¹⁷⁹ WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 380.

¹⁸⁰ En el decir de DEBBASCH, con motivo de la evolución de la concesión, y en relación a su primer tiempo, esta «aparecía como el encuentro de los intereses de la persona pública y de la persona privada y el medio de satisfacer, al mismo tiempo, esos intereses *a priori* contradictorios». DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, 6^e édition, Ed. Économica, Paris, 2002, p. 388.

el funcionamiento administrativo y a beneficiarse económicamente de él, a partir del desempeño de la concesión.¹⁸¹

Siguiendo esta cuerda argumental, la concesión administrativa ha venido siendo un instrumento de la colaboración público-privada, *un modèle de partenariat public-privé* (al decir de GUETTIER),¹⁸² para el alcance, vía una empresa económica, de fines públicos. Es un mecanismo de cumplimiento de fines públicos, a través de la atracción, para el desempeño de cometidos públicos, de capitales, recursos, inversiones, en fin, de un sujeto y su actividad económica (clásicamente, un privado), diferente del titular de lo concedido.

Como asumieran (mirando a la concesión de servicio público) AUBY y DUCOS-ADER:

“La concesión conjuga dos intereses que deben ser complementarios y que se arriesgan a ser contradictorios. De una parte, la autoridad concedente se preocupa de la mejor explotación posible del servicio; de otra parte, el concesionario tiene la preocupación de amortizar sus anticipos y de realizar beneficios. Es en torno a estos dos objetivos que se articulan los derechos y obligaciones recíprocas de las partes. En efecto, el concesionario, por el hecho que explota un servicio público, recibe medios de acción y se encuentra sometido a obligaciones, mientras que en su calidad de empresario privado, le es asegurado un cierto número de ventas y garantías de orden pecuniario.”¹⁸³

La concesión constituye una técnica de articulación, armonización, compatibilización de intereses diversos, que sirve al cumplimiento de determinados objetivos de carácter público. Los que deben ser conseguidos a través de ella, involucrando en su seno (siguiendo el esbozo más clásico de la figura concesional) la intervención y actuación de intereses económicos del concesionario. Proyectada así la cuestión, la concesión administrativa representa tanto la idea de negocio económico o de empresa económica, como la de medio de actuación y de consecución de intereses públicos.

¹⁸¹ DEVELLE indicaba que “(...) la concesión es bilateral, ella no supone solamente que un particular aporte su colaboración al servicio público en aceptación por la delegación de la gestión, ella implica también ventajas financieras en compensación por trabajos efectuados o de concursos prestados. (...)”. DEVELLE, Phillippe, ob. cit., p. 27.

¹⁸² GUETTIER, Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 9.

¹⁸³ AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, ob. cit., p. 246.

Como apuntara desde un talante histórico ROSADO PACHECO:

“(...) el verdadero “telos” de la idea concesional es la tendencia a englobar la actividad privada dentro de las estructuras de la acción pública, con motivo de una deficiencia del Estado, su falta de idoneidad económica, haciéndose compatibles dos tipos de interés de diferente signo: el público y el privado.”¹⁸⁴

Por lo tanto, es a través de la bilateralidad en la configuración de ese fenómeno jurídico-administrativo, que puede entenderse y encuadrarse bien toda su mecánica y dinámica existencial como técnica jurídica. Y es que no puede verse en la concesión administrativa sino un modo consensuado, concertado,¹⁸⁵ de alguna forma cumplido en los resortes estructurales y funcionales de esta, para gestionar o realizar el objeto sobre el que recae; porque sólo desde esa perspectiva puede justificarse coherentemente el complejo de implicaciones que esta despliega en lo jurídico, lo económico y en lo socio-político.

La ponderación del carácter bilateral de la concesión administrativa, lleva, automáticamente, a descartar, en su explicación jurídica, las tesis unilateralistas que se han planteado a lo largo del iter evolutivo de esta figura.

Estas tesis unilateralistas, también con matices diversos entre sí se han manifestado a través de la construcción evolutiva de la figura concesional, descartándose algunas en esa evolución¹⁸⁶ y permaneciendo y asentándose otras.

¹⁸⁴ ROSADO PACHECO, Santiago, *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: liberalismo e intervencionismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 62. Por su lado, Pedro GONÇALVES hablaba de que: “(...) Es justamente esa divergencia entre las motivaciones del concesionario y los intereses a los que su actuación debe servir la que está, en gran medida, en el origen de la especificidad de la relación de concesión, a través de cual se deberá obtener una *compatibilización* o un *justo equilibrio* entre los *intereses divergentes* implicados en el fenómeno concesorio. (...)”; GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 126.

¹⁸⁵ Puntualizaba CATHELINÉAU que la concesión “(...) se revela siendo una técnica de actividad concertada y traduce una idea de colaboración perceptible, (...)”. CATHELINÉAU, Jean, “Diversité et particularisme des concessions de travaux publics (II)”, en *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, No. 211, 1968, Paris, p. 69.

¹⁸⁶ Es el caso, por ejemplo, de los más antiguos planteamientos relacionados con la *concesión como acto de supremacía o acto de soberanía*, entre cuyos seguidores se cuentan algunos autores de procedencia alemana como son los casos de SEILER y de ZACHARIE, así como de un órgano de decisión jurisdiccional en materia administrativa como el Consejo Federal de Suiza, en algunos pronunciamientos del siglo XIX, citados todos por MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, pp. 160 y 161. También es el caso de la *teoría del acto de autoridad condicionado en su eficacia por un acto de obligación del concesionario (o teoría de los dos*

Las que han llegado con virtualidad hasta los días que corren, articuladas esencialmente a partir de la figura del acto administrativo – también con diferentes perspectivas –, conforman hoy una de las tres vertientes (la unilateralista) que explican la naturaleza jurídica de la concesión administrativa. Esta vertiente ha tenido una visible recepción en cultores de la ciencia del Derecho Público, así como en la jurisprudencia y la legislación, tanto en algunos ordenamientos de Europa (notablemente el alemán,¹⁸⁷ el austríaco,¹⁸⁸ el suizo,¹⁸⁹ el italiano¹⁹⁰ y el español¹⁹¹); así como en otros que se enmarcan al otro lado del Atlántico,

actos unilaterales), planteada originalmente en 1894 por Orestes RANELLETTI, en “Teorie generale...”, ob. cit., pp. 35 y sigs. Ver lo que en forma sintetizada expuso el propio RANELLETTI en su *Teoria degli atti...*, ob. cit., pp. 22 y sigs.

¹⁸⁷ Por ejemplo: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 245; MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, pp. 161 y sigs.; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Traducción de la 5^a edición alemana por LEGAZ Y LACAMBRA, GARRIDO FALLA y ORTEGA Y JUNGE, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 294 y siguientes.

¹⁸⁸ V. gr.: MERKL, Adolfo, ob. cit., pp. 250 y 251

¹⁸⁹ Valga mencionar a: FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 279; BUSER, J., *Loi fédérale sur le service des postes et dispositions importantes de l'ordonnance sur les postes*, Traduits de l'allemand par L. ROULET, Editions Polygraphiques S.A., Zurich, 1931, pp. 44 y sigs.; GRISEL, André, *Droit Administratif Suisse*, Reimpression, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1975, p. 145.

¹⁹⁰ V.gr.: CAMMEO, Federico; *Corso di Diritto Amministrativo*, Ristampa con note de aggiornamento, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1960; igual de CAMMEO, “Demanio”, en *Il Digesto Italiano*, Volume IX, Parte prima, Ristampa stereotipa, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino, 1926, p. 911; ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., pp. 300 y sigs. y 322 y sig.; también de ZANOBINI, *Corso de Diritto Amministrativo*, Volume terzo, *L'organizzazione amministrativa*, Quarta edizione aggiornata, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1949, p. 307; DANESI, Gino, *Diritto Amministrativo*, Casa Editrice Carlo Colombo, Roma, 1938, p. 36; VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Volume I, ob. cit., pp. 368 y 379 y sigs.; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 169; LANDI, Guido/ POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, ob. cit., pp. 214 y sigs.

¹⁹¹ Vid.: GÓMEZ GONZÁLEZ, Mariano, voz “Concesiones Administrativas”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo VII, Francisco Seix, Editor, Barcelona, s/a, p. 854; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *El acto administrativo*, 1^{era} edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 128; del propio FERNÁNDEZ DE VELASCO, “Teoría jurídica de las concesiones administrativas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 53, Febrero, y No. 54, marzo, Tomo V (Enero-Diciembre 1918), Madrid, 1918, pp. 88 y sigs., y “Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXIII, tomo 144, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1924, pp. 580 y sigs.; GAY DE MONTELLÁ, R. y MASSÓ ESCOFET, C., *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas. Comentarios a los preceptos de la Ley de Aguas, a la legislación complementaria y a la jurisprudencia*, 2^{da} edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1949, pp. 383 y sigs.; RODRÍGUEZ MORO, Nemesio, ob. cit., p. 19; VILLAR PALASÍ, José Luis, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, en *Revista de Administración Pública*, volumen I, No. 1, enero-abril, 1950,

específicamente en los terrenos del *iuspublicismo* de algunos países de la América Latina.¹⁹²

Pero, en sus construcciones, de algún modo, esas soluciones unilaterales han tenido que salvar la cuestión de la bilateralidad que implica el acto concesional (acto administrativo requerido de sumisión o aceptación del particular, acto administrativo requerido de coadyuvante, acto administrativo bilateral), pues no ha sido posible dejarla de tomar en cuenta.

II.2.4-) Es un acto formal

La forma adquiere un carácter esencial para la constitución y la existencia válida de la relación concesional. La presencia del elemento formal es cauce jurídico que le permite a la Administración Pública (en cuanto sujeto jurídico) expresar válidamente su voluntad; y también es una garantía para la protección jurídica de los diversos intereses que convergen en torno a la *concesión administrativa*. Recuérdese que esta última tiene un carácter procedimental: es en sí misma un procedimiento administrativo y, aislada

Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 88; igualmente de VILLAR PALASÍ, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 703; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, ob. cit., pp. 244 y 245; también de GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, año XV, No. 87, mayo-junio, 1956, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 329; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, *Derecho Administrativo I. Materiales*, 3^{era} impresión corregida, Madrid, 1991, pp. 316, 340 y sigs., y 368.

¹⁹² Ver: el chileno SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Tomo II, 2^{da} edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969, p. 325; el costarricense ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II, Edición 2002, Stradtman Editorial, Biblioteca Jurídica Diké, San José de Costa Rica, 2002, p. 425; el peruano BACACORZO, Gustavo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomos I-II, *Derecho Administrativo Substantivo y Adjetivo*, 5^{ta} edición actualizada, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002, pp. 292 y sigs. Ver el modo en que se expresaba en el siglo XIX el mexicano LARES, Teodosio, ob. cit., pp. 79 y sigs., y 183 y siguientes; igualmente ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., p. 857; MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Derecho Administrativo. 1er curso*, 4^{ta} reimpresión de la 5^{ta} edición, Oxford University Press México, S.A. de C.V, México D.F., 2007, pp. 278 y 279; DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOLA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer curso*, 7^{ma} edición, Editorial Porrúa, S.A., México, DF, 2005, pp. 384 y 385; BÉJAR RIVERA, Luis José, “Parte 2. Algunas consideraciones sobre la regulación de la concesión en México”, en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando y BÉJAR RIVERA, Luis José, *La concesiones públicas. Fundamentación teórica*, Universidad Panamericana, Editorial Liber Iuris Novum S. de R. L. de C. V., México DF, 2014, p. 156 y sigs.

en su consideración de acto o contrato, un acto dentro de un procedimiento de esa índole.

Un autor italiano escribió hace más de un siglo atrás que

“La manifestación de voluntad del concedente es regulada de forma solemne, la cual no se limita solo a la forma escrita, y se extiende a la observancia de disposiciones especiales, requeridas como garantía del interés público. La necesidad de la forma escrita es de palmaria evidencia, no pudiéndose concebir un acto de soberanía, manifestado verbalmente. (...)”.¹⁹³

La concesión administrativa es, esencialmente, un acto escrito en su forma. De hecho, algunos autores han recogido expresamente la dimensión documental cuando de hacer referencia a esta se trata.¹⁹⁴ Claro está, la escritura no es el único requisito formal que debe observarse en ella y otros requerimientos de forma son diseñados por la legislación correspondiente, siempre a los fines de tener y garantizar el acto en cuestión y los intereses que este debe satisfacer.

Pero en lo que sí tiende a haber consenso es que, para el caso de la concesión administrativa, como dijera GALLATERIA, «por la importancia del acto, la forma escrita puede asumir generalmente la mayor rigidez y solemnidad».¹⁹⁵

De ordinario, y de acuerdo con el criterio final que opere en el ordenamiento positivo de que se trate en torno a la naturaleza de la concesión, esta última puede ser formalizada como un acto administrativo, como un contrato administrativo; o en una segmentación de actos que deben ser integrados en unidad.

Excepcional, dentro de las experiencias jurídicas que brindan algunos ordenamientos positivos, es la posibilidad de que la concesión administrativa sea instrumentada por ley, en tanto su otorgamiento resulta del órgano legislativo.

De otro lado, hay que considerar que – aunque históricamente se ha recogido la libertad de selección del concesionario por la Administración Pública, ya como principio, ya como excepción - va siendo cada vez más la regla que, en la selección de su contraparte en la relación, el ente concedente

¹⁹³ ARCÀ, Francesco, ob. cit., p. 101.

¹⁹⁴ Por ejemplo: SERRA ROJAS, Andrés, ob. cit., p. 387; ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., p. 856; FOURNIER, Jacques, ob. cit., p. 145.

¹⁹⁵ GALLATERIA, Luigi, ob. cit., p. 102.

debe observar formalidades en dicha escogencia, esencialmente un procedimiento de selección (licitación, en su modalidad pública), que opera además como vía de conformación de la relación concesional.

II.2.5-) Tiene un carácter *intuitu personae*

Esta característica personal se ha considerado como un aspecto de importancia y esencial para la concesión administrativa. Al punto tal que un autor como CARAYON afirmaba que el «*intuitus personae* estaba en la esencia misma del contrato de concesión»¹⁹⁶ o que era «inherente» a él.¹⁹⁷ Otro autor, RIEU, basado en ese mismo carácter personal, concluía que la concesión (en su caso de *travaux publics*) «es un privilegio acordado por la administración a ciertas personas más que a otras».¹⁹⁸

El carácter *intuitu personae* de la institución que nos ocupa se manifiesta en una doble vertiente: tanto al momento de elegir al concesionario, como en el período en que dura la vigencia de la concesión administrativa.

La figura del *concesionario*, como una de las partes de la concesión administrativa, y ejecutor directo de la actividad que la Administración Pública le otorga en virtud de ese acto, adquiere una importancia capital en la relación que se constituye. De ahí que su selección debe ser un procedimiento sumamente cuidadoso y consciente, para lograr efectivamente el fin último que se desea con la concesión administrativa.

No existe una única fórmula o procedimiento para seleccionar al concesionario. Dos han sido los sistemas o procedimientos básicos que se han articulado para el otorgamiento de la concesión administrativa a determinado sujeto: la *libre elección* y la *licitación*. Los cuales se han visto apoyados, en su caso y según la visión específica que al respecto se tenga en cada país, por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en sentido general.¹⁹⁹ Aunque,

¹⁹⁶ CARAYON, Jehan, ob. cit., pp. 27 y 32.

¹⁹⁷ CARAYON, Jehan, ob. cit., p. 32.

¹⁹⁸ RIEU, Edmond, *De la nature juridique des concessions de travaux publics*, Thèse pour le doctorat, Marcel Giard, Librairie-Éditeur, Paris, 1923, p. 17.

¹⁹⁹ Según exponía el francés Thierry ALIBERT: “(...), la concesión de servicio público se caracteriza por un elemento fundamental: (el principio) «*intuitus personae*». Este último significa que la administración dispone de un poder discrecional para elegir su concesionario y esta libertad no está sometida a ninguna exigencia de concurrencia previa de candidatos.” ALIBERT, Thierry, ““*L’intuitus personae*” dans la concession de service public: un principe en mutation?”, en *La Revue Administrative*, Revue Trimestrielle de l’Administration Moderne, No. 258, Novembre-Décembre, 1990, Paris, p. 507.

contemporáneamente se ha impuesto la licitación (pública) como la regla para la selección del concesionario.

El *procedimiento de selección del concesionario*, cualquiera que sea el que se utilice, siempre debe tener como finalidad esencial la elección de la persona más adecuada o idónea para la ejecución del objeto a conceder. Es decir, que debe de estar en función de elegir al sujeto que objetivamente garantice la realización de lo concedido, sin afectaciones para la comunidad beneficiaria de la actividad concedida y que pueda satisfacer las necesidades colectivas que están involucradas en la concesión.

En la determinación de esa condición de idoneidad influyen, fundamentalmente, criterios económicos (como la mayor ventaja económica para la Administración Pública y la comunidad, que viene representada, entre otras circunstancias, por la idea de que las tarifas o contribuciones a pagar por los beneficiarios sean las más bajas posibles sin que se afecte el interés del concesionario), criterios de corte objetivo (vinculados a las condiciones materiales y técnicas de la ejecución de la obra, el servicio o la explotación del bien público) o subjetivos (condiciones personales específicas que concurren en el potencial concesionario).

Esa situación encuentra su fundamento en la naturaleza de los derechos y de las actividades involucradas en el objeto de la concesión, así como en la relación directa que hay entre éstos y la satisfacción del interés público que se persigue a través de la concesión. Por ello, el objeto a conceder no puede adjudicarse a cualquier persona, sino solamente a aquella que verdaderamente garantice la buena marcha de su ejecución (su regularidad y continuidad) sin perturbaciones a dicho interés.

Sin duda alguna, puede afirmarse que no toda persona puede inmiscuirse en el círculo de acción reservado a la Administración Pública.

En virtud del carácter *intuitu personae* de la concesión, el concesionario tiene la obligación de realizar personalmente lo concedido. Claro está, ello no quiere decir de propia mano, pues casi siempre por el tipo de actividad que va a desempeñar ello es objetivamente imposible. Esta exigencia se refiere a que quienes ejecutan en la práctica lo concedido estén subordinados al concesionario, a partir de una relación de empleo, así como por el hecho de que este último afronte con su patrimonio la ejecución del objeto dado en concesión.

Esta característica personal se evidencia en la circunstancia de que los derechos que implica el acto de concesión no son transmisibles, ni cedibles, ni siquiera a los herederos, si no hay una intervención directa del concedente

autorizando esa transmisión o si legalmente se dispone así.²⁰⁰ Tampoco se puede establecer ningún tipo de gravamen a favor de terceros si no hay un pronunciamiento previo de la norma al efecto.

A modo de compendio, el español Roberto PAREJO GAMIR aseveraba:

“(...) con aisladas excepciones, toda concesión administrativa es, en principio transmisible. En tanto la concesión implica un derecho a favor del particular concesionario, este derecho ingresa en su patrimonio y es susceptible, como elemento patrimonial, de tráfico jurídico civil. Ahora bien, el interés público presente en la concesión impone restricciones a esta transmisibilidad, restricciones que pueden adoptar una doble modalidad: sujeción a autorización administrativa previa de la transmisión (todas las concesiones de servicio público y algunas demaniales) o necesidad de notificar a la Administración la transmisión verificada (restantes concesiones demaniales). La adopción de una u otra modalidad de limitación viene designada por el Derecho positivo atendiendo a la mayor o menor fuerza con que el interés público se presente, según el tipo de concesión de que se trate.”

Y en el párrafo siguiente PAREJO GAMIR continuaba:

“La aceptación de este criterio básico, transmisibilidad restringida de las concesiones, que, con unos u otros matices, señalándolo así expresamente o dándolo por supuesto, es acogido por toda la doctrina que en alguna forma se ha ocupado del tema, ha tenido que vencer diversos escrúpulos. (...)”²⁰¹

II.2.6-) Se otorga con carácter temporal

La concesión administrativa, en su dinámica funcional, implica el otorgamiento al concesionario del ejercicio de ciertos derechos de contenido

²⁰⁰ Sobre la cesión de concesiones, ver la clásica la obra de CARAYON, Jehan, ob. cit., en todo.

²⁰¹ PAREJO GAMIR, Roberto, “Transmisión y gravamen de concesiones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 107, Mayo-Agosto, 1985, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 24 y 25. Ver, además, el análisis de PAREJO GAMIR, ob. cit., pp. 25 y sigs., sobre los argumentos que apuntaba como que habían jugado en contra de aceptar la transmisibilidad de las concesiones. También, entre los que se han ocupado específicamente de este tema, véase: MARTÍN OVIEDO, José María, “Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo. (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, pp. 312 y sigs.

público durante un tiempo determinado. Lo que convierte al acto en cuestión, en un acto de carácter temporal, es decir, sujeto, de ordinario, a un término resolutorio.

Vista así, esa temporalidad constituye un aspecto esencial de las concesiones administrativas, que resulta de la naturaleza misma de lo que se concede, de la función que cumple este acto en cuestión y de la finalidad que anima la constitución de la relación concesional.²⁰²

La temporalidad de las concesiones, como principio general, está significada en la fijación de un plazo máximo de duración al final del cual se revierte lo concedido a la Administración Pública concedente. Es un aspecto importantísimo en la existencia de las mismas, que determina que el vencimiento del plazo de vigencia de la concesión marque la forma natural u ordinaria de extinción del vínculo concesional.

A ello agréguesele, para la apreciación de su temporalidad, que la obligación principal que le surge al concesionario a raíz de la concesión administrativa, es la de realizar determinada actividad que conlleva prolongación en el tiempo; y no una obligación de resultado que ha de quedar consumada de una vez con la realización de una prestación concreta.

Las cuestiones que plantea el carácter temporal de las concesiones administrativas, no son pocas y carentes de relevancia, sino todo lo contrario. Y han sido expresión del proceso de construcción y evolución de esa institución jurídica.

Según autorizada doctrina, durante la etapa feudal, la temporalidad y reversión de ciertos privilegios y regalías que otorgaban los monarcas, eran entendidas como un mecanismo para que el Rey no perdiera definitivamente lo otorgado y así no enajenar parte de sus derechos soberanos. Era una forma de evitar que los beneficiados con tales otorgamientos adquirieran por prescripción inmemorial (posesión por cien años) los derechos soberanos del Monarca que le eran deferidos por éste. El plazo (cifrado en un máximo de noventa y nueve años) se constituía entonces en una garantía para

²⁰² Para François LECOMTE (ob. cit., pp. 12 y 13) el carácter temporario de la concesión (específicamente hablaba de la de servicio público) se fundaba en razones jurídicas y no en razones prácticas; y señalaba como esas razones: la inalienabilidad del poder estatal, el carácter excepcional de la concesión (pues consideraba – entiéndase la época en que este autor escribió su obra y el contexto económico-jurídico - que el modo normal de gestión de los servicios públicos era la *régie*) y las transformaciones del servicio que constituía su objeto.

conjurar la posibilidad de que el Rey perdiera parte de lo que constituía el contenido de su soberanía.²⁰³

Con la evolución del Estado Moderno, y en especial la aparición del Estado constitucional, la Administración Pública viene a asumir la titularidad del ejercicio de varias de las funciones públicas que antes correspondían al Monarca y que se concentran ahora bajo la rúbrica de la función administrativa. Con este advenimiento, la idea de transferencia de derechos soberanos que involucraban los antiguos privilegios y regalías, se transforma sustancialmente dentro de la nueva figura de la concesión administrativa e influirá sobre el posterior papel que jugará la temporalidad en dicha institución.

Como indicó agudamente GARCÍA DE ENTERRÍA, dentro de la formación estatal moderna

“(...) la institución de la posesión inmemorial desaparece en su aplicación a los derechos soberanos; estos derechos ya no son regalías, potestades concretas y determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad en que la soberanía consiste, a partir de la forma política en desarrollo progresivo del Estado moderno. Esta simple observación coloca ya indefinidamente fuera de todo comercio privado el Poder público, pero aun esta conclusión queda afianzada en cuanto la soberanía llegue a definirse como exclusiva, centralizando en sí de una manera necesaria todas las prerrogativas públicas (...).”²⁰⁴

En los primeros tiempos de consolidación del Estado constitucional y de todo su régimen jurídico, tal vez debido a la subsistencia aún de disposiciones

²⁰³ En este tema, es clásico el estudio del maestro español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: “El dogma de la reversión de concesiones”, publicado originalmente en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952; lo citaremos por su inclusión en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho Administrativo*, 4^{ta} edición ampliada, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 27 y sigs.

²⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El dogma...”, ob. cit., p. 77. Seguidamente (pp. 77 y 78) este autor acotaba: “(...) Esta nueva realidad por sí sola transforma en esencia todo el sentido de la concesión, invirtiendo su planteamiento clásico: todo ejercicio privado de una función pública, de una prerrogativa de superioridad, de un uso exclusivo de un bien público, requiere una legitimación positiva de la Administración, en nombre de la cual solamente puede actuarse, sin que tal ejercicio pueda en modo alguno concebirse como debido a una titularidad personal plena, como un beneficio propio más o menos condicionado con mayor o menor posibilidad de consolidarse definitivamente (...).”

surgidas al amparo de las ideas y fundamentos del Antiguo Régimen y el nacimiento de otras que mantenían en cierta medida la influencia de tales ideas y fundamentos, se continuó viendo en el plazo de las concesiones (en varias de las cuales se seguía estableciendo que no podían superar los noventa y nueve años) y en la reversión de las mismas a la Administración Pública una garantía, básicamente, de que este ente no otorgaba definitivamente una esfera de su competencia al concesionario.²⁰⁵ Se apreciaba como la expresión de que aquélla no enajenaba de manera definitiva, con la correspondiente pérdida, cierto sector que pertenece a su esfera de titularidad. Por tanto, dichos elementos eran vistos todavía, esencialmente, con un marcado carácter político al constituir un medio de defensa jurídica ante un posible menoscabo de la esfera de actuación que le corresponde a la Administración Pública.

La superación del período inicial de la etapa moderna dejó sentada la imposibilidad que tiene la Administración Pública de ceder definitivamente el ejercicio de sus funciones públicas, por cuanto ésta es una esfera de actuación originariamente propia y exclusiva de la que ella es titular; y también la imposibilidad de los particulares de adquirir la titularidad de tales funciones y mucho menos por la vía de títulos jurídicos de la naturaleza de una concesión administrativa.

Con este planteamiento de base, el plazo en la concesión administrativa vio mermada su justificación política, a lo que contribuyó el hecho de que en todo vínculo concesional, por el carácter de lo concedido, a la Administración Pública se le asignan potestades jurídicas de vigilancia y control y de extinción anticipada, un poder de intervención, que le permiten recuperar en cualquier momento el ejercicio de lo concedido esgrimiendo razones de interés público. Tales potestades, al hacerse presentes en el contenido de toda concesión administrativa, y por la propia trascendencia que de por sí tienen en la relación (integran, junto a otras, el núcleo que cualifican la posición jurídicamente superior de la Administración Pública en el vínculo concesional), se erigen en un mecanismo suficiente para alejar la idea de una posible pérdida de competencias de la Administración Pública por la vía concesional.

Aunque, no creemos que una posible arista política desaparece del todo de ese plano (tal vez ahora asumiendo otro enfoque), pues la presencia de plazos ciertos (sin ser sumamente extendidos) en la ejecución de la concesión puede darnos una señal formal de que la Administración Pública no

²⁰⁵ Ver al respecto: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El dogma...", ob. cit., pp. 77 y sigs.

se proyecta desde el postulado de desentenderse (nótese que no utilizamos términos como enajenar o perder) de la acción de asumir directamente un rol de ejecutora directa, en su misión de procurar la satisfacción de los intereses colectivos. Este tipo de señales (aunque ni por mucho determinantes), pueden ser válidas como aspecto a considerar a la hora de interpretar la línea conceptual y política que anima al Estado en relación con la proyección de su acción hacia la colectividad y la satisfacción de sus necesidades.

En consecuencia, se reconoce que el papel del término o plazo en las concesiones administrativa, pasa a tener en primera instancia una trascendencia económica y se pone en función de los términos económicos de la concesión (derechos y obligaciones), de la amortización de inversiones y la percepción de las ganancias económicas por parte del concesionario.

Ramón PARADA ha escrito sobre el rol que juega la presencia del plazo en las concesiones:

“(...) la existencia de un plazo cierto, pero no improrrogable, es una exigencia jurídica estructural de la concesión que asegura la continuidad de la prestación del servicio, al vincular al concesionario durante un tiempo cierto, impidiéndole abandonar en cualquier momento la concesión, al tiempo que sirve de elemento del cálculo de sus responsabilidades. El plazo cierto es también una doble garantía para el concesionario, que no podrá ser obligado a desempeñar la concesión por más tiempo del pactado, convirtiéndole en un conscripto forzoso, y que permite calcular la indemnización que le corresponde en el caso de que la Administración, utilizando sus poderes exorbitantes, proceda a un rescate anticipado de la concesión, pues ésta no será, obviamente, la misma si el rescate ha tenido lugar faltando cuarenta o dos años del plazo. Además, si este plazo no existiera porque la concesión se hubiere pactado como perpetua o indefinida, no sería posible actuar el rescate, dado que entonces la indemnización debida al concesionario por los beneficios dejados de percibir podría ser, conceptualmente, infinita.”²⁰⁶

²⁰⁶ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, *Parte general*, 14^a edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2003, p. 343. Sobre la cuestión de los plazos en las concesiones, en el marco del Derecho Administrativo español, puede verse, además y entre otros, lo que desarrollaron: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La prórroga de los contratos administrativos*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1988, pp. 29 y sigs.; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, “El tiempo en las concesiones de servicio público.

Es evidente imaginar que el plazo de la concesión administrativa variará según sea la especie concesional y las implicaciones objetivas de la actividad que involucra. Lo que las legislaciones establecen, generalmente, es un plazo máximo, no teniendo, necesariamente, que establecerse en ese período, sino que puede ser menor.

II.2.7-) **Origina derechos para el concesionario (carácter constitutivo)**

Esta es una característica esencial de la concesión, y se refiere al efecto fundamental que genera dicho acto en relación con el concesionario.

En virtud del acto concesional nacen o se constituyen nuevos (*ex novo*) derechos a favor del concesionario. Derechos que, con anterioridad al otorgamiento, no figuraban en la esfera subjetiva individual ordinaria de dicho sujeto, producto de la naturaleza pública del ámbito sobre el que recaen tales derechos. Por lo tanto, es un acto de carácter constitutivo; o, si se quiere, que genera un efecto constitutivo en el concesionario.

En este sentido, una concesión administrativa es un acto jurídico que amplía la esfera subjetiva del concesionario (acto favorable) en un sentido, en relación con otros sujetos, ciudadanos.

De ahí que en algunos estudios, se ha llegado a señalar al concesionario como un «privilegiado»²⁰⁷ y a la concesión como un otorgamiento o creación de cierta situación o posición de «privilegio»²⁰⁸ o, como un «privilegio» ella misma.²⁰⁹

Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 26, 2011, Iustel, Madrid, pp. 1 a 44.

²⁰⁷ Vid.: DE MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello, ob. cit., p. 13; EMBID IRUJO, Antonio y COLOM PIAZUELO, Eloy, *Comentario a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas)*, 2^{da} edición, Thomson-Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 139.

²⁰⁸ Por ejemplo: DE AZCÁRATE Y FLOREZ, Pablo, *La intervención administrativa del Estado en los ferrocarriles (Su régimen jurídico-positivo en España y Francia)*, Anales: Tomo XVI, Memoria 4^a, Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Imp. de Fortanet, Madrid, 1917, p. 110; DEVELLE, Phillippe, ob. cit., p. 22; DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel, *Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo*, These apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil, reunido da cidade do Salvador, Curityba-Paraná, 1936, p. 17. También los autores que refería: MASAGÃO, Mário, ob. cit., p. 14, nota 14; y CASETTA, Elio, ob. cit., p. 331.

²⁰⁹ V. gr.: RIEU, Edmond, ob. cit., p. 17; PICCIRILLI, Rodolfo, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos. Aspecto jurídico, social, económico y político de la cuestión en el Derecho Público*, “Librería Jurídica”, Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1936, p. 14.

A-) Sobre los principales derechos del concesionario

Toda concesión administrativa viene a estar determinada en su contenido concreto, por las características particulares del objeto sobre el que ella recae (el servicio, la obra o el bien públicos en específico). De ahí, que los derechos y obligaciones que nazcan en virtud del acto de concesión, serán expresión consecuente y clara de las particularidades que cada objeto concedido determine en su singularidad.

Con independencia de que cada tipo concesional – y cada concesión individualizada – lleva consigo el surgimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que en su configuración y contenido concretos adquieren individualidad en sí mismos, en relación con otras concesiones específicas, no debe dejarse a un lado la premisa de que, para nosotros, la institución de la *concesión administrativa* es una categoría unitaria que se divide, según el objeto a conceder, en tres tipos básicos: la de *servicio público*, la de la *obra pública* y la de *dominio público*.

Ajustándonos a esa idea rectora, pensamos que existirán ciertas líneas generales que resuman la configuración de los derechos que surgen para el concesionario por la concesión administrativa y que en su planteamiento genérico alcanzan a todas las especies de concesiones; sin perjuicio de la adecuación necesaria que cada tipo concesional particular impone, de acuerdo con el objeto especificado sobre el que recae.

Ahora bien, la existencia de un conjunto de derechos en cabeza del concesionario a raíz del otorgamiento de la concesión administrativa, marca una situación activa de esa parte dentro de la relación concesional.

Como núcleo esencial de tales derechos podemos enlistar los siguientes:

a-) el derecho a la ejecución o explotación de la actividad objeto de la concesión

El primero de los derechos que le asiste al concesionario en el marco de la relación concesional, es el derecho a la ejecución o explotación de la actividad objeto de la concesión, en principio, bajo las condiciones establecidas, sin ser entorpecido injustificadamente por el concedente.

Constituye el efecto fundamental de dicho acto y representa, además, la expresión material de la investidura del concesionario con la condición de colaborador de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa.

La adecuada realización de este derecho, que pasa tanto por la sujeción estricta del concesionario a las condiciones establecidas como por la de la

Administración Pública concedente, se convierte en un presupuesto indispensable para la consecución del interés público al que el nacimiento de la concesión responde en primera instancia. También es un presupuesto necesario para la realización del principal derecho patrimonial del concesionario – y motivación esencial que lo impulsa a relacionarse con la Administración Pública en un vínculo jurídico de esta naturaleza -, que es el de la percepción de los beneficios económicos por la ejecución del objeto concedido.

Laurent RICHER señalaba que

“La racionalidad de la concesión está en conferir el derecho de valorizar bienes, en lugar de la colectividad pública, quien acepta retirarse (concedere=irse, retirarse). Más ampliamente, el acto de concesión es un acto atributivo del derecho de valorizar una riqueza, un yacimiento de valor en lugar del poder público.”²¹⁰

Este derecho que aquí nos ocupa pasa a integrarse como parte del patrimonio propio del concesionario durante el tiempo de vigencia de la concesión administrativa. De ahí que sólo puede serle expropiado como consecuencia de irregularidades graves cometidas por él en el cumplimiento de sus obligaciones (caducidad) o cuando, sin mediar esas circunstancias, el bien común así lo exija (extinción anticipada por razones de interés público). Debiéndose reconocer y asegurar, siempre que proceda, la indemnización por daños y perjuicios correlativa a ese despojo prematuro del derecho adquirido por el concesionario a la ejecución del objeto de la concesión administrativa.

b-) el derecho a la obtener la remuneración económica por el desarrollo de la actividad concedida

Es el principal derecho patrimonial que adquiere el concesionario dentro del contenido de la relación concesional; expresión material del móvil primario que lo lleva a asumir la concesión. En una formulación más amplia puede decirse que, junto con el derecho anteriormente precisado, queda comprendido lo que puede denominarse el *derecho de explotación de la concesión por el concesionario*.

En la construcción más tradicional de la concesión administrativa, específicamente en las concesiones de obras y de servicios públicos, una de las notas distintivas de esta institución jurídica era la de que la forma de

²¹⁰ RICHER, Laurent, ob. cit., p. 57.

remuneración del concesionario no provenía directamente del pago realizado por la Administración Pública, sino que dicho sujeto la obtiene de manera directa de los beneficiarios de la actividad objeto de la concesión.

En este sentido, es representativa la clásica definición del comisario de Gobierno francés CHARDENET en sus conclusiones al *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916, en la que acogía como una de las líneas distintivas que al concesionario:

“(...) se le remunera confiando la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio público con el derecho de percibir las rentas de los usuarios de lo obra o sobre los que se benefician del servicio. (...)”.²¹¹

Esta nota señalada de la remuneración del concesionario por los usuarios de la obra o del servicio público, sigue siendo una particularidad de esa figura jurídica administrativa y la vía más típica de satisfacción económica del concesionario por su actividad. Pero, en la actualidad, opera ese principio de manera mucho menos absoluta y, ciertamente, para la caracterización de la concesión administrativa de servicios y de obras públicas no se mira ya con énfasis al hecho de que la remuneración tenga que provenir esencialmente de los usuarios que usan del servicio o de la obra,²¹² pues también se han admitido otras formas de retribuir al concesionario como resultado directo de la explotación de la actividad concedida, pero que no provienen exactamente de las prestaciones que ese sujeto obtiene directamente de los beneficiarios o usuarios de su actividad, y que pueden derivar o no de la propia Administración Pública (v. gr.: subvenciones, publicidades).

En buen resumen del francés Pierre BON:

“La remuneración del concesionario, que es el último elemento de la definición de concesión de servicio público, depende de los resultados financieros de la explotación. Antiguamente se afirmaba incluso

²¹¹ Vid. las conclusiones de CHARDENET en: JÈZE, Gastón, “La guerre...”, ob. cit., p. 213. Con énfasis, ODEN estampaba que: “Una concesión se caracteriza por el hecho que el cocontratante de la persona pública es remunerado, en todo o en parte, por rentas que le son directamente desembolsadas por los usuarios del servicio público o la obra pública cuya explotación le confía el contrato (...)”; ODENT, Raymond, *Contentieux administratif*, Tome 1, Fascicules 1 à 3, Éditions Dalloz, Paris, 2002, pp. 446.

²¹² Sobre este cuestión, puede verse el interesante artículo de: DUPUIS, Georges, “Sur la concession de service public”, en *Recueil Dalloz Sirey*, Chroniques, 1978, Sirey, Paris, pp. 22 y sigs.

que para que pudiese existir una concesión de servicio público, era necesario que el concesionario fuese exclusivamente remunerado por las rentas pagadas por los usuarios. Si él era remunerado por un precio pagado por la administración, tratábase no de una concesión, sino de una contratación especial llamada “marché”, a menudo un “marché” de empresa de obras públicas. En otros términos, la distinción entre la concesión y el “marché” dependía del modo de remuneración del cocontratante: renta pagada por los usuarios en el primer caso, precio pagado por la administración en el segundo caso. Pero, actualmente, no es raro que el concesionario de la administración recurra a otros recursos, adicionales a las rentas que recibe de los usuarios del servicio: por ejemplo, ingresos obtenidos de la publicidad a la cual el servicio público sirve de soporte, incluso hasta el apoyo financiero consentido por el concedente en caso de déficit de la explotación del servicio, con el fin de garantizarle un cierto nivel de ingresos. Se puede incluso llegar ahora a que la concesión de servicio público, cuando el concesionario no obtenga recursos de las rentas que recibe de los usuarios del servicio, pueda obtenerlos, por ejemplo, en su totalidad, de la publicidad. Por tales razones conviene relativizar el alcance del criterio de la remuneración por las rentas obtenidas de los usuarios. Es cierto que, desde que el concesionario es financiado por tales rentas, se está en presencia, forzosamente, de una concesión de servicio público; pero existirá igualmente concesión de servicio público aún incluso en el caso en que no existan rentas percibidas de los usuarios, desde el momento que el concesionario es remunerado no por un precio entregado por la administración, sino por ingresos que recibe en función de los resultados financieros de la explotación.”²¹³

De ahí, en entonces, que el punto neurálgico para delinear a la concesión administrativa, y su diferencia con otras figuras, se sitúe hoy en el hecho que la remuneración del concesionario provenga de la explotación de la obra o el servicio concedidos y de una fuente que no sea directamente el ente público concedente, al menos en su monto mayoritario. Esa fuente puede

²¹³ BON, Pierre: “El régimen de las concesiones administrativas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, No. 15, 2005, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 3 y sigs.; publicado también en BON, Pierre, *Derecho administrativo y justicia constitucional*, Compilación, traducción y presentación de Alejandro VERGARA BLANCO, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2016, pp. 76 y 77.

ser el cobro de tarifas a los usuarios de la obra o el servicio, u otro tipo de prestación que resulte de la naturaleza de la explotación de lo concedido.²¹⁴

c-) el derecho a recibir los beneficios o ayudas de carácter económico previstos

El criterio de conveniencia para el interés público de que el concesionario efectúe la actividad concedida (mantener su prestación por concesión y por el concesionario que se encuentra desarrollándola) y que dicha actividad se realice o continúe realizando por su carácter necesario e indispensable para la comunidad, provoca que durante el proceso inversor inicial que requiere la concesión o durante el período en que propiamente se desenvuelve la misma, se pueda prever que el ente concedente otorgue o pueda otorgar una ayuda financiera a favor de la persona a la que se le defirió la concesión y para el desarrollo de la actividad concedida.

Las principales formas de ayuda económica que puede otorgarle al concesionario la Administración Pública concedente son la subvención y la garantía de interés; así como préstamos financieros en diferentes condiciones.

Esta posibilidad de otorgamiento de ayudas económicas al concesionario en virtud de la concesión administrativa, que deriva en derecho para aquel una vez previsto así en el marco jurídico ordenador de la concesión administrativa, funciona también como un tipo de garantía para respaldar (configura un derecho patrimonial en sí mismo) el derecho patrimonial del concesionario a obtener la remuneración por la ejecución de lo concedido.

Estas ayudas constituyen un tipo de ventaja que beneficia tanto al concesionario, porque recibe directamente una inyección de recursos, como a los miembros de la colectividad que utilizan o se benefician con la realización de la concesión administrativa, en cuanto esa ayuda financiera permite el mantenimiento de la realización de la actividad objeto de la concesión o porque al cubrir todo o una parte del costo de esa actividad con esa ayuda,

²¹⁴ Según se sostuviera en un conocido libro rubricado por DELVOLVÉ: “El concesionario es remunerado por la explotación del servicio, que le permite percibir las tarifas sobre los usuarios. Pero existe concesiones sin tarifas; el concesionario tiene su remuneración por otros procederes, en particular la publicidad. Lo esencial es que él sea remunerado gracias a la explotación del servicio y que no lo sea por un precio pagado por la colectividad contratante – lo que haría aparecer un contrato de obras públicas (...). Esto no excluye que la colectividad aporte en parte una contribución al financiamiento de las obras, incluso a aquel por déficit de explotación.” DELVOLVÉ, Pierre, *Droit public de l'économie*, Éditions Dalloz, Paris, 1998, p. 613.

se reducen los pagos que deben realizar los usuarios o beneficiarios de la misma por el uso o beneficio que ésta actividad reporta.

Como de seguro se apreciará, este tipo de ayudas económicas constituyen una atenuación del principio de riesgo y ventura que informa la realización de la concesión.

Dentro de este tema, no han faltado autores que han destacado los problemas o inconvenientes que este tipo de ayuda ha traído para el juego funcional de la concesión administrativa;²¹⁵ pues ha visto en esas ayudas un modo de participación directa de la Administración Pública en la economía de la concesión administrativa, cuando esta es un modo de gestión para pasar los riesgos económicos de la actividad al concesionario y dejar a cubierto de esos riesgos a la finanzas públicas. De hecho, Marcel WALINE llegaba a decir que «la concesión administrativa en realidad ha estado falseada por la garantía de interés, que le ha hecho perder su razón de ser».²¹⁶

d-) el derecho a disfrutar de los privilegios que se le otorguen

En el contenido de la relación concesional puede establecerse la presencia de privilegios a favor del concesionario y que, de una forma u otra, se encaminan, básicamente, a apoyar la situación económica del concesionario en la concesión (restringiendo competencia o concurrencia, beneficios fiscales, etc.).

Los principales privilegios que se le pueden otorgar a un concesionario son el de *preferencia*, el de *exclusividad*, y el *monopolio* (de derecho o legal). Además de los mencionados, pueden ser otorgados a los concesionarios otros privilegios como son las exenciones fiscales.

Tales privilegios colocan en una posición ventajosa al concesionario respecto de otros que pretendan adquirir esa condición, ya porque le favorecen al tiempo de un nuevo otorgamiento dándole una situación preferente para adjudicarse la nueva concesión, ya porque excluyen la posibilidad de que concurren junto al concesionario otros concesionarios o prestatarios del servicio anteriormente concedido; ya porque le otorgan otro tipo de ventajas a su situación jurídica dentro de la relación concesional, en contraste con otros (reales o potenciales) concesionarios.

²¹⁵ Véase en esto cómo se manifestaba tiempo atrás: WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., pp. 393 y 394. También: BRITO, Mariano, pp. 66 y 67.

²¹⁶ WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., pp. 393 y 394.

La existencia de los privilegios mencionados se constituye en una garantía para los derechos patrimoniales del concesionario y para la ejecución por este de la actividad concedida. Sin embargo, a pesar de que esos privilegios son un mecanismo de garantía del interés individual, su existencia tiene como fundamento primario y esencial la garantía de la satisfacción del interés público que la Administración Pública busca alcanzar por la vía de esa relación. Si existe un privilegio en el contenido de una concesión administrativa es porque así lo ha aconsejado el interés público.

Una consecuencia para el supuesto en que específicamente existan privilegios en la concesión (exclusividad, monopolio), fue sentada, especialmente, por la jurisprudencia francesa, fundamentalmente por el *arrêt Compagnie de Gaz de Deville-les-Rouen*, del Consejo de Estado francés, de 10 de enero de 1902, con conclusiones del comisario ROMIEU y nota de Maurice HAURIOU. A partir de ese fallo jurisprudencial se comienza a generalizar la aceptación por la teoría y la práctica administrativas de que la interpretación de los privilegios en la concesión administrativa debe tener carácter restrictivo.²¹⁷ Lo que quiere decir entonces que los privilegios no

²¹⁷ Maurice HAURIOU concluía (*Précis...*, ob. cit., p. 761): “Las obligaciones de los municipios de no favorecer a empresas competidoras deben ser interpretadas restrictivamente”. JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 402; WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 383; PÉQUIGNOT, Georges, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Éditions A. Pedone, Paris, 1945, pp. 273 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, pp. 562 y 563; LONG, Marceau/ WEIL, Prosper y BRAIBANT, Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^e édition, Editions Sirey, Paris, 1978, pp. 38 y sigs.; FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 279; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., p. 66, y *Los contratos administrativos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 196; BIELSA, Rafael, “El interés financiero del concedente y el régimen jurídico de aprobación de tarifas de servicios públicos”, en *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, *Derecho Fiscal*, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1951, p. 395; del mismo BIELSA, “Algunos principios de Derecho sobre concesiones de servicios públicos”, en su *Estudios de Derecho Público*, Volumen I, *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 618; PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., pp. 173 y sigs.; BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, pp. 250 y 251; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 27; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3^{ra} edición, actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 624 y sigs.; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., p. 105; LOPES MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28^a edição atualizada por Eurico DE ANDRADE AZEVEDO, Dêlcio BALESTERO ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO, Malheiros Editores L.T.D.A., São Paulo, 2003, p. 213; GORDILLO, Agustín, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios”, en GORDILLO, Agustín, *Después de la Reforma del Estado*, 2^{da} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pp. III-11 y sigs.; y GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I,

pueden considerarse como presentes implícitamente o de pleno Derecho en una concesión administrativa. Antes bien, deben reflejarse expresamente en ella; y toda duda alrededor de un privilegio del concesionario en la concesión administrativa debe resolverse en sentido contrario a éste.

Ese planteamiento resulta perfectamente entendible si se parte de la propia esencia excluyente y excepcional de estos privilegios y de lo que ellos representan para el concesionario, para la Administración Pública y para la colectividad, en cuanto a la ejecución de lo concedido, su prestación restrictiva por el concesionario y las implicaciones que eso trae aparejado. Los privilegios que pueden otorgarse al concesionario en el marco del contenido de la relación concesional representan una limitación de la Administración Pública en relación con el contenido de las facultades que reúne en torno a la función que le es propia. De ahí que no puedan entenderse como presentes en la concesión si no hay un pronunciamiento expreso al respecto en la letra del acto o en la normativa que lo regula.

Igualmente, los privilegios de referencia resultan una excepción al principio de igualdad, por lo que se potencia con más fuerza la idea de autorización normativa previa para que pueda ser procedente su otorgamiento en la relación concesional.

Es opinión generalizada entre los autores que han analizado el tema, que el monopolio debe estar dispuesto por ley, pues afecta derechos individuales²¹⁸; y más allá de los argumentos que pueden considerarse como

Parte general, 1^{ra} edición (11^{na} como *Tratado de Derecho Administrativo*), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. XI-26 y XI-27; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo...*, ob. cit., p. 198; ÁBALOS, María Gabriela, ÁBALOS, María Gabriela, “La concesión de servicios públicos”, en FARRANDO (h.), Ismael – MARTÍNEZ, Patricia R. (Directores) *et al*, *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión de la 1^{ra} edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 463; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, 2^{da} edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 215 y 216.

²¹⁸ Por ejemplo, Gastón JÈZE escribía: “Para que haya monopolio de derecho es necesario que así lo haya dispuesto una ley propiamente dicha, sancionada por el Parlamento (o la autoridad legislativa). En efecto, el monopolio es contrario a la regla fundamental de la libertad de comercio y de industria proclamada por la Revolución francesa (ley de 2-17 marzo 1791). Únicamente la autoridad legislativa, el Parlamento, tiene la facultad de desvirtuar este principio. (...)”; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 394. Ver además: FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 277; WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 283; BIELSA, Rafael, “Los monopolios y las concesiones de servicio público”, en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Tomo IV, Año IV, mayo de 1940 – abril de 1941, Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 1941, p. 260; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 5^a edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, pp. 488 y sigs.; GRECA, Alcides, “El privilegio en los

pros²¹⁹ y contras²²⁰ (resultado sin duda de las concepciones económico-políticas que sigan sus exponentes) de la monopolización de los servicios públicos,²²¹ no debe perderse nunca de vista que la instauración del monopolio debe hacerse siempre en interés de la colectividad en primera instancia.

e-) el derecho a ejercitar determinadas potestades administrativas que le pueden ser otorgadas

Este derecho es un complemento para la mejor ejecución de la actividad concedida, cuando es necesario actuar sobre la propiedad ajena o limitar la actuación de los individuos en función del interés público al que responde la concesión administrativa.

De ordinario, cuando corresponde, este derecho del concesionario lo adquiere por delegación, dispuesta en la normativa reguladora de la concesión o en el propio acto de concesión.

El ejercicio de esas prerrogativas por el concesionario no es genérico ni amplio, sino que se concreta al plano cerrado de la actividad concedida y de los bienes aledaños al espacio donde se desarrolla la concesión administrativa.

servicios públicos”, en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Tomo IV, Año IV, mayo de 1940-abril de 1941, Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 1942, pp. 273 y sigs.; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, Tomo III, 2^a edición, Imprenta de la Universidad, Santa Fe, 1943, pp. 374 y 375; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, ob. cit., pp. 122 y 123, *Manual...*, ob. cit., pp. 67 y 68, *El servicio público...*, ob. cit., p. 139 y *Tratado...*, ob. cit., p. 492; VARAS CONTRERAS, Guillermo, ob. cit., p. 321.

²¹⁹ Para las ventajas del monopolio pueden verse, por todos, los razonamientos de: PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., pp. 47 y sigs.; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., pp. 418 y sigs.; y también de GRECA “El privilegio...”, ob. cit., pp. 304 y sigs.

²²⁰ Como ejemplo léanse las palabras de otro argentino, el profesor CASSAGNE: “La situación de monopolios en materia de los llamados servicios públicos, industriales o comerciales, contradice abiertamente el principio de subsidiariedad que legitima la gestión y, al propio tiempo, desemboca en un sistema de un alto costo social ya que las formas monopólicas de prestación de estos servicios generan una ineficiencia natural que llega a resistir hasta los cambios tecnológicos, la racionalización del servicio y la selección del personal.” CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención...*, ob. cit., p. 35.

²²¹ Observaba Rafael BIELSA que “(...) si en el campo de la economía política no se discute la noción del monopolio, se discute su conveniencia. Es fácil contraponer opiniones, muy fundadas, en pro y en contra, mas esta discusión es relativamente extraña a la cuestión que no sinteresa. La conveniencia o inconveniencia es materia de política, y no de derecho. El derecho simplemente regla la extensión del ejercicio del monopolio; y en un orden positivo dado, sólo el derecho determina la validez del monopolio, sobre todo mirando a sus consecuencias; (...)”. BIELSA, Rafael, “Los monopolios...”, ob. cit., p. 578.

Las prerrogativas que de manera más común pueden encontrarse involucradas en el contenido de este derechos son: la expropiatoria, la de establecimiento de servidumbres administrativas, la de ocupación temporal, la de ejercer ciertas actividades de policía, etc.²²²

f-) el derecho a la utilización de los bienes de dominio público que se le otorguen

Como se ha podido señalar en algún momento en este trabajo, la ejecución de la concesión administrativa puede llevar consigo el otorgamiento al concesionario de un derecho privativo de uso de bienes pertenecientes al dominio público.

Tales bienes de dominio público, junto con aquellos que aporta el concesionario, se convierten en el necesario soporte físico para realizar la actividad en cuestión.²²³ De ahí que cuando la utilización de bienes demaniales se otorga a los efectos de la concesión, deriva el correspondiente derecho de utilización (explotación o uso privativos) de los mismos. Lo cual resulta correlato necesario para el adecuado desempeño de este último.

g-) el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación concesional

Algún autor ha comentado que

“(...) el equilibrio financiero de la concesión administrativa, (...), se erige para la jurisprudencia en principio básico de la figura

²²² En relación con esto pueden verse, entre otros: HAURIU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 757; VEDEL, Georges, ob.cit., pp. 714 y 715; COUDEVILLE, Andrée, *Les concessions de service public des collectivités locales*, Sirey, Paris, 1983, pp. 69 y sigs.; RIVERO, Jean, ob. cit., p. 503; CUARTA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS REALIZADA EN TUCUMÁN, *Régimen Jurídico de la Concesión de Servicio Público. IVª Conferencia Nacional de Abogados. Despacho y Exposición de Motivos*, Talleres de “Artes Gráficas”, Buenos Aires. 1936, p. 38; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 580; MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “Las formas de prestación de los servicios locales. En particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director) *et al*, *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, pp. 1266 y sigs.; ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., pp. 444 y 445.

²²³ Un autor francés señalaba que «los concesionarios de servicio público tienen una vocación natural de utilizar el dominio público». CARREAU, Dominique G., “Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public”, en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, AJDA, Tome 22, 1966, Réimpression, publiée avec l'accord des Éditeurs Publications du Moniteur, Paris, Schmidt Periodicals GMBH, W.-Germany, 1988, p. 278.

concesional. Más aún, mientras los contratos administrativos se regirían por el (...) principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones se caracterizarían frente a aquellos por el principio de equilibrio financiero.”²²⁴

El derecho al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación concesional, es una garantía formal que tiene el concesionario para la protección de sus derechos patrimoniales. Constituye, además, un presupuesto para la realización de su interés mayor en el vínculo, que es el de obtener los beneficios económicos dentro del margen por él previsto y así satisfacer su ánimo de lucro. Es una consecuencia necesaria de la mutabilidad que rige la ejecución de la actividad concedida; y la traducción práctica de la regla de la inmutabilidad de las condiciones económicas (o de la ecuación financiera) de la concesión.

Según enseñaba GÓMEZ-FERRER MORANT:

“En sentido estricto, el principio del equilibrio financiero surge como contrapartida a las potestades de la Administración concedente para modificar el clausulado concesional. Desde esta perspectiva se afirma que el *ius variandi* de la Administración queda compensado con la obligación de mantener en tal caso los supuestos económicos que se tuvieron en cuenta en el momento de perfección del contrato; esta ecuación financiera – equilibrio entre obligaciones y retribución del concesionario – debe mantenerse durante la vigencia del contrato, lo que constituye una garantía económica del administrado frente al ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración concedente. La caracterización inicial apuntada - que refleja el *Arrêt* BLUM de 11 de marzo de 1910 – se ha ido ampliando posteriormente en el sentido de comprender otros supuestos en que se rompe el equilibrio, de forma tal que se produce una quiebra del mismo, una alteración profunda y grave que excede del alea normal que lleva consigo toda empresa económica.”²²⁵

²²⁴ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 2, 2º semestre 2004, Madrid, p. 186. Sobre este tema del equilibrio económico es clásica en la literatura en español la obra de: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

²²⁵ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Legislación estatal en materia de precios y concesiones de las corporaciones locales”, en *Revista de Administración Pública*, No. 84, 1977, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 292 y 293.

De una explicación como esa puede apurarse que el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero de la relación concesional, que no es otra cosa que la correlación que se establece en el costo-beneficio en el desempeño económico de la actividad concedida, está estrechamente relacionado, en su operatividad, con los riesgos, las alteraciones que pueden afectar la ejecución de la concesión administrativa, las posibles modificaciones que puede sufrir la realización de la actividad concedida del lado del poder concedente.

Se hace importante distinguir las diversas alteraciones y modificaciones que pueden sobrevenir en el desarrollo de la concesión administrativa y delimitar aquellas que se producen por la Administración Pública en virtud del ejercicio de la potestad modificatoria que ostenta en los marcos de esa relación (supuesto de la *potestas variandi*, puede caracterizarse perfectamente este supuesto diciendo que en él el daño al equilibrio económico de la relación, si se produce, proviene desde dentro del propio vínculo concesional.); de las que se originan por la Administración Pública con motivo de actos generales independientes del contenido de la concesión (supuesto del *fait du prince*, puede caracterizarse diciendo que en él el daño a la ecuación financiera de la concesión administrativa es producido por la Administración Pública desde fuera de ese nexo jurídico administrativo).

Esta distinción de las posibles alteraciones o modificaciones que pueden darse sobre la ecuación financiera de la concesión administrativa, cobra vida e importancia a partir del fundamento que tienen las modificaciones que se originan en cada caso y las consecuencias concretas que cada una provoca.

Por lo pronto, en los casos en que haya una alteración de la ecuación financiera de la relación concesional, en los supuestos de la *potestas variandi* o en el del hecho del príncipe, el efecto práctico es que la Administración Pública debe responder por esa alteración y restituir el equilibrio económico quebrantado en la relación.

Relacionado con esta cuestión de los derechos patrimoniales del concesionario y de las situaciones que pueden sobrevenir durante la realización de lo concedido, afectando el balance económico del concesionario, debe contarse el caso de aquellas alteraciones que se producen por eventos imprevisibles, ajenos a la voluntad de las partes que intervienen en la concesión. En este contexto, lo que se encuadra bajo la denominación de *teoría del hecho imprevisible*, *del riesgo imprevisible* o *teoría de la imprevisión*,

deviene en el supuesto más interesante y visible, por las implicaciones que trasunta.²²⁶

Para un supuesto de este tipo, hay como correlato del lado del concesionario el derecho a exigir de la Administración Pública concedente la participación de esa entidad en las pérdidas financieras ocasionadas durante la ejecución de la concesión, por la incidencia en dicha realización de situaciones extraordinarias, imprevistas e independientes de la voluntad de las partes, que alteren definitivamente la ecuación financiera de la relación, haciendo que la ejecución de la concesión sea entonces excesivamente onerosa para el concesionario.

h) el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionen cuando, sin existir culpa de su parte, la Administración Pública concedente determina extinguir anticipadamente la concesión administrativa fundándose en razones de interés público

Este derecho debe entenderse como lógica garantía patrimonial para el concesionario, cuando este es afectado en su derecho de explotación de la

²²⁶ La teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo tiene sus fundamentos en el Derecho francés, en el *arrêt Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916, con conclusiones de CHARDENET y notas de Maurice HAURIU y Gastón JÈZE. Mucho se ha escrito sobre este tema, por lo que sólo mencionaremos algunos autores franceses que resultan importantes, aunque sin pretender agotarlos, para este tema: HAURIU, Maurice, “La teoría del “riesgo imprevisible” y los contratos influidos por instituciones sociales”, en *Revista de Derecho Privado*, Año XIII, Número 148, Enero, 1926, Madrid, pp. 1 y sigs.; JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo V, *Teoría general de los contratos de la Administración*, Segunda parte, Traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 29 y sigs.; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., pp. 566 y sigs.; WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., pp. 567 y 62 y sigs.; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 502 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, pp. 71 y sigs.; BENOIT, Fancis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, 1ª edición, Traducción de Rafael GIL CREMADES, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pp. 761 y sigs.; COUDEVYLLE, André, ob. cit., pp. 130 y sigs.; LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 2017 pp. 175 y sigs. Fuera de Francia, entre tantos otros: GRECA, Alcides, “Teoría de la imprevisión en los contratos administrativos”, en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, No. 39, Año VIII (3ª época), Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 1943; TELLO, Roberto, *La teoría de la imprevisión en los contratos de Derecho público*, “Librería Jurídica”, Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1946.

actividad concedida, perdiéndolo anticipadamente, frente a razones de interés público.

Estamos frente al supuesto indemnizatorio a favor del concesionario por una de las variantes del ejercicio del poder de extinción anticipada de la concesión, que de ordinario se atribuye a la Administración Pública concedente en el marco de la relación concesional.

Sobre la existencia de este derecho no ha habido discrepancia esencial, en tanto se entiende como un supuesto de responsabilidad contractual, por actuar lícito previsto en el marco regulador de la concesión administrativa pero que, precisamente por fundarse en razones de interés público, el concesionario no debe soportar en exclusiva

El tema fundamental en él ha estado en lo tocante al alcance de la indemnización, si esta debe alcanzar sólo al daño o lesión producidos, si debe ser integral y abarcar tanto el daño o lesión como el lucro cesante.

En esto, más allá de criterios particulares o soluciones que se han practicado en uno u otro sentido, lo cierto es que, en nuestra opinión, no debe entenderse como que hay una solución universal. El alcance de la indemnización dependerá de lo que al efecto se establezca en el marco jurídico ordenador de la concesión administrativa, sobre la base de criterios de justicia, equidad, razonabilidad, racionalidad y atendiendo a las condiciones reales del contexto económico e *ius público* en que se desenvuelva esa concesión. No sólo para no desproteger al concesionario en sus derechos patrimoniales, sino también para no crearle falsas expectativas económicas que – más allá de la letra fría de una norma o de un acto o contrato – objetivamente no puedan ser colmadas, incluso si existiera la mejor voluntad para hacerlo por parte del ente de poder público.

II.2.8-) La Administración Pública ostenta un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral en el contenido de la relación concesional

Por la concesión administrativa se crea una relación jurídica administrativa, un vínculo bilateral originario de derechos y obligaciones. Sin embargo, si se pretende ver que el contenido de dicha relación se circunscribe sólo a esos derechos y obligaciones, se estaría adoptando una posición restrictiva de ese contenido que impediría apreciar, en su exacta dimensión, su conformación real.

No puede pasarse por alto que la Administración Pública, en el ejercicio de la función administrativa, actúa, básicamente, a partir de un conjunto de

poderes jurídicos - concreción específica y parcial del poder del Estado o del poder público – otorgado por el ordenamiento jurídico, que le permite el cumplimiento de sus fines. Esas potestades son, en su cualidad, distintas de los derechos subjetivos que la Administración Pública puede tener como sujeto de una relación concreta.

Como estableciera Santi ROMANO, un nombre de referencia obligada cuando de este tema se trata:

*“«Potere giuridico», in senso ampio, è ogni potere de azione («potestas» o «facultas agendi») attribuito ad una persona dall’ordinamento giuridico, in ordine a beni o interessi da questo protetti (...).”*²²⁷

Un poco más adelante, el italiano resumía:

*“(...) potestà o poteri in senso stretto sono i poteri con cui la capacità giuridica si svolge e si qualifica in una sua direzione o aspetto generico; diritto sono i poteri che si svolgono in un particolare e concreto rapporto giuridico.”*²²⁸

Según razonaban GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ:

²²⁷ ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 139. De ROMANO, para estas cuestiones, es necesario que se vea la voz “Poderes. Potestades”, en su *Fragmentos de un diccionario jurídico*, traducción de Santiago SENTÍF MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, Edición al cuidado de José Luis MONERO PÉREZ, Editorial Comares, S. L., Granada, 2002, pp. 221 y sigs.

²²⁸ ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 140. Seguidamente (pp. 140 y sigs.), el italiano precisaba con más detenimiento las diferencias entre *potestad* y *derecho*. Tal como advertieran Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “El concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el de derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos. A partir de este núcleo común, todas las demás notas son diferenciales entre la potestad y el derecho subjetivo. Así, el derecho subjetivo se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado. Pensemos, por ejemplo, en el derecho del contratante: surge de una particular relación jurídica contractual, creada por un pacto, recae sobre la prestación obligacional específica y concreta definida por el contrato, consiste en una pretensión hacia el cumplimiento de dicha prestación, corresponde con el deber correlativo del deudor, sujeto obligado. Pues bien, ninguna de estas notas conviene a la potestad, que más que bien se caracterizaría por oposición a las mismas.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 17^{ma} edición, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 479 y 480

“(…) la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (nominalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma. No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino una «situación pasiva de inercia» (GIANNINI), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido.”²²⁹

La existencia de las potestades jurídico-administrativas se caracteriza, entre otras notas, por su configuración como poderes jurídicos de actuación genérica y por su ejercicio unilateral por parte de la Administración Pública. Y su integración en el contenido de la función administrativa como medio de garantizar la consecución de la finalidad que esa función involucra (la satisfacción de las necesidades comunes), es una muestra o elemento de expresión del “régimen jurídico exorbitante del régimen común o del Derecho Civil” - este último, normalmente se aplica al resto de los sujetos que se vinculan jurídicamente en su actividad, persiguiendo sus propios intereses como individuos -, que caracteriza a la función administrativa y que viene determinado por la finalidad que persigue esa función.

²²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 466.

Por su emanación del ordenamiento jurídico y su planteamiento genérico, las potestades jurídicas administrativas no dependen, en su existencia y procedencia, de su reconocimiento en la letra de un acto de carácter específico – de la voluntad de las partes intervinientes –, sino que ese acto en cuestión lo que vendría es a concretar sobre un supuesto determinado (el de esa relación) y para ese caso, el contenido y ejercicio de la potestad de que se trate. Como emanación directa del ordenamiento jurídico, las potestades administrativas son independientes en su existencia y procedencia de la voluntad de las partes de la concesión; no surgen o nacen del acto de concesión, ni pueden ser renunciadas o excluidas por éste.

En este sentido, la doctrina más autorizada que ha tratado el tema, destaca que toda potestad reviste los caracteres de inalienable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.²³⁰

Estas anotaciones básicas relativas a las potestades jurídicas de la Administración Pública, nos sirven para llevarlas al plano específico de las concesiones administrativas y vincularlas a ellas en el ámbito propio del contenido de la relación concesional.

Con lo expresado hasta aquí, pretendemos hacer ver que dentro de la dinámica relacional que emana de la concesión administrativa, como vínculo individualizado encaminado hacia la satisfacción del interés común sometido al régimen de Derecho Administrativo, y en una expresión del principio de autotutela que informa la actuación administrativa de la Administración Pública,²³¹ se reflejarán también las potestades que el ordenamiento jurídico le otorga a la entidad administrativa como mecanismo para garantizar el mencionado interés. Las que vendrán a unirse a los derechos que propia-

²³⁰ Por todos: ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 144; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 479 y sigs.

²³¹ Escribía el español Ramón PARADA que “(...) actuando en el seno de los contratos administrativos, el poder de decisión ejecutoria tiene manifestaciones de distinto alcance y naturaleza: de una parte, están los poderes externos al contrato, articulados al servicio del cumplimiento de lo acordado por las partes y de las normas sustantivas de contratación, como los poderes de vigilancia, interpretación y anulación, poderes sin pretensiones sustanciales, simple anticipo de los poderes del órgano jurisdiccional, si ante él se plantease la cuestión, de otra parte, la Administración tiene atribuidos poderes con pretensiones sustanciales, como la modificación, sanción y la resolución del contrato por razones de interés público, poderes que expresan no sólo una posición de privilegio procesal o cuasi-judicial, sino que implican la aplicación de unas reglas de fondo, sustantivas, diversas de los contratos entre particulares y que son las que dan un perfil propio a los contratos administrativos y cargan de problemática ésta figura.” PARADA, Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 303 y 304.

mente genera la concesión para el concedente y configurar así parte del contenido de esa relación en lo que a éste se refiere.

Este elenco de potestades jurídicas en manos de la Administración Pública concedente, son expresión y concreción del poder general de intervención que compete a esa entidad en el marco del objeto concedido, atendiendo al hecho que la titularidad del mismo sigue siendo pública y que, a pesar de la concesión, aquella entidad mantiene su responsabilidad en la garantía del interés general a la que se atiende por la vía concesional. Dichos poderes jurídicos operan en la fase de ejecución de la concesión administrativa, esto es, una vez perfeccionada la misma. Ellos se encuadran en el marco de la ejecución de la concesión administrativa y están perfilados a incidir sobre esa ejecución cuando la operatividad de los mismos la justifica el interés general.

En el caso concreto de la concesión administrativa, el conjunto de potestades típico en manos de la Administración Pública concedente son: la potestad de dirección y control; la potestad de interpretación unilateral; la potestad de modificación unilateral (*ius o potestas variandi*); la potestad sancionatoria; la potestad de extinción anticipada. En el capítulo V dedicaremos una referencia específica a cada una de estas potestades; lo cual nos escusa de otro de tipo de consideraciones al respecto en este momento.

Lo que hemos reflejado hasta aquí sirve de ilustración para precisar cómo en torno a una relación jurídica concreta se conjugan y funcionan los efectos específicos que la misma desata y los mecanismos jurídicos genéricos con que cuenta la Administración Pública para cumplimentar la finalidad que se persigue en la función característica que este ente realiza (función dentro de la cual se inserta como parte de su contenido la actividad concesionada). Es una muestra de cómo se conjuga y opera en esa relación lo que se regula particularmente en el propio acto con lo que se dispone en la normativa más general que se involucra en aquélla.

La presencia de conjunto de las potestades administrativas en manos de la Administración Pública concedente, unida a la intensidad de las mismas, permiten apreciar la superioridad jurídica que esta ostenta en el mencionado nexo jurídico administrativo. Debe destacarse, sobre todo cuando la concesión administrativa se enfoca desde el ángulo contractual administrativo, que se ha planteado que dicho conjunto de potestades integran las llamadas «cláusulas exorbitantes del Derecho Común o Derecho Civil» como expresión y consecuencia del «régimen exorbitante del Derecho Común o Civil» que significa el régimen jurídico administrativo.

Justo es precisar que en aras de garantizar el interés público y los derechos del concesionario – que deben también asegurarse y no dejarse al sacrificio total frente al primero –, los poderes jurídicos de la Administración Pública en la relación concesional no son ilimitados, sino que encuentran los límites a su ejercicio en el propio interés público al que responden; en el marco regulador de la concesión administrativa y sus principios informantes; en la naturaleza o esencia de la concesión; en el normal desarrollo de su objeto; y en las obligaciones y derechos adquiridos por el concesionario.

Lo que hace que lo más saludable para todos los intereses puestos en juego en la relación que nos ocupa, es que se concreten y especifiquen de la mejor forma posible en el marco regulador de la concesión administrativa, los términos y condiciones en que se ejercitarán esas potestades que le son atribuidas a la Administración Pública.

II.2.9-) La actividad administrativa objeto de la concesión corre, en principio, por cuenta y riesgo del concesionario (principio de riesgo y ventura)

Esta característica resulta del hecho que la concesión administrativa es un medio por el cual la Administración Pública concedente descarga en otra persona el desarrollo económico – con la correspondiente descarga del riesgo económico de esa empresa - de la ejecución de lo concedido. En otras palabras, del hecho que la concesión es un «instrumento volcado a la realización de un proyecto de financiamiento (la mayor parte de las veces un financiamiento privado)»²³² de determinadas actividades de trascendencia pública. El *principio de riesgo y ventura* es expresión jurídica concentrada de ese desplazamiento del riesgo económico.

La importancia de esta característica para el trazado de la figura concesional ha sido ponderada por la doctrina de un modo tal, que se ha señalado que

“En el fondo, lo que cuenta para definir la concesión, es que la transferencia sea, de alguna manera, global – que ella implique las misiones y también el conjunto de sus «costos y ventajas». (...)”.²³³

²³² PEREZ, Marcos Augusto, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Editora Forum Ltda., Belo Horizonte, 2006, p. 90.

²³³ DUPUIS, Georges, ob. cit., p. 223. Más contemporáneamente se ha acogido a propósito de la concesión de obra pública: “El principio de asunción de riesgo por el concesionario constituye, como decíamos, un elemento definidor del propio contrato de concesión, tanto que en el fondo es lo que nos permite diferenciar contratos de obra de otros que, aunque tengan forma concesional su naturaleza se corresponde más con el contrato de obra por tener

El principio de riesgo y ventura como informante de la ejecución de la concesión, tuvo su etapa de plenitud clásica bajo la realidad propia del régimen liberal.

Sin embargo, la evolución posterior de las condiciones políticas y económicas de la vida administrativa influyó en esta característica. La cual se nos manifiesta hoy de manera mucho menos absoluta²³⁴ y en dirección a concebir una participación de la Administración Pública, en determinada medida, en los riesgos financieros que implica la concesión. O, lo que es igual, por la evolución del contexto económico-administrativo a lo largo del siglo XX, que ha afectado el trazado caracterizador de la concesión administrativa, en la dinámica financiera que implica dicha figura «la Administración ha debido consentir de encargarse en cierta medida de esos riesgos» (en palabras de AUBY²³⁵).

En este sentido, es representativo el sentir de Marcel WALINE, quien, décadas atrás, indicaba sobre el concesionario de servicio público, que este

“(...) se obliga a hacer funcionar (...) un servicio público, en principio a sus costos y a sus riesgos y venturas – en realidad, en asociación financiera con la colectividad administrativa concedente.”²³⁶

asumida la Administración los riesgos del contrato. Se puede afirmar, sin temor a equivocarnos, que sin riesgo del concesionario no hay concesión de obra pública. La propia Comisión Europea ha insistido en la esencialidad del riesgo dentro del esquema concesional: “si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. (...)”;

HERRANZ EMBID, Paloma, “Capítulo VII. Régimen general de las obras públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Director), *Derecho de los bienes públicos*, 2^{da} edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 246.

²³⁴ Para Laurent RICHER, la mención «cuasi sacramental» de «à ses risques et périls» que aparece en las concesiones, no debe ser tomada al pie de la letra, “(...) sólo una parte del riesgo, variable según los contratos, es transferido y ocurre frecuentemente que en el curso de la ejecución del contrato sobrevienen desilusiones, que están en gran parte en el origen de las devoluciones periódicas de la concesión.” RICHER, Laurent, ob. cit., p. 77.

²³⁵ AUBY, Jean-Marie, ob. cit., p. 7.

²³⁶ WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 380. Más adelante (p. 380), WALINE reafirmaba que el concesionario explota en principio à ses risques et périls, sea totalmente, sea en todo caso parcialmente, es decir en asociación financiera con el concedente, quien hace en todo o en parte el adelanto de los costos de primer establecimiento y en todo caso los costos de

En este orden de cosas, son interesantes las siguientes acotaciones del francés Hubert-Gérald HUBRECHT, en torno a la concesión de servicio público en su país:

“(…) La gestión concedida debía en efecto realizarse según las reglas en vigor en el sector comercial e industrial, en la medida en que la concesión ha sido más rápidamente definida por una gestión a «riesgo y ventura» del concesionario, es decir de la persona privada delegataria. Por tanto esta definición jurídica que suponía que la persona pública no se implicara financieramente en la operación nunca ha correspondido exactamente a la realidad económica. En efecto, a partir del momento en que había sido admitido que se trataba de un servicio público la persona pública responsable muy evidentemente no podía desinteresarse, incluso si ella había delegado la gestión a un empresario privado. La doctrina de entreguerras a tomado así, poco a poco, conciencia de que la concesión desemboca en una verdadera asociación financiera entre una persona privada y una persona pública (...).”²³⁷

HUBRECHT agregaba en el párrafo siguiente:

“La realidad de esta sociedad financiera entre poder público y actores privados, entre fondos públicos y financiamientos privados, era de hecho bien anterior a la descripción que le ha dado la doctrina pues la lectura de documentos históricos revela que ella es casi contemporánea con la conclusión de las primeras grandes concesiones del siglo XIX.”²³⁸

gestión, remunerándose principalmente por medio de las tasas percibidas de los usuarios; y en su defecto, por los adelantos o las primas servidas por la colectividad concedente.

²³⁷ HUBRECHT, Hubert-Gérald, *Droit public économique*, Éditions Dalloz, Paris, 1997, p. 22.

²³⁸ HUBRECHT, Hubert-Gérald, ob. cit., p. 22. Véase los ejemplos a los que aludía, en soporte de esto último, el propio HUBRECHT, ob. cit., pp. 22 y 23. Por su lado, DUPUIS, GUÉDEON y CHRÉTIEN daban cuenta de que la concesión se ha transformado poco a poco “(…) en su disposición interna para el establecimiento de una verdadera solidaridad financiera entre la colectividad concedente y el concesionario. Dicho de otra manera, la asunción de los riesgos comerciales por el concesionario es considerablemente atenuada, cuando no completamente desaparecida. Por medios directos o indirectos, la administración de vincula financieramente a la operación, atribuyendo subvenciones, garantías (de empréstitos, por ejemplo), y, en contraparte, participando de los beneficios. (...)”; DUPUIS, Georges/GUÉDEON, Marie-José y CHRÉTIEN, Patrice, *Droit Administratif*, 9^e édition, Sirey, Éditions Dalloz, Paris, 2004, p. 530.

El *principio de riesgo y ventura* en la concesión administrativa se ha flexibilizado ante una operatividad absoluta. Además de las atenuaciones más clásicas en su aplicación – como son el supuesto de la fuerza mayor y las subvenciones a favor del concesionario –, muestra otras en su procedencia como los casos del *fait du prince*, de la teoría de la imprevisión y de las modificaciones tarifarias.

Esta atenuación del *principio de riesgo y ventura*, en lo que aquí venimos señalando, ha llevado desde hace tiempo a modular las consideraciones al respecto en lo que hace a la caracterización de la figura concesional; a considerar decididamente a la concesión (básicamente, de servicio público) – por ejemplo entre autores franceses – como un fenómeno que supone un *partage de risques*²³⁹ (una partición de riesgos), explicándose sobre ello que:

“(…) es bastante raro que la actividad sea gestionada plenamente a riesgo y ventura del concesionario. Numerosas posibilidades de repartición pueden ser instauradas (con subvención eventual o garantía del Estado). Se sabe, por ejemplo, que las concesiones de ferrocarriles, que han jugado un rol de los más importantes en la génesis del derecho de concesiones, comportaban mecanismos de compensación de cargas de inversión y, a veces, de funcionamiento. La cuestión de la repartición de los riesgos no es especial a la concesión en la medida en que todo contrato es de una manera o de otra un repartidor de riesgos. Pero la importancia de las inversiones que pueden ser vinculadas da un lugar muy particular al conocimiento y a la repartición de los riesgos.”²⁴⁰

II.2.10-) La concesión genera una extensión de efectos jurídicos a terceros

En la literatura jurídico-administrativa no ha pasado inadvertido el hecho que el conjunto de relaciones jurídicas que ampara la técnica concesional, no queda estrictamente circunscrita a las partes de la relación: el concedente y el concesionario; sino que hay otros sujetos que quedan alcanzados por los efectos jurídicos de la concesión administrativa, determinando ciertas relaciones jurídicas entre estos y alguna de las partes de dicho nexo, en especial el concesionario.

²³⁹ GUETTIER, Christophe, ob. cit., p. 10.

²⁴⁰ GUETTIER, Christophe, ob. cit., p. 10.

Por lo tanto, un elemento que distingue a la *concesión administrativa* es el hecho de que el vínculo que se establece entre concedente y concesionario extiende sus efectos directos también a terceros.²⁴¹

Hay que salvar de antemano, por nuestra parte, que el término tercero no lo utilizamos aquí en el sentido de un sujeto extraño al acto concesional, sino que lo empleamos para denominar genéricamente a los que no son el concesionario y el concedente, pero que se relacionan con las consecuencias de la relación en cuestión. Por la índole del objeto de la concesión y su dinámica relacional, los usuarios, los contribuyentes o los miembros de la colectividad, no se mantienen extraños a la concesión sino todo lo contrario, ya que la misma existe en función y beneficio del interés público que, de alguna manera, ellos en su conjunto personifican.

Una apreciación como la que acabamos de hacer sobre la concesión y los terceros, aparece explicitada en las siguientes reflexiones del francés COCATRE-ZILGIEN, quien la identificaba como caracterizadora de los contratos administrativos con estas palabras:

“Mientras que los contratos celebrados entre particulares solo tienen efecto con respecto a las partes contratantes (salvo raras excepciones), los contratos administrativos interesan a otras personas además de la administración y su cocontratante. Sin duda, lo que hemos llamado la «no relatividad» de los contratos administrativos se observa esencialmente en los contratos de concesiones, pero también incluso, en cierta medida, en los suministros o las obras públicas. Numerosas cláusulas, en efecto, se encuentran en todos estos instrumentos jurídicos impuestos por la administración a su concesionario, (...) tanto a favor de los usuarios del servicio concedido como para el personal empleado por el cocontratante de la administración o de ciertas autoridades públicas descentralizadas

²⁴¹ Respecto a esta característica que señalamos, puede verse el desarrollo que, sobre los efectos frente a terceros de los contratos administrativos – donde incluyen a la concesión administrativa– hacen autores como: PÈQUIGNOT, Georges, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Éditions A. Pedone, Paris, 1945, pp. 547 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *Servicios públicos. Actos de la Administración Pública*, Reimpresión de la 3^{era} edición, actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 396 y 397; también de MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, *Contratos administrativos. Teoría general*, 3^{era} edición, actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 325 y 326, y 334 y sigs., y ob. cit., Tomo III-B, p. 588; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pp. 113 y sigs. y 336 y sigs.; ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo III, Edición 2002, Stradtmann Editorial, Biblioteca Jurídica Diké, San José de Costa Rica, 2002, pp. 54 y 55.

a las que la administración, al contratar, quiere reservar ciertas ventajas. Es cierto, en cualquier caso, que, de todos los contratos administrativos, es la concesión del servicio público la que genera los efectos más extensos.”²⁴²

Esta realidad de la conexión de otros sujetos que no son estrictamente las partes de la relación concesional (concedente y concesionario), con los efectos jurídicos de la concesión administrativa, específicamente las de obras públicas primero y luego las de servicios públicos, fue notada ya por antiguos autores. Y fue lo que llevó, por ejemplo, a algunos, a explicar a la concesión administrativa desde los planteamientos del contrato a cargo de terceros y *estipulación por otros*;²⁴³ o en la teorización del francés DEMOGUE sobre la concesión administrativa, como un contrato de reglamentación.²⁴⁴

De otro lado, en los inicios del siglo XX francés se produce un movimiento jurisprudencial con fallos precursores del Consejo de Estado francés como – por ejemplo – el de 10 de enero de 1902, *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-Les-Rouen*, con conclusiones del comisario ROMIEU, el de 21 de diciembre de 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, con conclusiones también del comisario ROMIEU, o el de 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, con conclusiones del comisario León BLUM, a partir del cual se introdujo una visión de la concesión administrativa (de servicio público, específicamente) que rompía la armonía sustancial del acto de concesión, porque a partir de ese momento se abrió paso entre gran parte de los estudiosos franceses la convicción de que no toda la concesión es un resultado de un acuerdo contractual entre concedente y concesionario, pues lo relativo a la organización y funcionamiento del servicio concedido (que figura fundamentalmente en el *cahier des charges*) es obra exclusiva de la voluntad

²⁴² COCATRE-ZILGIEN, André, “Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d’État Français”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vingt-deuxième année, No. 1, 1956, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles, pp. 86 y 87.

²⁴³ En la literatura jurídica francesa de la primera mitad del siglo XX, que se ha ocupado de esta cuestión, es común encontrar que se haga mención como seguidores de esa idea a: LAMBERT, *Du contrat en faveur du tiers*, Thèses, Paris, 1893, pp. 322 y sigs.; y a ESMEIN, Paul, *Des obligations*, Paris, 1930, p. 490. También se puede hallar esta solución en PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Tomo sexto, *Las obligaciones*, Primera parte, con el concurso de Pablo ESMEIN, Traducción española del Dr. Mario DÍAZ CRUZ con la colaboración del Dr. Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, Cultural, S.A., Habana, 1946, pp. 496 y 497.

²⁴⁴ DEMOGUE, René, ob. cit., pp. 839 y sigs. y 867 y sigs.

(unilateral) de la Administración Pública y opera como un reglamento que organiza dicho servicio.

Lo que subyació en fallos como los anteriores, fue que hubo una necesidad de considerar que en la dinámica relacional que desataba la concesión administrativa de servicios públicos, había ciertos efectos y posibilidades jurídicas que iban más allá de las partes de la relación concesional. Los cuales debían considerarse para generar protección a los usuarios que se ubicaban frente al servicio gestionado por el concesionario y ordenado por la Administración Pública.

A partir de casos como los precedentemente mencionados, la doctrina francesa más destacada dio un giro hacia posiciones mixtas – involucrando en sus construcciones teóricas diversos elementos contractuales y unilaterales - para explicar a la concesión administrativa de servicio público: teoría de la doble naturaleza o doble aspecto de la concesión administrativa,²⁴⁵ de la convención de carácter complejo,²⁴⁶ del contrato administrativo, acto jurídico complejo o acto mixto,²⁴⁷ del acto complejo o acto mixto.²⁴⁸

²⁴⁵ Ver la nota de Maurice HAURIUO a los fallos del Consejo de Estado francés de 3 de febrero de 1905 (*Storch*) y de 21 de diciembre de 1906 (*Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de Seguey-Tivoli*), en *Recueil Général des Lois et des Arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de Droit Public*, Fondée par J.-B. Sirey, Année 1907, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais (Ancienne Maison L. Larose et Forcel), Paris, 1907, III^e partie, Jurisprudence administrative, p. 37; y en HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIUO, Tome II, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 30 y 31

²⁴⁶ *Vid.* de DUGUIT, León: *Traité...*, Tome I, ob. cit., p. 420; en igual sentido *Traité...*, Tome III, ob. cit., p. 446; *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 222; *Las transformaciones generales...*, ob. cit., p. 147; en *Leçons de Droit public général*, E. de Boccard, Éditeur, Paris, 1926, pp. 92 y 93; y en “De la situation juridique du particulier faisant usage d’un service public”, en AA.VV., *Mélanges Maurice Hauriou*, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929, pp. 83 y 84. También: REDEUILH, Henri, ob. cit., pp. 47 y sigs.

²⁴⁷ Como primer exponente: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 12 y 13 y pp. 363 y sigs. Luego otros seguirían esta senda que llega al día de hoy, y por sólo citar algunos nombres ya antiguos: WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., pp. 392 y 393; BLONDEAU, Ange, ob. cit., pp. 158 y sigs.; LAROQUE, Pierre, *Les usagers des services publics industriels (Transports, Distribution de d’Eau, de Gaz et d’Électricité) en Droit français*, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1933, pp. 23 y sigs.; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 22 y sigs., y 106 y sigs.; JANSSEN, Lucien, *Les traits principaux...*, ob. cit., pp. 253 y sigs., y 302 y sigs.; LECOMTE, François, ob. cit., pp. 8 y sigs.; ROLLAND, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Neuvième édition, Librairie Dalloz, Paris, 1947, pp. 35 y sigs., 52 y sigs. y 127 y sigs.; AUBY, Jean-Marie, ob. cit., pp. 6 y 7.

²⁴⁸ V.gr.: GAUDUCHEAU, Charles, ob. cit., pp. 34 y 35; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., pp. 550 y sig; del propio BONNARD, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Société

Esta doctrina, en casi todas esas variaciones y con menor o mayor aceptación, fue seguida en sus planteamientos por autores españoles y latinoamericanos; aunque en ellos pueden encontrarse alguna que otra tonalidad explicativa, dentro de esta tendencia mixta general.²⁴⁹

En definitiva, dentro de la ciencia del Derecho Administrativo se ha tomado nota de la complejidad de relaciones jurídicas que se establecen al amparo de la concesión administrativa (especialmente de obras y servicio públicos), que no quedan sólo referidas a los espacios subjetivos que marcan las partes de la misma: el concedente y el concesionario.

En esa apreciación, como expresión de lo diverso del panorama al respecto, hay quien ha dicho que la concesión administrativa de servicio público «guarda cierta semejanza con el instituto privado de la *estipulación por otro*»; quien ha calificado de «naturaleza trilateral» la relación jurídica que se establece en la concesión²⁵⁰ o como que esta es un «contrato plurilateral»;²⁵¹ o que es una «relación negocial de tres partes»: concedente, concesionario y usuarios; o que se establece una «triple relación».²⁵²

Se ha planteado también, para seguir agregando matices, que la concesión de servicios públicos (en particular) tiene un carácter triangular;²⁵³ que es una relación tripartita;²⁵⁴ que produce efectos «trilaterales»;²⁵⁵ que

Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1926, p. 340; y *Précis de Droit Public*, Quatrième édition, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1937, pp. 336.

²⁴⁹ Ver, por ejemplo, cómo se manifestaban, cada uno por su lado: ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 15ª edición, Imprenta Castellana, Valladolid, 1935, p. 137; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 19 y sigs

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2ª reimpressão de la 1ª edición, Dialética, São Paulo, 2007, pp. 61 y 62.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª edição revista, atualizada e ampliada, Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 2015, p. 756: “O contrato de concessão é pactuado entre três partes, que são (a) o “poder concedente” (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade, e (c) o particular (concessionário).”

²⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, ob. cit., p. 481.

²⁵³ TÁCITO, Caio, *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 1975, p. 251; VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, *La concesión administrativa de servicio público*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 121; BLANQUER CRIADO, David, *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 220; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 756.

²⁵⁴ PÉREZ, Marcos Augusto, ob. Cit., pp. 60 y 83.

²⁵⁵ Para la brasileña María Sylvia Zanella DI PIETRO: “Uma das características do contrato de concessão de serviço público é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionária, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido.”. DI PIETRO, María Sylvia

en ella hay una «triple participación de sujetos (concedente, concesionario y usuario)».²⁵⁶

En esa misma cuerda de ideas, se ha sostenido que la concesión (básicamente de servicio público) «se estructura en torno a una constelación de vínculos obligacionales»;²⁵⁷ que genera relaciones jurídicas «multilaterales»²⁵⁸ o «*dissimétricas*» (catalogadas como aquellas en que cada uno de los sujetos es simultáneamente titular de posiciones activas y pasivas, conexas entre sí)²⁵⁹ que han sido descritas como relaciones jurídicas primarias, secundarias o reflejas en tanto en ellas intervienen, respectivamente, sujetos «primarios (concedente y concesionario)», «secundarios (usuarios)» y «reflejos (terceros potenciales detentadores de posiciones jurídicas subjetivas de cada a la relación concesionaria)».²⁶⁰

Para el español David BLANQUER CRIADO:

“La concesión es un contrato aleatorio del que son parte la Administración y un empresario, pero con la peculiaridad de que ese negocio jurídico contiene algunos pactos celebrados a favor de un tercero, que es el usuario de la prestación. La concesión de un servicio público da lugar a una relación jurídica triangular, entre la Administración titular del servicio, el concesionario que lo gestiona y explota, y el usuario que se beneficia de la prestación. El usuario es un tercero que no es parte del contrato de concesión celebrado entre la Administración y el empresario que va a gestionar el servicio. Ahora bien, el usuario es algo más que un simple beneficiario, pues no es completamente ajeno a la relación concesional, toda vez que puede fundamentar alguno de sus derechos en el negocio jurídico de naturaleza administrativa del que no es parte contractual. (...)”²⁶¹

Zanella, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 8ª edição, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2011, p. 94.

²⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 28 edição, revista ampliada e atualizada, Editora Atlas, S.A., São Paulo, 2015, p. 389.

²⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 165.

²⁵⁸ BOCKMANN MOREIRA, Egon, *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2010, pp. 275 y sigs.

²⁵⁹ BOCKMANN MOREIRA, Egon, ob. cit., p. 279.

²⁶⁰ BOCKMANN MOREIRA, Egon, ob. cit., p. 281.

²⁶¹ BLANQUER CRIADO, David, *La concesión...*, ob. cit., p. 220.

Con una opinión algo más atenuada se expresó el también español José María MARTÍN OVIEDO:

“(...) la concesión opera como un negocio bilateral, sometido, por tanto, al *principio de relatividad* propio de tales negocios. Como es sabido, este principio se expresa a través del aforismo clásico *res inter alios acta... aliis non noceat*. Su actual traducción a normas vigentes la encontramos en el artículo 1091 del Código Civil («las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley *entre las partes contratantes...*»), pero, sobre todo, en el artículo 1257, que comienza declarando que «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan...*». La relatividad de los negocios jurídicos bilaterales significa, por tanto, que el contenido propio de éstos (el famoso «haz de derechos y obligaciones recíprocos») se contrae, exacta y precisamente, a las partes del negocio, con total o casi total abstracción de los restantes sujetos del Derecho.”²⁶²

En una nota, MARTÍN OVIEDO escribía, refiriéndose a la relatividad que goza la concesión administrativa, que dicha relatividad era mucho más matizada que en los negocios privados, ya que en aquélla el principio de interés público (presente, sobre todo, en las concesiones de servicio público) introduce la figura del «usuario», que rompe en cierta manera esa relatividad.²⁶³

Una de las peculiaridades de las *concesiones de servicios públicos y de obras públicas* estriba en la forma típica de remuneración del concesionario, que no proviene directamente de la Administración Pública como contraparte en la relación concesional, sino de los beneficiarios acreditados con la condición de usuarios del servicio o la obra o de contribuyentes (estos últimos si están obligados al pago de una contribución de mejora), o de otras posibles fuentes de remuneración a partir de la forma de explotación del objeto concedido que realice el primero. Aquí, usuarios y contribuyentes, en sus casos, serán los obligados al pago de la remuneración del concesionario, lo que indica que la concesión administrativa produce también obligaciones y derechos del concesionario frente a terceros y de éstos frente al primero. Dichos derechos y obligaciones no sólo se relacionan con la forma de remuneración del concesionario, sino además con la prestación del servicio o la utilización de la obra y con el ejercicio específico de ciertas potestades

²⁶² MARTÍN OVIEDO, José María, ob. cit., pp. 306 y 307.

²⁶³ MARTÍN OVIEDO, José María, ob. cit., nota 10, p. 307.

jurídicas que le pueden ser transferidas al concesionario para el desarrollo de lo concedido.²⁶⁴

Por su parte, en la concesión de bienes de dominio público también existe un vínculo directo con los terceros, el cual puede manifestarse, por un lado, a raíz de que se le ha otorgado al concesionario (por delegación del ente concedente) el ejercicio de determinadas potestades jurídicas (como la expropiatoria o de ocupación temporal, por ejemplo) que ejercerá de manera puntual o especificada frente a determinados terceros, originando derechos y deberes entre dicho concesionario y ellos.

Pero, nótese que el vínculo jurídico en este sentido adquiere un carácter eventual, pues sólo se producirá si le son conferidas expresamente al concesionario tales posibilidades de actuación, las que por lo demás no tienen por qué mostrar una presencia de ordinario habitual o propia en las concesiones *demaniales*. Además, en este supuesto, los efectos positivos (un hacer) que se generan frente a los terceros se refieren a cuestiones bien específicas relacionadas con dicha concesión (como vienen a ser los derivados de la expropiación u ocupación temporal por el concesionario de algún terreno o inmueble colindante necesario para la ejecución de la concesión); y alcanzan a un número bien delimitado de esos terceros, normalmente a los titulares de terrenos o inmuebles colindantes con el bien dado en concesión.

Por tales motivos, pensamos que esa vinculación, en este supuesto de las concesiones *demaniales*, es más palpable, sobre todo, desde el punto

²⁶⁴ Ver, entre otros, a: PÈQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 547 y sigs. Según comentaba Miguel S. MARIENHOFF (ob. cit., Tomo III-A, p. 325 y 326): “El contrato “administrativo”, en ciertos casos, puede serle *opuesto* a terceros. Así, por ejemplo: a) en la concesión de obra pública, el concesionario tiene el derecho de exigirles a ciertos *terceros* el pago proporcional de la obra; b) en las concesiones de servicio público, el concesionario puede adquirir atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar, de imponer servidumbres administrativas, etc., todo lo cual incide, o puede incidir, en la esfera jurídica de “*terceros*””; en el párrafo siguiente anotaba: “Pero el contrato “administrativo”, en ciertos casos, puede ser invocado por *terceros*; v. gr., la concesión de servicio público, donde el público – conjunto de “*terceros*” – puede exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente. (...)”. Ver, además, lo que indicaban, por ejemplo: CASSAGNE, Juan Carlos, “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos”, en CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2005, p. 192; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pp. 113 y 114; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, Tomo I, ob. cit., p. XI-33; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado en su acionar*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 17 y sigs. También: ORTIZ ORTIZ, Eduardo, ob. cit., Tomo III, p. 55; RUIZ OJEDA, Alberto, ob. cit., pp. 284 y sigs.

de vista negativo, pues los miembros de la colectividad (en cuanto tales) deben limitarse respecto al bien concedido, por cuanto ha sido dado en uso privativo al concesionario excluyéndolos del mismo temporalmente.

En esto opera un elemento que también es necesario concatenar con lo anterior a los efectos de su consecuente entendimiento, y que estriba en el hecho que por la *concesión demanial* el concesionario adquiere un derecho real de naturaleza administrativa, de uso, aprovechamiento o de explotación del bien público. El cual resulta oponible, igualmente frente a terceros (oponibilidad *erga omnes*),²⁶⁵ como parte de la eficacia que dicho derecho real despliega, con los matices que le imprime la concurrencia del interés público que impregna el marco de ordenación y operatividad jurídicas del funcionamiento administrativo.

²⁶⁵ Ver lo que plantearon al respecto autores como: HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 797; RIGAUD, Louis, *La théorie...*, ob. cit., pp. 305 y sigs.; PÈQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 552; DÉNOYER, Jean François, ob. cit., pp. 135 y sigs.; SPOTA, Alberto G., ob. cit., pp. 631 y sigs., y 641; MARIENHOFF, Miguel Santiago, ob. cit, Tomo V, pp. 546 y sigs.; VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 702; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, ob. cit., p. 36; CANO TELLO, Celestino A., ob. cit., pp. 44 y sigs. y 52; PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 58; SÁNCHEZ DÍAZ, José L., “La concesión de uso de bienes públicos locales”, ob. cit., pp. 329 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto, ob. cit., pp. 13 y sigs.; LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., p. 34; GARCÍA PÉREZ, Marta, *La utilización...*, ob. cit., p. 122; también, de GARCÍA PÉREZ, Marta, “La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público”, en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade Da Coruña*, No. 1, Separata, La Coruña, s/a, pp. 340 y 341; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., p. 244.

CAPÍTULO III

Clasificación de las concesiones administrativas

III.1-) Preliminar

En cuanto a su concreción en la realidad como fenómeno jurídico, la *concesión administrativa* es susceptible de manifestarse con una tipología diversa. Tipología que ha de estar determinada por la concurrencia o no, en el supuesto concreto de que se trate, de ciertas particularidades que se refieren a sus elementos estructurales o funcionales como institución jurídica. Esa aptitud para desdoblarse en varias modalidades específicas, a partir de un esquema jurídico esencial común o unitario, es lo que permite hacer de la institución jurídica en cuestión una categoría general que comprende, a su vez, subespecies.

La diversidad de tipos que puede presentar la *concesión administrativa* en cuanto *genus*, por supuesto que no está determinada por la gravitación en torno a un único punto de referencia para marcar esa pluralidad. Se da por la combinación de varios criterios de subdivisión de la misma, que toman como centro de mira al efecto los múltiples elementos sobre los que se erige la mecánica estructural y funcional de la *concesión administrativa*. Los cuales pueden proyectarse con más de una fisonomía, al tiempo de ordenar y configurar materialmente una relación de esa índole.

La intención de esbozar las posibles clasificaciones desde las cuales puede ser enfocada la *concesión administrativa*, es un ejercicio que propicia poner de relieve la gama de supuestos de hecho que puede envolver como género. Igualmente, sirve para ubicar el punto de atención del análisis en el elemento que se toma como eje para realizar la división. Lo que, a su vez, tributa a un mayor y mejor alcance y acabado en el estudio, científico y práctico, de la figura que lo motiva.

Fijar y desenvolver un patrón de clasificación sobre cualquier objetivo, deviene, ante todo, una cuestión de método en relación con una parte del enfoque y desarrollo del análisis a su alrededor. En definitiva, establecer

una clasificación de un fenómeno dado no es más que un proceder, a los efectos metodológicos, que tiene como fin básico, o primario, la posibilidad de apreciar, en su mejor dimensión – científica y práctica – y desde ese ángulo, las implicaciones del objeto de estudio. Es por ello que más allá de ciertos estándares que pueden establecerse y adoptarse con cierta invariabilidad al respecto, este esfuerzo divisor tiene una importante arista de sustanciación que depende mucho del plan específico que adopte quien lo realiza. De ahí que todo ejercicio clasificador pueda tener un sector abierto a la visión particular de su promotor – con justeza pueda pensarse que tras de dicho ejercicio está la mirada específica de este último -, y su resultado final pueda presentarse con un grado de variabilidad según sea la persona que lo proponga.

III.2-) Criterios de clasificación de las concesiones administrativas

Un rápido repaso a la bibliografía jurídica especializada, nos revela inmediatamente que, en sede de concesiones administrativas, han existido varios criterios de clasificación, atendiendo a puntos de vistas también diferentes. Unos criterios han sido más recurridos que otros dentro de los estudios; pero todos aportan elementos interesantes para aprehender mejor el universo institucional de la concesión administrativa.

Demos una mirada resumida a esos criterios clasificadores:

III.2.1-) Atendiendo al objeto de la concesión

La clasificación más importante que se ha planteado sobre las *concesiones administrativas*, desde el punto de vista cualitativo, es la que se asume atendiendo al objeto sobre el que recaen; es decir, según lo que objetivamente se concede.

Genéricamente, lo que se concede es la posibilidad de actuación por parte del concesionario dentro sobre una parte del ámbito de actuación reservado a la Administración Pública (concedente) o de titularidad de dicha entidad; concretándose en la constitución de ciertos derechos y el ejercicio de determinadas potestades jurídicas (cuando así opere) en la esfera subjetiva del concesionario, relativos a ciertas actividades administrativas que entran dentro del espacio funcional cuyo titular es esa entidad administrativa.

Es, por tal motivo, que también se ha considerado – según tuvimos oportunidad de dejar apuntado ya - que por la *concesión administrativa* se le otorga al concedente el ejercicio de una parte del funcionamiento

administrativo. Así las cosas, esas actividades, derechos o poderes – no es relevante aquí la precisión - que se conceden vía la institución que nos ocupa, se refieren a un ámbito objetivo determinado, a un sector de la realidad administrativa. Ámbito que tendrá un rol decisivo en la conformación de las especificidades de la mecánica estructural y funcional del supuesto de concesión particular de que se trate. Por esa razón, es que asumimos este criterio de clasificación como cualitativamente relevante, en contraste con otros que pueden esgrimirse.

Si se observa la línea evolutiva que ha seguido la *concesión administrativa* desde su período decimonónico hasta la actualidad - específicamente los derroteros seguidos en su configuración como categoría, tanto por la legislación, como por la jurisprudencia y la doctrina (con especial énfasis en esta última) -, podrá colegirse que el planteamiento de su percepción sobre la base del objeto sobre el que puede recaer, no siempre ha sido resuelto de un modo similar. Los matices y la aureola de la variabilidad no han estado ausentes del balance final al respecto, si bien el panorama al efecto tiende hoy a manifestarse con una mayor - que no absoluta en todo sentido - homogeneidad. Esa es una realidad que ha estado condicionada por (y, a su vez, ha sido expresión de) la manera particular en que se concibe el alcance y la diversidad del espacio material de configuración sobre el que se ha de extender la *concesión administrativa*. Por lo tanto, el resultado final que pueda lucir el planteamiento de la clasificación de las concesiones administrativas atendiendo al objeto de las mismas – sobre todo en la cuantificación de los mismos -, ha de estar en conexión directa con la concepción objetiva que de la misma se maneje por parte de quien lo plantee.

Por nuestra parte, podemos ver que, en consecuencia con la definición que emitimos sobre la *concesión administrativa*, tres son los objetos básicos sobre los que puede recaer dicha figura: 1-) la realización de una obra pública; 2-) la prestación de un servicio público; 3-) la explotación privativa de un bien de dominio público.

Por lo que, ajustándonos a ello, la *concesión administrativa* puede clasificarse en tres tipos básicos:

- a-) la *concesión de obra pública*;
- b-) la *concesión de servicio público*;
- c-) la *concesión de dominio público*.

La tipología antes mencionada resulta de apreciar, en su percepción más individualizada y estricta, los posibles objetos a los que puede referirse la *concesión administrativa*.

Hay que decir que cada uno de esos tipos concesional, plantea de por sí una riqueza y problemática que los singulariza entre ellos. Basta mirar la bibliografía y el panorama de la legislación y la jurisprudencia, de los últimos dos siglos y poco más, en diferentes ordenamientos jurídicos, y podemos comprobar lo abundante de los análisis y el tratamiento teórico-práctico de estas especies concesionales, en sus ángulos más particularizados.

Cada una de ellas, de por sí, es un mundo propio, y tienen entidad para un tratamiento individualizado – tal como se ha hecho y se muestra en el panorama doctrinal, normativo y jurisprudencial - que se torna extenso, rico y sustancial. Como nuestro objetivo aquí no es asumir *in extenso* el análisis de cada uno de estos tipos concesionales, nos limitaremos a esbozar unas ideas básicas sobre cada uno de ellos, para introducir su entendimiento como un modo de ser de la concesión administrativa a partir del objeto sobre el que puede recaer.

A-) La concesión de obra pública

Es hoy un lugar común entre la doctrina *iusadministrativista*, reconocer que la *concesión de obra pública* es una de las figuras matrices o primigenias sobre las cuales comenzó a andar y a construirse el régimen jurídico de la *concesión administrativa*. El valor originario de ese tipo concesional para lo administrativo, tanto en lo práctico como en lo teórico, ha sido puesto de relieve por esa doctrina, con mayor o menor conciencia, desde el propio siglo XIX.

A pesar de la claridad que se tiene actualmente sobre la trascendencia primigenia que puede lucir la *concesión de obra pública*, lo cierto es que no puede sostenerse con igual convicción la nitidez de su evolución y consolidación como institución jurídica.²⁶⁶

Esa evolución ha pasado por etapas interesantes, de las que se han derivado momentos y pronunciamientos a su alrededor llenos de matices y que han ido de extremos como el de entenderla como un arquetipo fundamental

²⁶⁶ Luego de llamar la atención sobre el desenvolvimiento y la sedimentación jurisprudencial y doctrinal que tuvo el régimen jurídico de la concesión de servicio público durante el siglo XX, Jean CATHELINEAU, en el tercer cuarto de esa misma centuria, confirmaba: “La concesión de Obras Públicas no ha conocido por su parte la misma fortuna. Si esta noción no ha experimentado en su origen grandes dificultades para afirmar su especificidad y su autonomía, ella se ha topado al contrario posteriormente con obstáculos difícilmente superables para mantener sus características iniciales.” CATHELINEAU, Jean, “Diversité et particularisme...”, ob. cit., p. 28.

de la *concesión administrativa*, hasta otros en que se ha visto diluida su independencia o identidad como figura concesional, lo que aparejó, incluso, su negación en cuanto tal tipo por algunos autores. Para luego reverdecer laureles normativos y científicos, como técnica jurídica, a partir de su revalorización como mecanismo a través del cual la Administración Pública provee efectivamente la creación de infraestructuras necesarias para la satisfacción de intereses generales.

Por supuesto que ese proceso evolutivo no ha sido injustificado, sino que ha estado marco y determinado por las condiciones políticas, económicas y sociales, en general, sobre las que se levanta el funcionamiento administrativo en los diversos períodos y contextos en que éste tiene lugar; y por el modo en que se ha entendido y proyectado la ordenación del espacio de actuación *iuspública* en nuestras comunidades políticamente organizadas.

Como se puede intuir desde el nombre que recibe, la *concesión de obra pública* es una especie concesional que se cualifica por el objeto sobre el cual recae, en su caso: la *obra pública*.

En consecuencia, para trazar su perfil identitario es necesario tener en cuenta las dos categorías esenciales que involucra. Es decir, es necesario precisar qué es *obra pública* a los efectos del elemento objetivo de la *concesión*, y qué líneas propias adopta en virtud de ello, que contrastan con otras categorías que puedan resultarle afines.

No es este el perímetro adecuado para intentar desplegar todo un tratamiento en extenso de la idea de la *obra pública* y sus implicaciones jurídico administrativas – que, de por sí sólo, es un terreno vasto y con cuerpo propio –, pues por los fines que animan este trabajo, se impone un encuadramiento muchísimo más modesto en alcance y pretensiones al respecto, en función de lo que es esencial para nosotros en él: la *concesión administrativa*.

Lo primero que salta a la vista cuando nos iniciamos en el estudio del concepto de *obra pública* a los fines del espectro concesional, es la peculiaridad de que ese concepto no se ha asumido, en el orden jurídico, de manera unívoca, sino que comprende un doble sentido o alcance. Así se ha consagrado en los ordenamientos donde se dan recursos nominativos propios, en los que juegan las peculiaridades del lenguaje y las influencias jurídicas que alcanzan asimismo a la composición nominal de lo que tratamos como *concesión de obra pública*.

Para el caso de Francia, tradicionalmente se ha distinguido entre *travaux public* (*trabajo público*) y *ouvrage public* (*obra pública*). Donde la primera voz comprende en su significado, una perspectiva más abarcadora que la

segunda; y en una acepción más estrecha, la primera se ha identificado con la segunda.

Según planteara René CAPITANT, en un clásico trabajo al respecto que, aunque añejo, aún conserva valor:

“Es la palabra *travail* la que da a la expresión su doble significación. Esta palabra es tomada, en efecto, según las circunstancias, en un sentido activo, o en un sentido pasivo; ella designa una actividad o una cosa, en lenguaje de economista, un servicio o un bien.”²⁶⁷

La doble noción conceptual es aquí, entonces, propia de la expresión *travaux public*, en la que se ha identificado un sentido dinámico o activo y otro estático o pasivo.²⁶⁸ En consecuencia, bajo el doble enfoque, *travaux public* sería tanto la actividad de naturaleza constructiva de la que se deriva un resultado material de carácter inmobiliario (*travaux public* estrictamente considerado), como el bien inmueble resultado material de esa actividad de índole constructiva (*ouvrage public*); llegando a ser equivalentes o sinónimos, en este segundo sentido, las expresiones *travaux public* y *ouvrage public*.

Tiempo atrás, Maurice HAURIUO explicaba que es posible apreciar dos elementos en materia de *travaux publics*: 1-) la operación de *travaux publics* con sus procedimientos de ejecución; y 2-) la *ouvrage public*, que es a la vez la causa y el resultado de la operación de trabajo.²⁶⁹ En el fondo de un planteamiento de ese tipo opera una correlación entre el *travaux public* y la *ouvrage public*.

Sin embargo, se ha llamado la atención, desde el propio Derecho Administrativo francés, sobre el hecho de que esa visión no es del todo exacta,

²⁶⁷ CAPITANT, René, “La double notion de travail public”, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'étranger*, Tome quarante-sixième, XXXVI^e année, Marcel Giard, Libraire-Éditeur, Paris, 1929, p. 509 (La cursiva es nuestra). Según enseñaba Jacqueline MORAND-DEVILLER : “La obra pública por largo tiempo ha estado absorbida por la noción de trabajos públicos (...)”; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif des biens. Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, 6^e édition, Montchrestien, Lextenso éditons, Paris, 2010, p. 623.

²⁶⁸ Ver, entre otros, a: CAPITANT, René, ob. cit., pp. 509 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome II, ob. cit., p. 336; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif des biens*, ob. cit., p. 623; GODFRIN, Phillippe y DEGOFFE, Michel, *Droit Administratif des biens. Domaines, travaux, expropriation*, 9^e édition, Sirey, Éditions Dalloz, Paris, 2009, pp. 241 y sigs.; AUBY, Jean-Marie/ BON, Pierre/ AUBY, Jean-Bernard y TERNEYRE, Philippe, *Droit Administratif des biens*, 5^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 195.

²⁶⁹ HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 755.

pues a pesar de que las ideas de *travaux public* y *ouvrage public* comportan aspectos en común, no siempre están en correspondencia, debido a que pueden existir *travaux publics* que no den lugar a una *ouvrage public*, así como una *ouvrage public* que no provenga de un *travaux public*. Lo que hace que una y otra figuras tengan identidades propias y autonomía categorial desde el punto de vista jurídico.²⁷⁰ Cuestión esta que ha estado ligada al *íter* evolutivo que han seguido esas figuras jurídico-administrativas en su alcance objetivo.

Dentro del área iberoamericana, es posible encontrar autores que han recogido directamente la distinción entre *trabajos públicos* y *obras públicas*.²⁷¹ Lo que puede leerse como la recepción de la influencia francesa al respecto. Sin embargo, y al amparo de las particularidades que acompañan nuestro idioma, la expresión que ha tenido carta de naturaleza en el aparato técnico-jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina) de nuestro ambiente cultural, es la de *obra pública*. La cual ha operado, como recurso lingüístico, en una línea de correspondencia o semejanza a lo que en el Derecho Administrativo francés ha sido la de *travaux publics*. Por lo que, en nuestra área lingüística, la denominación que se ha consagrado para enunciar propiamente a la especie concesional que tiene por objeto una *obra pública*, ha sido la de *concesión de obra pública* y no la de concesión de trabajo público (o trabajos públicos).

²⁷⁰ Ver, entre otros, a: CAPITANT, René, ob. cit., pp. 529 y sigs.; JOSSE, P. L., *Les travaux publics et l'expropriation*, Éditions Sirey, Paris, 1958, p. 32; DE LAUBADÈRE, André y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome II, ob. cit., pp. 356 y sigs.; CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 2, 15^e édition, Éditions Montchrestien, E.J.A., Paris, 2001, pp. 561 y sigs.; PEISER, Gustave, *Droit administratif des biens*, 13^e édition, Mémentos Dalloz, Éditions Dalloz, Paris, 2005, pp. 114 y 115; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif des biens*, ob. cit., pp. 623 y sigs.; GODFRIN, Phillippe y DEGOFTE, Michel, ob. cit., pp. 241 y sigs.; AUBY, Jean-Marie/ BON, Pierre/ AUBY, Jean-Bernard et TERNEYRE, Philippe, ob. cit., pp. 216 y sigs.

²⁷¹ Ver, por ejemplo, a: BULLRICH, Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editor Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, p. 232; RIEFFOLO BESSONE, José F., *Contrato de obra pública*, Librería "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, 1946, pp. 40 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 86 y 87; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 507 y 508, pero hacía la salvedad que con acierto se ha dicho que en nuestro idioma la expresión *trabajos públicos* aparece como sinónimia de *obras públicas*; FANELLI EVANS, Guillermo E., *La Concesión de Obra Pública*, Editorial Ciencias de la Administración S. R. L., Buenos Aires, 1989, p. 13.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1992, p. 21; VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación de Obra Pública*, Editorial Amalio M. Fernández srl, Montevideo, 2011, pp. 27 y sigs.

De tal suerte, la noción de *obra pública* es alcanzada por un doble sentido bajo el que puede enfocarse: el dinámico, activo o de ejecución y el estático, pasivo o de resultado.

Más allá de la constatación de la doble orientación con la que se reviste la noción de *obra pública* y de que existe una conciencia de la autonomía categorial con que puede recubrirse jurídicamente cada uno de esos sentidos, en la relación del uno con el otro, lo cierto es también que ambos sentidos involucran una realidad – la de la *obra pública* - que, en su concreción más típica – aunque no siempre es así, como se ha adelantado ya -, se muestra en una solución de continuidad o en un grado de correspondencia que tributan a la unidad de sustancia de un proceso de actuación del hombre, que el Derecho debe captar tanto al tiempo de ordenarla como de regir su realización. Es decir, que los dos enfoques de la noción de *obra pública* no deben entenderse aislados entre sí, sino que su interconexión – que no es absoluta²⁷² - debe ser tomada en cuenta a los fines de proveer una visión adecuada de la realidad que a través de ella se quiere enunciar; con las consiguientes adecuaciones y relativizaciones derivadas de las necesidades que impone la ordenación y realización jurídicas de la satisfacción de los intereses generales.

A los efectos de la figura concesional, consideramos que la obra pública es la *actividad administrativa de creación, mantenimiento o transformación material o física de un bien inmueble destinado a la satisfacción de intereses públicos*; es decir, una operación de naturaleza administrativa de construcción de infraestructura de interés público.

El panorama jurídico-administrativo no ha estado exento de autores que, en algún momento, han identificado al contrato de obra pública con la concesión de obra pública. Como ilustración de ello podemos reproducir las

²⁷² Un cierto reparo a la operatividad absoluta de esa distinción se anunciaba en las palabras de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (“Las obras públicas”, ob. cit., p. 2448.), en las que precisaba: “Por nuestra parte, no creemos imprescindible atenernos rígida y formalmente, a la distinción apuntada, que supone un corte abrupto de una realidad que se presenta en un bloque, cuya disección es siempre convencional, y no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía, que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso.” Asimismo, Pablo MENÉNDEZ y Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO (ob. cit., p. 43) apreciaban: “Con todo, si bien la distinción de estos dos momentos, el de la ejecución y el del resultado, puede ayudar a comprender mejor la institución, no puede olvidarse que forman parte del mismo concepto, y que dicha distinción «no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso.»”.

palabras del español Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, cuando apuntaba sobre la concesión de obra pública:

“(...) en virtud de la concesión de obras públicas un contratista se obliga a realizarlas a riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, recibiendo, a cambio, la cantidad que se fije por unidad de obra que le abonará la Administración (...)”.²⁷³

A pesar de tales opiniones, queda claro hoy la improcedencia de esa identificación debido a que se reconoce y se acepta que ambas figuras tienen ciertas diferencias. Si bien desde la tesis contractual administrativa de la concesión esas instituciones administrativas pueden presentar otras líneas semejantes, que tal vez sean las más.

El contrato de obra pública se diferencia de la concesión de obra pública en ciertos puntos clave.

Un primer aspecto a destacar es que, de ordinario, la concesión administrativa involucra la explotación de la obra por parte del concesionario, con las implicaciones que en lo económico y en lo funcional conlleva esa explotación, tanto para ese sujeto, como para la Administración Pública y para los miembros de la colectividad. Mientras que el contrato de obra pública no lleva aparejada la explotación de la obra por parte del contratista, su objeto se circunscribe a la realización de la obra.²⁷⁴

²⁷³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, ob. cit., pp. 4 y 219. Relacionadas con esta senda, aunque se expresa de una manera mucho menos nítida, creemos que están las siguientes palabras de Carmelo ABELLÁN (ob. cit., p. 852): “(...) No es «concesión de obra», sino «contrata», cuando se encomienda a un particular la ejecución de una obra pública; (...)”; para él, en ese caso lo que otorga la Administración es una adjudicación; esquivando su calificación como concesión pues para este español su relación con la prestación de un servicio público es lejana.

²⁷⁴ Para algunos escritores, la nota diferencial básica entre ambos institutos es el hecho que el concesionario explota la obra y se remunera con lo que percibe de aquéllos que la utilizan. Así: BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., p. 469; Marcel WALINE señaló sobre la *concession de travaux publics* y el concesionario: “(...) él no es remunerado por un precio: él se pagará mediante los usuarios de la obra que el construirá. Él explotará, en efecto, esta obra durante un cierto tiempo (...)”; WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 473); SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 121. En valoración de José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS: “(...) el criterio del derecho de explotación es el que mejor distingue una concesión de obras de un contrato público de obras. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino

Sin embargo, hemos de anotar con respecto a este elemento diferenciador (y como ya lo destacara Miguel S. MARIENHOFF²⁷⁵), que no es exclusivamente mediante la explotación de la obra - o el cobro de las utilidades por su uso - que puede remunerarse el concesionario, sino que también puede hacerlo por la vía de una *contribución de mejora*, la que no implica propiamente una explotación - o cobro por utilización - de dicha obra. Por lo tanto, esta nota diferenciadora excluye en sí otro supuesto de la concesión de obra pública, que es la que conlleva el cobro de una contribución de mejora.

Un segundo aspecto de distinción con el contrato de obra pública estriba en que en la concesión de obra pública la remuneración no la recibe el concesionario del concedente directamente, sino que lo hace de los beneficiarios inmediatos de la obra, ya porque la utilicen, ya porque obtienen ventajas económicas con su realización; o, en sentido general, de la explotación - entendida esta expresión con alcance amplio y no solo en cuanto utilización - que realice de la obra. Mientras que en el contrato de obra, la remuneración es abonada directamente por la Administración contratante.

En una tercera cuestión, debe verse que en el contrato de obra pública la relación que se establece vincula sólo a los contratantes, surtiendo efectos sólo entre ellos. Mientras que en la concesión el vínculo se extiende, además, a terceros beneficiarios.²⁷⁶

que obtiene éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas. El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de la explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que también deberá soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. En una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario.”; MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *Nuevo régimen de contratación administrativa (Adaptada al Nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, 3^{era} edición, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2003, p. 835.

²⁷⁵ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 530 y 531.

²⁷⁶ Así, por ejemplo, Manuel María DIEZ era de los que reconocía que: “(...) En el contrato de obra pública sólo se crean relaciones entre el Estado y el constructor, mientras que en la concesión de obras públicas se establecen también con el administrado en virtud de la delegación que hace la Administración en el concesionario.”; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 385. Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, refiriéndose al concesionario y al personal empleado en servicios concedidos, opinaba contrariamente y afirmaba que en la concesión de obra

Tomando como punto de referencia la tesis contractual administrativa de la concesión y la extensión de los efectos a los beneficiarios, se ha concluido que la concesión de obra pública es un contrato de obra pública que se singulariza por la forma en que se remunera el concesionario y por las condiciones que rodean esa remuneración.²⁷⁷

En opinión del español Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS:

“(...) La nota que les diferencia del resto de los tipos de contratos de obras, continúa siendo, al igual que en el siglo XIX, la construcción de dichas instalaciones o infraestructuras por un particular, a sus expensas y sin intervención económica (a veces, colaboración parcial) de la Administración, a quien se atribuye su gestión, conservación y mantenimiento, lo que le permitirá al particular resarcirse de su inversión. (...)”.

JIMÉNEZ DE CISNEROS aseveraba en el párrafo siguiente:

“Además del carácter de este contrato, que se trata de conciliar la colaboración privada con la Administración con la obtención del justo beneficio de la actividad económica e industrial, el ordenamiento jurídico ha considerado esta figura con una nota clave: no hay precio cierto o fijado para la retribución del contratista, sino que esta se producirá por la explotación o, en su caso, por el abono de las cantidades a que se hubiere comprometido la Administración.”.²⁷⁸

Otros administrativistas (frente a la fuerza absorbente que hubo de adquirir la idea de servicio público) circunscribieron la noción de concesión de obra pública a aquella concesión de servicio público que requería previamente la realización de una obra con tal naturaleza.

pública la relación jurídica se mantiene exclusivamente entre la Administración y el concesionario. Claro está, esta opinión del español es el resultado lógico de la identificación que hacía entre la concesión de obra pública y el contrato de obra pública; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Resumen...*, ob. cit., p. 360.

²⁷⁷ Sólo con interés ilustrativo: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 530; BEZZI, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, 2^{da} edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, 1982, p. 383; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 601; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., pp. 84 y 85; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Julio Pablo COMADIRA (coordinador, colaborador y actualizador), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, pp. 986 y 987.

²⁷⁸ JIMÉNEZ DE CISNEROS, Francisco Javier, ob. cit., pp. 198 y 199.

Gastón JÈZE concluía al respecto: “Por lo demás, puede suceder y sucede *muy frecuentemente* que al contrato de concesión de servicio público se agregue un contrato de obras públicas (...).”; y escribía a continuación:

“En todos éstos casos, la reunión de los dos actos jurídicos: contrato de obras públicas (construcción o conservación de una obra pública) y contrato de concesión de servicio público, lleva, en la práctica, el nombre de *contrato de concesión de obras públicas*.”²⁷⁹

Los afiliados a esa última noción, entendían que se estaba ante la concesión de obra pública cuando la concesión implicaba la realización de una obra pública y la remuneración se hacía con la explotación de ella, constituyendo dicha explotación un servicio público. En consecuencia, existía aquí una concesión de servicio público que se particulariza por la realización de la obra y su explotación constitutiva de un servicio como vía de remuneración del concesionario. En virtud de tal particularidad adquiriría el calificativo de concesión de *obra pública* o de *trabajos públicos*.

Como se derivará de esos planteamientos, se hacía de la concesión de obra pública una modalidad de la concesión de servicio público. Tal idea fue impulsada especialmente por los postulados de la *Escuela del Servicio Público* y vino a trastocar la más antigua concepción, propia del siglo XIX – donde la idea de servicio público no reinaba aún –, que hacía de la concesión de obra pública la figura básica en la que quedaba comprendida la explotación de la obra convertida en el servicio que a través de ella se brindaba (en la nomenclatura francesa *concession de travaux publics*).²⁸⁰

De aceptarse a plenitud la opinión esbozada, se excluirían de ese supuesto objetivo otras formas de concesión de obra pública donde la remuneración del concesionario no conlleva específicamente la explotación de

²⁷⁹ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 367 y 368.

²⁸⁰ Para A. BATBIE (ob. cit., p. 241): “La palabra concesión es sobre todo empleada en el lenguaje administrativo para designar los actos por los cuales el Estado, el departamento o la comuna convenían con una persona u ordinariamente una compañía que se obliga a ejecutar obras públicas, con la condición de ejercer todos los derechos del concedente y especialmente percibir los peajes a las cuales podría dar lugar la explotación de las obras (...).” Para BERTHÉLEMY: “La concesión de obras públicas es un contrato mediante el cual un empresario se obliga a efectuar o mantener una obra pública mediante el derecho de percibir una remuneración de aquellos que usarán esta obra.”; y esclarecía seguidamente: “La mayoría de nuestras grandes obras públicas han sido ejecutadas por concesionarios: ha sido así en casi todos los ferrocarriles, los tranvías, los canales; a menudo también los mataderos, los puentes, puertos, y, en las ciudades, las canalizaciones para el agua o el gas.”; BERTHÉLEMY, H., ob. cit., p. 615. También ver: MOREAU, Félix, ob. cit., pp. 724 y sigs.

la obra (concretamente la concesión de obra pública con pago a través de una contribución de mejora); o donde sí existe esa circunstancia, pero la naturaleza de la explotación no constituye propiamente un servicio público.

La nota diferencial entre ambos tipos concesionales (de obra pública con explotación ulterior de la misma y de servicio público) gira en torno al objeto y a la finalidad que se persigue en ellas. Si la finalidad objetiva que se persigue con la concesión radica en la realización de la obra pública, será entonces una concesión de obra pública. Por el contrario, si la obra es sólo un medio para desarrollar la prestación del servicio, y este último es el objeto sobre el que recae la relación concesional, estaremos en presencia de una concesión de servicio público. Para el primer caso la obra pública será en sí misma el fin y en el segundo caso un instrumento o presupuesto para poder llegar al fin propuesto.²⁸¹

En resumen: las concesiones mencionadas no son exactamente idénticas, ni una es especialidad de la otra, pues hay concesiones de obra pública que no implican explotación de la misma y existen formas de explotación de la obra que no son constitutivas de un servicio público, técnicamente hablando. Además, como su nombre lo indica, el eje principal es la obra pública en cuestión y no las prestaciones que de ella puedan derivarse. La primera es lo esencial y las segundas giran en torno a ella; mientras que en la concesión de servicios públicos la obra estaría en función de las prestaciones.

Así las cosas, definimos a la concesión de obra pública como la técnica jurídico-administrativa por la cual la Administración Pública le concede a una persona determinada, temporalmente, la realización de una obra pública, remunerándose por la vía de la explotación de la obra o del cobro de una contribución de mejora.

B-) La concesión de servicio público

La concesión de servicios públicos es considerada la especie concesional más importante de esta clasificación. Alrededor de su existencia desde inicios del siglo XX hay una posición unánime de toda la doctrina; las discrepancias que se presentan versan sobre su naturaleza jurídica pero no sobre su presencia. El rol que juega dentro de las concesiones es tan protagónico

²⁸¹ No ha faltado quien se opone a la existencia de la concesión de obra pública como tipo concesional a partir de una posición que sólo concibe a dicha institución teniendo como objeto un servicio público. Por ejemplo: el argentino FIORINI, Bartolomé A., ob. cit., pp. 1071 y 1072. Para Fernando ALBI, el concepto de concesión se reduce a la concesión de servicio público con realización de obra; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 513, 514 y 540.

que, como se dijo en otro momento, se llegó a considerar como el único tipo de concesión y, por tanto, al hablarse de de esta categoría sólo se hacía referencia a ella.

La concesión de servicios públicos se cataloga como un modo indirecto de gestionar o prestar un servicio público por parte de la Administración Pública, quien se vale de un concesionario para ello, pero sin dejar de tener el servicio su carácter público porque, aunque quien lo realiza directamente no es la Administración Pública, ella no pierde la titularidad del mismo y se mantiene vinculada a su prestación a través de sus potestades de intervención en la ejecución del servicio.

Definimos a la concesión administrativa de servicio público como la técnica jurídico-administrativa por la cual la Administración Pública le concede temporalmente a una persona determinada la prestación de un servicio público.

Esa definición nos permite apreciar que el objeto de la concesión recaerá sobre un *servicio público*; un tipo de actividad administrativa de naturaleza prestacional, publicitada, que tiende directamente (por utilidad singular o universal) a la satisfacción de necesidades generales.

La noción conceptual del servicio público, solamente, ha suscitado un amplio volumen de bibliografía. El debate doctrinal sobre la definición de *servicio público* ha sido tan policromático como llega a serlo el espectro material de actividades que puede abarcar su contenido. Debido a la falta de unidad y de homogeneidad de criterio en cuanto a cuál es, o cuál debe ser, la noción jurídica de *servicio público*, existe un panorama que – desde una visión perspectiva global - se caracteriza por una diversidad apreciable de definiciones sobre esa categoría jurídica, que llevan – en mayor o menor medida – la impronta personal o subjetiva de quienes la plantean – resultado, sin dudas, del modo particular en que interpreta y aprehende la realidad objetiva que se quiere sintetizar de forma abstracta por esa vía -. Esa diversidad de propuestas y de puntos de vistas ha sido advertida por la doctrina más perspicaz, incluso desde fechas que nos parecen tempranas,²⁸²

²⁸² Así, por ejemplo, en uno de sus trabajos, en este caso que data de 1954, Marcel WALINE observaba: “¿Qué es, en fin, el servicio público? Los autores han buscado su definición y, naturalmente, cada uno ha propuesto la suya. Cada autor tiene su propia teoría, (...)”;

WALINE, Marcel, “La noción de servicio público”, en la Revista jurídica argentina *La Ley*, Tomo 75, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1954, p. 945. También, en una conocida expresión, el italiano Renato ALESSI había destacado que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del tema; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 364.

si consideramos las dimensiones que ha tomado el estado científico de la cuestión, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX.

Realmente, el tratamiento teórico que se le ha dado a la noción jurídica de *servicio público* ha estado signado por una constante: *la diversidad*. Diversidad en el sentido que se le otorga al uso de dicha denominación; diversidad al tiempo de proponer los elementos básicos sobre los cuales asentar la idea de qué es *servicio público*; diversidad de propuestas conceptuales sobre la categoría jurídica *servicio público*; diversidad de puntos de partida para sostener o no su utilidad como noción jurídica; diversidad objetiva en cuanto a las actividades en específico que pueden ser constitutivas de *servicios públicos*; diversidad ideológica que marca los puntos de vista sobre el respaldo o no a la permanencia del *servicio público* como fenómeno jurídico en los marcos de una realidad social determinada.

La teoría del servicio público adquirió tal importancia, que a inicios del siglo XX una parte de lo más avanzado del pensamiento administrativista francés, principalmente, la colocó como núcleo del Derecho Administrativo (y del Derecho Público incluso); surgiendo así la llamada *Escuela del Servicio Público*.

Según el más relevante de sus precursores, León DUGUIT:

“(...) El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido (...)”.

Para así concluir:

“El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos (...)”.²⁸³

Esa teoría fue acogida con beneplácito fuera de Francia y llegó a reinar como concepción del Derecho Administrativo en un apreciable y autorizado sector científico.²⁸⁴ Sin embargo, se desmoronó luego que tomara amplitud el planteamiento de que en el ámbito objetivo que regula la rama administrativa hay otras circunstancias que no son conformadoras ni se relacionan

²⁸³ DUGUIT, León, *Las transformaciones...*, ob. cit., pp. 106 y 107.

²⁸⁴ Otro grande de la *Escuela del Servicio Público*, Gastón JÈZE, inició su monumental obra *Principios...*, Tomo I, ob. cit., p. 1, afirmando: “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos (...)”.

propiamente con los servicios públicos; declinó a tenor de que se demostró que el Derecho Administrativo es el regulador de cuestiones que son algo más que servicios públicos. A pesar de ello, la *Escuela de Burdeos*, con sus postulados, le dio un enorme impulso a los estudios sobre los referidos servicios y, conjuntamente, a la concesión que los tiene como objeto.

La *Escuela del Servicio Público* propició una concepción amplia de la definición de ese servicio y hoy, en contraposición con ella, se trata de dar un concepto más restringido que no ha estado exento de matices y variaciones, según el autor que lo aborde. Lo que ha propiciado que la noción de servicio público se mantenga hasta hoy dentro del Derecho Administrativo como una de las definiciones sobre las que no se ha logrado establecer una imagen nítida de la misma, sino que sigue envuelta en una especie de bruma que no permite su exacta y precisa delimitación.

C-) La concesión de dominio público

El dominio público, o los bienes de dominio público, es una categoría que se compone de aquellos bienes cuyo titular es un ente público y están sometidos a un régimen de propiedad administrativa, o de Derecho Público, por estar afectados a la satisfacción del interés general.

En los estudios doctrinales, de ordinario se establece una división de esos bienes en: afectados al uso común y a la prestación de un servicio público. Señalándose además que están revestidos de los caracteres de la imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad, inexpropiabilidad y la no gravación.

Según resulta sabido, los bienes de dominio público están afectados a la satisfacción de un interés colectivo y pueden estar destinados a la utilización por la colectividad o a una actividad servicial. Sin embargo, los bienes de uso común pueden ser objeto de un uso privativo por una persona, lo que implica una utilización anormal de los mismos, pues su forma normal es la utilización general. En virtud del derecho de propiedad administrativa que ostenta la Administración Pública sobre esos bienes, puede sustraerse del uso general un determinado bien y otorgarse un derecho especial de utilización privativa sobre el mismo, sin que se afecte el interés general; y una de las vías por las que puede realizarse esa operación es la concesión de uso de un bien de dominio público. Ese uso individual trae aparejado una limitación en el orden de la utilización del bien por parte del resto de los miembros de la comunidad.

Por lo tanto, podemos definir este tipo de concesión como la técnica jurídico-administrativa por la cual la Administración Pública le concede a

una persona determinada, de forma temporal, la utilización o explotación individual, exclusiva o privativa, de un bien de dominio público.

Con independencia de que el tratamiento doctrinal de las concesiones *demaniales* no ha estado exento de aquellos que, de un modo u otro, no las han considerado propiamente como especies de las concesiones administrativas²⁸⁵, hay que reconocer que no es hoy una opinión de peso y, por el contrario, ya desde los albores del siglo XIX se entendía que las concesiones de explotación del dominio público son una especie del género concesión administrativa (recuérdese que incluso en los inicios fueron la figura concesional característica). Son verdaderas concesiones administrativas particularizadas por el objeto sobre el que recaen y, por lo tanto, huelga decir que comparten las líneas esenciales y generales de esa institución jurídica-administrativa, genéricamente considerada.

Desde nuestro punto de vista, la situación más interesante que se ha suscitado alrededor de las concesiones *demaniales* no es el planteamiento de si constituyen o no una especie concesional, pues nos parece que esa es ya una cuestión zanjada actualmente por los propios estudiosos (al igual que todas las concesiones ellas se otorgan en interés público e implican transferencia de actividad propia de la Administración Pública – la explotación del bien público le corresponde originariamente a ese ente administrativo por el derecho de propiedad administrativa que ostenta sobre él – a favor del concesionario), sino es el planteamiento de su naturaleza jurídica en relación con la institución concesional en general.

En efecto, ciertos autores, fallos y legislaciones que acogieron o acogen la naturaleza jurídica de la concesión administrativa de obra pública y de servicio público como contrato administrativo, se distancian de esta afirmación en el caso de la concesión demanial y sostienen que la misma es un acto administrativo. En consecuencia, asumen una dualidad de naturaleza jurídica para el instituto de la concesión según sea el supuesto objetivo sobre el que recaer. A raíz de esa realidad se planteó el debate, entre los científicos que acogen a las concesiones de obras y servicios públicos como contratos administrativos, sobre si la concesión de explotación de bienes públicos es un contrato o un acto administrativo (resolviéndose en buena parte de los

²⁸⁵ Por ejemplo, ver cómo discurrían: FÁBREGAS DEL PILAR Y DÍAS DE CEBALLOS, José María, ob. cit., pp. 50 y 51; ALBI, Fernando, *Derecho Administrativo Comparado del Mundo Hispánico*, Aguilar, Madrid, 1955, pp. 158 y 159; más concluyente se mostraba el propio Fernando ALBI en *Tratado...*, ob. cit., pp. 502 y sigs., ABELLÁN, Carmelo, ob. cit., pp. 852 y 853.

estudios a favor de la idea contractual allí donde los otros tipos concesionales son también contratos administrativos).

Para nosotros, un ejemplo paradigmático de los autores que recogen la naturaleza contractual administrativa de las concesiones de obra y servicio públicos y le niegan ese carácter a las de dominio público, asignándole una fisonomía de acto unilateral, es el francés Gastón JÈZE. Veamos sus palabras sobre las concesiones de ocupación del dominio público:

“No se trata de *acuerdos de voluntades*; estas concesiones no tienen por finalidad el funcionamiento de un *servicio público*. Las otorga *unilateralmente* la Administración, a solicitud y a favor de un *empresario privado*; además, no *crean* una situación jurídica *individual*. La Administración examina unilateralmente y decide *libremente* el género de ocupación anormal que es compatible con el funcionamiento regular del servicio público de vialidad. Pero no se compromete a mantener estas ocupaciones anormales. La competencia de policía no puede quedar obligada por un contrato. No *hay contrato*; hay *acto unilateral* de gestión del dominio público. Trátase, por lo demás, de una operación *administrativa* regida por el *derecho público* y cuyo *contencioso* es, por naturaleza, administrativo.”²⁸⁶

En relación con este tema de la naturaleza jurídica de las concesiones demaniales, pensamos que resulta una inconsecuencia sostener una posición esencialmente diferente a la de los supuestos de obra pública y servicio público; con independencia que la voluntad del legislador las pueda calificar, al hilo de una normativa en específico, en un sentido formal u otro. No hablamos aquí de forma según las configuraciones positivas que se establezcan, sino de fondo.

Según tenemos asumido, la concesión demanial es una particularización por el objeto del género concesión administrativa, por lo que necesariamente, y como especie al fin, debe compartir las líneas básicas de la institución genérica y una de esas líneas esenciales y definitorias es, por supuesto, la de la naturaleza jurídica. La concesión de bienes públicos conlleva las mismas implicaciones generales (grado de posibles matices y de implementación a

²⁸⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, ob. cit., Tomo III. pp. 515 y 516. Sobre las concesiones de minas JÈZE (p. 520) concluía: “No se trata, pues, de un contrato administrativo, sino de un acto administrativo unilateral, para cuya interpretación será preciso *exclusivamente* la voluntad de la Administración concedente y las leyes orgánicas sobre concesión y explotación de minas.”

un lado) que los otros tipos concesionales: el otorgamiento en interés público, la transferencia de facultades de la Administración al concesionario, el ensanchamiento de la esfera subjetiva de este último, el fin lucrativo del concesionario, la reserva de poderes unilaterales de la Administración y otras; aunque también tiene, como es lógico pensar, sus especificidades, signadas por el ámbito objetivo sobre el que recaen, que le diferencian de las otras figuras concesionales. Pero esas especificidades diferenciadoras no hacen de ella un tipo totalmente distinto de los otros (cuestión esta última que para nosotros se dibujaría si se asume con una naturaleza jurídica distinta a la de las demás especies de concesiones). Por ese motivo, la configuración de la fisonomía esencial de la concesión demanial no debe estar divorciada de sus similares y del género en que ella se inserta.

D-) Las división en concesiones mixtas y concesiones puras

Hasta aquí, hemos enunciado la trinidad de tipos de concesión que pueden delinearse según el objeto de la misma. Trilogía cuyos componentes gozan – opiniones a un lado – del aval que les aporta la consagración doctrinal, jurisprudencial y normativa, como los supuestos – también hacemos a un lado las discusiones que se han dado sobre la aceptación o no de alguno de ellos – característicos de esa clasificación.

Pero, es de advertir - como ya se ha encargado de observar la doctrina - que, en un mismo supuesto de hecho, puede darse la combinación de dos o de los tres elementos objetivos apuntados (la obra, el servicio o el bien). Lo que delinea una figura más policromática en su componente objetivo que se ha denominado – desde tiempo atrás - como: *concesión mixta*,²⁸⁷ nomenclatura (hay quien se refiere a ellas con la denominación de *concesiones complejas*²⁸⁸) que viene a contrastar con el calificativo de *concesión pura*,²⁸⁹

²⁸⁷ Por ejemplo: VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, ob. cit., p. 37, sobre las *concesiones mixtas*; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “La concesión de servicios públicos y la concesión de obras públicas”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 113, 1999, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 73 y 74, y “Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas”, en ARAUJO JUÁREZ, José (Coordinador), *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas, 1999, pp. 253 y 254, sobre la *concesión mixta*; HOEPFFNER, Hélène, *Droit des contrats administratifs*, Éditions Dalloz, Paris, 2016, pp. 170 y 171.

²⁸⁸ Vid.: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre, *Direito dos serviços públicos*, 3ª edição, Revista e atualizada, Editora forense LTDA, Rio de Janeiro, 2013, pp. 546 y 547.

²⁸⁹ V. gr.: WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, 8^e éditions, Éditions Sirey, Paris, 1959, pp. 534 y 534, en las que se refería a la *concession de travaux publics pure*; SARMIENTO GARCÍA,

que suele también darse para indicar los casos en que no se configura esa situación híbrida o de combinación de elementos, desde el punto de vista del objeto sobre el que ha de recaer la relación concesional.²⁹⁰ Para este último supuesto hay quien también ha utilizado la denominación de *concesiones simples*;²⁹¹ y no ha faltado quien utilice la expresión *concesión pura* en un sentido algo más diverso a este que es el más usual.²⁹²

Jorge, *Concesión...*, ob. cit., pp. 90 y sigs., sobre las *concesiones de servicios "puras"*.

²⁹⁰ Hacen alusión directa a las *concesiones mixtas y puras* entre otros, por ejemplo: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "En torno a la Ley de Autopistas de Peaje", en *Revista de Administración Pública*, No. 68, 1972, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 331; LÓPEZ PELLICER, José A., "La concesión administrativa en general", ob. cit., p. 27; el propio LÓPEZ PELLICER, hablaba en otra ocasión de concesión *simple* y de concesión *conjunta* o *mixta*, LÓPEZ PELLICER, José A., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Volumen II (1), *Actividades Administrativas: Policía, Fomento, Servicios y Obras Públicas*, 2ª edición, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2004, p. 183.

²⁹¹ *Vid.*, por ejemplo: CARVALHO FILHO, José dos Santos, ob. cit., p. 388.

²⁹² En un sentido diverso al que se emplea aquí la idea de *concesión pura*, puede encontrarse otra referencia a esa noción en la distinción que acogiera José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, "Aspectos de la Administración económica", en *Revista de Administración Pública*, Año IV, No. 12, Septiembre-Diciembre, 1953, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 51 y sigs; y que Fernando ALBI (*Tratado...*, ob. cit., p. 513) identificara como reproducción del pensamiento del italiano Guido ZANOBINI, el cual llegaba a distinguir a las concesiones (de servicios, básicamente) en *concesiones piene* – de construcción y ejercicio – y de sólo *esercizio*. En las palabras de GARCÍA-TREVIJANO FOS ("Aspectos...", ob. cit., pp. 51 y 52) cuando la Administración concede la construcción de la obra y la formación de la empresa, y su ejercicio, estamos ante una *concesión pura* de obras y servicios o de servicio solamente. Mientras que en la *concesión de ejercicio* la Administración crea la empresa o construye la obra, y concede el ejercicio; en ella la Administración ha integrado la empresa, no importa si directa o indirectamente mediante contratos, ya que esto es un momento no relevante frente al servicio, y después, en lugar de explotar directamente, o acudir a la concesión pura obligando al concesionario a adquirir dicha empresa, concede el ejercicio simplemente. Para ese maestro español, la *concesión de ejercicio* supone una atenuación de la *concesión pura*. En esta nueva forma, el concesionario se encuentra frente a una "empresa" ya creada y solamente debe hacerla funcionar. El concesionario soporta las pérdidas y gastos. Suele utilizarse cuando termina una concesión por caducidad, reversión, rescate, etc., pasando las instalaciones al concedente, quien no cree oportuno ni gestionar directamente, adoptando alguna forma de las que más adelante se estudian, ni renovar la concesión pura, haciéndole al concesionario una nueva (en el caso de reversión, puede ser el mismo concesionario el que adopte la nueva forma; si se trata de revocación y rescate, la renovación de la concesión pura podría dar lugar al exceso de poder frente al primitivo concesionario). Sobre esta división, también de GARCÍA-TREVIJANO FOS, "Plan de transportes de Madrid", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Año XV, No. 88, Julio-Agosto, 1956, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 590. La llamada *concesión de ejercicio* que refería José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, se asemeja a lo que en el Derecho francés es la figura de *l'affermage*, la cual ha llegado a ser considerada

En el interior de esa especie de concesión mixta, se da la coexistencia de más de uno – incluso de todos –, de los objetos de concesión enunciados (el bien, la obra y el servicio públicos). Pero, entre ellos, por la naturaleza de los mismos y por el carácter funcionalmente más complejo que entrañan la obra y el servicio públicos, puede evaluarse un orden de gradación cualitativa, en el que el marco objetivo que despliega la dinámica más compleja subsume en sí al de menor grado, ante el carácter instrumental que este último adquiere en relación con aquél; determinando, de ese modo, el régimen jurídico a aplicar para regular la constitución y desenvolvimiento del vínculo concesional.

De ahí que esa situación de mixtura de la concesión sea apreciable sobre todo en las concesiones de obra pública y de servicio público; y que este segundo supuesto constituya, en su alcance, el más abarcador de los tres, lo que implica que su régimen jurídico es el que atrae o subsume la regulación del nexo jurídico-administrativo en cuestión.

E-) A propósito de la llamada «concesión industrial»

A pesar de los casos establecidos como especies de la concesión administrativa atendiendo al objeto de ella, la topografía en este orden no ha estado exenta de intentos por revelar o construir – por supuesto que en el marco, y sobre la base, de un ordenamiento jurídico-administrativo determinado – alguna otra especie objetiva de *concesión administrativa*, diferente y paralela a las enunciadas anteriormente. Es de anotar que esa acción de ensanchamiento objetivo puede constatarse, no ya dentro de la concepción más amplia de la concesión administrativa, sino dentro de la noción estricta de esa institución, referente al otorgamiento por ese medio de un sector del funcionamiento administrativo.

Sin embargo, a nuestros ojos, el saldo final de esos intentos – para nada improvisados y carentes de sentido en el contexto al que pertenecen –, ha resultado, a la larga, discutible, pues las soluciones en que se concretan pueden reconducirse hacia el interior de los arquetipos ordinarios de concesión (concesiones de obra, servicio o bien públicos), al encuadrar dentro de los marcos de configuración de uno de esos casos; o, pueden redirigirse hacia otra figura jurídico-administrativa al ajustarse, propiamente, a los moldes técnicos de ésta y no a los de un supuesto de la categoría concesional.

como un tipo particular y relativizado de concesión de servicios públicos. Sobre la figura de *l'uffermage* en el Derecho Administrativo francés existe numerosas referencias en obras generales y específicas.

Quizás, el ejemplo fehaciente de lo expresado al final del acápite precedente es el de la llamada *concesión industrial*. A la que creemos oportuno y provechoso dedicarle unas líneas, compulsados por la situación particular que ha presentado su planteamiento y el debate sobre su sostenimiento dentro del terreno particular del Derecho Administrativo, en algún ordenamiento jurídico más que en otros.

Es necesario dejar señalado previamente que el planteamiento y proyección de una posible *concesión industrial* hacia el interior del universo tipológico de las concesiones administrativas, no constituye patrimonio exclusivo de un ordenamiento en particular, pues desde la primera mitad del siglo XX hay trazos de la misma en espacios como el francés,²⁹³ en el área alemana y austríaca,²⁹⁴ y en la italiana – a la luz de los cambios que estaban incidiendo sobre la configuración de las categorías del Derecho Administrativo en el primer período de ese siglo XX. Aunque, una mención especial merece el caso español, por la visibilidad que este tema adquirió en él. Además, por influencia sobre todo de la ciencia jurídica administrativa francesa, la *concesión industrial* hubo de asomar también en algún que otro sector del pensamiento *iuspúblico* latinoamericano más antiguo de la pasada centuria,²⁹⁵ y luego por la influencia del *iusadministrativismo* español.

²⁹³ Fernando ALBI (*Tratado...*, ob. cit., p. 506) señalaba que la doctrina española que se pronunciaba por las *concesiones industriales* (en lo que mencionaba a VILLAR PALASÍ) seguía en eso a los “franceses modernos”, y en la nota 26 de la p. 506 apuntaba a Pierre LAROQUE (ob. cit., pp. 10 y sigs.) como uno de los que hablaba de esas *concesiones industriales*. Pero, lo cierto es que LAROQUE no utilizaba exactamente ese recurso nominativo, sino que se circunscribía a la posibilidad de otorgar en *concesión* a los *servicios industriales o comerciales*. Más allá de ese dato incidental, el propio VILLAR PALASÍ (voz “Concesiones Administrativas”, ob. cit., p. 696) sí daba cuenta directa sobre la idea de *concesión industrial* dentro del Derecho francés, cuando comentaba: “(...) En efecto, el Derecho administrativo francés, *ad exemplum*, se ha construido sobre el cimiento ciertamente sólido del servicio público, alrededor del cual se edifica y analiza la idea concesional. (...). Con el surgimiento del nuevo concepto de concesión industrial, se ha creado a su vez, en la sistemática francesa, una escisión del concepto, antes unitario, de la concesión de servicios públicos.”

²⁹⁴ Por ejemplo, en la obra de Ludwing SPIEGEL (ob. cit., pp 217 y sigs) se hacía todo un análisis crítico a partir de las ideas de SEYDEL y MAYER, en la que se involucra directamente la cuestión de la *concesión industrial* como vía por la que se autorizaba el ejercicio de una industria. Por su parte Adolfo MERKL (ob. cit., p. 233) mencionaba entre los *actos creadores de derechos* a la concesión industrial, mediante la cual se otorga el derecho a ejercer determinada industria en determinadas condiciones.

²⁹⁵ Como botón de muestra, acudimos a las reflexiones del colombiano Carlos H. PAREJA, en las que consignaba: “(...) Si el acto de concesión versa sobre una actividad, monopolizada o no, del Estado, que no entra en la categoría de las actividades que constituyen servicios

Importante es destacar, en referencia el Derecho hispano que a la altura de los inicios de la década de 1950, el entonces letrado del Consejo de Estado de España, y luego catedrático de Derecho Administrativo, José Luis VILLAR PALASÍ, en uno de sus artículos – hoy clásicos - aparecidos en la imprescindible *Revista de Administración Pública*,²⁹⁶ propuso incluir la configuración y consideración - frente a lo que él denominaba la dicotomía que conformaban las *concesiones de dominio público y de servicio público* - de un tercer tipo de concesión atendiendo al objeto concedido: la *concesión industrial*.²⁹⁷

De esta forma, se pretendió echar a andar dentro del Derecho Administrativo español un cuarto tipo de concesión administrativa – para VILLAR PALASÍ una tercera: *la concesión industrial* -, para justificar jurídicamente el título por el que se habilitaba a los particulares a intervenir en el ejercicio de actividades de naturaleza industrial o económica que estaban comprendidas dentro del ámbito funcional del Estado, y que no eran propiamente constitutivas de la gestión de servicios públicos, ni de realización de una obra pública, ni de aprovechamiento de bienes públicos. Se erige, así, el intento por moldear, dentro de España, los fundamentos del régimen jurídico de un nuevo tipo concesional según el objeto, cuyo impulso y anclaje será esencialmente doctrinal.

públicos, ocurrirá el fenómeno que en Colombia se ha distinguido con el nombre de **privilegio** o se tratará de lo que impropiaemente se llama una **concesión industrial**; en ninguno de estos casos hay concesión de servicio público, pues lo que a ésta distingue es precisamente su objeto, y éste no puede ser sino un servicio público.” (El resaltado en negritas es del original). PAREJA, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, Volumen I, 2^{da} edición refundida y muy aumentada, Editorial El Escolar, Bogotá, 1939, p. 430.

²⁹⁶ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Vol. I, No. 3, Septiembre-Diciembre, 1950, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 53 y sigs. Este trabajo fue reproducido posteriormente en NIETO, Alejandro (Selección), *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública en ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, pp. 100 y sigs. Las citas que en este trabajo haremos de este artículo, las referiremos por su publicación original en la *Revista de Administración Pública*.

²⁹⁷ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., pp. 66 y 67 sigs. En igual sentido, de VILLAR PALASÍ, entre otras obras suyas donde se incluye esta cuestión, ver: “Concesiones administrativas”, ob. cit., pp. 691 y sigs.; *Administración y planificación*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, págs. 160 y sigs.; “L'intervention de l'Administration publique dans l'ordre économique”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vingt-deuxième année, 1956, No. 2, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles, pp. 149 y 150.

Para apreciar en su justa dimensión esta propuesta de VILLAR PALASÍ, debe tomarse en cuenta la concurrencia, en su apoyo, de ciertos aspectos fácticos y conceptuales. No debe perderse de vista que la misma se realiza en un momento donde el Estado iba adquiriendo un papel protagónico como agente económico en su intervención dentro de la actividad económica e industrial; y que asumía, con una marcada intervención pública – pero sin sustracción formal del tráfico jurídico privado –, actividades de esa naturaleza con importante trascendencia en la satisfacción de intereses públicos, que, en sus características, no respondían a los moldes más precisos de las entonces operantes ideas de servicio público, obra pública y dominio público. Se daba, en ese tiempo, la operatividad de una Administración Pública de corte interventor, que asumía de forma creciente, dentro del contenido de su funcionamiento administrativo, actividades de índole puramente económica o industrial.

Frente a esa realidad, se puso en tela de juicio – en un movimiento que con sus distintas peculiaridades se manifestó en varios ordenamientos - la suficiencia del aparato de categorías jurídico-administrativas que hasta ese momento venía operando, para dar cabida y resolver jurídicamente las nuevas particularidades que imponía el desenvolvimiento de la actividad administrativa, y que gravitaban en torno a la más clásica división de esa actividad en: *policía, servicio público y fomento*.²⁹⁸

Veamos como lo explica – ¿quién mejor? - el propio VILLAR PALASÍ, al enseñar:

“Con la aparición de la actividad administrativa en el campo económico toda la clásica estructura categorial queda insuficiente. Junto a la policía, fomento y servicio público es preciso introducir y añadir un nuevo concepto: la noción de gestión económica. Las prestaciones de la Administración, en efecto, divergen en prestaciones efectuadas *uti singuli* o *uti universi* y a su vez aquéllas en prestaciones de servicio (servicio público) y prestaciones de bienes (gestión económica). Se trata en el ámbito de la gestión económica de una dación al mercado y no de la prestación de un servicio a los administrados.”²⁹⁹

²⁹⁸ Acuñada para España por: JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Volumen XXVIII, Año IX, No. 48, noviembre-diciembre, 1949, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 41 y sigs.

²⁹⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., pp. 60 y 61. Más adelante (p. 62), este autor acotaba: “Este nuevo concepto, nuevo por lo relativamente reciente de

Como se podrá avizorar, la noción que despliega José Luis VILLAR PALASÍ en relación con la *actividad de gestión económica o industrial* de la Administración Pública como forma de la *actividad administrativa*, y la subversión por esa vía de la tripartición clásica de las formas de esta última, estarán en la base de condicionamiento conceptual de sus planteamientos sobre la *concesión industrial*.³⁰⁰

Específicamente sobre la institución concesional, exponía ese profesor español:

“Por modo contrario a la idea de servicio público, el concepto de concesión de servicios precisa un replanteo de su problemática en

la actuación directa de la Administración en la producción, supone no sólo la creación de un nuevo módulo discriminador y encuadrador de lo administrativo, sino la necesidad imperiosa de tamizar los antiguos conceptos y ajustarlos a la nueva realidad de hecho. Esto implica, no sólo un resquebrajamiento del edificio tradicional del Derecho Administrativo, sino que trasciende este ámbito y entra en el campo financiero del Estado, ya que junto a la actividad material, el empresariado administrativo supone un trastrueque del clásico Estado financiado exclusivamente a través de impuestos hacia el Estado empresario. (...)”. Ese español (p. 62) también diría: “El carácter incompleto del servicio público y su obvia inadecuación para comprender el nuevo fenómeno, se manifiesta en la estructura general de la Administración, alcanzando a las instituciones administrativas tradicionales basadas en esencia sobre el principio general informador del servicio público. (...)”; y en el párrafo siguiente (p. 63) argumentaba: “Este fecundo principio ha quedado empero desbordado por la actual expansión de la actividad administrativa. En su sentido originario el concepto de servicio público sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes. No puede por ello comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales, planteándose en consecuencia el dilema de, o bien extender – degenerándolo – el concepto de servicio público, con lo cual podría intentarse dejar incólume el basamento del Derecho Administrativo tradicional, o bien replantear los conceptos, en busca ya de categoría superior, ya de categoría distinta pareja a la tradicional. (...)”. Esa idea de catalogación de la *actividad económica* dentro de las formas de la actuación administrativa, en el caso específico de España, tuvo apoyo por otras figuras importantes del Derecho Administrativo de ese país, como es el caso del entonces también letrado del Consejo de Estado español, e igualmente después catedrático de Derecho Administrativo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, en su trabajo – del mismo modo uno de los que ha devenido clásicos – “La actividad industrial y mercantil de los Municipios”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, No. 17, Mayo-Agosto, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 118 y sigs.

³⁰⁰ Observación que no resulta para nada novedosa dentro de la doctrina española. Así, por ejemplo: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, *Parte General*, 14^a edición con la colaboración de Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2005, p. 578; y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 604 y 605.

sentido extensivo. Y ello es lógico, porque en definitiva no siendo la concesión otra cosa que una transferencia al particular de funciones y poderes de la Administración, al ampliarse el ámbito de estas funciones atribuidas al Estado es congruente que se amplíe correlativamente, al menos en potencia la idea concesional.”³⁰¹

Asimismo aseveraba:

“Esta idea de servicio concedido respondía a una especificación de un concepto superior genérico, la de concesión, escindida luego en las dos formas de concesión demanial – versando sobre dominio público – y concesión de servicio público – sobre servicio público -. Frente a esta dicotomía, que ya de suyo acusa debilidad en muchos casos, surgen al socaire de la expansión actuante de la Administración pública nuevas formas de concesión, que no son de servicio público, toda vez que no suponen prestación de servicio frente al público, ni recaen, por otra parte, sobre dominio público, con lo cual se excluye también su calificación como concesión demanial.”³⁰²

En el párrafo que sigue precisaba:

“Supuestos de este *tertium genus* en la clasificación clásica concesional existen abundantemente – aquí VILLAR PALASÍ ejemplificaba en nota al pie de la página con las concesiones de cultivo de semilla de remolacha azucarera; de cultivo de tabaco; de zonas algodoneras; de cultivo de arroz en zonas pantanosas; de explotación de algas en el litoral español; de cotos arroceros en deltas y zonas bajas de los ríos; de cultivo de lúpulo; de pesquería de ballenas en aguas no territoriales; de pesca de bacalao; otras diversas de cultivo; de explotaciones industriales como la fabricación de penicilina; etc. -. Se dan en ellos la gestión colaboradora del particular respecto a una esfera de actuación administrativa, están delimitadas por un término, se vinculan al cumplimiento de condiciones cuya inejecución motiva la caducidad y se adjudican mediante concurso público; en la mayor parte de los casos se configuran como verdaderos monopolios. Incluso nominalmente se califican en el texto legal como «concesiones».”³⁰³

³⁰¹ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., pp. 65 y 66.

³⁰² VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., p. 66.

³⁰³ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., pp. 66 y 67. En un trabajo posterior, VILLAR PALASÍ (“L'intervention...”, ob. cit., p. 150) argumentaba sobre la

Para finalmente decir:

“La inadecuación de los esquemas clásicos entorno al concepto de concesión administrativa se muestra también en este nuevo ámbito, para el que no cabe aplicar ni una ni otra fórmula de clasificación, siendo obligado para ello la inclusión de una tercera clase de concesión: la concesión industrial.”³⁰⁴

Como acuñara en otro lugar el mencionado maestro español, en lo que se vislumbra un elemento de la mecánica de fundamentación de su posición:

“(...) La función social que la propiedad supone en cuanto a los intereses de la nación, implica, por otra parte, que el carácter de las llamadas “autorizaciones” de apertura de industria se acerque cada vez más a la idea concesional. Por ello se dice (Ley de 24 de noviembre 1930, art. 5º, h), que “la prestación de servicios públicos, a base de instalaciones *industriales* establecidas o por establecer, necesita expresa *concesión administrativa* para ello, en la que se fijarán las condiciones técnicas, modalidades, garantías del servicio, tarifas y sanciones aplicables. Dado que “la industria, como instrumento de producción, se considera parte integrante del patrimonio nacional, y subordinada al interés supremo de la nación” (Ley de 24 de noviembre 1938, art. 1º), es lógico que la explotación de una industria por el particular se pueda configurar como traslación del patrimonio y de la función del Estado, cayendo por ende en el tipo legal de la concesión administrativa. (...)”³⁰⁵

configuración de estos supuestos como concesiones industriales: “(...) No se trata de una simple autorización industrial puesto que ella es acordada por concurso – en un número limitado, mediante depósito de una garantía para asegurar el cumplimiento efectivo y que es sometida a un control administrativo en todos los puntos igual a aquel de la concesión. De otro lado, no se trata de una simple autorización industrial, pues ningún derecho se establece y no se modifica ningún límite para el ejercicio de un derecho privado anterior, pero, al contrario, se crea una serie de derechos y al mismo tiempo de obligaciones, cuyo control es supervisado por la Administración durante el tiempo de la concesión.”

³⁰⁴ VILLAR PALASÍ, José Luis, “La actividad industrial...”, ob. cit., p. 67.

³⁰⁵ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 694. En una cuerda semejante, pero desde un acorde diferente, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ recordaba sobre la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939, en España: “La ley no habla en ningún momento de autorizaciones para calificar la intervención administrativa en la instalación de nuevas industrias; por el contrario, en el apartado b) del artículo 4º afirma que «el Ministerio de Industria y Comercio otorgará *concesiones* necesarias para las instalaciones industriales definidas en el artículo 2º», es decir, para todas las industrias a las que se refiere la Ley. Si a esta terminología se une la

El intento que realizara VILLAR PALASÍ en cuanto a la inclusión de este tipo (*la concesión industrial*) dentro del cuadro de especies de concesión según el objeto, tuvo después cierta recepción dentro de una parte de la doctrina y la jurisprudencia de su país.³⁰⁶

declaración contenida en el artículo 1º - la industria como parte integrante del Patrimonio Nacional - y el condicionamiento establecido en los artículos 4º y 8º, antes aludido, fácilmente se convendrá que no es simplemente un grosero error técnico la calificación concesional, sino que ésta responde a más profundas razones que encuentran, por lo demás, completa explicación en el bagaje ideológico vigente en el momento en que la Ley fue promulgada.” FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Inscripciones y autorizaciones industriales”, en *Revista de Administración Pública*, No. 52, Enero-Abril, 1969, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 426.

³⁰⁶ Uno de los autores que enseguida recogió la mención de este tipo concesional fue GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial...”, ob. cit., p. 118. También, Mariano BAEÑA DEL ALCÁZAR, en *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1966, pp. 266 y sigs., fue de los que siguió, con sus matices, este camino propuesto por VILLAR PALASÍ. Otros ejemplos de autores españoles que han mencionado a la *concesión industrial* dentro de las especies de concesión, sin pretender agotar la referencia, han sido: QUEVEDO VEGA, Florentino, *Derecho español de minas. Tratado teórico práctico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 40 y 41; GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “En torno...”, ob. cit., p. 331; CANO TELLO, Celestino A., ob. cit., p. 37; MARTÍN MATEO, Ramón y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho Administrativo Económico*, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1974, p. 136; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., p. 22; SERRANO DE TRIANA, Adolfo, “Unidad didáctica III. Tema XVIII. La intervención administrativa”, en AA.VV., *Derecho Administrativo Económico. Unidades didácticas I, II y III*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad a Distancia, Madrid, 1980, p. 407; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, “Las comunicaciones marítimas nacionales: calificación jurídico-administrativa de los «servicios de soberanía»”, en *Revista de Administración Pública*, No. 80, 1976, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 178; RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, ob. cit., pp. 466 y 467; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 605 y 606; ROSADO PACHECO, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Coordinación), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1989, p. 1145; RODRÍGUEZ OLIVER, José María y SERRANO DE TRIANA, Adolfo, *Curso resumido de Derecho Administrativo*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 75; TOLEDANO CANTERO, Rafael, “El servicio público local: modos de gestión”, en AA.VV., *Administración local*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, No. 29, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 463 y sigs.; SALA ARQUER, José Manuel, *La liberalización del monopolio de petróleo en España*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, p. 166; igualmente de SALA ARQUER, “Las concesiones de servicios públicos en el contexto liberalizado”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, No. 56, Octubre-Noviembre-Diciembre, 2004, Universidad de Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pp. 17 y 18; DESDENTADO DAROCA, Eva, *El precario administrativo. Un*

En este orden de ideas, vale la pena mencionar que dentro de la línea abierta en España al respecto por VILLAR PALASÍ, se ha movido también el profesor gallego José Luis MEILÁN GIL, quien dejaba ver ciertos matices en sus argumentos cuando analizaba, con motivo de las centrales lecheras:

“El resultado del examen del régimen de las Centrales supone una aparente paradoja: su *status* es más cercano a la concesión que a la autorización; la *actividad* más cercana a la pura actividad privada que al servicio público.”³⁰⁷

Razonando con posterioridad:

“(…), la solución lógica sería la de considerar que estamos ante una *concesión que tiene por objeto una actividad no constitutiva de servicio público*. Aparecería así una figura intermedia que ha sido bautizada entre nosotros con el nombre de concesión industrial y que se podría denominar más genéricamente *concesión de gestión económica de interés colectivo*. Bien es verdad que ello exige alguna matización, pues no siendo objeto de esa concesión un servicio público, el régimen jurídico propio de éstos no es trasladable íntegramente a ella. Lo será únicamente en algunos aspectos: aquellos que estén previstos en la norma y los que la propia dinámica interna de la relación exija (p. ej., el mantenimiento del equilibrio financiero si se le obliga a trabajar con pérdidas, en el caso de las Centrales).”³⁰⁸

Junto a todo lo anterior, hay que destacar que fuera de la propia España, por influencia de esas ideas impulsadas por VILLAR PALASÍ, algunos han recogido el planteamiento de la *concesión industrial* como especie de concesión administrativa.³⁰⁹

Aunque, es necesario destacar que la convicción con que fue recibida en su momento dentro de todo ese sector favorable la idea de la *concesión*

estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 69.

³⁰⁷ MEILÁN GIL, José Luis, “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)”, en *Revista de Administración Pública*, No. 71, Mayo-Agosto, 1973, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 94.

³⁰⁸ MEILÁN GIL, José Luis, “Sobre la determinación...”, ob. cit., p. 95. Véase también: GARCÍA LLOVET, Enrique, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1991, pp. 321 y 322, en relación con la tesis sostenida por MEILÁN GIL aquí citada, a pesar de algunas críticas que contiene.

³⁰⁹ V. gr.: VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, ob. cit., p. 50.

industrial, ha disminuido de intensidad en la medida en que ha evolucionado el contexto objetivo que condicionó su planteamiento.

A pesar de que el balance en torno a las *concesiones industriales*, especialmente a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, puede mostrar cierto grado de recepción dentro del propio marco jurídico-administrativo español, lo cierto es que, en contraste con ello, también ha habido un importante sector – calificado como mayoritario³¹⁰ – en el que no fue de recibo esa construcción de la *concesión industrial*; y su existencia y viabilidad como tipo concesional se ha puesto en entredicho, donde no han faltado matices y calificativos diversos.³¹¹

En este orden de ideas, ARIÑO ORTIZ se refirió en términos duros a lo que calificaba como «las mal llamadas concesiones industriales», explicando así el contexto español en que se proponen como categoría jurídica:

“En los años cincuenta, y como consecuencia de una economía intervenida y autárquica, así como en el dirigismo que siguió a nuestra guerra y la mentalidad un tanto “fascistoide” que inspiró las regulaciones del nuevo Estado (...), la doctrina administrativa formuló lo que podemos considerar como una figura aberrante: la denominada “concesión industrial”.”³¹²

Un primer frente que debemos señalar en el ataque a los razonamientos de VILLAR PALASÍ en la dirección que nos ocupan, y que implicaba un efecto resquebrajador en la sustanciación de la *concesión industrial*, es el que se

³¹⁰ Así lo han evaluado, por ejemplo: PAREJO GAMIR, Roberto, ob. cit., pp. 12 y 13; y SALA ARQUER, José Manuel, “Las concesiones...”, ob. cit., p. 18.

³¹¹ En este sentido, puede verse lo que expresaban, entre otros: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio “Aspectos...”, ob. cit., pp. 27 y 48, quién se refería de modo escéptico a esta especie concesional; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 578; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 506; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Inscripciones...”, ob. cit., p. 427; PAREJO GAMIR, Roberto, ob. cit., pp. 12 y 13, el cual calificaba a las *concesiones industriales* de “enigmáticas”; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 46, pp. 46 y 47, que la consideraba como una “figura aberrante”; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 605, y del mismo LÓPEZ RAMÓN, voz “Concesión (D.º Administrativo)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, p. 1343; GARCÍA LLOVET, Enrique, ob. cit., nota 22, p. 317, cuando le adjuntaba el calificativo de “polémica” a la tesis de VILLAR PALASÍ sobre la *concesión industrial*; BUSTILLO BOLADO, Roberto O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2^{da} edición, Thomson-Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2004, pp. 193 y 194, nota 34.

³¹² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., p. 46.

abrió respecto a la categoría de la *gestión económica* como forma de la actividad administrativa. El nombre más visible de esa réplica fue el del también catedrático de Derecho Administrativo: Fernando GARRIDO FALLA.³¹³

En su esencia, las objeciones que GARRIDO FALLA señaló al efecto, se orientaban a sustentar la no operatividad de esa *gestión económica* como elemento con identidad propia dentro de las formas de la actividad administrativa. A partir de la consideración de que los supuestos sobre los que se basaba VILLAR PALASÍ, podían incardinarse dentro de la dinámica correspondiente al *servicio público* – por lo que en ellos esa mecánica no se quebraba –, o no constituían propiamente un modo de actuación de la Administración Pública sometido al régimen jurídico-público, sino al del Derecho Privado.

Según precisaba Fernando GARRIDO FALLA en su análisis:

“Pero lo que nos produce mayores recelos de la tesis de Villar Palasí es el examen de las dos últimas formas de gestión económica por él enunciadas (empresa propia y accionariado estatal), porque con ellas mal se puede poner en quiebra la noción de servicio público por la sencilla razón de que no constituyen “formas de intervención administrativa”, siendo así que el servicio público no es sino una de tales formas. Esto hace que cuantas observaciones hemos hecho anteriormente sobre si en la gestión económica se dan o no las notas características del servicio público, queden relegadas ahora a un plano secundario, pues incluso en el caso – por nosotros no admitido – de que, efectivamente, la actividad económica estatal escapase en su totalidad al régimen jurídico típico del servicio público, no tendremos aún razones para admitir la existencia de un cuarto miembro en la clasificación de la actividad administrativa, paralelo a la policía, al fomento y al servicio público. ¿No estaríamos más bien demostrado con esto que justamente si no hay procedimientos de servicio público es porque nos estamos enfrentando con la actividad administrativa sometida al Derecho privado? Claro es que si contestamos afirmativamente a esta pregunta buena parte de la tesis de Villar Palasí podría convertirse en un tardío descubrimiento del Mediterráneo, pues la doctrina tradicional del Derecho administrativo siempre ha partido de esta radical distinción entre la actividad administrativa sometida al Derecho público y la sometida

³¹³ Originariamente, sus críticas aparecieron contenidas en: GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo. Estudios de Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 140 y sigs.

al Derecho privado. Mas con la clara conciencia de que esta última no constituye intervención administrativa y que, por tanto, la clasificación que se hace de dicha intervención (policía, fomento y servicio público) se refiere por definición a la actividad administrativa sometida a régimen jurídico exorbitante del privado.”³¹⁴

El núcleo duro de las críticas directas contra la existencia de las *concesiones industriales* se ha concentrado en dos vertientes. La primera la de demostrar que una parte de los supuestos que se han pretendido cubrir con ella no han sido casos – a la luz de la ordenación jurídica española, por ejemplo - de concesión de servicio público o de dominio público, por lo que no se salen del perímetro correspondiente a esas especies más tradicionales.³¹⁵ En otros supuestos, por la configuración jurídica de la esfera de actuación objetiva que involucra – que no está formalmente sustraída del ámbito de titularidad privada -, por los derechos a los que se refiere, el título por el que la Administración Pública habilitaría para su ejercicio no corresponde al esquema del acto de concesión, sino que responde con mayor congruencia a otro tipo de acto, como es el de la *autorización* o la *licencia*.³¹⁶

En el pronunciamiento crítico de Fernando ALBI:

“(…), la concesión industrial es una entelequia. Un examen detenido de la legalidad vigente nos hará comprobar que esas pretendidas concesiones, escindidas conceptualmente en dos trayectorias bien acusadas y al margen totalmente de la esfera concesional, se encuadran sin dificultad en otras modalidades gestoras de perfecta caracterización.”³¹⁷

³¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Transformaciones...*, ob. cit. pp. 150 y 151.

³¹⁵ Ver, por ejemplo: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 578; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 506; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., p. 47; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 605, y del mismo LÓPEZ RAMÓN, voz “Concesión (D.º Administrativo)”, ob. cit., p. 1343; SALA ARQUER, José Manuel, *La liberalización...*, ob. cit., pp. 166 y 167, para el caso puntual que enunciaba.

³¹⁶ V.gr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, Septiembre-Diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 146 y sigs., para el caso específico de las farmacias; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 578; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 506; GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo Especial*, Volumen IV, 2ª edición, Librería General, Zaragoza, 1970, p. 32, en la que remite también al Volumen III de esa obra, No. 270; RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, ob. cit., pp. 467 y 468; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., p. 47; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 605.

³¹⁷ ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 506. En el párrafo anterior, ALBI refutaba: “(...) Villar Palasí nos habla de las nuevas formas de concesión – “concesión industrial” – y de

Finalmente, la transformación del contexto económico que sirvió de base para el lanzamiento de la *concesión industrial*, también ha devenido en un punto coyuntural que favorece la negación de su consistencia como manifestación de la concesión administrativa, desde una perspectiva más actual. En contraste con la realidad intervencionista directa de la Administración Pública que mostraba el panorama jurídico-económico alrededor de la mitad de la centuria pasada, y el correlativo ensanchamiento del contenido de los fines públicos hacia terrenos donde quedaban comprendidas también situaciones referentes a la producción de bienes y servicios para el mercado, el ambiente económico de nueva liberalización que se fue entronizando en la etapa final del siglo XX, y que ha trascendido al umbral del XXI, ha impuesto un modelo de actuación pública con ribetes de diferencia respecto a aquella realidad.

Gaspar ARIÑO ORTIZ, unas décadas atrás, a partir de la topografía jurídica española, atacaba al presupuesto conceptual de la *concesión industrial*, indicando que:

“Era ésta un visión patológica de nuestra “Constitución económica” y del papel del Estado como regulador y ordenador de la economía. El hecho de que el Estado asuma hoy la dirección (y en cierto sentido la responsabilidad política) del logro de determinadas necesidades de producción (abastecimiento, regulación de ciertos productos o ciertos sectores, defensa o promoción de nuestro comercio exterior), no quiere decir *que asuma la actividad en cuanto tal*, sino que sus autorizaciones, además de autorizar, tratarán de conseguir los fines de ordenación económica que con ella se pretende. (...)”.³¹⁸

La proyección contemporánea del tráfico económico y su ordenación jurídica, fundamentado en principios como la libertad de empresa, el libre mercado y la libre competencia, no se ha revelado como favorables a la reserva de la titularidad originaria de la Administración Pública y la sustracción, entonces, del ámbito subjetivo originario de los privados, de espacios de naturaleza económica que se inscriben típicamente en el terreno del mercado.

Según dejaba dicho ARIÑO ORTIZ:

la necesidad de un replanteo total de la problemática de la misma, sin advertir que las supuestas concesiones industriales contradicen a fondo la idea matriz de su concepto de la institución – “cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa” -, puesto que el intervencionismo económico es precisamente lo contrario: regulación administrativa de una esfera de actuación originariamente privada.”

³¹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., pp. 46 y 47.

“Pero no hay en tales actos de autorización (p. e., de cultivo de tabaco, de algodón o de lúpulo; de instalación de una central lechera; de panaderías; o de un complejo turístico-hotelero) transferencia alguna de titularidad pública o de un área de actuación originariamente administrativa. Afirmar lo contrario y calificar tales actos como “concesiones industriales” es violentar la naturaleza de las cosas en una economía de mercado, que es hoy el sistema consagrado en la Constitución y vigente en el mundo occidental. (...)”.³¹⁹

En definitiva, lo que se ha producido es un proceso de estrechamiento del contenido de los fines públicos orientados hacia la dirección del mercado; condicionando la pérdida de sustrato de las pretensiones de encuadrar dentro de la mecánica funcional de una técnica como la de la *concesión administrativa*, a ciertos supuestos de actividad económica o industrial, que no se avienen hoy con el esquema de fondo sobre el que se asienta la figura jurídico-administrativa concesional.³²⁰

III.2.2-) Atendiendo al origen de los derechos concedidos

Entre los muchos elementos que pueden llamar la atención cuando del estudio de la *concesión administrativa* se trata, no debe escapársenos el de que no siempre ha sido percibida y articulada de modo semejante en todos los ordenamientos jurídicos; no sólo en cuanto a su régimen jurídico en concreto, sino también en cuanto a sus contornos materiales determinantes como institución jurídica. Esa realidad ha hecho que, para entender adecuadamente la figura concesional, haya que contextualizarla en un ordenamiento jurídico determinado, sin olvidar el modo en que ella se concibe dentro de él y las influencias y vicisitudes por las que ha atravesado para presentársenos en la manera en que lo hace dentro de aquél ordenamiento.

³¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., p. 47.

³²⁰ Ver lo que apuntara: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La configuración jurídica...”, ob. cit., p. 47. Según han reconocido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ en alusión a la *concesión industrial*: “Los vientos de liberalización que impulsó la opción formal del Tratado de Maastricht a favor de una economía de mercado abierta y de libre competencia, han barrido ya en unos casos y arrinconado decididamente en otros ambos tipos de concesiones, (...)”; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 14^a edición, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 157. En el mismo espíritu, véase lo expresado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 605, y voz “Concesión (D.º Administrativo)”, ob. cit., p. 1343.

Lo anterior nos sirve como premisa para centrar nuestro estudio en un criterio de clasificación de las concesiones administrativas que ha alcanzado cierta aceptación en una porción de la doctrina. Aunque, como veremos, esta clasificación no dejar de ser una salida expuesta a polémica o crítica – sobre todo desde el plano exterior a aquél desde el cual ha sido irradiado dicho criterio, y por lo tanto con un basamento conceptual y funcional que no necesariamente marca un derrotero idéntico sobre la configuración de la concesión administrativa -. Exposición que viene condicionada no tanto por lo que trasunta como argumento metodológico, sino por lo discutible de la base objetiva sobre la que se levanta, que ha llevado a otra porción de la ciencia del Derecho Administrativo a rechazarlo.

Desde el *iusadministrativismo* italiano, especialmente, se ha arraigado e irradiado una distinción de las concesiones administrativas que toma en cuenta el fundamento de los derechos concedidos o las características de basamento que acompañan a los mismos.

De tal suerte, considerando que toda concesión administrativa genera nuevos derechos para el concesionario, se trata de distinguir si esos derechos son constituidos por la Administración concedente con un carácter originario en el segundo, es decir, derechos que surgen *ex novo* para el concesionario en virtud del acto de concesión, pero que no traen causa derivativa o solución de continuidad de la esfera funcional de la Administración Pública, sino que emergen directamente del ordenamiento jurídico; o si esos derechos resultan de una transmisión o desprendimiento de poderes originariamente correspondientes o gravitantes en la órbita funcional de la entidad concedente.

De acuerdo con esa distinción, las concesiones se dividirían en:

- a-) *constitutivas*, para el primer supuesto descrito;
- b-) y *traslativas* (referidas también, en menor medida, como *traslativas* o *transmisivas*), para el segundo.

Como ya adelantamos, esta es una clasificación cuyo centro de irradiación ha estado dado, esencialmente, por los administrativistas italianos.³²¹

³²¹ Observaba Francesco TRIMARCHI que esta distinción traía origen de la impostación teórica de Santi ROMANO quien, en su *Corso...* y en referencia a la concesión, había hablado de *successione costitutiva* y *successione traslativa*; TRIMARCHI, Francesco, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967, p. 11, nota 31. Ciertamente, Santi ROMANO (*Corso...*, ob. cit., p. 240), quién, sin referirse directamente a concesiones «constitutivas» y «traslativas», hablaba de las que constituían derechos o

Entre los que ha sido recibida ampliamente esta distinción y se ha perfilado a partir de la superación de los primeros momentos del siglo XX – aunque con presupuestos que subyacían ya con anterioridad –, para llegar vigente hasta los tiempos que corren.

Uno de los principales sostenedores de esta clasificación, y por ende de los más recurridos cuando se trata este tópico, es Guido ZANOBINI; devenido, quizás, en el más visible e influyente al respecto, para los que así lo han seguido.

Según establecía ZANOBINI en esta senda:

“(…) Se ha sostenido a veces que los derechos derivados de la concesión deben ser propios del Estado, o en general, de la administración pública concedente. La concesión consistiría, en otras palabras, en una transferencia de facultades del ente público al privado. Esto puede decirse, empero, solamente de algunas concesiones, entre ellas especialmente las que transfieren el ejercicio de funciones o de servicios públicos. En otros casos, el acto crea una capacidad o un derecho, que derivan solamente del ordenamiento jurídico. Así el decreto con el que se concede la ciudadanía a un extranjero, la personalidad jurídica a un ente de hecho, la legitimidad a un hijo natural. A veces ha sido negado a estos actos el carácter de concesión y la naturaleza misma de actos administrativos. La opinión dominante, empero, los incluye entre los actos de las que estamos hablando. Para justificar tal opinión, es necesario admitir que junto a las concesiones traslativas, es decir que transfieren poderes propios de la administración, se colocan otras, que pueden llamarse constitutivas, por cuanto, en base a poderes atribuidos por las leyes a la administración, éstas constituyen en otros sujetos nuevas facultades o nuevos derechos. Entre las concesiones constitutivas, además de los ejemplos recordados, podemos citar los actos que confieren títulos honoríficos, entran también las concesiones de bienes demaniales como las relativas al derecho de ocupar el suelo público, de construir en la ribera del mar, de desviar agua pública. No transfieren a los particulares los poderes públicos característicos de la propiedad demanial ni tampoco su ejercicio, sino que, en base a tal propiedad, constituyen a favor ajeno un derecho real privado

poderes a favor de determinada persona y las que transmitían a otra persona un poder de la Administración.

sobre la cosa. La distinción de las dos especies de concesiones tiene importancia práctica porque en las concesiones traslativas se verifica una verdadera sucesión del particular en el ejercicio de los derechos de la administración, y el contenido de estos derechos determina las facultades que pueden ser concedidas al particular; en las concesiones constitutivas, el derecho, formándose *ex novo* en el particular, no encuentra ningún precedente con el que pueda ser medido, en los derechos del ente público.”.³²²

Como se puede desprender de los pronunciamientos de los expositores de esta clasificación, su construcción distintiva de la concesión administrativa se basa en un concepto amplio de esa institución, según lo enunciamos en el primer capítulo. Recordemos que en ese concepto se incluían tanto aquellas figuras que implicaban derechos del concesionario relativos al ejercicio de una actividad administrativa propia de la Administración, cuanto otras donde tales derechos derivan del orden positivo, y no se relacionaban con ese tipo de actividad. Por lo tanto, hay aquí identificadas, bajo el sino de la concesión, situaciones jurídicas diversas en su naturaleza, con puntos de conexión bien globales y arrastrando los inconvenientes de esa diversidad, según tuvimos de oportunidad de ver también al inicio de este trabajo. De ahí que esta clasificación de las concesiones administrativas, es consecuencia precisamente de esa noción amplia y un intento por sistematizar, a lo interno de la categoría concesional, la diversidad de tipos que abarca. Pero, a su vez, la escisión que en ella se propone es igualmente reflejo de las dificultades que implica el universo heterogéneo que con ella se pretende encerrar, desde el enfoque tan abierto sobre el cual se erige esta idea de concesión administrativa.

Partiendo de ese presupuesto, y evaluando las mecánicas traslativa y constitutiva que se generaban en las principales especificidades de actos que caían bajo el manto de la concesión administrativa, se crearon los dos grandes grupos a raíz del criterio que nos ocupa. Ubicando como supuestos propios de las concesiones *traslativas* a las de obras públicas (porque lo transferido es la realización de la obra y ciertos derechos para lograr la remuneración de los usuarios o beneficiarios) y las de servicio público (en que lo transferido es la tarea de gestionarlo y otros derechos vinculados a él). Y dentro de las concesiones *constitutivas* se señalaron a las concesiones

³²² ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., pp. 334 y 335, del mismo autor, *Corso...*, Volume Terzo, ob. cit., p. 306.

de bienes de dominio público, las de títulos honoríficos, de ciudadanía, de personalidad jurídica, etc.³²³

Esta clasificación ha sido aceptada y se ha extendido en un sector apreciable – desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo – del *iusadministrativismo* italiano, con algún que otro matiz;³²⁴ convirtiéndose en característica de este. Pero, también es necesario destacar que ha presentado objetores o ha sido asumida por otros autores con ciertas singularidades en su sustancia. Introduciéndole así variaciones en relación con los planteamientos originarios al respecto, que la llevan a no ser identificada con exactitud con tales planteamientos.³²⁵

Ese es el caso, en un detalle interesante, de aquellos que no califican a las *concesiones de bienes públicos* dentro de las *concesiones constitutivas*, sino que las ubican dentro de las *traslativas*, por entender que el derecho que se constituye para el concesionario no tiene carácter *ex novo*, sino que se traslada como derivación previa de una facultad de la Administración Pública sobre el dominio público.³²⁶

En un grado mayor de variación se expresaban LANDI, POTENZA e ITALIA, quienes de entrada partían de una idea de la concesión administrativa más restringida, coincidente con la que se circunscribe sólo a la que se comprendía en las *concesiones traslativas*. De acuerdo con estos autores, la concesión:

*“Sono gli atti con i quali la pubblica amministrazione trasferisce ad altri un proprio diritto o un proprio potere; ovvero con i quali, sulla base d’un proprio diritto o potere, cher esta così limitato, costituisce un nuovo diritto o potere a vantaggio di altri.”*³²⁷

³²³ Ello puede constarse, especialmente, en: ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., p. 335.

³²⁴ En un señalamiento que puede verse en perspectiva compendiadora, ENZO SILVESTRI advertía en su momento que la doctrina prevalente admitía la distinción entre *concesiones constitutivas* y *concesiones traslativas*. SILVESTRI, ENZO, voz “Concessione amministrative”, ob. cit., p. 371, nota 4.

³²⁵ En la construcción de GALLATERIA, el elemento característico de la concesión era la «pérdida o reducción de un derecho de la administración pública que viene transferido al particular». Sobre la base de esta premisa, este autor dividía las concesiones en tres categorías: «concesión derivativa-traslativa», «concesión derivativa-constitutiva» y «concesión constitutiva-impropia». GALLATERIA, Luigi, ob. cit., pp. 66 y sigs.

³²⁶ V.gr.: VIRGA, Pietro, *Il provvedimento amministrativo*, IV edizione interamente rifatta, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1972, p. 61; CROSETTI, Alessandro y GIUFFRIDA, Armando, *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 174.

³²⁷ LANDI, Guido/ POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, ob. cit., p. 214.

Por lo que no es de extrañar que afirmaran que la situación jurídica del concesionario nace por derivación de una situación del concedente.³²⁸ Con ello, se cerraba la inclusión dentro de la categoría concesional, de lo que otra doctrina consideraba como el grueso de las concesiones constitutivas, entre las que cabe contar las que confieren *status*, ciudadanía, personalidad jurídica, etc.

Para LANDI, POTENZA e ITALIA:

“(...) Nella concessione traslativa, il potere o diritto si trasferisce integralmente dal concedente al concessionario; nella concessione costitutiva, il potere o diritto del concessionario è diverso, per limiti o per oggetto, da quello del concedente, pur derivando da quest’ultimo.”;

Luego esclarecían:

“Concessione traslative sono quelle di servizio pubblico (...): il concessionario, nella gestione del servizio, si sostituisce alla pubblica amministrazione, e, pur restando soggetto privato, esercita, nei confronti degli utenti, un’attività coincidente con quella che avrebbe l’amministrazione se avesse assunto direttamente la gestione. (...).”.

Y precisaban además:

*“Concessioni costitutive sono quelle d’uso eccezionale di beni demaniali (...). Le facoltà conferite al concessionario, por derivando dal diritto di proprietà pubblica dell’amministrazione concedente, hanno, il più delle volte, natura diversa da quelle dell’amministrazione: infatti, il concessionario le esercita per interessi propri, perfino in contrasto con la destinazione finale del bene (...) pur essendo con questa parzialmente o temporaneamente compatibili. (...)”.*³²⁹

En definitiva, el criterio italiano de la división de la concesión administrativa en *constitutivas* y *traslativas* trascendió las fronteras de ese ordenamiento jurídico, para ser incorporado a sus contextos por teóricos de otros países, abiertos – en mayor o menor medida - a las influencias del quehacer jurídico de Italia, básicamente, teóricos iberoamericanos.

³²⁸ LANDI, Guido/ POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, ob. cit., pp. 214 y 215.

³²⁹ LANDI, Guido/ POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, ob. cit., p. 215.

Es oportuno dejar salvado que esa incorporación no ha permeado todos los estratos de la ciencia jurídica administrativa allí donde ha desplegado sus ecos; por lo que es una incorporación parcial. Como tampoco ha presentado un carácter homogéneo, pues en ello se descubre quienes han permanecido fieles sin más a los postulados originarios con los que se planteara esta clasificación y quienes la han asumido incorporándole variaciones y matices desde una perspectiva propia, no siempre en la misma orientación. Soluciones esas asentadas, asimismo, en presupuestos conceptuales que no necesariamente se identifican con los que subyacen en aquélla que nos sirve de referencia básica.³³⁰

Sobre esto último dicho, y con fin ilustrativo, vale la pena traer a colación aquí las palabras del mexicano Alberto VÁZQUEZ DEL MERCADO, pues contienen un interesante matiz en la consideración de las concesiones desde el prisma constitutivo y el traslativo. Según VÁZQUEZ DEL MERCADO:

“(…) La concesión crea en el particular un nuevo derecho que antes no tenía y cuyo origen o título es un acto de la misma administración. La creación de este nuevo derecho puede verificarse porque haya habido una sucesión traslativa o una sucesión constitutiva. En este sentido se habla de concesiones traslativas y de concesiones constitutivas.”³³¹

De acuerdo con lo que añadía seguidamente este mexicano:

“En virtud de las primeras, la administración pública transmite al particular el mismo derecho del que era titular y esta transmisión puede ser total o parcial, pero en ambos casos se trata del mismo derecho.”³³²

Y precisaba a renglón seguido VÁZQUEZ DEL MERCADO:

“Mediante las segundas, del derecho que es titular la administración pública se desprenden facultades que pasan al particular creándose

³³⁰ Por ejemplo: VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, ob. cit., pp. 11 y sigs. Valga como otra ilustración lo escrito por el brasileño: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Principios...*, ob. cit., pp. 557 y 558; o lo que desarrollara el portugués: GONÇALVES, Pedro, ob. cit., pp. 54 y sigs. Ver también: ORELLANA, Edmundo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, *La actividad administrativa: el acto administrativo*, 1^{ra} edición, Editorial Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 2003, p. 120.

³³¹ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, ob. cit., p. 11.

³³² VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, ob. cit., p. 11.

un nuevo derecho que no es el de la administración, y que, sin embargo, tiene su origen y su fuente en el que ésta posee. A esta transmisión se da el nombre de concesión constitutiva. Este fenómeno jurídico es bien conocido en la doctrina general del derecho y se encuentran aplicaciones de él en la constitución del usufructo y en general en los *iura en re aliena*.”³³³

Igualmente, dentro del universo de estudio de las concesiones administrativa hay quienes mencionan a la distinción de las mismas en «constitutivas» y «traslativa», aun alertando sobre lo artificial, la dificultad, la falta de nitidez o lo problemático, de esta distinción.³³⁴ También están quienes expresa y abiertamente descalifican dicha subdivisión.³³⁵

En este punto, y tomando como pretexto todo lo dicho anteriormente, es pertinente detenernos para hacer alusión particularizada – nuevamente - a la posición que adoptara el español José Luis VILLAR PALASÍ, esta vez sobre la división de las concesiones administrativas en *constitutivas* y *traslativas*. Habida cuenta - más allá de las críticas y revisión a la que fueran sometidas sus argumentaciones – de las especificidades que incorpora en contraste con la solución italiana más típica, pero, especialmente, por el valor que tendrían sus aportaciones para el desarrollo teórico del régimen jurídico de la concesión administrativa en su contexto; y por la influencia que las ideas al respecto de VILLAR PALASÍ desplegarían sobre una parte de la doctrina de su país e, incluso, hacia un sector del pensamiento *iusadministrativo*

³³³ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, ob. cit., p. 11. Para mayor comprensión de la línea argumental que seguía, sería importante que se viera lo que posteriormente recogía VÁZQUEZ DEL MERCADO, ob. cit., pp. 12 y sigs., en torno a las «sucesiones traslativa» y «constitutiva», con un carácter más general que el marco puntual de la concesión administrativa.

³³⁴ Ver, por ejemplo, para el caso español, a: PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 57; PARADA, Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 108 y 109; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª edición, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), Madrid, 2012, p. 52 y 53; MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Íñigo, “¿Concesiones de uso general del demanio costero? (Comentario de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1997)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 99, Julio-septiembre, 1998, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 434.

³³⁵ Así, entre otros: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 16, Enero-Abril, 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 266; también de GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, ob. cit., p. 241; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 509; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 577; LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2006, pp. 84 y 85.

latinoamericano, que tan de cerca ha seguido el desarrollo del Derecho Administrativo español, sobre todo en este aspecto del régimen concesional.

Lo primero que debe precisarse, es que los esfuerzos de VILLAR PALASÍ tenían como dirección la

“(...) abstracta posibilidad de construir el concepto de la concesión administrativa sobre una base común que acoja elementos que *prima facie* puedan parecer dispersos e incompatibles. (...)”.³³⁶

Por lo que llegaba a propugnar la unidad de la idea concesional proponiendo una noción y tipo legal genérico, pero acogiendo una división hacia el interior de ese género que lo desdoblaba en diversas especies, tanto por el objeto al que se referían, cuanto por el origen de los derechos que generaban. Será precisamente el interés de proveer la construcción de un régimen jurídico unitario, bajo el manto de la concesión traslativa, que cubra tanto a la concesión de servicio público y de dominio público, como modalidades diversas de la categoría concesional, lo que ha de distinguir su pensamiento al efecto.³³⁷

Según dejaba testimonio este maestro del Derecho Público español:

“(...) preciso es escindir, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo, de aquellos otros supuestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes, virtualmente, y en potencia, tenía su existencia en manos de la Administración. Se ofrece así una doble perspectiva, de concesiones constitutivas o traslativas, que no debe inducir al error de considerar que sólo las primeras son creadoras de derechos. La distinción hace referencia más bien a un *plus*, inherente a las segundas y de que las primeras carecen. (...). Mas las primeras limitan su fuerza a la concesión de un derecho, cuyo otorgamiento a favor de los súbditos está reservado al príncipe, en tanto que las segundas, junto a la dación del derecho o privilegio, se verifica a modo de una transferencia o traslación, desde el Poder público al súbdito.”³³⁸

Agregaba a renglón seguido:

³³⁶ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 696.

³³⁷ Ver, especialmente: VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., pp. 696 y sigs.

³³⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 699.

“Llegamos así, en este rápido esbozo, a una trascendental distinción entre las concesiones constitutivas puras y las traslativas. (...)”.³³⁹

Más adelante VILLAR PALASÍ enseñaba:

“Las concesiones constitutivas puras no generan vinculación continuativa funcional. El poder de la Administración se agota en ellas en la mera creación del Derecho, y sus deberes se limitan a la carga de respetar los derechos así surgidos. Cabalmente esta escasa virtualidad puede explicarnos la causa de su abandono analítico por la doctrina.”.³⁴⁰

Luego precisaba el examen de

“(...) el *quid unitatis* que permite englobar en un tipo legal subgenérico del concepto de concesión, las modalidades de concesión de dominio y de servicio público, como cubiertas ambas por la rúbrica común de concesiones traslativas.”.³⁴¹

Para enfatizar en tono de contraste:

“Según la concepción de ZANOBINI, seguida por KORMANN, VITTA, BARONE y ROMANELLI, la concesión demanial es una concesión puramente constitutiva y no traslativa, ya que con ella no se transfiere al administrado facultades o poderes públicos. Tal concepción parte de un supuesto erróneo y de una excesiva delimitación en cuanto a lo que efectivamente se transmite al concesionario. Concretamente en el Derecho español, por imperativo de nuestra propia legislación, la concesión traslativa debe en buena parte construirse unitariamente. (...)”.³⁴²

Asimismo, recordemos otro importante fragmento:

“(...). En ambos supuestos – concesión de dominio o de servicio público – la Administración crea un derecho, transfiriendo al particular concesionario funciones inherentes al Estado. Se trata, pues, de actos constitutivos de *Gestaltungsakte*, en la nomenclatura de FORSTHOFF. Esta transferencia de funciones, que no implica en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir

³³⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 699.

³⁴⁰ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 699.

³⁴¹ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 699.

³⁴² VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., pp. 699 y 700.

unificar la idea, un tanto dispersa, en la normativa actual de la concesión administrativa.”³⁴³

Todo este pensamiento de VILLAR PALASÍ señaló un camino que, como dijimos ya, ha sido seguido por otros autores dentro de España,³⁴⁴ pero también por un segmento de los especialistas de Derecho Administrativo en América Latina.³⁴⁵

Hasta aquí llega el esbozo de las ideas que delinearán el criterio clasificador de las concesiones administrativas en el que nos centramos en este acápite. Como se podrá ver del panorama ilustrado, es una visión asumida en diversos grados de matices por aquellos que la han considerado operativa.

³⁴³ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 700.

³⁴⁴ José Luis VILLAR PALASÍ también hacía referencia a estos dos tipos de concesiones que aquí nos ocupan en “La eficacia...”, ob. cit., pp. 152 y 153. Dentro del *iusadministrativismo* español, puede verse la estela de los planteamientos de VILLAR PALASÍ al respecto, en autores como: QUEVEDO VEGA, Flotentino, ob. cit., pp. 46 y 47; ÁLVAREZ RICO, Manuel, ob. cit., pp. 19 y 20; GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “En torno...”, ob. cit., p. 331; CANO TELLO, Celestino A., ob. cit., p. 38; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., pp. 19 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 57; FUENTES BODELÓN, Fernando, *Derecho Administrativo de los Bienes (Derecho público y patrimonio)*, 1^{era} edición, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977, p. 120; GARCÍA ORTEGA, Pedro, *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1979, p. 17; VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, *Actos, Recursos, Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 3^{era} edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 75. También hace referencia a la distinción de VILLAR PALASÍ, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La concesión demanial: significado histórico y actual”, en BAJO MARTÍNEZ, Miguel/ JORGE BARREIRO, Agustín y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. (Coordinadores), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1^{era} edición, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 2118, nota 13, pero colocando a las concesiones demaniales dentro de las concesiones constitutivas; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación CaixaGalicia, CIEF Centro de Investigación Económica y Financiera, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 299.

³⁴⁵ Por ejemplo, en Chile, ver el modo en que discurrían: VERGARA BLANCO, Alejandro, “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, No. 3, 1989, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pp. 792 y 795; RUFÍAN LIZANA, Dolores M., *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, Fondo de Cultura Económica Chile, S.A., Santiago de Chile, 1999, p. 12; Ver también otros latinoamericanos como: VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, ob. cit., pp. 35 y sigs.; ORELLANA, Edmundo, ob. cit., p. 120

A pesar de ello, no puede decirse que ha sido una distinción acogida pacíficamente, ni que ha movido a su alrededor todas las simpatías de los doctrinantes. De hecho, tal clasificación ha sido sometida a revisión por parte de un importante sector del pensamiento enmarcado en el contexto donde dicha clasificación ha tenido repercusión, que no comulga exactamente con las conclusiones en las que se basa, ni parte de un presupuesto conceptual idéntico al que ésta responde. En consecuencia, el cuestionamiento sobre la distinción que separa a las concesiones administrativas en *constitutivas* y *traslativas*, también se ha manifestado en diferentes niveles que van, desde las discrepancias en la ubicación de un caso particular de concesión dentro de una u otra categoría específica (*concesión constitutiva* o *concesión traslativa*), hasta un nivel extremo que ha llegado a poner en entredicho la validez de tal distinción en su sentido más general.³⁴⁶

En un plano menos intenso de las discrepancias en relación con la composición que presentaba la distinción de las concesiones administrativas, a la manera originaria que se nos muestra a través de la construcción de ZANOBINI, resalta aquél que postula la pertenencia de supuestos articulados primigeniamente como *concesiones constitutivas*, a los predios de las *concesiones traslativas*: el epicentro de esa situación ha sido el de las concesiones de bienes de dominio público o concesiones demaniales.³⁴⁷

De ahí que es justo decir que aquella primera construcción que ilustramos a través de ideas como las de ZANOBINI, no es una conclusión generalizada entre todos los estudiosos que han amparado ese criterio clasificador de las concesiones administrativas, pues igualmente existe otro grupo de autores que adscribe las concesiones de dominio público a las que tienen un carácter traslativo.

Recordemos que, en la línea de Guido ZANOBINI, las concesiones que tienen por objeto el dominio público no transfieren a los particulares los

³⁴⁶ Provechoso en este sentido resultan los razonamientos en tono crítico que vertía: TRIMARCHI, Francesco, ob. cit., pp. 10 y sigs.

³⁴⁷ Sirva como ilustración de esa situación, más allá de las concesiones de dominio público y sin entrar a evaluar lo que dice, la opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (recordada, entre otros, por: VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 699; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 577; y PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 57, sobre las *concesiones de títulos nobiliarios*, calificadas de traslativas y no de constitutivas, por entender que existe implícitamente en la Corona la concesión títulos, evidenciada en la posibilidad de reversión a la misma en casos específicos y por la traslación de la *majestas* al súbdito en virtud de la concesión del título.

poderes públicos característicos de la propiedad demanial ni tampoco su ejercicio, sino que, en base a tal propiedad, constituyen a favor ajeno un derecho real privado sobre la cosa, por lo que no hay sucesión del particular en el ejercicio de los derechos de la Administración, y el derecho que se constituye para el concesionario no encuentra ningún precedente con el que pueda ser medido, en los derechos del ente público.³⁴⁸

Frente a esa alineación argumental, otros consideraron que la dinámica que se manifiesta en la concesión de dominio público es propia de una concesión de carácter traslativo y no de carácter constitutivo; o que, al menos, sí hay un movimiento de traslación de la Administración concedente hacia el concesionario, de facultades o derechos originariamente encuadrados en la esfera de actuación administrativa.³⁴⁹

Dentro esa solución que ha defendido la condición traslativa para la concesión administrativa de dominio público, debemos recurrir a las aportaciones de VILLAR PALASÍ, por las particularidades que introduce y la repercusión que tuvo luego en España y el área de influencia directa de su Derecho Administrativo. No sin advertir que no debe olvidarse que lo postulado por este profesor español estaba en función de la construcción unitaria que proponía sobre la concesión administrativa, levantada – en sus palabras - sobre la idea matriz de la transferencia de funciones administrativas que permitía

³⁴⁸ ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., p. 335. Del propio ZANOBINI su *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume IV, *I mezzi dell'azione amministrativa*, Seconda edizione aumentata, Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 1945, pp. 28 y 29, cuando se refería a la concesión demanial.

³⁴⁹ Ver, por ejemplo, a: VIRGA, Pietro, ob. cit., p. 61; LANDI, Guido/ POTENZA, Giuseppe e ITALIA, Vittorio, ob. cit., pp. 214 y 215; SCOCA, Franco Gaetano, “Il provvedimento”, en SCOCA, Franco Gaetano (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 307 y 308; VÁZQUEZ DEL MERCADO, Alberto, ob.cit., pp. 11 y sigs.; sobre todo la dirección señalada para una parte de la ciencia jurídico administrativa en España por VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., pp. 699 y sigs.; PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 57; y otros que, sin seguir el diseño de VILLAR PALASÍ al efecto, sí dejan ver la inclusión por ellos dentro de las concesiones traslativas a las demaniales, como es el caso de GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 578; LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, ob. cit., pp. 84 y 85; para Chile, entre otros, VERGARA BLANCO, Alejandro, “Concesiones de dominio público y caracterización...”, ob. cit., p. 795; VARGAS FRITZ, José Fernando, *La concesión de obras públicas*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1997, pp. 93 y 94; REYES RIVERO, Jorge, ob. cit., p. 214. ASPILLAGA H., Gonzalo, *La concesión de servicio público eléctrico*, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1965, pp. 33 y 34.

identificar las heterogéneas especies de lo que en un principio tenía una raíz común.³⁵⁰ De su parte, encontramos el marco justificador de la inclusión de las concesiones demaniales dentro de las *concesiones traslativas*, cuando, siguiendo un dictamen del Consejo de Estado español con fecha de 1950, afirmaba que tanto de la concesión de servicio público, cuanto de la de dominio público:

“(...) *La idea común que trasciende (...) está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa.* Esta esfera puede, desde luego, referirse al orden real, y aquí el *orden* de lo originariamente administrativo lo de la idea de del dominio público, cuya titularidad únicamente y de modo necesario (criterio de la inalienabilidad del dominio público) corresponde a la Administración; (...). Por el negocio de la concesión, la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de estos órdenes; lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial, comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y, por ende, referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio (...).”³⁵¹

³⁵⁰ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 700. Ver en esa senda también, por ejemplo: PAREJO GAMIR, Roberto y RODRÍGUEZ OLIVER, José María, ob. cit., p. 57.

³⁵¹ VILLAR PALASÍ, José Luis, “Concesiones administrativas”, ob. cit., p. 700. El lado opuesto al impulso que mueve a VILLAR PALASÍ y la importancia que se le dio al aludido dictamen del Consejo de Estado español, puede encontrarse en un autor como Fernando ALBI (*Tratado...*, ob. cit., p. 511) cuando evaluaba: “Existe, desde luego, un dictamen del Consejo de Estado – Consulta núm. 6.683 de 14 de noviembre de 1950 – en el que se formula un concepto unitario de las concesiones demaniales y de servicio, perfectamente ajustado a la técnica italo-germana expuesta con anterioridad, que ve en ambas modalidades “especies distintas de un mismo género”, haciendo constar que “la idea común que trasciende de ambas especificaciones está en la cesión al particular de una esfera de acción originariamente administrativa”. Pero este criterio, dada la peculiar función de nuestro Consejo de Estado, y la escasa repercusión práctica de sus dictámenes, no puede tener influencia grande en la esfera de la vida jurídica, debiéndose destacar en él su coincidencia con los criterios de ciertos elementos de la brillante redacción de la “Revista de Administración Pública” – tan vinculada con el mencionado Alto Cuerpo –, que han sido quienes difundieron la mencionada Consulta, tan luminosa como aislada.”

Con independencia de la fuerza alcanzada por ese universo conceptual de VILLAR PALASÍ, éste no estuvo de espaldas a las objeciones de entender a las concesiones de dominio público como traslativas.

De tal modo, vemos levantarse opiniones encontradas a las suyas, como las de Fernando LÓPEZ RAMÓN, quien a propósito de la idea concesional unitaria del primero, ripostaba aseverando que la repetición frecuente del discurso histórico en que aquél basaba su análisis,

“(...) no es suficiente para afirmar en relación con todos los supuestos concesionales la existencia de un monopolio administrativo de la actividad y una sucesiva transferencia de funciones públicas en beneficio del concesionario. La idea concesional unitaria de Villar Palasí no es advertible en todo tipo de concesiones, si no forzando mucho los conceptos o dando un alcance muy general, casi irrelevante, a la misma idea concesional unitaria (...)”.³⁵²

Centrándose en las concesiones demaniales, LÓPEZ RAMÓN apreciaba que:

“(...) difícil será hablar de transferencia posterior de ninguna parte de la función pública o de esfera de actuación originariamente administrativa a favor del concesionario. Lo que se transmite es, más simple y exactamente, el derecho al uso privativo del bien; derecho que, además, se transmite no en virtud de monopolio administrativo sobre el bien, sino por la cualidad de titular propietario del dicho bien que reside en la Administración.”.³⁵³

Lo anterior es solo un botón de muestra sobre la constancia que se ha dejado de la disconformidad de algunos con entender a las concesiones de dominio público con un carácter traslativo. Negación que responde a los diversos ángulos desde los que se ha mirado la propia clasificación de las concesiones objeto de nuestro interés en este acápite; y que se vislumbra tanto en quienes no han comulgado con la separación de las concesiones en constitutivas y traslativas,³⁵⁴ cuanto en los que aceptan tal separación o en

³⁵² LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 570. Contra esa idea unitaria también se pronunciaba FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 97 y 98.

³⁵³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 571. Ver además sobre lo que insistía luego LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades...”, ob. cit., p. 571. Igualmente lo desarrollado por: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 105, 107 y 108.

³⁵⁴ Así, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO Fos advertía: “Dentro de las concesiones se ha hablado de concesiones constitutivas en las que estaría incluida la concesión de aguas,

los que no han llegado a negar en sentido absoluto la distinción de los tipos concesionales a los que responde.³⁵⁵

Frente a todo ese panorama de opiniones encontradas, nos parece oportuno trazar nuestro sentir al respecto. Para nosotros, en las referidas concesiones de dominio público, hay, ciertamente, una dinámica traslaticia que nos permite sostener – sin pronunciarnos aún sobre si consideramos consistente o no la clasificación de las concesiones administrativas en constitutivas y traslativas – que las mismas no están ajenas al carácter traslativo que, en nuestra perspectiva, acompaña al fenómeno concesional.

Lo primero que debemos anotar en pos de proveer la justificación de la afirmación precedente, es que la negación o no del carácter traslativo de las concesiones de dominio público está condicionada, en su base, por la concepción que se sostenga al tiempo de entender la relación entre la Administración Pública y el dominio público, el contenido de la relación de titularidad que a la primera se le atribuye sobre el segundo, y la configuración e interpretación de las competencias atribuidas a la entidad administrativa para realizar y otorgar el uso y aprovechamiento del bien público de que se trate.³⁵⁶

puesto que el concedente no *traslada* ningún poder jurídico, sino que se limita a constituir un derecho nuevo.”; para seguidamente sostener: “Esta distinción entre concesiones *constitutivas* y *traslativas* es un tanto artificiosa, si bien el concepto de traslación hay que referirlo, no entre el concedente y el concesionario, sino entre el concesionario y los terceros usuarios, puesto que desde el primer punto de vista toda concesión es *traslativa*.”; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Caducidad...”, ob. cit., pp. 266 y 267. En otro trabajo, GARCÍA-TREVIJANO FOS (*Los actos administrativos*, ob. cit., p. 241) reafirmaba que las concesiones demaniales – a diferencia de las de servicio público – no transferían el ejercicio de poderes propios de la Administración, o al menos no lo hacían con la nitidez que lo hacían las concesiones de servicio público.

³⁵⁵ Ángel MENÉNDEZ REXACH (ob. cit., pp. 2119) establecía que para él no existía transferencia de facultades en las concesiones demaniales, aunque sí las había en las de servicios públicos y de obras públicas. Al detenerse en la inclusión por VILLAR PALASÍ de las concesiones demaniales entre las concesiones traslativas, MENÉNDEZ REXACH (ob. cit., nota 13, pp. 2118 y 2119) se cuestionaba: “(...) Pero, ¿qué poderes públicos se transfieren en las concesiones demaniales? El otorgamiento de la concesión supone, desde luego, ejercicio de poder público, por quien lo ostenta, que es precisamente la Administración otorgante, pero la concesión no transfiere al particular «una esfera de actuación originariamente administrativa». Eso podrá ocurrir en las concesiones de servicio público, no en las demaniales. Siguiendo la distinción de VILLAR las concesiones demaniales serían constitutivas, pero no traslativas.”

³⁵⁶ Véase, por ejemplo, el modo en que discurre: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 105 y sigs. y 163 y sigs.

Por nuestro lado, creemos que la titularidad que se la asigna a la Administración Pública sobre el dominio público, es parte - está orientada a soportar - y es expresión, del contenido de la función administrativa que se incardina en dicha Administración; encuadramiento funcional que señala la sujeción de dicho dominio a un régimen jurídico público. Por lo tanto, la utilización privativa de un bien de dominio público en virtud de un título jurídico-administrativo como la concesión, está conectada en su finalidad con el interés público. Hay en ella actividad jurídica de sustancia administrativa, a la que, precisamente por ser tal, el concesionario sólo puede acceder como consecuencia de una habilitación previa por la vía de un título jurídico-administrativo; y no porque tenga reconocido, de manera ordinaria, un derecho subjetivo a tal aprovechamiento excluyente (esto último como resultado de la naturaleza y fin del dominio público). De ese modo, se le otorga al concesionario la posibilidad de involucrarse en un sector del espacio de actuación - el administrativo - correspondiente originariamente a la Administración Pública, y donde la aparición de derechos de connotaciones excluyentes sobre bienes públicos para el primero, en razón de ese otorgamiento, no puede explicarse absolutamente aislada o desconectada del fin último que anima todo el funcionamiento administrativo.

Con esto, creemos identificar un presupuesto de fondo que nos inclina a no descartar una conexión de precedencia en el ámbito administrativo y de flujo sustancial hacia el concesionario, cuando se trata de establecer el origen de los derechos de este segundo sujeto, que conforman parte de lo que objetivamente comprende la concesión administrativa de dominio público.

En consonancia con lo dicho, y en nuestra opinión, la titularidad pública que ostenta la Administración Pública sobre los bienes públicos objeto de la concesión, determina o presupone que preexista en el marco atributivo de esa entidad, de modo potencial, la posibilidad de realizar, primaria y directamente, la explotación o aprovechamiento de tales bienes, pues esas acciones integran parte, y se derivan, del contenido de esta titularidad pública.³⁵⁷

³⁵⁷ Sin embargo, hay opiniones contrarias a esta que se sostiene. Para Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO (*Las concesiones administrativas de dominio público*, ob. cit., pp. 106 y 107), al amparo del ordenamiento español: "(...) en la medida en que se trata de dependencias cuyo destino o afectación principal consiste en su utilización por los particulares [uso común general (aguas superficiales, costas, vías públicas) o uso privativo (minas, hidrocarburos, aguas subterráneas, espectro radioeléctrico)], el aprovechamiento directo por la Administración titular no puede considerarse incluido en las facultades que la titularidad demanial comprende de suyo, y ello con independencia de la concepción que de ésta se sostenga (propiedad pública o título de intervención). Es más, la posibilidad misma de

Incluso, si se exige normativamente un concesionario interpuesto (principio de concesionario interpuesto) para la realización de dichas actividades, para nosotros, esa exigencia se traduce en una limitación al ejercicio efectivo de esa competencia, pero no la exclusión absoluta de la titularidad de tal competencia para la Administración Pública.

En consecuencia, entendido el aprovechamiento directo por parte de la Administración Pública como incluido potencialmente dentro del contenido de la titularidad pública sobre el bien, el otorgamiento de un aprovechamiento privativo sobre el mismo a un sujeto diferente de su titular, mediante una concesión administrativa, resulta la traslación o movimiento del ejercicio de una actividad originariamente administrativa, que da lugar a un derecho de ejercicio de dicha actividad (explotación o aprovechamiento privativos del bien público) para el concesionario.

Consideramos que por la concesión de dominio público se le concede al habilitado un derecho que potencialmente preexistía dentro del ámbito competencial propio de la Administración Pública. Se le otorga un derecho

la utilización o explotación administrativa del dominio público está de inicio excluida si no se cuenta con una previa habilitación legal, pues la utilización y aprovechamiento de los bienes forma parte del régimen jurídico demanial que el artículo 132.1 de la Constitución española somete a reserva de ley. Como se ha indicado, corresponde al legislador determinar los supuestos y finalidades en los que se permite a la Administración explotar directamente los bienes de dominio público y las técnicas jurídicas para llevarlo a cabo. Entre dichas técnicas destacan las reservas demaniales y la llamada autorización especial, a favor de un «órgano» de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas, del artículo 59.5 del texto refundido de la Ley de Aguas calificada por la doctrina de acto de reserva demanial justificado por una necesidad de servicio público. Importa aquí subrayar que el empleo de las técnicas mencionadas únicamente podrá efectuarse cuando la Administración cuente con el correspondiente título legal. A falta de dicha previsión no será posible el aprovechamiento administrativo directo de las dependencias afectadas al uso público (común o privativo). Así sucede, por ejemplo, con las Entidades locales y la mayor parte de las Comunidades autónomas, respecto de los bienes demaniales de su titularidad; tanto unas como otras carecen de una norma con rango de ley que autorice la reserva (o técnica similar) a favor de la respectiva Administración. En la nota 202, p. 106, ob. cit., FERNÁNDEZ ACEVEDO reconocía: “Sin embargo, la doctrina clásica (BALLBÉ, GUAITA) ha mantenido que la utilización directa por la Administración se fundamenta en las potestades que a ésta corresponden en cuanto *dominus* de los bienes demaniales, es decir, se trata de una facultad de goce que como propietaria ostenta la Administración, lo que hace innecesaria una habilitación legal previa (cfr. M. BALLBÉ PRUNES, «Las reservas dominiales», *cit.*, págs. 79-80; A. GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 168). Parece compartir esta línea de ideas S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho de aguas, op. cit.*, pp. 218-219 como se verá inmediatamente, esta opinión contradice la reserva de ley del artículo 132.1 de la CE.”

con un origen en la esfera funcional de esta última, generando un vínculo en el que no debe descartarse un grado de continuidad en las funciones (proveer y atender al interés público) del ente administrativo y no una relación extraña a esa continuidad. Aquí la Administración Pública no le otorga al concesionario todas las competencias que tiene sobre el *demanio* (como tampoco hace en el caso del servicio y la obra) y que le son propios. Pero, sí le otorga un derecho que se encuentra virtualmente dentro del contenido competencial que el ente administrativo posee sobre el dominio público o *demanio*. En suma y desde ese ángulo, la concesión de dominio público es una concesión *traslativa* y no una concesión *constitutiva*.

El debate que ha acompañado la clasificación de las concesiones administrativas según el origen de los derechos concedidos, alcanza su plano más intenso, no ya en cuanto a la composición interna de las especies en las que se desdobra, sino en cuanto a la pertinencia y consistencia de ese criterio clasificador. Lo que ha llevado a poner en tela de juicio su validez, a partir de la dinámica objetiva que envuelve a la concesión administrativa. De tal suerte, esta subdivisión y el fundamento que la sustenta han sido rebatidos en una dirección que tiende a su no aceptación y consecuente improcedencia como recurso para agrupar distintivamente posibles subespecies concesionales.

Una primera alineación dentro de la situación anterior, puede establecerse a partir de los argumentos que niegan la polarización de las concesiones en *constitutivas* y *traslativas*, por entenderse que en toda concesión – sea de servicio, de obra o de dominio públicos – hay un efecto constitutivo – y por ello toda concesión es *constitutiva* –, pues, en su virtud, se generan nuevos derechos para el concesionario en relación con el objeto sobre el que recae el acto en cuestión, que resultaban inexistentes para este último sujeto antes de la habilitación concesionada. Pero, igualmente se interpreta que todas las concesiones mencionadas son también *traslativas*, porque en ellas el concedente traslada o confiere al concesionario el ejercicio de una actividad o aprovechamiento de bienes de los que es originariamente titular el primero.³⁵⁸ De ese modo, los efectos constitutivos y traslativos son ponderados como de confluencia conjunta en la dinámica concesional, y no con un carácter de contrastación que impone fisonomías diferenciadas para las concesiones, según se configuren unos u otros.

³⁵⁸ Ver, por ejemplo, lo que sostuvieron: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, en “Caducidad...”, ob. cit., p. 267, y en *Los actos administrativos*, ob. cit., p. 241; LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 85; MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., pp. 121 y sigs.

El portugués Pedro GONÇALVES es de los que señala que la concesión administrativa puede albergar o referirse a dos efectos jurídicos: la transferencia de un derecho de la Administración para el concesionario (*concesiones traslativas*) o la «creación» de un derecho a partir de un poder de la Administración y su atribución al concesionario (*concesiones traslativas*).³⁵⁹ Para este autor, esos dos tipos de concesiones

“(...) tienen en común, desde luego, la *constitutividad*, ya que en cualquier caso el concesionario se beneficia de un derecho nuevo, que no existía en su esfera jurídica, o porque pertenece a la Administración o porque sólo ella puede crearlo (en la medida en que se trata de un derecho que descende de un poder de ella). Otro elemento común reside en el hecho de que el derecho que el concesionario adquiere deriva de una posición previa de la Administración.”³⁶⁰

Sobre esa base, GONÇALVES indica como carácter unitario de la concesión, la consideración de que es esta «un acto *constitutivo*, que crea para el destinatario un derecho que *deriva* de un derecho o poder previo de la Administración»,³⁶¹ y enfatiza luego que la «esencia o unidad de la concesión se basa en el factor derivación, pudiendo afirmarse que el derecho concedido deriva siempre de un derecho de la Administración».³⁶²

Para nosotros, y partiendo de la definición de concesión administrativa ya apuntada al inicio de este trabajo, en cada uno de los tipos objetivos de concesión es posible identificar tanto el efecto constitutivo como el traslativo. Por lo que no son efectos que se repelen el uno al otro dentro de la dinámica que señala la concesión administrativa, ni cada uno por su lado viene a distinguir una subespecie concesional. Todo está dado por el ángulo en que se enfoquen las consecuencias que implica la mecánica funcional de la concesión administrativa.

Si se parte – y en esto el presupuesto conceptual es la clave para descifrar la explicación que se pretende construir – de colocar el eje de rotación sobre el que se define la concesión administrativa, en la transferencia u otorgamiento a otro sujeto de derechos relativos a la realización de actividades

³⁵⁹ GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 54.

³⁶⁰ GONÇALVES, Pedro, ob. cit., pp. 54 y 55.

³⁶¹ GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 55. GONÇALVES (p. 55) acotaba que “(...) el derecho que se confiere por medio de la concesión puede *pertenecer a la Administración, ser propio de ella, o ser creado a partir de su derecho que le pertenece, que es propio de ella*.”

³⁶² GONÇALVES, Pedro, ob. cit., p. 55.

de carácter público (gestión de un servicio público, ejecución de una obra pública o explotación de un bien de dominio público), y cuyo titular originario es – y continúa siendo a pesar de la concesión - la Administración Pública (coincida o no la entidad titular con la entidad competente para otorgar la concesión), deberá convenirse, entonces, que todas las concesiones administrativas devienen en traslativas, por esa implicación de transferencia o flujo de lo que se concede, de quien ostenta su titularidad hacia otro sujeto al que se le encomienda su realización. Desde esa óptica, se pierde una de las dos categorías que contrastan (la concesión administrativa *constitutiva*) y se levanta una sola: la *traslativa*.

Por otro lado, si se mira el fenómeno desde la perspectiva de los derechos que surgen en el concesionario, tendremos como saldo que toda concesión administrativa es constitutiva (tiene efectos constitutivos para él), porque en virtud de ella siempre van a nacer para ese sujeto derechos que, previo a la habilitación por la vía de la concesión, no se encontraban ordinariamente incardinados dentro de su esfera jurídica subjetiva.

En conclusión, puede ser exacta la mención a concesiones traslativas y constitutivas, pero no como recurso para distinguir y agrupar especies diversas de concesiones administrativas, sino como alusión que involucra ángulos de perspectivas diferentes en el enfoque del fenómeno concesional y como medio de llamar la atención sobre lo que representa su mecánica operativa desde esos ángulos. De ahí que, en nuestro parecer, toda concesión administrativa es traslativa (pues se transfiere al concesionario el ejercicio derechos sobre una porción de la actividad pública que pertenece en titularidad, inicialmente, a la Administración Pública) y, a su vez, es constitutiva (pues constituye nuevos derechos para el concesionario).

Finalmente, una segunda senda conducente a apartar, en su sustancialidad, el criterio polarizador de las concesiones administrativas que hemos analizado en este acápite, tiene su determinante en la propia definición que sirve de sustentación a un sector teórico y práctico, para construir la idea y el régimen jurídico de la categoría concesional administrativa; que, del modo en que se presenta diseñada por dicho sector, cierra, *per se*, los márgenes de alcance material de la concesión administrativa a lo que en otro prisma de contrastación se ampara como concesiones constitutivas.

Como advertimos en los inicios de este tópico, la división de las concesiones administrativas en *constitutivas* y *traslativas*, se ha apoyado, en su base, en una concepción amplia de la noción de la concesión, en la que tienen cabida supuestos que van más allá de los del servicio público, la obra

pública y los bienes de dominio público. Supuestos éstos últimos – sin olvidar la polémica en torno a las concesiones demaniales – que se erigen, desde la visión primigenia de aquella división al estilo italiano y sus variaciones, como las representaciones típicas de las concesiones traslativas.

Frente a ese universo amplio que se ha trazado, hay una sección de la doctrina y la práctica *iusadministrativas*, que está conteste en asumir que la idea más consecuente de la concesión administrativa es la que se encuadra sólo en los arquetipos objetivos del servicio, la obra y el dominio públicos. En los que se identifica como elemento caracterizador el rejuego traslativo que opera entre el concedente y el concesionario, a raíz del otorgamiento concesionado.³⁶³

En consonancia con esa última visión mencionada, un autor como GARRIDO FALLA expresaba que sólo las *concesiones traslativas* responden con todo rigor a las exigencias del concepto – de concesión administrativa –, con lo que se reduce la idea concesional a sus límites más rigurosos, mostrando su operatividad exclusivamente en los campos del servicio público y del dominio público³⁶⁴ (este antiguo profesor no mencionaba directamente aquí a la obra pública, que igualmente debe ser incorporada al análisis).

En consecuencia, si nos ajustamos a los marcos propios de la proyección objetiva que se trasluce en afirmaciones como las anteriores, es obvio apreciar que pierde sentido y consistencia el planteamiento que fundamenta sostener la clasificación de las concesiones administrativas en *constitutivas* y *traslativas*. Por lo que el mismo queda inoperante.

³⁶³ Mariano BAENA DEL ALCÁZAR estimaba en su momento que “(...) el concepto de concesión debe apoyarse no en la creación de derechos, sino en la transferencia de funciones, lo que conviene al Derecho positivo español, donde la categoría de la concesión constitutiva no hace más que crear confusiones con la figura de la autorización. (...)”. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho Administrativo español*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1970, p. 88.

³⁶⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., pp. 577 y 578. Véase además, en esa línea general, aunque con un concepto más restringido de la concesión administrativa, las explicaciones de: ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 509 y sigs. José Fernando VARGAS FRITZ (ob. cit., p. 22) ha sido de los que reconoce que en la acepción restringida de la concesión – como la que él establece en la propia página citada – “(...) sólo caben las llamadas concesiones Trasláticas, excluyéndose las Constitutivas”. Ver también lo que escribía: VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, ob. cit., p. 37; y BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, 2^{da} edición, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, D.F., 1997, p. 320, quien reproducía lo escrito al respecto por GARRIDO FALLA.

A-) A propósito de la delegación administrativa y la concesión administrativa

No queremos dejar pasar la oportunidad que se nos propicia por habernos detenido en el tema de la traslación o transferencia a que da lugar la concesión administrativa, para dedicarle una breve mención a las consideraciones sobre si es pertinente o no calificar como *delegación* esa transferencia que acontece en el interior de la relación concesional. La necesidad de esa mención viene motivada porque al repasar el cúmulo de análisis que ha motivado la concesión administrativa – especialmente la de servicio público y la de obra pública -, se puede apreciar un espectro extendido de autores que califica de *delegación* la dinámica traslativa del ejercicio de actividades propias del ente público concedente que acaece en la concesión y que tiene como beneficiario directo al concesionario.

Ciertamente, desde el siglo XIX puede ubicarse nítidamente un sector doctrinal, diseminado por diversos ordenamientos jurídicos, que ha utilizado el calificativo de *delegación*, cuando explica funcionalmente a la concesión administrativa – como ya dijimos, fundamentalmente la de servicio y la de obra -. En ese sector figuran autores de diversa relevancia científica, de tiempos también diferentes:

Baste ilustrarlo, para evitarnos una enumeración innecesaria – por ser demasiado extensa -, con ejemplos numéricamente mínimos.

Para COLMEIRO:

“La concesión de una obra pública á cualquiera empresa implica la delegación á favor de un particular de una facultad propia de la administración: le confía la satisfacción de una necesidad común y el desempeño de un servicio administrativo, (...)”.³⁶⁵

En la clásica definición de MAYER, la concesión era:

“(...) un acto administrativo mediante el cual se otorga a un súbdito un poder jurídico sobre una parte de la administración pública que le es delegada.”.³⁶⁶

³⁶⁵ COLMEIRO, Manuel, ob. cit., p. 56. Ya en el siglo XX español, por ejemplo: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El servicio público como alternativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 23, Octubre-Diciembre, 1979, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 548.

³⁶⁶ MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 245. Puede verse también como se expresaba: JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, *Teoría general de los contratos de la Administración*, Primera parte, *Formación, ejecución de los contratos*,

Por su parte, el argentino Rodolfo BULLRICH enfatizaba sobre el acto de concesión:

“Puede constatarse, (...), que existe acuerdo entre los autores sobre la naturaleza del acto, que consiste en su esencia en una delegación del poder público (...).”³⁶⁷

Dentro de ese amplio grupo – europeo y latinoamericano -, puede vislumbrarse que la marcha de los acordes al efecto no ha sido igualmente enfática, pues hay quien ha empleado ese calificativo en un sentido más genérico que estrictamente técnico-jurídico.

Dentro de este contexto, no ha faltado quien, como Alejandro PÉREZ HUALDE, ha entendido:

“Los autores polemizan acerca de si se trata de una delegación o de un otorgamiento de facultades por parte del Estado hacia el particular que explota el servicio. No importa, en realidad, (...), la conclusión acerca de esa polémica, puesto que no variará el resultado final del análisis. Sea por otorgamiento o fuere por delegación, el concesionario ejerce la explotación de un servicio que el Estado considera vital y que, por esa causa, entiende que debe garantizar (...).”³⁶⁸

Para nosotros, el tópico de dilucidar si lo que acontece en la concesión administrativa puede identificarse propiamente con una *delegación* o no, no es del todo superfluo ni debe ser dejado al margen de valoración alguna, porque en Derecho Administrativo la figura de la *delegación* implica determinado régimen jurídico que no necesariamente coincide con aquel por el que discurre la relación concesional. Por lo que si los efectos de un acto son encuadrados dentro del ámbito general de alcance de la *delegación administrativa*, es dable entender, entonces, que a la relación que genera le han de ser aplicables consecuencias jurídicas propias del régimen jurídico correspondiente a la actuación administrativa delegada, que no serían procedentes si no se configura ese encuadramiento.

Traducción directa de la 3^{era} edición francesa por Julio N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 205.

³⁶⁷ BULLRICH, Rodolfo, *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus cláusulas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1936, p. 48.

³⁶⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario...*, ob. cit., pp. 13 y 14, ver lo que indicaba más adelante en pp. 34 y 35.

En consonancia con lo anterior, si se entiende a la concesión administrativa como vía de realizar una *delegación* en el perímetro del funcionamiento administrativo o del ejercicio del poder público, el concesionario adquiere entonces la condición de *delegado* de la Administración Pública, con las derivaciones jurídicas que lleva aparejado ese *status*, y su actuación al amparo de la concesión asume los ribetes de la actuación administrativa delegada, acompañada de efectos propios de ese tipo de actuación.

Por ejemplo, desde Argentina, Raúl E. DUMM indicaba:

“(...). El concesionario y el usuario actúan en una relación de derecho público. La tasa es el importe de una contraprestación, como en cualquier servicio prestado por el Estado. El concesionario en el caso, actuando por delegación, no es más que una proyección del Estado mismo. (...)”.³⁶⁹

Por supuesto que dentro de la línea conceptual de la *delegación* para calificar al fenómeno concesional administrativo, hay autores que han tenido que matizar sus posiciones a partir de una distinción técnico-jurídica de la idea de *delegación* en la órbita de la teoría de la organización administrativa, que es de donde procede propiamente este concepto como técnica de atribución del ejercicio de competencias administrativas, y lo que acontece en la dinámica funcional de la concesión administrativa, donde no hay una coincidencia precisa entre ambas. En esta corriente de pensamiento, los autores se han visto obligados a relativizar la noción misma de *delegación* cuando por ella se quiere explicar a la concesión administrativa, señalando que no es exactamente coincidente ese concepto cuando se aplica a ella, si se contrasta con aquél que se aplica en el ámbito competencial de la organización administrativa.

Reflejo de lo apuntado son las siguientes reflexiones del brasileño Fernando VERNALHA GUIMARÃES, cuando, al precisar lo que establecía como

³⁶⁹ DUMM, Raúl E., voz “Concesión de servicios públicos”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo III, *Claus-Cons*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, p. 58. El también argentino Rodolfo Carlos BARRA llegaba a escribir – advirtiendo nosotros que su afirmación debe ser entendida de modo matizado y relativo –, que: “El concesionario del servicio es un delegado del Estado; por lo tanto es, desde cierto punto de vista, el Estado mismo. (...)”; BARRA, Rodolfo Carlos, “Servicios Públicos y Regulación. La concesión aeroportuaria”, en AA.VV., *Contratos administrativos*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 190.

«un concepto usual de delegación en el derecho administrativo asociado a la teoría de la competencia», indicaba:

*“Não é, contendo, esse o significado recoberto pelo termo para se referir à delegação da gestão de um serviço concedido. A alusão à delegação da gestão de um serviço público para explicar a técnica concessória tem um sentido mais abrasante e algo diverso daquele. Justifica-se para evidenciar a translação derivativa de poderes e atribuições da Administração a um concessionário de gerir e prestar um serviço público. Eventualmente, na delegação da gestão de um serviço público estará compreendida a transferência de poderes de autoridade (assim como se passa na delegação de poderes). Mas o seu significado é muito mais amplo e dá conta de explicar a translação de um conjunto de atribuições vocacionadas à gestão de um negócio. É nesse sentido que se deve entender a expressão empregada (...)”*³⁷⁰

Como puede constatarse en una solución de ese tipo, con modulaciones como las allí expresadas sobre la noción de *delegación* para el caso de las concesiones, lo que se hace no es sino ir desdibujando los contornos precisos de la *delegación* como noción jurídica unitaria, a partir del plano jurídico funcional en que ella se aplique.

En contraposición con el sector que ha sostenido el uso del vocablo *delegación* y la calificación de la situación concesional como tal, existe otro que se ha detenido expresamente a refutar esa utilización y calificación.³⁷¹ Lo que ha añadido más atractivos al estudio de las cuestiones atinentes al régimen jurídico de la concesión administrativa.

Un exponente destacado de esa posición es el maestro argentino Miguel S. MARIENHOFF, quien apreciaba claramente a propósito de la concesión de servicio público:

“(...) En la especie no hay “delegación” alguna de facultades de parte del Estado. Es posible que, en estos casos, el uso del vocablo “delegación” obedezca, de parte de autores y tribunales, a una simple

³⁷⁰ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando, *Concessão de serviço público*, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 65 y 66.

³⁷¹ Según advertían Alessandro CROSETTI y Armando GIUFFRIDA (ob. cit., p. 174): *“(...) Le concessioni traslative si avvicinano molto alle deleghe, ma se ne differenziano perché, contrariamente al delegante, il concedente si priva di ogni potere, salvo residue prerogative di direttiva e di controllo e, pur con notevoli limiti, di revoca (...)”*.

impropiedad del lenguaje: a la mera utilización de una expresión indebida, cuyo verdadero alcance no fue advertido.”.

Seguidamente, escribía MARIENHOFF:

“Desde el punto de vista técnico, la “*delegación*” de facultades se produce cuando un Poder del Estado “*traspasa*” a otro Poder del mismo (vgr., el Legislativo al Ejecutivo) atribuciones que le son propias conforme a la distribución de competencias (división de poderes) efectuada por la Constitución, desentendiéndose en lo sucesivo del ejercicio que dichas atribuciones efectúa el delegado. Tal es el concepto técnico de “*delegación*”. (...). Nada de eso ocurre en la concesión de servicio público, donde la asignación de atribuciones no la efectúa un Poder del Estado a otro Poder del mismo: la efectúa el Ejecutivo dentro mismo de su propia esfera a persona determinada, la cual actuará bajo el *severo y constante* control o vigilancia de la autoridad concedente. Esta “*no descarga*” el ejercicio de poder alguno en el concesionario, el cual, como digo, queda supeditado al riguroso y constante control propio de todo contrato “*administrativo*”, en general, y de la concesión de servicio público en particular, donde tal control se acrecienta e intensifica. Técnica-mente, esto no implica “*delegación*” alguna de funciones, sino una mera “*adjudicación o imputación de atribuciones o facultades*”, una “*transferencia transitoria de potestades públicas*”. (...).”³⁷²

Ilustrativas en este orden son igualmente las conclusiones, sobre la base del ordenamiento positivo español, de Santiago MUÑOZ MACHADO, cuando decía:

“Ciertamente los concesionarios pueden ejercer funciones delegadas de la Administración. No hay disputa doctrinal sobre este extremo, (...). También es exacto que la titularidad del servicio público concedido pertenece a la Administración que no se desprende nunca

³⁷² MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 583 y 584. Matizada al respecto aparece la opinión del también argentino Pablo Esteban PERRINO, en “La responsabilidad del Estado y de los concesionario derivada de la prestación de servicios públicos privatizados”, en AA.VV, *Contratos administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 164. Ver cómo se pronunciaba otro argentino: CANOSA, Armando N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 107 y 108.

de la misma (...). Pero sacar de estas constataciones la consecuencia de que el concesionario es un delegado o agente de la Administración, que se incardina orgánicamente dentro de la misma, siendo su total actividad imputable al ente concedente, parece que es un desarrollo excesivo de unas previsiones legales que no tiene sentido. Ni la titularidad del servicio, ni el hecho de que el concesionario pueda ejercer alguna funciones públicas por delegación de la Administración, permiten convertir toda la actividad del concesionario en actividad delegada, ni transformar al concesionario en un órgano de la Administración.”³⁷³

Planteada así la cuestión, quisiéramos dejar constancia de nuestra valoración al respecto, la cual parte de discrepar de aquellos que configuran a la transferencia que se opera en la concesión administrativa, en sentido general, como una *delegación*.

En función de trazar consecuentemente nuestras ideas al respecto, es pertinente partir de un concepto básico de *delegación* desde el punto de vista técnico-jurídico administrativo, según nos interesa aquí (conocida como *delegación de competencia* o *materias*). Por la *delegación*, una entidad o un órgano administrativos (llamado *delegante*) transfiere el ejercicio de determinada competencia o atribución que se encuentra dentro del ámbito de sus funciones a otra entidad u órgano (*delegado*), manteniendo la titularidad de

³⁷³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2^{da} edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998, pp. 130 y 131. MUÑOZ MACHADO agregaba más adelante (pp. 131 y 132): “El concesionario no ejerce, desde luego, de modo continuo, funciones públicas. Cuando lo hace por delegación o sigue instrucciones u órdenes de la Administración, puede imputarse la responsabilidad por las lesiones que cauce a la Administración concedente. No en otro caso.”. Para además apuntar: “El concesionario no se transforma de modo ordinario en un órgano de la Administración ni actúa como tal. Su posición es completamente diferente de la del funcionario o el agente (a los que se refiere el art. 41 de la LRJAE que, en mi criterio, no es aplicable al caso). Estos se invisten de un órgano administrativo y actúan en una función pública. la idea misma de la concesión responde, por el contrario, al deseo de separar de la organización propia de la Administración Pública (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos) la atención de algunas necesidades de interés general. Tampoco, en fin, pueden confundirse el régimen de los actos del concesionario con los del delegado a que se refiere el artículo 32.2 de la LRJAE. El concesionario podrá ejercer funciones delegadas, pero no toda la actividad del concesionario es imputable a la Administración.”. Ver también lo que expresaban: GARCÍA LLOVET, Enrique, ob. cit., p. 315; BLANQUER, David, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, *Los sujetos y la actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 463 y 464. Además, ente otros: REYES RIVERO, Jorge, ob. cit., p. 213.

lo delegado. Dicha delegación puede presentarse entre entidades subjetivas diferentes (*delegación intersubjetiva*) y entre órganos de una misma entidad administrativa (*delegación interorgánica*).

De entrada, el supuesto de la *delegación interorgánica* puede ser dejado a un lado a los efectos del análisis que nos mueve a tenor del vínculo concesional, pues carece de aplicación en este terreno, al apreciarse que al menos el concesionario, como uno de los sujetos que se vinculan en la concesión administrativa – y por lo tanto en la transferencia que ella implica –, no es propiamente un órgano (aunque el concedente pudiera serlo), ni se integra como un elemento o parte estructural y funcional junto con el ente concedente dentro del marco organizado de una misma entidad administrativa. La idea de una *delegación interorgánica* en el perímetro de la concesión administrativa, cae allí ante la sola constatación de que el concesionario es una persona (jurídica o natural) – con todas las consecuencias jurídicas que su condición de persona involucra - y no un órgano; y constituye en sí mismo un elemento existencial que opera como sujeto fuera del espacio organizacional que conforma, y en el que se incardina, el concedente.

En consecuencia, si se asume que en la concesión hay una delegación de competencias o materias, sólo cabría entender – como lo han anotado algunos - que es una *delegación intersubjetiva*.³⁷⁴

Es importante destacar aquí la opinión del argentino Rodolfo Carlos BARRA, pues la misma ha tenido cierta acogida dentro de una parte de la doctrina de su país – aunque no puede decir en puridad que ha sido extendida o mayoritariamente seguida en aquélla -.

Según este profesor sudamericano, en relación con la concesión administrativa:

“(...) el Estado – la Administración Pública – transfiere el *ejercicio* del cometido en favor del ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo.”.

Para él:

³⁷⁴ El argentino Manuel María DIEZ se manifestaba claramente al respecto; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 387. Por su lado, y con un presupuesto objetivamente menos comprensivo en su alcance, el español José A. LÓPEZ PELLICER, tiempo atrás, dejaba traslucir la asociación de la concesión administrativa con la delegación intersubjetiva, para el caso en que el concesionario no fuera un particular sino una Corporación Local; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., pp. 28 y 29.

“Se opera así una verdadera *delegación*, que a diferencia de la típica figura de la delegación estudiada en materia de organización administrativa, trasciende la propia estructura del delegante (incluyendo tanto a la Administración Pública centralizada como a la descentralizada) para recaer en una estructura extraña, hasta ese momento absolutamente desvinculada de la primera. Por tal motivo la denominamos delegación transestructural.”³⁷⁵

Visto todo lo anterior, veamos si es procedente o no esa consideración, con el alcance que le atribuye el sector doctrinal primeramente aludido.

En un rápido recorrido a través de las líneas generales que se presentan en la *delegación administrativa* y en la *concesión administrativa*, es posible apreciar que hay coincidencias nada desdeñables entre ellas, que pueden inducir, *prima facie*, a un acercamiento o identificación entre las dos categorías: en ambas hay transferencia del ejercicio de determinada competencia, actividad o función de carácter administrativo; el transmisor (delegante y

³⁷⁵ BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, S.R.L., Buenos Aires, 1980, pp. 246 y 247. Del propio BARRA puede verse, entre otros trabajos suyos: “La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización”, en MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, S.R.L., Buenos Aires, 1992, pp. 11 y 12; igualmente y de forma más extensa su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, *Administración Pública. Jefe de Gabinete, Empresa públicas*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp. 687 y sigs. Esta posición de BARRA ha tenido cierta aceptación, aunque minoritaria, dentro de una parte de los estudiosos de su país. Así, entre los argentinos que se han hecho eco de esos planteamientos puede verse a: MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa...*, ob. cit., p. 22, y “Análisis de las modificaciones introducidas a la Ley Nacional de Concesión de Obra Pública (A propósito de la Ley de Reforma del Estado)”, en su obra *Estudios sobre contratación pública*, División de Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp. 104 y 105; PRITZ, Osvaldo A. F., “El rescate”, en SARMIENTO GARCÍA, Jorge *et al*, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, nota 51, pp. 195 y 196; también de PRITZ, “La concesión de servicio público”, en AA.VV., *El Derecho Argentino, Hoy*, Jornadas sobre Derecho Administrativo, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1996, p. 231; FLORIAN, Pablo Federico, *La concesión de obra pública*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2001, p. 4; IVANEGA, Miriam Mabel, *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos (La experiencia argentina)*, Editorial Sherwood, Caracas, 2006, p. 20. Fuera de la doctrina argentina que le ha sido favorable, y siguiendo lo afirmado por ésta, por ejemplo: MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro, “Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la concesión del muelle sur en el terminal portuario del Callao”, en *Thémis-Revista de Derecho*, No. 52, Asociación Civil Thémis, Lima, p. 3, a partir de planteamientos hechos por MERTEHIKIAN.

concedente) conserva la titularidad de lo transferido y puede recuperarlo cuando lo considere oportuno; la delegación y la concesión tienen carácter temporal; el delegado y el concesionario están obligados a realizar directamente lo que se delega o se concede.

Con independencia de las similitudes que existen, no podemos dejarnos llevar por las apariencias, pues subsisten notables diferencias entre la *delegación* y lo que acaece en la *concesión administrativa*, marcándose así la distancia entre ambas figuras jurídicas.

En principio, hay que ver que la *delegación* es una técnica jurídica que sirve y expresa directamente el ejercicio del poder público; mientras que la *concesión administrativa* es una técnica jurídica que sirve – como mecanismo de actuación indirecta - a la gestión económica del poder público, en esferas con trascendencia inmediata sobre las necesidades generales (servicios, obras y bienes públicos). De ahí que en la *concesión administrativa*, el concesionario actúa, típicamente, en un campo de operaciones esencialmente empresarial, con ánimo de lucro, y con un ámbito de sujeción ordinario al Derecho Privado, cuando no existan regulaciones de carácter *iuspúblico* que deroguen la aplicación de dicho régimen jurídico, y de las que eventualmente puede derivar para él el ejercicio de alguna potestad pública con motivo de la actividad que desarrolla. Por su parte, en la *delegación*, el delegado actúa, de ordinario, en un marco funcional y de regulación de naturaleza pública.

En la transferencia de derechos y del ejercicio de poderes que implica la *concesión administrativa* subyace la consecución de fines contrapuestos: el fin público del concedente y el fin privado (de lucro) del concesionario. Mientras que en la *delegación* no hay esa contraposición de intereses, sino que tanto delegante como delegado actúan para satisfacer una finalidad general, como resultado del marco funcional en el que se inscriben ambos y al que responden las competencias delegadas.

Para José A. LÓPEZ PELLICER:

2.^a En el *aspecto objetivo*, el móvil de la delegación, dice Morell Ocaña, es el de dar una mayor participación en la gestión pública a los órganos representativos de las comunidades a las que el servicio beneficiará, la mayor eficacia administrativa y social, no la obtención de un beneficio económico por parte del delegado, mientras que el objeto de la concesión está constituido por aquellos servicios

públicos «que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresas particulares», (...).»³⁷⁶

La *delegación intersubjetiva* tiene como presupuesto el hecho de que ocurre, de modo característico, entre entes de naturaleza pública, donde el delegante se ubica en un nivel o grado de organización administrativa superior en relación con el delegado.³⁷⁷ El movimiento de derechos y el ejercicio de poderes jurídicos mediante la *concesión* puede darse entre entidades de esa naturaleza, pero su expresión básica es la de una entidad pública a un particular, el cual no puede decirse que se encuentra en un nivel de organización inferior al concedente, pues no forma parte de ningún nivel de organización de la Administración Pública, ni de la estructura pública en general.³⁷⁸

La *delegación* se realiza, previa habilitación normativa al efecto, a través de un acto de naturaleza unilateral, producto exclusivo de la voluntad del delegante, y donde la voluntad del delegatario no cumple función alguna, ni como elemento esencial del acto, ni como condición de su eficacia. Mientras que la transferencia que se da en la *concesión administrativa* es esencialmente bilateral,³⁷⁹ e implica necesariamente un consenso previo entre concedente y concesionario.³⁸⁰

La revocación de la *delegación* no implica una indemnización por daños y perjuicios a favor del delegado, pues éste último no adquiere por ella derechos que pasan a engrosar su patrimonio. Mientras que la revocación o

³⁷⁶ LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., p. 29.

³⁷⁷ Massimo Severo GIANNINI afirmaba: “Nadie puede decir con precisión que son la avocación y la delegación. Según un esquema teórico, (...); la segunda sería una transferencia de una autoridad superior a una autoridad subordinada, pero también es la transferencia de un ente, que podríamos denominar mayor, a un ente que podríamos así mismo denominar de carácter menor, por lo que esta relación no se produce necesariamente entre figuras subjetivas que se encuentran en relación de subordinación.” GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 306.

³⁷⁸ La distinción subjetiva entre uno y otro caso es recogida también por: LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., p. 29.

³⁷⁹ Roberto DROMI (*Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 606) al acoger a la concesión administrativa como una delegación, la caracterizaba como una *delegación convencional*.

³⁸⁰ Según señalaba José A. LÓPEZ PELLICER: “1.ª En el *aspecto subjetivo*, la delegación (intersubjetiva) es una relación jurídica entre entidades públicas, que en nuestro Derecho se origina mediante una decisión o acto unilateral del ente delegante; mientras que la concesión es una relación contractual entre la Administración que ostenta la titularidad del servicio y otro sujeto, sea éste un particular u otro ente, privado o público.” LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., p. 29

resolución anticipada de la concesión administrativa por motivos de interés público, genera indemnización en favor del concesionario, en virtud de la afectación patrimonial que, por esa vía, recae sobre él.

Estamos seguros que es posible apreciar otros elementos que han de servir para respaldar la distinción sustancial que sostenemos en este sentido,³⁸¹ pero creemos que con los puntos distintivos previamente expuestos es suficiente, para nuestro interés aquí; y en ellos adelantamos algunos elementos que nos sirven de base para nuestras conclusiones.

Lo primero que queremos reconocer es que, de modo eventual e incardinado dentro del contenido de la relación concesional, la Administración Pública concedente puede delegar el ejercicio de determinadas potestades jurídicas de carácter público, en función del necesario y adecuado desarrollo de la concesión administrativa de que se trate. Normalmente, tales prerrogativas se refieren a potestades jurídicas de policía (del servicio, la obra o el bien concedidos), de ocupación de bienes o expropiación, etc.; y no son de presencia esencial dentro del contenido de la concesión administrativa, aunque su delegación en el concesionario responde a las exigencias concretas que impone la realización de la concesión de que se trate. Estas potestades implican, indubitadamente, una cuota de ejercicio de poder público que el concesionario ejerce como delegado de la Administración Pública concedente, pues tales potestades son extrañas, en su índole misma, a la actividad ordinaria (básicamente, actividad económica con fines públicos, pero también animada por el lucro) que está llamado a desarrollar el gestor de la concesión administrativa, en el contexto de esa gestión y desde su condición subjetiva individual. Por lo que su actuación en ese espacio específico tiene aparejadas todas las consecuencias jurídicas correspondientes a esa condición delegada de naturaleza administrativa, cuya realización jurídica está regida por el régimen de Derecho Administrativo.

Sin embargo, esa cuota limitada de *delegación administrativa* – en la que se da una *delegación intersubjetiva* – que puede insertarse en el contenido del nexo concesional, no es la que caracteriza toda la dinámica funcional de la *concesión administrativa* - por sus características de inclusión eventual y alcance limitado -, y no arrastra a esta última categoría hacia el interior del campo general de la actuación administrativa delegada.

³⁸¹ Véase, por ejemplo, otros puntos de diferenciación al respecto que expusiera LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión administrativa en general”, ob. cit., pp. 29 y sigs., a raíz de la normativa española entonces vigente.

La *delegación* y la *concesión administrativa* son dos categorías jurídicas diferentes, que responden a presupuestos, y cumplen objetivos, existencias también diversos dentro del universo categorial del Derecho Administrativo. De ahí que no creemos coherente asumir la línea que califica como *delegación*, en su *genus*, la dinámica traslaticia que ampara la *concesión administrativa*, porque se desvirtuaría el significado y las implicaciones técnico-jurídicos que en el plano administrativo adquiere la *delegación* como figura. Y, como correlato, se adulteraría el significado y las implicaciones, en ese plano, de la propia *concesión administrativa* como categoría, pues no debe perderse de vista que esta resulta un medio para descargar de la Administración Pública, en la mayor medida posible, las implicaciones funcionales y económicas de la ejecución de la actividad concedida.

Precisamente, la condición de modo de gestión indirecta que determina el régimen jurídico correspondiente a la *concesión administrativa*, atenta contra su encuadramiento dentro del universo de la *delegación administrativa*. Esa condición instrumental indirecta, trasunta que no es la descarga del ejercicio de potestades públicas lo que distingue a la *concesión administrativa*, sino que por ella se descarga del aparato administrativo la organización y el funcionamiento de una actividad de trascendencia económica conectada directamente con la satisfacción de necesidades generales. Lo que hace entender que el concesionario no deriva, por la concesión, en pieza estructural propia de la organización administrativa, ni que su actuación ordinaria en la ejecución de la concesión se impregna normalmente de la sustancia de ese régimen organizacional. No se da en la *concesión administrativa* la solución de continuidad directa en la funcionalidad pública que traza la *delegación administrativa*.

Asimilar la *concesión administrativa* a una *delegación* – aunque sea en el lenguaje genérico, o en construcciones cuyo planteamiento nominal se valga de un rejuego terminológico que mate o varíe, en favor de esa construcción que se propugna, la idea propia de la segunda -, creemos que induce a la confusión de esas dos técnicas jurídicas con identidades propias, no sólo en cuanto a sus trazados conceptuales como instituciones jurídicas, pues también en ello se abre la posibilidad de confusión en la aplicación de sus regímenes jurídicos, con las correspondientes consecuencias que esa situación puede desplegar en la ordenación y realización de la relación concesional.

Si seguimos y descubrimos detenidamente la utilización y aplicación de la voz *delegación* en el espacio propio de la *concesión administrativa*, no es de extrañar que buena parte del contexto en que se utiliza, no resulta de

otra cosa que de una extensión terminológica en lenguaje corriente, y no estrictamente técnico-jurídico, que se hace a realidades jurídicas que externamente pueden asemejarse, pero que esencialmente y desde la arista de la técnica del Derecho (en este caso del Derecho Administrativo) difieren entre sí, constituyendo figuras distintas.³⁸² Extensión que luego es productora de confusiones e imprecisiones en la determinación de los diversos tipos jurídicos, que no redundan en una depuración de la técnica jurídica, ni en la adecuada ordenación normativa y realización práctica de tales tipos. Esa circunstancia en torno a la utilización del lenguaje, no es difícil de constatar dentro del propio Derecho Administrativo, quizás por la indeterminación que aún subsiste en varias de sus categorías características; y que tiene en el propio instituto de la *concesión administrativa* un claro ejemplo de esa extensión terminológica a la que nos referimos.

No nos es posible terminar estas disquisiciones sobre el empleo del calificativo de *delegación* en la concesión administrativa, sin tomar noticia de una categoría administrativa que se ha impuesto definitivamente en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina francesas desde inicios de la década de 1990.³⁸³ Esta categoría es la llamada *gestión delegada de servicios públicos*

³⁸² Fernando ALBI, en relación con el desplazamiento de atribuciones de la Administración Pública al concesionario que se produce en la concesión, escribía: “(...) Unas veces se habla de delegación, otras de subrogación, y otras de transferencia. Ello constituye, en esencia, meros matices de una idea idéntica: la sustitución de una persona por otra.”; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 522. Recordemos también aquí, de nuevo, lo afirmado por Miguel S. MARIENHOFF cuando planteaba: “(...) Es posible que, en estos casos, el uso del vocablo “delegación” obedezca, de parte de autores y tribunales, a una simple impropiedad del lenguaje: a la mera utilización de una expresión indebida, cuyo verdadero alcance no fue advertido.”; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 583.

³⁸³ De manera resumida, Joël CARBAJO refería en relación con esta denominación: “La expresión contrato de delegación de servicio público, ya utilizada en una circular de 7 de agosto de 1987 relativa a la gestión delegada de los servicios públicos locales (J.O., 20 dic. de 1987, p. 14863), es retomada por su cuenta por el legislador en la ley de orientación nº 92-125 de 6 de febrero de 1992 relativa a la administración territorial de la República (J.O. 8 feb., p. 2064) y en la ley nº 93-122 de 29 de enero de 1993 relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos (J.O. 30 en., p. 1588), modificada por la ley nº 94-679 de 8 agosto de 1994 contentiva de diversas disposiciones de orden económico y financiero (J.O. 10 de agosto, p. 11668) y por la ley nº 95-127 du 8 de febrero de 1995 relativa a los contratos de obras y a las delegaciones de servicios públicos (J.O. 9 feb., p. 2186).”; CARBAJO, Joël, *Droit des services publics*, 3^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1997, p. 93. Es de provecho que se vean las explicaciones de Jean-François AUBY y Oliver RAYMONDIE, ob. cit., p. 409, sobre el origen de la expresión *délégation de service public*.

(*gestion déléguée des services publics*) o *delegación de servicios públicos* (*délégation de services publics*).

La *gestión delegada de los servicios públicos* en el Derecho Administrativo francés, se refiere a la gestión indirecta de los mismos. Es el nombre genérico de la técnica jurídica englobadora a través de la cual la Administración Pública le otorga la gestión de un servicio público a una entidad diferente de ella (el supuesto más característico es cuando esa entidad resulta una empresa privada); y esa delegación puede hacerse por vía contractual o por medio de un acto administrativo. Para el supuesto contractual, se configura entonces lo que allí se conoce como *contratos de delegación de servicios públicos* (*contrats de délégation de service public*) o *delegación contractual de servicios públicos* (*délégation contractuelle des services publics*);³⁸⁴ de los que la *concesión de servicio público* viene a ser una categoría específica o singular, junto con *l'affermage* (entendida como una especie de concesión donde el gestor o *fermier* no asume los gastos de las instalaciones que son realizados por la Administración Pública, y debe pagar a esta última por la explotación del servicio; su duración tiende a ser más corta que la concesión pues el *fermier* no tiene que amortizar las inversiones de las instalaciones) y la *régie intéressée*.³⁸⁵

³⁸⁴ Entre otros, puede verse, DOUENCE, Jean Claude, “La gestion du service public”, en MOREAU, Jacques, (sous la direction de), *Droit Public*, Tome II, *Droit Administratif*, 3^e édition, Ed. Économica, Paris, 1995, pp. 977 y sigs. En la p. 98, este francés concluía: “En definitiva, tras la ley de 29 de enero de 1993, la nueva categoría de contratos de delegación de servicio público engloba indistintamente todos los contratos por los cuales una colectividad pública confía la ejecución de un servicio público a un organismo distinto cualquiera sea la naturaleza del servicio público (incluido el administrativo), cualesquiera sean las modalidades de la delegación resultante del ejercicio de la libertad contractual y, bien, comprendido, cualquiera sea la persona beneficiaria de la delegación salvo aquella que disponga de un monopolio.” Por su lado, Oliver RAYMONDIE acotaba: “(...) Noción actualizada de la concesión, la gestión delegada reagrupará entonces un cierto número de contratos unidos por el hecho de que todas tendrán por objeto soportar la organización del servicio público.”; RAYMONDIE, Oliver, *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Première édition, Publications du Moniteur (Éditions Le Moniteur), Paris, 1995, p. 63.

³⁸⁵ Según CHAPUS, por la *régie intéressée* el aseguramiento del servicio público: “(...) es confiado por contrato a un organismo, público o privado, que se va a encontrar, no en la situación (como el concesionario) de un empresario, sino en aquella de un gestor y, más exactamente, de un gestor interesado”; luego recogía: “Como el Sr. Waline lo ha mostrado, lo que es específico de la gestión interesada, es el hecho de que la remuneración del gestor depende, no de los beneficios que él ha realizado (como es el caso del concesionario) si no otros resultantes de su gestión: economía realizada, ganancias en productividad, extensión del servicio, mejoramiento de su calidad. Atribuyendo más importancia a tal

De tal suerte, desde la década de 1990 comenzó a imponerse esta figura de la *délégation contractuelle de service public* dentro del Derecho Administrativo francés, dando lugar a una categoría genérica o un *genus* (en el Derecho Administrativo español se da el caso con el supuesto del *contrato de gestión de servicios*), que muestra hoy un régimen jurídico con tendencia unitaria que trata de acercar en él a los diversos tipos jurídicos que engloba. Así las cosas, el Derecho Administrativo francés deja ver una línea por la que se ha ido desplazando gradualmente, incluso en la nomenclatura jurídica, la concesión de servicios públicos en favor de la *délégation contractuelle de service public*.³⁸⁶

III.2.3-) Atendiendo a la entidad concedente o al titular del objeto concedido

Otro criterio que puede adoptarse para agrupar a las concesiones administrativas toma como base la competencia del ente concedente, aspecto de agrupación que se conecta también con quién es el titular del objeto a conceder y que se relaciona igualmente con el alcance fáctico y la relevancia político-económica de ese objeto para los intereses de la colectividad.

El acto concesional puede tener como sujeto concedente a una Administración Pública de carácter central o una de carácter local, según sea la atribución de competencias que se realice a efectos del otorgamiento de la concesión o según sea la naturaleza de la entidad titular del objeto a conceder.

Partiendo de ese criterio, podemos encontrarnos con:

- a-) concesiones administrativas generales o centrales, que serán aquellas otorgadas por la Administración Pública central, como entidad competente para efectuar dicho otorgamiento o como titular del servicio, la obra o el bien públicos concedidos;
- b-) concesiones administrativas locales, que serán aquellas otorgadas por las Administraciones Públicas locales con competencia para

o cual de estos resultantes, la colectividad territorial orientará la gestión sobre los fines que le parezcan prioritarios”; y seguidamente anotaba: “El estatuto de la RATP (creado por la ley de 21 de marzo de 1948, sobre la forma de un establecimiento público nacional industrial y comercial) ilustra lo que puede ser la técnica de la *régie intéressée*.” CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, ob. cit, p. 644.

³⁸⁶ Sería provechoso aquí ver lo que afirmara LONG, Marceau, “Preface”, en BEZANÇON, Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et des services publics. Contribution à l’histoire administrative de la délégation de mission publique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 1999, p. IX.

ello o en las que el objeto a conceder figure bajo la titularidad de la entidad administrativa local.

III.2.4-) Atendiendo a la iniciativa en el otorgamiento

Este es un punto de vista distintivo que atiende a la parte que activa o impulsa el procedimiento de otorgamiento de la concesión. Como criterio, ha de estar en consonancia con los procedimientos de selección del concesionario o de otorgamiento de la concesión que se diseñen en cada ordenamiento jurídico.

En virtud de ese ángulo de distinción, las concesiones administrativas pueden ser:

- a-) concesiones que se otorgan a iniciativa de la Administración Pública, del concedente o de oficio;
- b-) concesiones que se otorgan a iniciativa del interesado o potencial concesionario o *concesiones rogadas*.

En el primer supuesto, y como su nombre lo indica, es la Administración Pública concedente quien realiza las actuaciones iniciales para poner en marcha el procedimiento administrativo que culminará con la atribución de un objeto en concesión a una persona determinada. Aquí, es el ente público concedente quien da el primer paso o quien realiza el impulso del procedimiento en pos del otorgamiento concesional. Normalmente, el mecanismo está vinculado a procedimientos licitadores (por lo que no ha faltado quien aluda a las *concesiones licitadas*³⁸⁷).

En el segundo supuesto, es la persona (o una de ellas) interesada en ser concesionaria quien realiza las primeras actuaciones en función de la adjudicación de la concesión administrativa; es ella quien le da el impulso al procedimiento administrativo en este caso. Este tipo de concesión, la *concesión rogada*, es conocido también entre los autores como *concesión a iniciativa privada* o *a iniciativa del particular*.³⁸⁸

³⁸⁷ Así, por ejemplo: CARO-PATÓN CARMONA, Isabel, *El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 207, y 219 y sigs., quien, a su vez, se apoyaba en la distinción que realizara Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en su obra *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídicos-administrativos*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1966, pp. 263 y sigs., en la que, a tenor de las regulaciones vigentes entonces en el ordenamiento positivo español, la alusión que se hacía correspondía a las *concesiones concursadas*.

³⁸⁸ V. gr.: GÓMEZ GONZÁLEZ, Mariano, ob. cit., pág. 854; ABELLÁN, Carmelo, ob. cit., pp. 856 y 857; LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., pp. 45 y sigs.

Mas, nosotros hemos preferido enunciarla como concesiones administrativas que se otorgan *a iniciativa del interesado o del potencial concesionario o concesiones rogadas*³⁸⁹, porque, la posibilidad cierta de ser concesionario se abre hoy más allá de los privados y alcanza también a las entidades públicas; y si bien los primeros son los más en la vida actual, también hay que tener en cuenta las segundas porque existen igualmente.

Creemos que si hablamos de iniciativa privada o de iniciativa de los particulares en al ámbito del otorgamiento de las concesiones, se puede correr el riesgo de dar a entender que sólo una entidad privada puede tener la posibilidad de ejercer esa iniciativa para adjudicarse la concesión, cuando de la misma manera una entidad pública puede ser la iniciadora del procedimiento de otorgamiento de la concesión administrativa para convertirse en concesionaria. Se pecaría así, al menos formalmente, de restricción en la referencia al universo subjetivo de potenciales concesionarios, al circunscribir el alcance de estos últimos sólo a una parte de los personas - las privadas o particulares, en este caso – que efectivamente pueden tener la posibilidad de llevar la iniciativa en el otorgamiento de las concesiones, cuando ya se asume pacíficamente que no tiene necesariamente que ser así, pues se da cabida lícitamente a que las personas públicas ostenten y realicen igualmente esa posibilidad.

Este tipo de concesión que referimos, de ordinario, se configura en las casos de concesiones regladas, y en aquellos en que los procedimientos de selección del concesionario o de otorgamiento de la concesión, prevén sus actos de impulso a partir de la presentación de solicitudes o propuestas por parte de los interesados en adjudicarse la condición de concesionario.

III.2.5-) Atendiendo a la configuración del otorgamiento de la concesión como de carácter discrecional o de carácter reglado

A lo largo del desarrollo teórico-positivo de la concesión administrativa, se han dibujado dos especies de la misma atendiendo a si el otorgamiento de la concesión administrativa se configura con un carácter discrecional o con un carácter reglado.³⁹⁰

³⁸⁹ Esta última denominación es utilizada entre otros, y sólo lo destacamos como criterio ilustrador, por: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, en *Aguas públicas y obras hidráulicas...*, ob. cit., p. 257; y GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, ob. cit., p. 139.

³⁹⁰ Muy llamativas resultan las palabras del español Alfredo GALLEGO ANABITARTE, con motivo de las concesiones de aguas subterráneas, pues introducen un interesante matiz en

Partiendo de ese criterio distintivo se han clasificado las concesiones en:

- a-) regladas, obligatorias o no discrecionales;
- b-) discrecionales.

Estaremos frente a una *concesión reglada, obligatoria o no discrecional* cuando la Administración Pública viene obligada o compulsada por la ley a otorgarle una concesión administrativa a cierto sujeto cuando se cumplan o se reúnan los requisitos o condicionamientos que la propia normativa establezca para que proceda dicho otorgamiento, sin que se le permita decidir discrecionalmente si efectúa o no ese otorgamiento.³⁹¹ Esta especie concesional se produce generalmente a instancia del potencial concesionario o interesado y tiene en algunas de las concesiones *demaniales* a sus ejemplos clásicos.³⁹²

En sentido contrario, las concesiones discrecionales serán aquellas en que la Administración Pública tenga configurado el otorgamiento de la concesión administrativa con un carácter discrecional.

III.2.6-) Atendiendo al elemento temporal

Por regla general, las concesiones administrativas son otorgadas por un espacio de tiempo determinado. De ahí que sean actos jurídicos sometidos a un término resolutorio (actos de carácter temporal).

A pesar de esa regla, han existido supuestos en los que no se fija un plazo a la concesión; e, incluso, en épocas anteriores se dieron casos en los que las concesiones eran otorgadas a perpetuidad.

Bajo esa situación, y atendiendo al elemento temporal de las concesiones, se han vislumbrado históricamente tres tipos de concesiones:

torno a la consideración de la discrecionalidad en el otorgamiento de las concesiones, al alzarse, precisamente, contra la apreciación de la presencia de dicho elemento. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Concesiones de aguas continentales", en AA.VV., *Dominio Público: Aguas y costas*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 37 y sigs.

³⁹¹ Así, entre otros, MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 250; PRESUTTI, Errico, ob. cit., p. 385. En Cuba, Fernando ÁLVAREZ TABÍO, recogía a través de referencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo cubano, la presencia de estos tipos de concesiones; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1954, p. 539

³⁹² Resulta provechoso traer a colación aquí las palabras de Massimo Severo GIANNINI cuando afirmaba que: "(...) existen casos en los que la concesión viene establecida por normas, como p. ej. la recaudación de los impuestos directos: se da así la figura anómala de las concesiones "necesarias" de un servicio." GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 269.

- a-) concesión administrativa a perpetuidad o definitiva;³⁹³
- b-) concesión administrativa por tiempo indeterminado, denominada también sin plazo (sin plazo limitado) o precaria (*in precarium*) o precarial; de la cual no se deriva o constituye un derecho estable a favor del concesionario, puede ser revocada o resuelta (según se entienda el acto de concesión en su naturaleza jurídica) en todo momento y no implica indemnización o derecho de indemnización a favor del concesionario;³⁹⁴
- c-) concesión administrativa con plazo fijo, temporal o temporaria, o concesiones firmes;³⁹⁵ donde el plazo sí viene determinado en el acto o en las disposiciones legales; variando en dependencia del tipo de concesión y de los criterios económicos y financieros que la rodeen.

Los ejemplos históricos típicos de las concesiones perpetuas y las que son por tiempo indeterminado (*precarias*), se ubican en las concesiones de bienes de dominio público.

³⁹³ En la visión particular de José CRETILLA JÚNIOR *concesiones perpetuas* son “(...) *as que se outorgam, não indefinidamente, mas durante tôda a vida da empresa. Extinta esta, desaparece a outorga da concessão.* (...)”. CRETILLA JÚNIOR, José, ob. cit., pp. 141 y 142.

³⁹⁴ Sobre el precario en el Derecho Administrativo y en las concesiones administrativas, pueden ser de utilidad, entre otros: MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, Cirilo, *Algo sobre el precario administrativo municipal*, Publicaciones del Instituto García Oviedo, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1956; PÉREZ OLEA, Manuel, “Las concesiones de dominio público a título de precario”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, Septiembre-Diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 187 y sigs.; LEGUINA VILLA, Jesús, “Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, No. 68, 1972, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 9 y sigs.; DE ASÍS ROIG, Agustín E., “Tres sentencias sobre la cláusula de precario en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 116, Mayo-Agosto, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 131 y sigs.; GRECCO, Carlos Manuel y MUÑOZ, Guillermo Andrés, *La precariedad en los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, en todo; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Tiempo y concesión de dominio público. Precario; tiempo indefinido o son plazo limitado; tiempo limitado; perpetuidad o propiedad”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XXIX, No. 145 bis, *Número especial monográfico sobre puertos*, 1995, Editorial Montecorvo, Madrid, pp. 155 y sigs.; DESDENTADO DAROCA, Eva, *El precario administrativo...*, ob. cit., en todo; FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael, “Sobre la figura jurídica del precario (con especial referencia a su aplicación al dominio público)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 126, Abril-Junio, 2005, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), pp. 264 y sigs.

³⁹⁵ Así se han denominado, por ejemplo por: GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, monte, minas*, ob. cit., p. 64; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Tiempo y concesión de dominio público...”, ob. cit., pp. 155 y sigs.

En la actualidad, y desde hace mucho tiempo, la tendencia mayoritaria en relación con las concesiones de servicio público y de obra pública es a rechazar la perpetuidad (en tanto ello constituiría una enajenación de competencias de la Administración Pública)³⁹⁶ y la indeterminación temporal de ellas por los problemas para la funcionalidad de la relación jurídica que puede aparejar.

Las concesiones precarias continúan centrándose en las concesiones demaniales, constituyéndose en la excepción a la regla general de la temporalidad cierta de las concesiones, a pesar de las voces que se han levantado contra la aceptación de la figura concesional *in precarium*.

En un botón de muestra de alguna de las opiniones señaladas al respecto, tenemos la de Miguel S. MARIENHOFF, quien exponía en relación con las concesiones sin plazo:

“El criterio del “*tiempo indeterminado*”, o “sin plazo”, debe excluirse en materia de *concesiones*, pues él no es propio de éstas sino del mero “*permiso*”. Además, los cocontratantes serios difícilmente expondrían sus capitales en base a una concesión carente de plazo, ya que, faltando éste, la Administración Pública puede dar por extinguida en cualquier momento la concesión, máxime cuando, en este orden de ideas, no hay, en general, derechos ni plazos implícitos. Una “*concesión*” sin plazo, por “*tiempo indeterminado*”, no es tal “*concesión*” sino un mero “*permiso*”, revocable en cualquier momento. (...). Por tanto, en materia de “*concesiones de servicios públicos*” debe excluirse por completo su otorgamiento por “*tiempo indeterminado*” o “sin plazo”: así lo requiere la lealtad que debe prevalecer en los negocios jurídicos y la “*seguridad*” que éstos reclaman.”⁽³⁹⁷⁾

En otra variante clasificatoria relacionada con el tiempo al que han de estar sujeta las concesiones administrativas, en este caso atendiendo al período concreto que se tiene fijado para su duración, se ha distinguido también – en dependencia de los diseños normativos al respecto, que toman en cuenta

³⁹⁶ El uruguayo Julio A. PRAT es de los que enfáticamente ha concluido que: “La concesión siempre es temporaria. No puede existir concesión sin plazo, porque ello implica de parte de la Administración enajenar parcialmente su competencia, lo que le está prohibido.” PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, Tomo III, Volumen 2, *Actos y contratos administrativos*, Acali Editorial, Montevideo, 1978, p. 283.

³⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 610.

para articularse criterios de índole variada – entre *concesiones a largo plazo* y *concesiones a corto plazo*.³⁹⁸

III.2.7-) Atendiendo a la presencia dentro del contenido de la relación concesional de privilegios en favor del concesionario

Los principales privilegios que se le pueden otorgar a un concesionario son el de *preferencia*, el de *exclusividad*, y el *monopolio* (de derecho o legal). Además de los mencionados, pueden ser otorgados a los concesionarios otros privilegios como son las exenciones fiscales.

Tomando como base esos posibles privilegios, se ha podido clasificar a las concesiones, específicamente de servicio público, según la presencia de estos privilegios en:

- a-) concesiones a título preferencial;
- b-) concesiones a título exclusivo;
- c-) concesiones con monopolio de derecho;
- d-) y concesiones sin privilegios.

Gastón JÈZE hacía una clasificación siguiendo la forma en que se organizaba el servicio:

“El servicio público, objeto de la concesión, puede ser organizado en *monopolio de derecho*, en *monopolio de hecho*, o sin *ningún monopolio*. Los contratos de concesión de servicio público deben, pues, clasificarse en cuatro grandes categorías:

- 1^a) contratos de concesión de servicio público con *monopolio de derecho*;
- 2^a) contratos de concesión de servicio público con *monopolio puramente de hecho*;
- 3^a) contratos de concesión de servicio público con *monopolio de hecho* (concesiones a título exclusivo);
- 4^a) contratos de concesión de servicio público *no monopolizados*.”³⁹⁹

³⁹⁸ Por ejemplo: CRETILLA JÚNIOR, José, ob. cit., pp. 141 y 142, quien señalaba que las *concesiones a largo plazo* eran las que se extendían por un período de medio siglo o más; y las *concesiones a corto plazo* eran las que se extendían por un período menor a medio siglo.

³⁹⁹ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 394. El profesor francés (pp. 396 y 397) llamaba monopolio puramente de hecho, o precario, al que “(...) resulta sólo de la naturaleza material de la instalación del servicio público concedido (...), cuando el acto de concesión no contiene ningún compromiso de concesión a título exclusivo (...)”. Para

La concesión a título preferencial (con preferencia del concesionario o con cláusula de preferencia o preferencial; también puede llamarse *derecho de preferencia* o *derecho de prioridad*) será aquella en la que se le reconozca al concesionario – frente a otros interesados - el derecho de preferirlo al tiempo de otorgar una ampliación o ensanchamiento del objeto concedido o al momento de adjudicar nuevamente la concesión una vez expirado su término, cuando las condiciones que presente u ofrezca sean similares en comparación con otros interesados en adjudicarse la concesión.⁴⁰⁰

Las concesiones exclusivas o con cláusula de exclusividad serán aquellas en que se dispone que el concedente debe abstenerse de otorgar otras concesiones que recaigan sobre el mismo objeto concedido (fundamentalmente el servicio público).⁴⁰¹

Como indicara LANDI,

“(…) En cuanto la administración usa legítimamente de su poder, en el negar o en el impedir al tercero el desenvolvimiento de la actividad entrante en el tipo descrito, es claro que ella posee, (...) un propio *ius prohibendi*. (...)”⁴⁰²

Por la vía de la cláusula de exclusividad, se le otorga el derecho (privilegio) al concesionario de ser él quien exclusivamente, por un período de tiempo determinado, realice el objeto de la concesión en cuestión.

JÈZE (p. 398) este tipo de concesión “(...) Resulta únicamente de las dificultades materiales existentes para la instalación de competidores.” Enrique SAYAGUÉS LASO hablaba de concesiones de servicio público con cláusula de no mejores condiciones, con cláusula de preferencia, con cláusula de exclusividad y concesiones de servicio con monopolio; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 43 y sigs. Ver también: PRAT, Julio A., ob. cit., p. 285; DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación Administrativa*, 2^{da} edición, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 392. Asimismo: FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, ob. cit., pp. 261 y sigs.

⁴⁰⁰ Sobre esta cuestión de la preferencia pueden verse, entre otros: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 418 y sigs.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 44; BRITO, Mariano, ob. cit., p. 68.

⁴⁰¹ Sobre la exclusividad en las concesiones pueden verse, entre otros: HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., pp. 760 y sigs.; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 400 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 562; LANDI, Guido, *La concessione amministrativa con clausola di esclusiva*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1941, pp. 61 y sigs.; PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., pp. 27 y sigs.; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *Tratado de Direito Administrativo*, Volume IV, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro - São Paulo, 1943, pp. 399 y 400; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 44 y 45; MARIENHOFF, Miguel, S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 622 y sigs.; BRITO, Mariano, ob. cit., pp. 69 y sigs.

⁴⁰² LANDI, Guido, ob. cit., p. 124.

La justificación de este título exclusivo o cláusula de exclusividad se ha cifrado, por un lado, en las consecuencias negativas que para la colectividad pudieran originarse a través de la competencia entre los concesionarios de un mismo servicio, haciendo más oneroso el servicio para los usuarios o dando lugar a otro tipo de acción perturbadora,⁴⁰³ y, en consonancia con ello, está también la idea de que la exclusividad opera como un mecanismo de garantía económica para el concesionario beneficiario de la misma.⁴⁰⁴ Por demás, el título exclusivo en las concesiones de servicio público funciona como un incentivo para los inversionistas; es una vía para el fomento y atracción de los interesados en empresas de tal naturaleza.

Es una observación acogida en la literatura jurídica por los más diversos estudiosos que por la concesión a título exclusivo se crea un monopolio de hecho (o impropio) sobre la prestación del servicio a favor del concesionario.⁴⁰⁵ Pero, se llama la atención sobre la idea de no confundir la situación de monopolio de facto que se crea con la de monopolio de derecho (monopolio en sentido propio).⁴⁰⁶ Mientras que por el segundo se impide por disposición normativa que las personas procuren las prestaciones sometidas

⁴⁰³ Ver, por ejemplo, lo que al efecto se planteaba en: WALINE, Marcel su *Traité...*, ob. cit., p. 383; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., p. 427; también de GRECA, “El privilegio...”, ob. cit., p. 311. SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 45; BRITO, Mariano, ob. cit., pp. 69 y sigs.

⁴⁰⁴ En un análisis retrospectivo sobre el caso francés, José Luis MEILÁN GIL acogía: “Ese derecho de exclusiva se justifica en las conclusiones de los comisarios de Gobierno en distintos *arrêts* por razones estrictamente económicas. Se trata de «dar al concesionario una certeza absoluta respecto de los beneficios». (...)”. MEILÁN GIL, José Luis, *Progreso tecnológico y servicio público*, 1^{ra} edición, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., 2006, p. 68.

⁴⁰⁵ Por ejemplo, ver: MOREAU, Félix, ob. cit., p. 735; HAURIU, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 760; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 394; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 562; RODIÈRE, René, *Droit des transports. Transports ferroviaires, routiers, aériens et par batellerie*, Tomo I, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1953, p. 283; LANDI, Guido, ob. cit., pp. 66 y 67; GABRIELI, Francesco Pantaleo, “Le concessioni amministrative nella elaborazione giurisprudenziale della Cassazione Unificata”, en *Rivista di Diritto Pubblico. La Giustizia Amministrativa*, 1942-XX, parte prima, Serie II, Anno XXXIV della Rivista di Diritto Pubblico, Anno LIII de la Giustizia Amministrativa, Roma, p. 212; CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., pág. 542; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, ob. cit., pp. 394 y sigs; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 45.

⁴⁰⁶ Entre otros, ver: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 403 y sigs.; LENTINI, Arturo, ob. cit., p. 610; MARCELLO, Caetano, *Manual...*, ob. cit., p. 542; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, ob. cit., pp. 395 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 562; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 45; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 626 y sigs.

al monopolio por otra vía que no sea obteniéndola del concesionario; por el primero sólo se excluye la concurrencia de otros concesionarios, pero no el hecho de que las personas obtengan las prestaciones concedidas de otras fuentes que no sea el concesionario.⁴⁰⁷

Las concesiones de servicio público con monopolio⁴⁰⁸ serán aquellas acompañadas por la prescripción legal que otorga al concesionario el carácter de única fuente generadora del servicio y la consecuente supresión de la posibilidad de que las personas obtengan las prestaciones que constituyen el servicio de otra fuente que no sea el concesionario.⁴⁰⁹

III.2.8-) Atendiendo a la realización por el concedente de ayudas económicas a favor del concesionario

En su planteamiento clásico liberal, la concesión administrativa presupuso que el concesionario fuera el que asumiera desde el punto de vista

⁴⁰⁷ En palabras de Gastón JÈZE: “El monopolio de derecho es la prohibición impuesta a los que no son concesionarios, de suministrar determinada categoría de prestación. Por tanto, la concesión a título exclusivo no impide que los individuos se procuren la prestación recurriendo a otros que no sean los concesionarios. No existe compromiso, de parte de la Administración, para impedir en absoluto la competencia. La *competencia* se hace más difícil, pero *sigue siendo posible*; el público puede obtener la prestación de quien no es el concesionario.”; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 404. En este sentido se expresaba MARCELLO, Caetano, *Manual...*, ob. cit., p. 541; y SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 45; también MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 627. Ver cómo se expresaba: LANDI, Guido, ob. cit., pp. 67 y 130.

⁴⁰⁸ FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 277: “(...) un monopolio de derecho se origina solamente en los casos en que la ley reserva directamente al Estado o al Municipio determinadas actividades, cuyo ejercicio prohíbe a los particulares.” JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 24: “Puede suceder que el servicio público haya sido erigido en monopolio: en este, los individuos no podrán obtener la prestación sino de los agentes puestos al frente del servicio público.” SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 48: “(...) En este caso, además de concederse el servicio al concesionario, se le da el monopolio de esas actividades individuales (...).” GORDILLO, Agustín: “En los servicios públicos el monopolio (...) está impuesto por el Estado mediante un acto normativo, otorgando a una persona determinada privilegios legales específicos para prestarlo por determinado tiempo y bajo determinadas condiciones. (...)”; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II, *La defensa del usuario y del administrado*, 1^{era} edición (10^{ma} edición como *Tratado de Derecho Administrativo*), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, p. VI-18.

⁴⁰⁹ Sobre esto pueden verse, entre otros: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 393 y sigs.; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, ob. cit., pp. 119 y sigs., *El servicio público...*, ob. cit., pp. 133 y sigs., *Tratado...*, ob. cit., pp. 489 y sigs.; PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., pp. 27 y sigs.; BIELSA, Rafael, “Los monopolios...”, ob. cit., pp. 254 y sigs.; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., pp. 412 y sigs.; también de GRECA, “El privilegio...”, ob. cit., pp. 319 y sigs.

económico la realización del objeto de la concesión, obteniendo su remuneración de los usuarios o beneficiarios de la actividad concedida o del producto de la explotación de su objeto. Ese presupuesto determinaba que el concesionario debía hacer frente, con su patrimonio, a los avatares económicos que la concesión implica (principio de riesgo y ventura). Convirtiendo a esa institución jurídica en una vía por la que la Administración Pública descargaba el riesgo económico de la actividad que involucraba.

Sin embargo, la posterior evolución de la vida estatal, con la consecuente evolución de las necesidades colectivas y las formas para conseguir satisfacer esas necesidades e intereses, propició una adaptación de la figura de la concesión administrativa; trayendo consigo ciertas variaciones en sus postulados clásicos. Las exigencias de la vida colectiva a través de los siglos XIX y XX afianzaron la posibilidad, sin trastocar la esencia de la concesión, de que el concedente pudiera intervenir económicamente en el desarrollo de la concesión cuando fuera pertinente, realizando aportaciones económicas al concesionario, como ayuda en el proceso inversor que debe realizar o con una finalidad remuneradora por la actividad que éste último realiza.

El criterio de conveniencia para el interés público de que el concesionario efectúe la actividad concedida (mantener su prestación por concesión y por el concesionario que se encuentra desarrollándola) y que dicha actividad se realice o continúe realizando por su carácter necesario e indispensable para la comunidad, provoca que durante el proceso inversor inicial que requiere la concesión o durante el período en que propiamente se desenvuelve la misma, el ente concedente otorgue o pueda otorgar una ayuda financiera a favor del concesionario y para el desarrollo de la actividad concedida.⁴¹⁰ Esta ayuda beneficia tanto al concesionario, en cuanto recibe directamente una inyección de recursos, como a los miembros de la colectividad que utilizan o se benefician con la realización de la concesión administrativa, en tanto esa ayuda financiera permite el mantenimiento de la realización de la actividad objeto de la concesión o porque al cubrir todo o una parte del costo de esa actividad con esa ayuda, se reducen los pagos que deben

⁴¹⁰ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo V, ob. cit., p. 170, apuntaba: “La tasa es la forma normal de remuneración del concesionario del servicio. Pero no la única. Cuando la concesión exige grandes inversiones de capitales (por ejemplo, obras públicas), la Administración participa, en forma más o menos considerable, en *los gastos de instalación (...)*”; para así concluir: “Las principales formas de participación financiera son: 1ª) la *subvención*; 2ª) la *garantía de intereses*; 3ª) el *préstamo sin interés o interés reducido*.”

realizar los usuarios o beneficiarios de la misma por el uso o beneficio que esta actividad reporta.

A partir de esa realidad, se ha presentado una clasificación de las concesiones administrativas que las segmenta en:

- a-) *concesiones con subvención o subvencionadas;*
- b-) *concesiones con garantía de interés;*
- c-) *y concesiones sin subvención.*

La figura de la concesión administrativa subvencionada se tipifica a partir de la presencia de la subvención.

La subvención es considerada por la doctrina como una técnica o medio económico de la actividad administrativa de fomento (de promoción o de otorgamiento de ayudas)⁴¹¹ y su definición se ha movido en los planos estricto y amplio. Estrictamente, puede definirse como una atribución patrimonial o desplazamiento patrimonial de carácter no reembolsable, realizado por la Administración Pública a favor de una persona privada para que realice una actividad necesaria para la colectividad y con una finalidad colectiva. En su concepción amplia, subvención es todo desplazamiento patrimonial no reembolsable realizado por la Administración Pública a favor de una persona para la realización de una actividad necesaria para la comunidad y con un fin colectivo.

En materia de concesiones administrativas,⁴¹² las subvenciones pueden constituirse de una sola entrega o entregas periódicas, en dependencia del

⁴¹¹ Sobre el concepto de *fomento* o *actividad de fomento*, por ejemplo y sin ánimos de mayores precisiones, puede verse el clásico trabajo del español Luis JORDANA DE POZAS, ob. cit., pp. 41 y sigs. Para JORDANA DE POZAS (p. 46) el fomento es "(...) la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos."

⁴¹² El profesor argentino Guillermo E. FANELLI EVANS hubo de destacar una clasificación de las subvenciones en las concesiones administrativas que nos parece oportuno reseñar. Según su planteamiento, ellas pueden ser: 1) en abstracto, es decir, a las empresas concesionarias, con independencia de las obras o servicios que constituyen o presten. Tal será el caso de aportes que el Estado efectúe para proteger, estimular, remediar o paliar una delicada situación financiera de alguna o algunas de ellas; 2) en concreto, esto es en atención a una obra o servicio en especial. Éstas pueden a su vez subdividirse en: 2.1) indirectas, 2.1.1) indirectas mediatas, para financiar el precio de insumos de la obra o servicio, 2.1.2) indirectas inmediatas, concurriendo a solventar todo o parte de las tarifas artificialmente reducidas por razones políticas o económicas, 2.2) directa al usuario para afrontar el pago del precio de la obra o servicio." FANELLI EVANS, Guillermo E., "La subvenciones en las concesiones de obras y de servicios", en CASSAGNE, Juan Carlos (Director) *et al*, *Derecho*

objetivo inmediato que cumplan. El caso típico de las subvenciones que conllevan entregas periódicas es cuando constituyen la fuente o una fuente, conjugándose con otras, de remuneración para el concesionario, ante el hecho de que el servicio que se presta o la explotación de la obra no produzcan ganancias obtenidas directamente de los usuarios (es el caso, por ejemplo, de algunos servicios concedidos que no son de índole industrial o comercial o que siendo de esa naturaleza se prestan gratuitamente para el público); o porque sí se producen ganancias, pero éstas son deficitarias. En este último supuesto de entregas periódicas, las subvenciones pueden ser parciales o totales en la medida en que estén destinadas a cubrir una parte o todo el pago de los usuarios por la utilización de la obra o el servicio (finalidad retributiva).⁴¹³

Las concesiones administrativas con garantía de interés están particularizadas por la existencia de tal garantía.

En la definición de Roger BONNARD:

“La garantía de interés consiste en que, si el producto de la explotación no es suficiente para asegurar los intereses del capital comprometido por el concesionario, la autoridad concedente suministra, sobre la forma de avances reembolsables, las sumas necesarias para el pago de esos intereses.”⁴¹⁴

Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo Perrot, S.A., Buenos Aires, 1998, p. 916.

⁴¹³ Sobre este supuesto de subvención en específico, y su funcionalidad dentro de la concesión, escribió en su momento LOPEZ PELLICER, José A., “La concesión de servicios locales”, en LÓPEZ PELLICER, José A. y SÁNCHEZ DÍAZ, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, pp. 130 y 131: “(...) la aplicación de este elemento económico dentro del régimen de la concesión (...), reviste unas características peculiares que no sólo limitan su significado a un supuesto de auxilio económico directo, sino que desvirtúan la naturaleza propia de este típico medio de acción administrativa de fomento, al configurarla no como un estímulo o subvención propiamente dicha, sino como el *precio* de un contrato concertado por la Corporación Local con el concesionario (subvención-precio o retribución). (...)”. Más adelante señalaba: “Se estima conveniente, por ello, que este elemento de la retribución económica del concesionario sea considerado como lo que en realidad es, esto es, como un precio o remuneración que se paga al concesionario por la contraprestación de un servicio realizado por éste, compensatoria por el mantenimiento con fines sociales de un precio político, que se detrae del cálculo de las tarifas.”

⁴¹⁴ BONNARD, Roger, *Précis Élémentaire...*, ob. cit., p. 351. Ver además las definiciones que daban: JÈZE, Gastón, *Cours de Science des Finances et de Législation Financière Française*, Sixième édition, Marcel Giard Libraire – Éditeur, Paris, 1922, pp. 196, y en *Principios...*, Tomo V, ob. cit., p. 171; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., pp. 569 y 570; SAYAGUÉS

La garantía de interés ha sido catalogada como un tipo o variante de subvención⁴¹⁵ y su utilización se debe, en palabras del siempre bien recordado profesor uruguayo SAYAGUÉS LASO,⁴¹⁶ a que las subvenciones en dinero constituidas por cantidades fijas, tienen el defecto de que pueden resultar excesivas o insuficientes para colmar el déficit normal en la explotación del servicio. La garantía de interés normalmente se dispone en la concesión como cláusula, y por ella la Administración Pública, cuando los beneficios o utilidades que obtiene el concesionario no lleguen al mínimo para amortizar el interés del capital que se invirtió en la realización de lo concedido, se compromete a entregar de forma periódica a dicho concesionario cierta cantidad (que puede o no ser reembolsable con las futuras ganancias) que permita garantizar el pago de ese interés y que éste obtenga, así, alguna utilidad.

Si tenemos presente que la existencia de la figura de la concesión está muy ligada con la idea de que la Administración Pública no cargue con los costos de realización de la actividad que concede y que no efectúe erogaciones en este sentido, es lógico suponer que no toda concesión tiene por qué ser subvencionada o acompañada de una garantía de interés. La posibilidad de presencia de una subvención dependerá de la situación financiera que rodee el desenvolvimiento de lo concedido, la conveniencia de mantenerlo en ese régimen y la importancia que la actividad de que se trate tenga para el interés colectivo.

III.2.9.-) Atendiendo al carácter oneroso o gratuito para el concesionario de la concesión administrativa

Tomando como otro criterio diferenciador el hecho que la concesión administrativa se configure con carácter gratuito u oneroso para el concesionario, esto es que si como parte del contenido del vínculo concesional, el concesionario deba ejecutar o no alguna prestación pecuniaria en favor de la Administración Pública en virtud de la realización de lo concedido, podemos hallar dos tipos concesionales:

LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 42 y sig.; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 624.

⁴¹⁵ Para Gastón JÈZE: “Las principales subvenciones otorgadas con el fin de protección económica son las siguientes: 1° las primas, - 2° las garantías de interés.” Añadiendo más adelante: “(...) La garantía es una subvención de flujo continuo, y es la compañía que obra, ella misma, el grifo. (...)”. JÈZE, Gastón, *Cours...*, ob. cit., pp. 194 y 197.

⁴¹⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 42.

- a-) las *concesiones administrativas a título oneroso*;
- b-) y las que lo son a *título gratuito*.

En el primero de los casos se le impone al concesionario el pago de una prestación en dinero (básicamente un canon) a favor del concedente, lo que no significa que dicha contribución se considere como la prestación equivalente que debe realizar el concesionario por lo concedido, ya que de ser así trastocaría la figura de la concesión en un arrendamiento, o la participación de la Administración Pública concedente en un por ciento de las ganancias obtenidas por el concesionario. En las concesiones administrativas a título oneroso se impone un desplazamiento patrimonial que debe realizar el concesionario a favor de la Administración Pública por concepto de la realización de lo concedido.

Por su parte, las concesiones administrativas a título gratuito no conllevan ningún desplazamiento patrimonial a favor de la Administración. El concesionario no le debe pagar nada al ente público por concepto de la realización de lo concedido.

III.2.10-) Otras clasificaciones

Las clasificaciones de las concesiones administrativas hasta ahora señaladas no son las únicas que se han planteado o que pueden existir. Además de todas las esbozadas anteriormente, podemos encontrar otros criterios distintivos que recurren a otras maneras de enfocar el fenómeno y que han tenido mayor o menor asiento y particularismo dentro de los diversos ordenamientos jurídicos administrativos y de la doctrina que responde a los mismos.

Así, tenemos un criterio que tuvo su base en el orden positivo francés del siglo XIX, y que para establecer la distinción atendió al procedimiento que se sigue en el otorgamiento de la concesión administrativa, partiendo de si ha de mediar un procedimiento de licitación o una libre selección del concesionario. A tenor de ese criterio se clasificaba a las concesiones administrativas en: *directas* o *indirectas*.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Desde una perspectiva actual, Xavier BEZANÇON (ob. cit., p. 227) ha referido sobre esa división de las *concesiones administrativas* en *directas* o *indirectas*, que amparaba el orden jurídico-administrativo francés decimonónico: “Se ha visto que las ordenanzas de 1836 - se refiere a la de 4 de diciembre de 1836 - y de 1837 - se refiere a la de 14 de noviembre de 1837 -, modificadas por las leyes ulteriores, preveían el procedimiento de los tratos negociados libremente, entre la autoridad concedente y el concesionario. La concesión llamada «*indirecta*» era hecha por vía de adjudicación.”; y continuaba seguidamente: “Se

Para el francés A. BATBIE:

“(...) La primera resulta de un acuerdo entre las partes, sin concurrencia ni publicidad, mientras que la segunda tiene lugar por vía de adjudicación.(...)”.⁴¹⁸

Como se desprende de ahí, el ejemplo propio de las *concesiones directas* será aquel donde se emplee la libre elección del concesionario y la ilustración de las *concesiones indirectas* vendrá a ser aquella donde se requiere del procedimiento licitador.

Entre cierto sector de los estudiosos también se mostró la división de las concesiones a partir de la naturaleza del derecho que originaba. Con ese patrón distintivo se subdividió la institución en *concesiones reales* y *concesiones obligacionales o personales*.

Entre los escritores que destacan esta clasificación puede mencionarse a Carlo GIROLA:

“El término de «concesión real» en contraposición a «concesión obligatoria», para distinguir las concesiones que crean derechos reales de aquellas que crea derechos personales (...)”.⁴¹⁹

llamaba concesiones de obras públicas «**directas**», a aquellas atribuidas por la administración, sin puesta en concurrencia, y «a aquel que presente un proyecto reconocido de una ejecución fácil y ventajosa». (Las negritas son del original). Jean-François AUBY es también de los que ha llamado la atención sobre la distinción que se daba en el siglo XIX francés entre “(...) la concesión directa (régimen del intuitu personae) de la concesión indirecta (régimen de la negociación).”; AUBY, Jean-François, *La délégation de service public. Guide pratique*, Éditions Dalloz, Paris, 1997, p. 11.

⁴¹⁸ BATBIE, A., ob. cit., pp. 241 y 242. Asimismo, puede verse, entre otros ejemplos, lo escrito por el francés, P. PRADIER-FODÉRE, (ob. cit., p. 11), quien acogía a tenor de las concesiones de obras públicas: “La CONCESIÓN ES DIRECTA, cuando es hecha por la administración, sin condición de concurrencia, al que presenta un proyecto reconocido de una ejecución fácil y ventajosa.”; además decía: “La CONCESIÓN ES INDIRECTA, cuando tiene lugar por vía de adjudicación.” Entre otros autores franceses del siglo XIX: PAIGNON, Eugène, *Traité juridique de la construction, de l'exploitation et de la police des chemins de fer*, Imprimerie et Librairie Centrales des Chemins de Fer, Paris, 1853, p. 1. Igualmente, el peruano Manuel Atanasio FUENTES, en el tercer cuarto del propio siglo XIX, quien invocaba textualmente a PRADIER-FODÉRE; ver esta última referencia en FUENTES, Manuel Atanasio, *Compendio del Derecho Administrativo*, Librería de Rosa y Bouzet, Paris, 1865 (consultado como: FUENTES, Manuel Atanasio, “Compendio de Derecho Administrativo (2da y última parte)”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, No. 15, Julio-Diciembre, 2007, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p. 206).

⁴¹⁹ GIROLA, Carlo, *Le Servitù Prediali Pubbliche*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1937, pp. 175 y 176. Ver lo que al respecto hablaba: VIRGA, Pietro, ob. cit., nota 77, p. 61.

Como se ve claramente, aquellas son las que crean un derecho de naturaleza real y éstas dan origen a uno personal. En el rango de las primeras esos expositores enmarcaban esencialmente a las concesiones de explotación de bienes de dominio público y en el de las segundas a las de servicio público y obra pública. Esta división toma en cuenta una concepción amplia de la concesión administrativa y, para nosotros, pierde vigencia desde el momento en que consideramos que toda concesión involucra un derecho de carácter personal.

Se ha recogido igualmente como opinión clasificadora de las concesiones, en una parte de la literatura jurídica, la que las separa en *concesiones licencias o unilaterales* y *concesiones contratos o bilaterales*.⁴²⁰

Esta clasificación tuvo su origen en Italia en los inicios del último cuarto del siglo XIX;⁴²¹ y tomó como base el concepto amplio de la concesión administrativa analizado ya con anterioridad, por lo que abarcaba, si recordamos, además de las concesiones técnicamente vistas, las de ciudadanía, de títulos nobiliarios, de honores, los permisos, licencias y todas las otras enumeradas en aquellas líneas.

Para la ilustración de este criterio distintivo utilizaremos las palabras de Giorgio GIORGI, por ser uno de los principales y más antiguos autores que lo recogió. Según GIORGI:

“Examinando in complesso la nostre leggi, si travano du specie di concessioni. Alcune sono meri permessi per i quali nos si paga che una tassa di licenza; il concedente vi fa atto di autorità, nè si obliga ad altro che alla tolleranza riconosciuta innocua nello stato attuale delle cose. Queste concessioni non danno luogo a stipulazione, e conferiscono un mero precario, rimanendo per ciò revocabili ad nutum dell’ autorità concedente. Altre sono invece accompnate

⁴²⁰ Entre sus principales exponentes, y que se incluye también entre los más antiguos, sin interés de agotar las referencias: GIORGI, Giorgio, *La Dottrina delle Persone Giuridiche o Corpi Morali esposta con speciale considerazione del Diritto Moderno Italiano*, Volume III, *Lo Stato*, Ristampa della seconda edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1927, pp. 294 y sigs. Ver también, entre otros, además a: RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli atti...*, ob. cit., pp. 23 y 24; FORTI, Ugo, “Natura...”, ob. cit., pp. 378 y sigs.; DE VALLES, Arnaldo, *Elementi...*, ob. cit., p. 203; GABRIELI, Francesco Pantaleo, ob. cit., p. 209; SIMONCELLI, Domenico, ob. cit., pp. 587 y sigs.

⁴²¹ Oreste RANELLETTI reconocía en relación con el origen de esta clasificación: “*La distinzione fu fatta la prima volta del Consiglio di Stato, sezione dell’ interno, con parere 10 marzo 1879 alla competenza del ministro delle finanze in materia di concessioni demaniali.*” RANELLETTI, Oreste, “*Teorie generale...*”, ob. cit., p. 35, nota 1.

da un capitolato o disciplinare contrattuale, in cui l'autorità assume veste di contraente, sottrae la cosa all'uso pubblico, esige un canone che rappresenta quasi il valore dell'uso concesso sebbene non abbia i caratteri nè del prezzo, nè della mercede, nè della rendita, nè del canone enfiteutico, e non sia perciò redimibile, nè affrancabile. (...).”⁴²²

Además de los autores italianos, otros en el marco europeo, como el caso español⁴²³ o algunos latinoamericanos,⁴²⁴ han hablado de las concesiones administrativas con este sentido distintivo entre las de carácter unilateral o bilateral.

Desde nuestra óptica, esa clasificación que agrupa a las concesiones en unilaterales y bilaterales pierde parte de su soporte cuando circunscribimos el concepto del instituto en cuestión a las de servicio público, obra pública y bienes públicos, alienando de él a todas las otras figuras que se le pretendieron incluir (o que aún algunos incluyen) y que le resultan extrañas. Además, cuando ponderamos la bilateralidad de la institución, tanto formal como sustancialmente, como una característica propia de ella (presente en cualquiera de los tres tipos que puede revestir atendiendo al objeto sobre el que recae) le estamos cerrando el paso a todo intento de esgrimir una posible unilateralidad que singularice a una concesión o a un grupo determinado de ella.

Atendiendo a la naturaleza del sujeto al que se le otorga la concesión, éstas han podido señalarse contrastativamente como concesiones a persona

⁴²² GIORGI, Giorgio, ob. cit., Volume III, p. 294. Luego (p. 295) apuntó GIORGI: “*Il concetto della Concessione contratto, in contrapposto alla Concessione licenza, non è applicabile alle Concessioni governative di ogni specie, ma si restringe a quelle Concessioni, che hanno per oggetto il trasferimento di beni o diritto dello Stato, in corrispettivo di un prezzo o canone. In altri termini, alle Concessioni demaniali. Molte Concessione governative non riguardano beni demaniali. (...) Ma nelle Concessioni demaniali v'hainvece la materia contrattuale, perchè trasferiscono nel concessionario la proprietà, l'uso o il godimento di beni dello Stato, o di regalie.*”

⁴²³ En España, véase, por ejemplo: CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 163, Julio-Agosto-Septiembre, 1969, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 422, quien planteaba esa clasificación atendiendo a la fuente de la concesión; en GALLEGU ANABITARTE, Alfredo y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, ob. cit., p. 304, se hacía alusión a las *concesiones resolutivas* y a las *concesiones contractuales*.

⁴²⁴ Para el caso latinoamericano, puede verse, v. gr., a: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 398; BUJ MONTERO, Mónica, “El acto administrativo”, ob. cit., p. 168; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La concesión. Concepto, tipos y perspectivas”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Público*, Volumen I, Montevideo, 2004, pp. 8 y 9.

natural, concesiones a persona jurídica privada (ambas pueden englobarse en la categoría concesiones a particulares o a privados) y concesiones a entes públicos. Para el caso de las concesiones administrativas donde el concesionario es una entidad pública, algunos autores venezolanos las catalogaban como *concesiones interadministrativas*.⁴²⁵

En un segmento de la doctrina brasileña, se ha asumido una catalogación de las concesiones administrativas (de servicio público) atendiendo a la naturaleza de la persona del concesionario.⁴²⁶ En esta cuerda de análisis, se puede ejemplificar con Marçal JUSTEN FILHO, quien hablaba de concesiones (de servicio público) *proprias e improprias*, según fueran hechas a particular o a una entidad pública, respectivamente.

Para sostener esta distinción, se parte de la base de considerar que solamente existe concesión de servicio público, en sentido propio, cuando la concesión es hecha a un particular o que esa concesión es, en esencia, un instrumento de transferencia o «delegación» del ejercicio de una atribución pública para los particulares.⁴²⁷ De ahí que quienes así han pensado excluyan del molde concesional en su sentido más corriente o propio a los

⁴²⁵ Ver entre otros: BADELL MADRID, Rafael, “La concesión administrativa”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 67, No. 137, 2000, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 261 y sigs.; BADELL MADRID, *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Impreso en los talleres gráficos de Editorial Torino, Caracas, 2002, pp. 62 y sigs.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas”, ob. cit., p. 252; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, “Las obras públicas y los sistemas de financiación (Hacia una ley especial de financiación de las obras públicas)”, en ROMERO MENDOZA, Alfredo (Coordinador) et al, *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, Colección textos legislativos. No. 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 106 y 107; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, en BREWER-CARIAS, Allan R./ GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (Estudios por), *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Colección textos legislativos, No. 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 302, y también en *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 638. Dentro de la doctrina venezolana hay autores que aunque no hablaban directamente de *concesiones interadministrativa*, sí incluyen el caso en que éstas se configuran dentro de lo que denominan *contratos interadministrativos*, v. gr.: LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 10^{ma} edición, revisada y puesta al día, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 278; BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 19 y sigs.

⁴²⁶ Vid.: JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 762; MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., pp. 321 y sigs.

⁴²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 762; también MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 322.

supuestos en que el concesionario sea una entidad pública. Una exclusión de ese tipo, si bien se ajusta a los moldes más clásicos y antiguos de la concesión administrativa, no comulga con los derroteros que al efecto ha tenido la evolución del instituto concesional en este tiempo, que ha visto ensancharse, con legitimidad, el alcance de su espectro subjetivo en lo que a la figura del concesionario se trata, para dar cabida como tal a otros sujetos no necesariamente de carácter privado.

Por su parte, el italiano Cino VITTA subdividió las concesiones administrativas en tres tipos fundamentales: a) aquellos actos de autoridad que confieren un *status*, y que dan lugar a una capacidad jurídica general, la que vale respecto a todo otro sujeto de derecho, incluido el concedente (las concesiones de un estado especial de familia – la legitimación –, de ciudadanía, de naturalización, de reconocimiento de la personalidad jurídica); b) las concesiones que atribuyen al interesado un determinado derecho subjetivo (las concesiones de cambios de nombre, concesiones de premio, medallas, títulos honoríficos, pensiones); c) y las concesiones por las que la Administración Pública concede el ejercicio de un servicio público o de una empresa pública.⁴²⁸

Como se constatará fácilmente, esta clasificación se sustenta también en una visión amplia de la noción de concesión y viene a perder vigencia o validez si se asume el concepto de concesión administrativa que nosotros hemos sustentado y que involucra sólo a las obras, servicios y bienes públicos como objeto.

Otra segmentación de las concesiones administrativas, teniendo también como base una proyección amplia de su concepto, la refleja el brasileño Floriano de Acevedo MARQUES NETO.⁴²⁹ Este sudamericano hablaba de *concesión-delegación* (*concessão-delegação*) y *concesión-distinción* (*concessão-distinção*).

⁴²⁸ VITTA, Cino, ob. cit., Volume I, pp. 368 y sigs., y “Concessione (Diritto amministrativo)”, ob. cit., pp. 920 y sigs. Véase también esta categorización en: LENTINI, Arturo, ob. cit., pp. 596 y 597. Esta construcción de VITTA tiene puntos de relación con la que planteara el alemán KORMANN, y ha tenido acogida en un sector doctrinal. Así: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, ob. cit., pp. 238 y sigs., quien recoge la clasificación de VITTA; igualmente, GARCÍA-TREVIJANO FOS (p. 241) mencionaba la distinción de KORMANN de *concesiones de capacidad jurídica (status)* y *concesiones de derechos*; DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, ob. cit., pp. 96 y 97, y *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 182; GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, ob. cit., pp. 41 y sigs.; VERGARA BLANCO, Alejandro, “Concesiones de dominio público...”, ob. cit., p. 791; VARGAS FRITZ, José Fernando, ob. cit., pp. 95 y sigs.

⁴²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., pp. 114 y sigs.

Las primeras (*concesión-delegación*) como «instrumento de delegación a los particulares de atribuciones del Poder Público o como aquellos ajustes que envuelven el traspaso de una función o utilidad del concedente (Administración Pública) al concesionario»;⁴³⁰ y estas *concessão-delegação* (en la que entraban la figuras de la concesión de servicio, obra y bienes públicos) eran las que refería como correspondiente a la acepción más estricta de concesión.⁴³¹

Para MARQUES NETO, la *concessão-distinção* se singularizaba por ser «la adjudicación, al particular, de un derecho que le confiere *status* distintivo en relación con aquellos otros que se encuentran en igual situación jurídica, sin que eso implique atribución para actuar en nombre del concedente; se trata de una mera diferenciación de ese particular concesionario de cara a los demás particulares que se encuentran en igual situación jurídica.»⁴³² En la concepción de MARQUES NETO la *concessão-distinção* se divide en dos modalidades: «las de naturaleza honorífica (concesión de órdenes, de títulos y prebendas, por ejemplo) y aquellas otras que confieren estatuto jurídico diferenciado (concesión de ciudadanía y de visas a extranjeros, por ejemplo)».⁴³³

A tenor de las transformaciones que desde la década de 1990 y los inicios del siglo XXI ha sufrido la ordenación jurídica del sector de actuación *iusadministrativa* o *iuspública* (con clara orientación al neoliberalismo), con especial anclaje en el Derecho argentino, Julio Rodolfo COMADIRA, tomando como criterio distintivo la existencia de *publicatio*⁴³⁴ del objeto a

⁴³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 114.

⁴³¹ MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 120.

⁴³² MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 114.

⁴³³ MARQUES NETO, Floriano de Acevedo, ob. cit., p. 114.

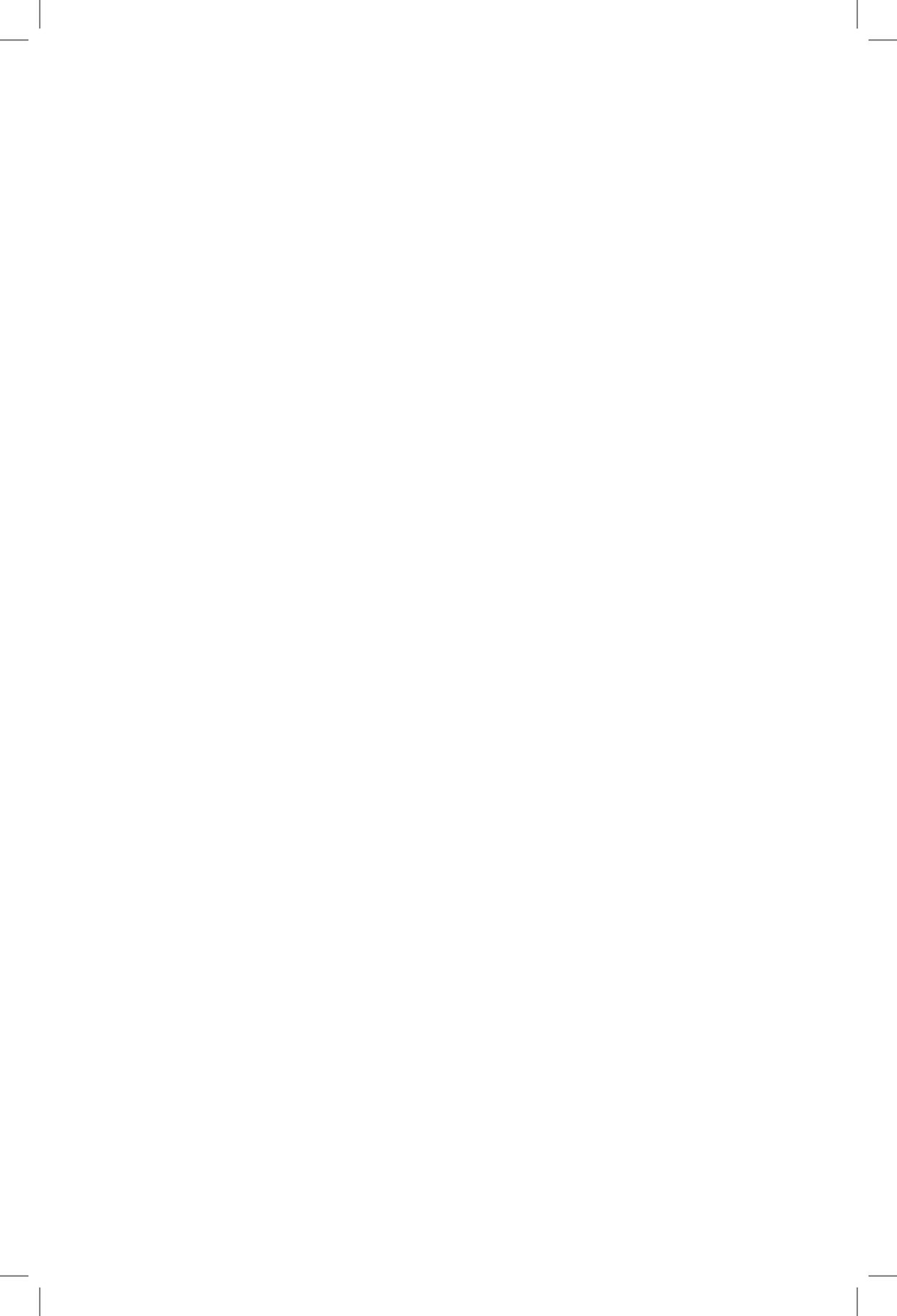
⁴³⁴ La noción jurídica de *publicatio*, en la teoría iberoamericana, fue impulsada especialmente por el español José Luis VILLAR PALASÍ. En una de sus obras, esta vez de conjunto con José Luis VILLAR EZCURRA (p. 315) puede leerse sobre ese concepto: “(...) conviene destacar que la declaración de servicio público no es sino una “publicatio” de actividades empresariales, en paralelo con la “publicatio” demanial en virtud de la cual ciertos bienes son declarados extracomercium a efectos del Derecho Privado”. Más adelante esos autores esclarecían (pp. 316 y 317): “(...) El concepto mínimo del servicio público implica la publicación (“publicatio”) de una actividad de modo que la titularidad excluyente de la misma pasa a la Administración y el particular sólo puede llevarla a cabo mediante alguna de las formas de gestión establecidas para la misma. La “publicatio” comporta, así, tanto la asunción de la titularidad de una determinada actividad por la Administración como el establecimiento de su régimen jurídico de explotación, con la consiguiente atribución de competencias y la determinación de las prestaciones que supone a favor de los eventuales usuarios del servicio. De otro lado, y en la medida en que la “publicatio” puede incidir en

conceder, hablaba de *concesiones con publicatio* y *concesiones sin publicatio* o *con publicatio impropia*.⁴³⁵

Un criterio interesante, pero cuestionable si se parte de entender que toda concesión presupone la publicación del objeto a otorgar en concesión.

la libre actividad de los particulares es preciso que sea acordada mediante ley formal (...). Téngase en cuenta a este respecto, que la “publicatio” no es sino la reserva por parte de la Administración de bienes o actividades cuya titularidad no pueden ostentar los particulares. Pues bien, en todos los servicios públicos existentes es apreciable esta “publicatio” consustancial con su propia idea. (...).” (Los subrayados son del original). VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo III, *Contratación administrativa*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p. 315.

⁴³⁵ Ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coordinadores) *et al*, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, 1^{era} edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2005, pp. 151 y sigs. Esas ideas pueden encontrarse en un trabajo similar del propio COMADIRA bajo el título “Servicios públicos y regulación”, en COMADIRA, Julio Rodolfo *et al*, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de análisis jurisprudencial, 1^{era} reimpresión de la 1^{era} edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 724 y 725; en “El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2^{da} edición, Ediciones RAP s.a., Buenos Aires, 2005, pp. 37 y sigs.; y en COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *ob. cit.*, Julio Pablo COMADIRA (coordinador, colaborador y actualizador), p. 608.



CAPÍTULO IV

Elemento subjetivo de la concesión administrativa

IV.1-) Sujetos de la relación concesional

Como no ha de ser difícil intuir desde la alusión misma al elemento subjetivo de la *concesión administrativa*, las partes que intervienen en el vínculo jurídico que se establece en virtud de la relación concesional son: el *concedente* y el *concesionario*.⁴³⁶

IV.1.1-) El concedente

El *concedente*, como su nombre lo indica, es la parte que a través del acto concesional otorga a otra persona el ejercicio de la actividad objeto de la concesión administrativa. Es quien otorga la concesión.

En sentido genérico y por el objeto a conceder, el concedente es siempre una Administración Pública; y, dentro de ella, se especificará en el ente administrativo que tenga expresamente atribuida por la normativa vigente la competencia de otorgar la concesión. Partiendo de esa atribución específica,

⁴³⁶ En una concepción que resulta una nota aislada en cuanto a la consideración del elemento subjetivo de la concesión administrativa, el brasileño Marçal JUSTEN FILHO ha entendido que la concesión de servicio público es un *contrato plurilateral*; y argumenta su parecer de la siguiente forma: “O contrato de concessão é pactado entre três partes, que são (a) o “poder concedente” (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade e (c) o particular (concessionário)”. Seguidamente JUSTEN FILHO esclarecía: “Daí não se infere que todas as partes sejam titulares de posições jurídicas homogêneas, nem que Estado e sociedade compartilhem poderes, directos e deveres idênticos. Por isso, a triangularidade da concessão não significa que as competências reservadas ao poder concedente apenas posma ser exercitadas em conjunto com a sociedade. Nem traduz a concepção de que a sociedade seja uma espécie de “curadora” do Estado. A validade dos atos praticados pelo Estado não depende de neuma ratificação social. (...)”. JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 756. También de JUSTEN FILHO, *Teoría...*, ob. cit., pp. 295 y sigs.

ese ente puede ser tanto de condición central como local, en dependencia de quién sea el titular de la actividad o bien objeto de la concesión.

Con carácter excepcional se reconoce que el órgano legislativo puede actuar como concedente otorgando la concesión a través de una norma de carácter legal. Sin embargo, no ha faltado quien acoja que ese deber ser el supuesto ordinario.

Como ilustración de eso último, el argentino Félix SARRÍA escribía sobre la concesión y el concedente:

“Su fuente debe ser, en todo caso, la ley, y solo excepcional y precariamente, un acto de la Administración. No es común que ésta otorgue concesiones por sí, sin respaldo legal, y si lo hiciera tendrían un valor provisorio, necesitando, para subsistir, la aprobación legislativa *a posteriori*. Acto de potestad, expresión de soberanía, como decimos, la concesión debe surgir de la representación legislativa del pueblo y no del poder ejecutivo, cuya función, en la materia, consiste en exigir el fiel cumplimiento del servicio, mediante la supervigilancia de la empresa.”⁴³⁷

IV.1.2-) El concesionario

La otra parte de la relación concesional es el *concesionario*, que es la persona a la que se le otorga el ejercicio de la actividad objeto de la concesión. Es la persona que adquiere, o en la que se constituye, en virtud del acto de concesión, el conjunto de derechos relativos a la gestión del servicio público, la realización de la obra pública o la explotación del bien público, que conforma parte del contenido del vínculo concesional.

Como ya tuvimos ocasión de adelantar a propósito de las características de la figura concesional, esta está marcada por el *intuitu personae*, esto es, que en ella es un aspecto esencial las condiciones que concurren en el concesionario para atribuirle la concesión. De ahí que la cuestión de este

⁴³⁷ SARRÍA, Félix, ob. cit., p. 306. Con un talante más contemporáneo, ajustándose a las particularidades del ordenamiento argentino en su momento, BALBÍN acogía: “Finalmente, ¿quién debe otorgar las concesiones? Creemos que el poder legislativo es quien debe hacerlo según el mandato constitucional. En verdad, el legislador debe estatizar, privatizar, contratar y renegociar contratos en el marco de los servicios públicos. Sin embargo, el Congreso delegó esas potestades en el ejecutivo. Particularmente, el legislador trasladó en el ejecutivo el poder de otorgar el contrato de concesión y sus prórrogas. (...)”; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1^{era} reimpresión de la 1^{era} edición, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2008, p. 1001.

último como sujeto o parte del vínculo concesional adquiere una relevancia especial: simplemente, porque no a cualquier persona se le puede habilitar para desempeñar una actividad enmarcada en el campo de titularidad del Administración Pública, actividad que trasciende directamente a la satisfacción del interés general.

En la concepción clásica o tradicional de la *concesión administrativa* (que operó, especialmente, bajo el amparo del régimen económico-político liberal decimonónico) se concibió que el *concesionario* fuera siempre un *particular* o *persona privada*. Por lo que la cualidad de *concesionario* quedaba así circunscrita, de inicio, a las *personas naturales* o *jurídicas privadas*.

En gráfica conclusión de Charles EISENMANN:

“(...) la concesión de servicio público, es históricamente la primera realización del sistema de gestión de un servicio público por un organismo privado (...).”⁴³⁸

Esta concepción (que se aprecia sobre todo en las distintas definiciones del instituto concesional realizadas en el período y en otras posteriores)⁴³⁹ estaba en sintonía con los planteamientos del sistema liberal, y primó a lo largo del siglo XIX y durante las primeras décadas del posterior siglo XX; y ha llegado hasta nosotros como supuesto típico o clásico en los conceptos básicos de la *concesión administrativa* que han seguido autores de la segunda mitad del siglo XX y de nuestros días.⁴⁴⁰

La crisis del sistema liberal trajo consigo una reconsideración de algunos de los elementos de la institución concesional clásica. Las experiencias posteriores, aportadas en buena medida durante la etapa del Estado interventor,

⁴³⁸ EISENMANN, Charles, *Cours de Droit Administratif*, Volume II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, p. 168.

⁴³⁹ Según se expresaba un antiguo autor español sobre el régimen jurídico de la concesión de servicios públicos, lo “(...) característico de este régimen es que la gestión del servicio se confía a un particular (sea un individuo, sea una Compañía)». DE AZCÁRATE Y FLOREZ, Pablo, ob. cit., p. 112.

⁴⁴⁰ V. gr.: DUFAU, Jean, *Les concessions...*, ob. cit., p. 3; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 351; CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención...*, o. cit., p. 83; DI PIETRO, María Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 25ª edição, Editora Atlas, S.A., São Paulo, 2012, p. 298; NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo Mexicano*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1995, p. 321; BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 163; BADELL MADRID, Rafael, “La concesión administrativa”, ob. cit., pp. 261 y sigs., y *Régimen jurídico...*, ob. cit., pp. 62 y sigs.

permitieron un ensanchamiento subjetivo de la categoría *concesionario*, a partir de la incorporación, en su marco de alcance operativo, de fenómenos organizativos personificados como las *empresas estatales*, las *sociedades mixtas* o *de economía mixta* y las *personas públicas* o *de Derecho Público*.⁴⁴¹ Situación que estuvo condicionada por el hecho que, durante este período, cobraron vigencia y funcionalidad nuevas formas de actuación y de intervención de la Administración Pública en la esfera económica y administrativa en general. Lo que se une – para el caso de la concesión – en pos de su factibilidad, al desmarcaje que se da entre el titular del objeto concedido y el gestor del mismo.

Sobre la transformación del ámbito subjetivo de la concesión administrativa, para dar cabida en él a las personas públicas como supuestos de concesionarios, llevó a señalar DEMICHEL (en virtud de la concesión de servicio público) que ello permitía

“(...) avanzar la idea según la cual, en un cierto número de hipótesis, la concesión no es un modo de gestión autónomo; ella no es más que un procedimiento para establecer vínculos entre el gestión del servicio público y el Estado.”⁴⁴²

En una línea similar, reflexionaba Pedro GONÇALVES (en razón de las concesiones de servicio público) en los siguientes términos:

“(...) tal transformación, que parece limitada a un pormenor de naturaleza subjetiva, implica en verdad una transformación profunda del régimen de concesión, que deja de reflejar una natural oposición de intereses públicos y privados y pasa a basarse en una “comunidad

⁴⁴¹ Para este supuesto, hablan de *concesiones interadministrativas* autores venezolanos, como ya dijimos en una nota precedente: BADELL MADRID, Rafael, “La concesión administrativa”, ob. cit., pp. 261 y sigs.; BADELL MADRID, *Régimen jurídico...*, ob. cit., pp. 62 y sigs.; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Concesión de servicios públicos y concesión de obras públicas”, ob. cit., p. 252; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, “Las obras públicas y los sistemas de financiación...”, ob. cit., pp. 106 y 107; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, en BREWER-CARIÁS, Allan R./ GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (Estudios por), ob. cit., p. 302, y también en *Derecho Administrativo y regulación económica*, ob. cit., p. 638. Dentro de la doctrina venezolana hay autores que aunque no hablan directamente de *concesiones interadministrativa*, sí incluyen el caso en que éstas se configuran dentro de lo que denominan *contratos interadministrativos*, v. gr.: LARES MARTÍNEZ, Eloy, ob. cit., p. 278; BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Contratos administrativos*, ob. cit., pp. 19 y sigs.

⁴⁴² DEMICHEL, André, *Grands services publics et entreprises nationales*, Tome 1, *Théorie générale des services publics*, Mementos Dalloz, Dalloz, Paris, 1974, p. 77

de intereses” entre concedente y concesionario; por otro lado, la concesión dejaba de ser un instrumento de cooperación Estado-sociedad y pasaba a ser esencialmente un modelo de regulación de relaciones jurídicas entre dos entidades pertenecientes al sector público. (...)”⁴⁴³

En consecuencia, el espectro de alcance real actual del *concesionario*, como supuesto subjetivo, puede incluir, tanto a las *personas privadas (naturales o jurídicas)*, como a las *personas públicas*, las *sociedades mixtas* y las *empresas estatales*.

Mas, el supuesto típico continúa siendo el de los *privados* como *concesionarios*, cuestión ésta que se ha revitalizado a partir del auge de las tendencias neoliberales que han marcado la vida económica mundial desde finales de la centuria pasada.

IV.1.3-) Respecto al *status* o situación jurídica del concesionario

Respecto al *status* o situación jurídica del concesionario, pudiera surgir una pregunta lógica: ¿se convierte el concesionario o no en un agente de la Administración Pública con motivo de la concesión administrativa?

La respuesta a esta interrogante se ha inclinado abrumadoramente por considerar que no. A pesar de que no han faltado opiniones que han incorporado matices al respecto, aunque en una medida mucho menor.

Henry NÈZARD consideraba al concesionario de servicio público como funcionario público cuando dice:

“El concesionario de un servicio público no tiene solamente frente a la administración concedente una situación contractual determinada por el pliego de condiciones (...), él se obliga también a hacer funcionar un servicio público según las condiciones que la ley, los reglamentos y las órdenes de la autoridad pública le prescriben: es así también, a este título, un funcionario público: sus empleados tienen, (...), el carácter de agentes privados y el de agentes públicos, este último permite, como para los funcionarios propiamente dichos, privarlos del derecho de huelga.”⁴⁴⁴

⁴⁴³ GONÇALVES, Pedro, ob. cit., pp. 105 y 106.

⁴⁴⁴ NÈZARD, Henry, *Éléments de Droit Public*, Troisième édition, Rousseau et C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1922, p. 130. En defensa de conferir al concesionario la cualidad de autoridad administrativa se expresaba, por ejemplo: BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 1004 y 1005.

Matizada, aparece la opinión del maestro uruguayo Enrique SAYAGUÉS LASO, quien observaba que

“(…) si el concesionario es un ente público las soluciones son radicalmente opuestas: sus actos administrativos y sus empleados funcionarios públicos; además las relaciones jurídicas que origina su actividad son administrativas y por lo tanto se regulan por los principios expuestos oportunamente. Todo esto es consecuencia de su calidad de ente público.”⁴⁴⁵

Como puede pensarse, en este tema se han manejado por los autores posiciones teóricas distintas, desde ángulos de matices también singularizados.⁴⁴⁶

Por su parte, el argentino Miguel S. MARIENHOFF se opuso abiertamente al criterio de SAYAGUÉS LASO, entre otras razones porque en estos casos el ente público estatal, por no corresponder ello a su habitual «competencia funcional», si bien actúa con su habitual «personalidad» – que siempre es única -, no lo hace ejercitando su «capacidad» de Derecho Público, sino su capacidad de derecho privado, como podría hacerlo cualquier otra persona del pueblo o concesionario que no fuese ente público estatal. Este autor añadía que el referido ente público estatal, concesionario, no actúa en ejercicio de sus habituales potestades públicas, que sólo se manifiestan en su habitual esfera de «autoridad pública» y no en su calidad de concesionario.⁴⁴⁷

Nuestro punto de vista comparte la opinión de aquellos que han apuntado que el concesionario no se convierte, en virtud de la concesión, en un agente, autoridad o funcionario administrativo.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 22. En esta misma línea, en Uruguay: PRAT, Julio A., ob. cit., p. 283; SILVA CENCIO, Jorge A., *Servicios públicos y concesión de servicios públicos*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980, p. 37.

⁴⁴⁶ Según la consideración del alemán Rolf STOBER: “(…) Junto a las personas jurídicas de Derecho Público, son también agentes administrativos las **personas de Derecho privado** físicas o jurídicas que ejercen prerrogativas públicas en nombre propio (**concesionarios**). (...)” (El resaltado en negritas es del original). STOBER, Rolf, *Derecho Administrativo Económico*, Traducido y anotado por Santiago GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, p. 257.

⁴⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 590 y 591. Para otro uruguayo, Carlos E. DELPIAZZO, en ese propio orden de ideas, consideraba: “(…). Distinta sería la hipótesis, si la concesionaria fuera una Administración pública, en cuyo caso sus funcionarios serían funcionarios públicos, pero no por el hecho de la concesión, sino por la circunstancia preexistente de tratarse de otra Administración.”; DELPIAZZO, Carlos E., ob. cit., p. 389.

⁴⁴⁸ Ver, entre otros, a: GASCÓN Y MARÍN, José, ob. cit., pp. 369 y 370; ORIANNE, Paul, ob. cit., pp. 86 y 162 y sigs.; BRITO, Mariano, ob. cit., pp. 20 y sigs.; GONÇALVES, Pedro, ob. cit., pp. 224 y sigs.

Ilustrativas pueden ser las reflexiones de Guido ZANOBINI, a raíz de la concesión de servicio público, cuando escribió:

“El concesionario puede decirse, (...), investido por la administración de una parte de su poder y de su atributo, sin transformarse por esto en un administrador público, ni ser asumido en la organización administrativa. (...) podemos decir que la concesión es el opuesto simétrico del nombramiento: este asume al privado dentro de la administración pública, aquella destaca una parte del poder y de la función que es propia de la administración y no inviste al privado, dejándolo fuera de la organización administrativa.”⁴⁴⁹

Mediante el acto de concesión, el concesionario, cuando es una persona privada, se convierte en un colaborador de la Administración Pública que ejecuta cierta actividad administrativa, pero sin llegar a ser, por este acto, un agente de ésta. Su *status* es simplemente el de colaborador y no el de «medio personal» de la Administración Pública.

Entre los argumentos dados para sustentar esta idea, se encuentra el de que la concesión y las formas de iniciar una relación de función o empleo público son figuras diferentes; que el agente de la Administración Pública actúa siempre en nombre de dicho ente y el concesionario lo hace en nombre propio y por su cuenta; que al concesionario lo mueve un ánimo de lucro ajeno a la finalidad que debe regir (como principio) la actuación de todo agente público en el ejercicio de sus funciones; que, técnicamente, el concesionario no es un órgano de la Administración Pública.

En definitiva, para nosotros lo que conspira – y determina esa apreciación – contra la conversión del concesionario en autoridad, funcionario o agente público o administrativo, en ocasión del nexo concesional y a raíz de él, es, precisamente, el valor de uso existencial y funcional de la concesión administrativa como técnica jurídica.

Según enseñaban (sobre la concesión de servicio público) AUBY y DUCOS-ADER:

“La concesión es tradicionalmente un medio de descargar a la persona pública de costos y de riesgos del servicio, de la dirección del personal, del costo de las inversiones, en la totalidad o en parte, al mismo tiempo que ella deja al explotador disponer de las retribución

⁴⁴⁹ ZANOBINI, Guido, *Corso...*, Volume terzo, ob. cit., p. 316.

del servicio por la remuneración de los costos y la ventaja de un beneficio. Ella se opone evidentemente, en esto, a la *régie*.”⁴⁵⁰

La concesión constituye una forma de actuación indirecta de intereses públicos por parte de la Administración Pública, por la que esta última busca descargar la ejecución del objeto concedido y su desarrollo económico, de la estructura pública y de su acción directa como mecanismo de poder, hacia otro sujeto inicialmente inhabilitado para ello sin esa transferencia.⁴⁵¹ Eso significa que la finalidad que se persigue en ese acto es traspasar la ejecución de la actividad a conceder – aunque con la consecuente reserva de intervención a favor del concedente – del aparato público y de la organización pública de su gestión, hacia un *gestor*, fundamentalmente económico, que constituye una realidad subjetiva con identidad propia, diferente de aquel aparato,⁴⁵² que opera en un espacio funcional o de actuación originario también diverso al de aquél, y que pueda garantizar adecuadamente, desde esa condición propia, la realización y funcionamiento de dicha actividad.

Por lo tanto, de lo que se trata en la *concesión administrativa* no es de incorporar estructuras y personal al aparato administrativo y revestir sus actuaciones típicas en ese frente con esa cualidad, sino de lograr colaboradores en la función administrativa que asuman la ejecución de tales cometidos públicos desde su identidad subjetiva y de actuación propias.

Según explicaba BLANQUER CRIADO:

“El concesionario es un «tercero», es decir, alguien ajeno a la Administración Pública que otorga la concesión. El tercero es alguien que no está institucionalmente ligado a la Administración titular del servicio, por alguna relación jurídica de desconcentración, cooperación o colaboración interadministrativa. Si falta ese rasgo de autonomía orgánica y el concesionario no es un tercero (sino un sujeto de Derecho que forma parte de la estructura organizativa de la

⁴⁵⁰ AUBY, Jean-Marie y DUCOS-ADER, Robert, ob. cit., p. 232.

⁴⁵¹ Como apreciara ORIANNE en razón de la concesión de servicio público, en esa concesión es este último el que se *détache* de la administración, que se descentraliza al máximo, que se adapta, incluso, con el fin de poder ser gerenciado de una forma similar a aquella en que son gerenciadas las explotaciones privadas, por una persona que, con la esperanza de una ganancia, acepta correr con los riesgos. ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 88.

⁴⁵² En palabras de ORIANNE, por la concesión se opera “(...) la transferencia jurídica de una empresa del sector privado en el sector público, sin efectuar al mismo tiempo la transferencia de la entidad económica que ella representa.” ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 88.

misma Administración que otorga el contrato), entonces estaremos ante una fórmula de gestión directa del servicio público, (...).”⁴⁵³

De ahí que, en consecuencia, pueda sostenerse con propiedad que la concesión no hace del concesionario (sea una persona privada o pública) un agente de la Administración Pública; ni sus empleados se convierten, por ella, en empleados públicos; ni sus actos característicos u ordinarios adquieren, por tanto, la cualidad de actos administrativos o de actos de la Administración.

IV.2-) La naturaleza jurídica de la relación del concesionario con los terceros beneficiarios directos de la actividad concedida

Si bien sólo podemos catalogar como partes de la relación concesional al concedente y al concesionario, no debemos dejar por sentado que son los únicos sujetos que se ven involucrados en los efectos de la concesión. Como hemos dicho, una de las características de esta figura administrativa es la de que extiende sus efectos jurídicos a terceros, lo cual provoca que se origine, además, una situación de derechos y obligaciones entre el concesionario y esos terceros.⁴⁵⁴

⁴⁵³ BLANQUER CRIADO, David, *La concesión...*, ob. cit., p. 206.

⁴⁵⁴ En su análisis en torno a la *concesión de servicios públicos*, el argentino Alejandro PÉREZ HUALDE (*El concesionario...*, ob. cit., pp. 18 y 19) explicaba: “Según la doctrina, la participación en la relación jurídica del contrato de concesión del usuario y los terceros no alcanza a investirlos de calidad de partes, admitiéndose una naturaleza contractual en la relación en el caso de servicios públicos de utilización voluntaria; pero ello no impediría su carácter protagónico, en cuanto a los derechos que invisten, que reconocen su origen en normas de rango constitucional y legal, y que les permite exigir comportamientos determinados tanto a la Administración concedente como al concesionario. Esta exigencia radica, según el Consejo de Estado francés, en que “todo monopolio que impone al público obliga a quien se beneficia del monopolio (esto es, a quien gestiona) a proporcionar al público los servicios que éste hubiera obtenido de la libre concurrencia”. En el párrafo siguiente precisaba: “Sobre esta posición cabe observar que, en general, todos los contratos que celebra la administración están destinados al beneficio público, y no en todos el administrado puede formular reclamos directos a los contratantes como en el que nos ocupa. Sólo en la concesión de servicios públicos las leyes y reglamentos que la rigen habilitan a los usuarios y a los terceros al ejercicio de numerosos derechos en forma directa, frente a los que podrían considerarse realmente “partes” del contrato; sobre todo respecto al contratista particular”. Según el propio PÉREZ HUALDE: “Decir que los usuarios y terceros son *sujetos* pero no partes, nos lleva a un concepto que pareciera forzado:

Las concesiones de *servicio público* y de *obra pública* son los tipos concesionales en los que de manera característica y evidente hallamos ese panorama (aunque las concesiones *demaniales* no están de espaldas a él). Los terceros característicos a los que alcanzan los efectos de la concesión de obra pública y de servicio público son, en sentido general, los beneficiarios directos del servicio o la obra, y, en dependencia de ciertas especificidades, pueden denominarse: *contribuyentes* (cuando están obligados al pago de la contribución de mejora, supuesto este que se manifiesta típicamente en la concesión de obra pública) o *usuarios* (para el caso en que accedan a la utilización del servicio, de la obra o del bien).

A partir del hecho que puede producirse una vinculación jurídica directa entre el concesionario y terceros como consecuencia de la concesión de obra pública y de servicio público, surge entonces el planteamiento de la naturaleza jurídica de ese vínculo.

Antes de entrar en la calificación de esa naturaleza jurídica, es necesario especificar cuáles pueden ser esos vínculos que se establecen entre el concesionario y los terceros, pues sus particularidades serán determinantes al tiempo de establecer la referida calificación.

IV.2.1-) En la concesión de obra pública

Para el caso de la concesión de obra pública, esta especie concesional puede subdividirse atendiendo a si existe explotación o no de la obra por parte del concesionario.

En el supuesto de la concesión de obra pública que no conlleva aparejado el derecho del concesionario a explotar la obra, éste puede remunerarse a

los sujetos de un contrato son las partes. ¿Se puede ser sujeto sin ser parte?”. Más adelante sostenía (*El concesionario...*, ob. cit., p. 20): “(...) Los usuarios y terceros son *más que meros sujetos*, ya que se hallan legitimados para ejercer *derechos* que nacen, no sólo de la Constitución y las leyes, sino también de las cláusulas mismas del contrato. Y tanto es así que, si bien no lo suscriben, están legitimados para inmiscuirse aun en su formación mediante el control y, su fuera el caso, de reclamos en el procedimiento licitatorio. (...)”. Para agregar: “Por otra parte, del contrato de concesión surgen también *obligaciones* para los usuarios y terceros formuladas como prerrogativas y derechos del concesionario frente a ellos (tal como el cobro del peaje, etc.)”. PÉREZ HUALDE también sostenía: “Pero son *menos que parte*, porque es el Estado el que ejerce los *derechos contractuales* fundamentales, los derechos y prerrogativas, que caracterizan a este contrato; porque es él quien le otorga las *prerrogativas* que se traducen en obligaciones de los usuarios y terceros; porque es él quien posee las *facultades de policía* que le permiten llevar a cabo el control que excede a las obligaciones meramente contractuales; y porque es él quien tiene la facultad máxima de *rescatar* la concesión aun por razones de oportunidad o conveniencia.”

través del cobro de una *contribución de mejora* a los que han recibido beneficios patrimoniales (contribuyentes) en virtud de la realización de dicha obra.

La *contribución de mejora* es una *contribución especial* cuya obligación de pago recae sobre los titulares de los inmuebles beneficiados por la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público, donde el beneficio o ventaja recibida es susceptible de valoración económica. Lo que se traduce en un aumento del valor económico de los referidos inmuebles, como consecuencia directa de la obra o el servicio realizados y en el consiguiente acrecentamiento patrimonial de los titulares de tales inmuebles.⁴⁵⁵

La *contribución de mejora* se configura como una *contribución especial*; y no es más que una especie de *tributo* (con todos sus atributos),⁴⁵⁶ por lo

⁴⁵⁵ Luigi EINAUDI definía a la contribución de mejora como: “(...) la compensación pagada con carácter obligatorio al ente público con ocasión de una obra realizada por él con fines de utilidad pública, pero que proporciona también ventajas especiales a los particulares propietarios de bienes inmuebles (...)”; EINAUDI, Luigi, *Principios de Hacienda Pública*, Traducción de la 2^{da} edición italiana 1940 por Jaime ALGARRA y Miguel PAREDES, M. Aguilar, Editor, Madrid, México, Buenos Aires, 1948, p. 88. A. D. GIANNINI, bajo la denominación de *tributos de mejora*, exponía que eran “(...) las prestaciones pecuniarias a las que están obligados los propietarios de inmuebles por el incremento de valor que sus bienes experimentan por la ejecución de una obra pública.”; GIANNINI, A. D., *Instituciones de Derecho Tributario*, Traducción y estudio preliminar por Fernando SAINZ DE BUJANDA, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, pp. 547 y 548. Fernando SAINZ DE BUJANDA prefijaba que el calificativo de contribución de mejora resulta “(...) porque su presupuesto de hecho contiene siempre una mejora, un aumento de valor de determinados bienes inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos.”; SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, 9^{na} edición, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. 1991, p. 191.

⁴⁵⁶ Sobre la diferencia con las otras categorías tributarias, MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ, han planteado que “(...) la nota definitoria de las contribuciones especiales se sitúa en el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible, al igual que ocurre con el impuesto y la tasa. Del impuesto se diferencia en que en la contribución especial hay siempre una actividad administrativa. De la tasa se distingue por el hecho de que, aun cuando en las dos categorías debe ocurrir una determinada actividad administrativa, la que da lugar al pago de contribuciones especiales está básicamente encaminada a la satisfacción de un interés general – sin perjuicio de que, al mismo tiempo, produzca un beneficio especial a determinadas personas –, mientras que en el caso de la tasa la actividad administrativa está sustancialmente motivada por el particular y persigue la solución de problemas individuales, aun cuando no pueda tampoco olvidar el interés general.”. QUERALT, Juan Martín/ LOZANO SERRANO, Carmelo/ CASADO OLLERO, Gabriel y TEJERIZO LÓPEZ, José M., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 13^{era} edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002, p. 99.

que resulta un tipo de ingreso público (con independencia de que en este caso concreto de concesión sea recaudado por una persona diferente a la Administración Pública y sirva como modo de remuneración al concesionario).

De tal forma, la relación que se establece entre el concesionario y los contribuyentes de mejora, y que gira en torno a la remuneración por la realización de la obra pública, es una relación tributaria, regulada por el Derecho Público. Por lo que es de naturaleza *iuspública*.

Siguiendo en el perímetro particular de la concesión de obra pública, debemos considerar ahora el caso que involucra para el concesionario la explotación ulterior de la misma. Aquí, además, habría que hacer una nueva distinción en la que resaltan dos supuestos clásicos: un primer caso en que la explotación del resultado de la obra trasunta la realización de una actividad prestacional por parte del concesionario; y un segundo caso en que dicha explotación no consiste en la realización de tal actividad, sino en que el concesionario lo que hace es permitir que se utilice la obra por parte de los que lo requieran. Claro está, la configuración de los supuestos de explotación de la obra dependerá de las particularidades que presenten la naturaleza y las características materiales del bien resultante, y de la finalidad utilitaria para la que se destine.

En el segundo caso esbozado – donde la explotación por el concesionario consiste, esencialmente, en permitir el uso del bien -, la relación que se establece entre el concesionario y los usuarios de la obra realizada es, de ordinario, a partir del uso que de dicho bien hacen estos últimos (por eso el calificativo de *usuarios*) y de la correspondiente prestación pecuniaria que deben abonar al primero por ese concepto de utilización. Lo cual ha devenido en la vía típica de remuneración por la obra realizada.

Así las cosas, en esta situación puede identificarse igualmente el supuesto que envuelve obras que sirven como vías de paso, tránsito o movimiento (puentes, carreteras, autopistas, túneles, canales, vías en general) y por cuyo derecho de paso o tránsito debe pagar el usuario al concesionario una prestación pecuniaria que, desde antiguo, ha recibido el nombre de *peaje*. El *peaje* no es más que una *tasa*⁴⁵⁷ que, en este caso, debe abonar el obligado a su

⁴⁵⁷ Sin embargo, hay un sector doctrinal que ha calificado al *peaje* como una contribución, lo que puede constatar, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de la Argentina. Así, para Manuel María DIEZ: “Si se acepta la división tripartita de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales, el derecho de peaje sería una contribución especial relacionada con los beneficios obtenidos como consecuencia de la construcción y por el uso de los caminos y estructuras complementarias.”; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I,

pago por el uso directo en forma de tránsito de un bien de dominio público destinado al efecto.

En definitiva, en este segundo supuesto en general, estamos frente a una situación de utilización de un bien de dominio público y al correlativo pago por los usuarios al concesionario de una prestación pecuniaria que, por estar frente a ese supuesto de hecho, se delinea como *tasa* (recordemos que el resultado de la obra pública recae sobre un bien cuya titularidad pertenece a la Administración Pública y está destinado a satisfacer necesidades públicas). Para los autores de Derecho Financiero, la *tasa* es una especie de *tributo*, y constituye una prestación pecuniaria impuesta normativamente a aquéllos afectados o beneficiados individualmente con la realización de una actividad administrativa.⁴⁵⁸

Por lo tanto, nuevamente estamos ante una especie dentro de la categoría tributaria y ante una relación jurídica entre el concesionario y el usuario cuya naturaleza se enmarca en el campo del Derecho Público.

Finalmente, debemos señalar el caso en el que la explotación de la obra pública por el concesionario configura la realización de una actividad prestacional que adquiere el carácter de actividad de servicio. En este punto, podemos incorporar ya también al análisis el supuesto específico de la concesión de servicio público, para encuadrarnos de una vez en la consideración de una pieza subjetiva fundamental en la mecánica funcional de toda concesión que involucra la prestación de un servicio, y que no puede verse aislada de dicha mecánica: el *usuario*.

Con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 390. Véase también, entre la doctrina argentina, la consideración del *peaje* como una contribución en autores como: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 351; BEZZI, Osvaldo Máximo, ob. cit., pp. 23 y 388; ESCOLA, Héctor Jorge, en COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo argentino*, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, México. D.F., 2006, p. 775; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La iniciativa...*, ob. cit., p. 23, y MERTEHIKIAN, *Estudios...*, ob. cit., p. 106; FARRANDO (h), Ismael/ PÉREZ HUALDE, Alejandro y ÁBALOS, M. Gabriela, “Contratos administrativos en particular”, en FARRANDO, Ismael (h) – MARTÍNEZ, Patricia R. (Directores) et al, *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión de la 1^{era} edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 387 y 388.

⁴⁵⁸ Para el concepto de *tasa*, pueden verse, entre tantos otros: GRIZIOTTI, Benvenuto, *Principios de Ciencias de la Finanzas*, Traducción y notas de Dino JARACH, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 205; GIANNINI, A.D., ob. cit., p. 50; FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero español*, 19^a edición, modificada y puesta al día, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 309; MARTÍN QUERALT, Juan/ LOZANO SERRANO, Carmelo/ CASADO OLLERO, Gabriel y TEJERIZO LÓPEZ, José R., ob. cit., p. 99.

IV.2.2-) En la concesión de servicio público

El *usuario* no es más que un administrado cualificado, cuya cualificación está determinada por la integración como parte en una relación jurídica de utilización de un servicio público. De tal suerte, el *usuario* puede definirse como el beneficiario directo de un servicio público, a partir de la utilización efectiva que éste hace de dicha actividad prestacional. Como se verá, el *usuario* es, de ordinario, el beneficiario de modo individual más directo del servicio público. Aunque, ciertamente la condición de sujeto beneficiado en relación con el servicio público no se agota en el marco exclusivo de los usuarios, sino que incluye, además, a aquellos otros sujetos que obtienen directa o indirectamente ventajas con el establecimiento y prestación de dicho servicio, y que no necesariamente entran en una relación inmediata de uso con esa actividad. De ahí que todo usuario de un servicio público es beneficiario del mismo, pero no todo beneficiario de aquél tiene necesariamente la condición de usuario.

No es este el marco oportuno para ocuparnos a fondo de las distintas cuestiones que involucra el tema del usuario de los servicios públicos, tanto por la complejidad, cuanto por la amplitud del contenido que ese tópico abarca en la actualidad. Una acción de este tipo, resulta más propicia de un estudio sobre el tema de los servicios públicos en general, o de un análisis más específico sobre la categoría *usuario*. Baste entonces, a nuestros efectos, la precisión conceptual contenida en el párrafo precedente; así como una necesaria referencia a la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el concesionario y el usuario con motivo de la prestación y utilización del servicio público concedido.

Una primera anotación que debe hacerse, es que el vínculo concesionario-usuario, en el supuesto que nos ocupa, se configura como mucho más complejo en su contenido que aquellos que conectan jurídicamente al concesionario con el contribuyente de mejora, y con los obligados al pago del peaje o la tasa, en general, por la utilización del bien en explotación. Apreciación esa que está determinada por la dinámica funcional que entraña la prestación de un servicio público, en contraste con el espacio operativo que puede arrastrar el devengo de la contribución de mejora o la realización de un proceder que se centra, esencialmente, en permitir – con las consecuentes exigencias que se establezcan – la utilización directa del bien en explotación.

Por lo tanto, al tiempo de evaluar la naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario prestatario de un servicio y el usuario, no deberá ser

suficiente atenerse a la naturaleza jurídica que pueda presentar la prestación pecuniaria que el segundo ha de abonar al primero por el goce del servicio que éste presta – que, en cuanto tal, sólo es una consecuencia, a su vez, de la naturaleza jurídica de la actividad de que se trata -, sino que se deberá atender a la fijación de otros posibles aspectos que integran y completan el contenido del nexo jurídico entre ellos.

La naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público (principalmente) es otra de las cuestiones, dentro de las disímiles que ha involucrado el tema de la concesión administrativa, que tampoco ha sido pacífica. Esa falta de consenso y unanimidad en torno a ese punto, se ha puesto de manifiesto en los diferentes enfoques que, al respecto, se han acogido por la doctrina y la jurisprudencia, básicamente, desde el siglo XIX hasta nuestros días. No sin generar argumentaciones encontradas que han contribuido a sustanciar el debate científico que se ha producido alrededor de esta cuestión.

Realmente, varias han sido las posiciones que se han promovido, con mayor o menor acogida, en los intentos por explicar y precisar la naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público. Posiciones que pasaremos a ilustrar en sus planteamientos esenciales, sobre la base de un criterio de agrupación metodológica que no pretende ir más allá de tal efecto. Pero, con la advertencia de que existe una interesante riqueza de matices dentro de las orientaciones básicas aportadas, que han recubierto de mayor policromía la percepción de este tópico; y que de hecho no pueden verse agotadas en los esfuerzos reduccionistas de tales posiciones como el que ahora pretendemos destacar.

Es necesario aclarar, por demás, que dentro del elenco de soluciones que se han propuesto para explicar la naturaleza de la relación jurídica entre el concesionario y el usuario del servicio, pueden apreciarse dos líneas generales esenciales.

Ha subsistido en los planteamientos acogidos al efecto una orientación esencialmente unívoca sobre el régimen jurídico a aplicar al nexo que nos ocupa. La que se puede bifurcar en varias tendencias, siempre con una perspectiva unitaria, en las que se señala que la relación a la que nos estamos refiriendo estará sometida a una de dos soluciones troncales: o a un régimen de Derecho Privado o a uno de Derecho Público o Administrativo.

Sin embargo, la diversidad de los planteamientos no se agota en esas posiciones unitarias; sino que, dentro de ese tema, se asciende en matizaciones al aparecer delineadas otras variaciones al respecto que no se presentan con

una orientación unívoca en términos absolutos, pues combinan en su seno la posibilidad de que el vínculo concesionario-usuario pueda, en unos casos, estar sometido a un régimen de Derecho Privado y en otros a un régimen de Derecho Público, o incluso estar sometido a ambos o, lo que es lo mismo, a un régimen mixto.

El estudio de la relación entre el usuario y el concesionario a tenor del uso por aquél de un servicio concedido, apreciar los principales posicionamientos teóricos y prácticos que en estos dos últimos siglos se han esgrimido para explicar y articular esa relación, los posibles aciertos y desaciertos de esas soluciones o propuestas teóricas y prácticas, sus condicionantes o determinantes objetivas y subjetivas, sus presupuestos fácticos y conceptuales, en fin, todo lo que puede implicar esta cuestión, es un tema, de por sí, amplio y con identidad propia, que resulta mucho más abarcador que los objetivos que nos hemos propuesto en este acápite. Por lo tanto, más que diseccionar cada una de esas perspectivas que se puedan convocar para calificar la relación concesionario-usuario del servicio concedido, nos limitaremos, en lo que sigue, a ilustrar – someramente - las principales soluciones que al efecto hemos podido identificar y sistematizar – sin ningún ánimo de agotar la cuestión, sino sólo de organizar su comprensión -; y terminar luego con nuestra opinión sobre esta interesante cuestión.

Con las advertencias anteriores de fondo, podemos distinguir, sobre la naturaleza jurídica de la situación entre el concesionario y el usuario del servicio concedido, como soluciones fundamentales que se han esgrimido las siguientes:

A-) Tesis del contrato privado

Una primera tendencia ha planteado que la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público tiene una *naturaleza de Derecho Privado* y se deriva de un *contrato de esa índole* concluido entre ambos sujetos.

En esta línea, FLEINER apuntaba que

“(...) si la concesión se hizo a un particular, las relaciones entre éste y los terceros se rigen por el Derecho privado; el concesionario concluye contratos de Derecho privado con los usuarios del servicio (...)”.⁴⁵⁹

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en uno de sus clásicos artículos, cuando analizaba las bases históricas relativas a la actividad industrial de los

⁴⁵⁹ Ver, por ejemplo: FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 280.

municipios, acercándose al fenómeno de la concentración urbana en el siglo XIX y el nuevo industrialismo, así como al Derecho ante la nueva situación, reseñaba en relación con ese momento:

“(…) En cualquier caso, con precio libre o tarifado, las relaciones entre el industrial concesionario y los usuarios privados son consideradas inequívocamente como relaciones privadas, sometidas al Derecho común y a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios; es un genuino contrato de transporte, regulado por los Códigos de Comercio, lo que acuerdan el concesionario y el usuario del ferrocarril; un indudable contrato de suministro, con las mismas consecuencias de régimen, lo que concierta la Empresa distribuidora de aguas con el particular que acepta sus servicios. (...)”.⁴⁶⁰

El italiano Massimo Severo GIANNINI, al referirse a los actos que realiza el concesionario en virtud de la concesión, afirmaba que:

“(…) una parte de éstos son contratos que el concesionario concluye con los usuarios del servicio, siendo la regla general que la actividad del concesionario, si el servicio tiene por objeto la prestación de actividades en beneficio de terceros, sea regulada por el derecho privado. (...)”.⁴⁶¹

En definitiva, la conclusión de ver en la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público un *contrato de Derecho Privado*, sobre la que han pesado importantes críticas de un sector doctrinal,⁴⁶² ha sido uno de los planteamientos que llega hasta hoy acogido por un segmento importante de los autores y la jurisprudencia que se han pronunciado al respecto.⁴⁶³

⁴⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial...”, ob. cit., p. 95.

⁴⁶¹ GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 268 y 269.

⁴⁶² Ver un resumen de las críticas a esta posición hechas por los seguidores de la *Escuela del Servicio Público* en: NICINSKI, Sophie, *Lusager du service public industriel et commercial*, L’Harmattan, Paris, 2001, pp. 274 y sigs. También las críticas de otros estudiosos como, por ejemplo, BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 1014 y sigs.; y DE LAUBADÈRE, André/ VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome I, ob. cit., pp. 924 y 925.

⁴⁶³ Por ejemplo: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios...”, ob. cit., p. 314, para el supuesto específico de los servicios económicos; BLANQUER CRIADO, David, *La concesión...*, ob. cit., p. 221. Sobre el caso de la entonces República Federal Alemana, ver BULLINGER, Martin y FROMONT, Michel, “Titre II. Droit Administratif”, específicamente FROMONT, en FROMONT, Michel y RIEG, Alfred (Sous la direction de), *Introduction au Droit Allemand (République Fédérale)*, Tome II, *Droit public – Droit pénal*, Editions Cujas, Paris, pp. 131 y 139 y 140. En Chile: SILVA CIMMA, Enrique, ob. cit., p. 336. En Brasil:

En el mismo, ha tenido un asidero determinante la consideración del concesionario como un gestor privado del servicio público; la condición de persona privada que ha marcado el supuesto típico del concesionario; y, para un sector del pensamiento francés en especial, la naturaleza industrial o comercial de los servicios públicos industriales y comerciales que han constituido el supuesto objetivo más característico de los servicios concedidos.⁴⁶⁴

B-) Tesis del contrato a favor de tercero o estipulación por otro

Una segunda idea, propia de una parte de la doctrina francesa más antigua, y sostenida sobre todo por civilistas en ese país, veía que la relación concesionario-usuario era consecuencia de un *contrato a favor de tercero o estipulación por otro*.⁴⁶⁵

Según PLANIOL y RIPERT, una de las aplicaciones de la estipulación a favor de terceros se da en las estipulaciones de los contratos de concesión de obras públicas, a favor de los que vayan a usarla; y añadían:

“(...) Pero no es contrario a la naturaleza de la estipulación a favor de tercero que el estipulante conserve cierta disposición sobre el derecho nacido por sus actos a favor del tercero: ya que le dio origen, pudiera haberlo creado sujeto ya a las modificaciones que

GASPARINI, Diogenes, ob. cit., p. 445. En Cuba, el profesor Alberto BLANCO, concluía sobre los contratos de suministros de energía eléctrica, gas y agua, que eran contratos de naturaleza mercantil, en su clásico *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español*, Tomo III, *Contratos en Especie*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, “Librería Nueva” Imprenta y Papelería, La Habana, 1943, pp. 64 y sigs.

⁴⁶⁴ No pocos autores dentro de Francia, desde la primera mitad del siglo XX, han anotado el hecho de que la jurisprudencia de ese país se ha inclinado tradicionalmente por ver en la relación concesionario-usuario, en los servicios públicos industriales y comerciales, una relación de naturaleza contractual. Así, ver, entre otros que hacen ese destaque, a: LAROCHE, Pierre, ob. cit., pp. 144 y 145; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., pp. 567 y 568; DE SOTO, Jean, ob. cit., pp. 66 y sigs. Según explicaba Sophie NICINSKI (ob. cit., p. 281), en lo atinente a la jurisprudencia francesa sobre la situación del usuario en los servicios industriales y comerciales: “La jurisprudencia del juez judicial, del juez administrativo y del Tribunal de Conflictos es unánime, desde el siglo XIX hasta nuestros días, para calificar como de “contrato”, incluso de “contrato de abono” o de “contrato de adhesión”, el vínculo que une al explotador y el usuario, aún posteriormente a las críticas emitidas por la Escuela del servicio público, que habrían podido concluir en un viraje de jurisprudencia. Los fallos de 1961, que emiten la idea de vínculos privados, tampoco justifican el abandono de la noción de contrato, que permanece utilizada cada vez que la situación del usuario lo permite.”

⁴⁶⁵ Así lo enfocaron, por ejemplo: LAMBERT, ob. cit., pp. 322 y sigs.; ESMEIN, Paul, ob. cit., p. 490; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, ob. cit., pp. 496 y 497.

convendría más adelante de acuerdo con el promitente o sin éste. (...). No cabe duda que las colectividades que hacen la concesión representan a los usuarios y puede buscarse en el carácter de representante de órgano de la colectividad la explicación de la solución impartida. Pero, desde el momento en que éstos, por medio de un contrato particular con el concesionario, han adquirido un derecho especial, hay que explicar por qué razón el representante puede modificar los derechos y obligaciones del representado. (...).⁴⁶⁶

Esta cuestión de aplicar la idea de un *contrato o estipulación a favor de tercero*, partió de la necesidad de algunos de los que se enrumbaron por la senda civilista de buscar una explicación al hecho que la concesión administrativa de servicio público (en el siglo XIX francés la denominación básica era la de concesión de *travaux publics*), específicamente, se realiza en beneficio de los miembros de la comunidad (distintos en sí del concedente y del concesionario), teniendo entre sus efectos fundamentales el de crear derechos y obligaciones del concesionario frente a esos miembros (beneficiarios directos de la actividad concedida revestidos básicamente con la condición de usuarios o contribuyentes y, por lo tanto, sujetos que no se mantienen extraños al acto concesional en cuestión) y de éstos frente a aquél. A lo que hay que añadirle que la remuneración del concesionario (en los supuestos fundamentales de la concesión de servicio público y la de obra pública) correrá, en principio, a cargo de los usuarios o los contribuyentes. Todo ello, no era más que un esfuerzo por conciliar la concepción puramente contractualista de la concesión administrativa – y salvar así esta última calificación para ella – con la quiebra de ese molde que la realidad funcional de esta figura iba revelando.

Esta teoría de la figura concesional como un *contrato a favor de tercero o estipulación por otro* tuvo fuertes críticas sobre su consistencia.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, ob. cit., pp. 496 y 497.

⁴⁶⁷ Para las críticas a esta solución, pueden verse, entre otros: DUGUIT, León, “De la situation des particuliers a l’égard des services publics (A propos d’un récent arrêt du Conseil d’Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli*)”, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l’étranger*, Tome vingt-quatrième, XIV^e année, V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, 1907, pp. 430 y 431; del mismo DUGUIT, “De la situation juridique...”, ob. cit., pp. 47 y sigs.; DELAMAIN, Maurice, *Les stipulations dans l’intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, Éditeur, Paris, 1910, pp. 2 y sigs.; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 391 y 392; AULAGNON, Lucien, “De la situation juridique des usagers titulaires de polices d’abonnement a l’égard des compagnies concessionnaires d’un service public”,

C-) Tesis del contrato de adhesión

Una tercera vertiente parte de que la relación entre aquéllos es regulada, básicamente, por el Derecho Privado. Pero, como en el nexo que se establece concurren ciertas particularidades, entre las que puede contarse la posición económica más fuerte del concesionario sobre el usuario, el hecho de que ciertas modificaciones unilaterales en la concesión pueden repercutir en la relación de éstos con independencia de la voluntad de los usuarios, y el hecho que existen ciertos aspectos en el contenido de la relación que vienen predeterminados de antemano por las normas o por la concesión y sobre los que el usuario no puede pronunciarse porque son cuestiones fuera del alcance de su voluntad por tener índole pública, el usuario comúnmente se limita a adherirse a las condiciones establecidas previamente y no discute directamente el contenido del vínculo. Por lo que la relación entre el concesionario y los usuarios se deriva de un *contrato de adhesión*.

En relación con el servicio postal específicamente, se pronunció François GÉNY:

“(...) La objeción, así presentada, desconoce absolutamente la verdadera naturaleza del contrato civil, que implica solamente el encuentro de dos voluntades, exentas de vicios, sobre un objeto de interés jurídico, de la forma que ha sido fijado, y que ninguna persona sabría negar a estos contratos de adhesión tan numerosos hoy, donde los contratos postales nos ofrecen simplemente una aplicación.”⁴⁶⁸

en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome vingt-troisième, Année 1924, Reimpression anastatique de l'édition Paris 1924, Verlag Detter Auvermann KG, Glashütten in Taunus, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1970, pp. 34 y sigs.; LAROQUE, Pierre, ob. cit., pp. 25 y sigs.; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 564; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 168 y 169; y DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratif*, Tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 373. Además: ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 610.

⁴⁶⁸ GÉNY, François, *Des droits sur les lettres missives*, Tome premier, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1911, pp. 52 y sigs. Ver, en esta dirección del contrato de adhesión, y entre otros, a: COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo III, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo DE BUEN, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1924, pp. 527 y 528; y DEMOGUE, René, ob. cit., pp. 307 y sigs., aunque la opinión de DEMOGUE aparece articulada de modo más complejo, pues si bien establece que existe un *contrato de adhesión* entre los usuarios y las compañías de tranvía, gas, electricidad, transporte, etc., también hay que tomar en cuenta que, para él, las concesiones a esas compañías podían

Según Alcides GRECA:

“Las relaciones entre el concesionario y los usuarios del servicio se rigen también por el derecho privado, pero en ciertos aspectos, éstas se modifican en virtud del contrato realizado por la Administración pública con el concesionario. De ahí que se haya expresado por nuestro más alto tribunal que la convención existente entre un consumidor y una empresa de servicio público constituye un verdadero contrato de adhesión.”⁴⁶⁹

Como en otros casos, esta solución ha sido descalificada por otro sector del pensamiento *iuspublicístico*.⁴⁷⁰

D-) Tesis de la naturaleza pública o administrativa o de la situación reglamentaria o estatutaria

Una cuarta posición ha observado que la vinculación entre concesionario y usuario tiene *indole pública o administrativa* y no deriva de un contrato, sino que su situación está regida por normas legales y reglamentarias y se deriva de éstas. Por lo que su situación es *reglamentaria o estatutaria*. Para

ser analizadas técnicamente como constitutivas de *stipulations pour autrui* (ob. cit., pp. 867 y 870) y que, asimismo, eran *contratos de reglamentación* (véase su construcción sobre tales contratos, en ob. cit., pp. 839 y, en especial, 867 y sig.). Igualmente, en la línea del contrato de adhesión: MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, *Derecho de las obligaciones. Parte General*, Traducción de la 8^{va} edición italiana por Santiago SANTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 487.

⁴⁶⁹ GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., pp. 218 y 219. También en esta línea: CARRILLO, Pedro, “Concesión de servicios públicos”, en Revista Jurídica Argentina *La Ley*, Tomo 62, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1951, p. 953. Asimismo, ver las afirmaciones que desarrollaba el español FERNÁNDEZ TORRES, Manuel, “El servicio público del gas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 86, Mayo-agosto, 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 150 y sigs., a propósito del caso particular del *contrato de suministro de gas*.

⁴⁷⁰ Para las críticas a esta idea pueden verse, entre otros, a: HAURIOU, Maurice, en su nota al *affaire Dame Chauvin, dite Sylviac*, del Consejo de Estado francés, de 23 de marzo de 1906, recogida en su obra *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIOU*, Tome II, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 292 y sigs.; DUGUIT, León, *Las transformaciones generales...*, ob. cit., pp. 140 y sigs., y “De la situation juridique...”, ob. cit., pp. 270 y sigs.; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 14 y sigs.; LAROQUE, Pierre, ob. cit., pp. 138 y sigs.; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 22 y sigs.; y BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 1014 y sigs.

esta posición, como el régimen del servicio es público, la relación de utilización que de él se deriva también compartirá ese régimen.

Esta solución ha tenido como abanderados e impulsores a un importante grupo de autores franceses, de entre los más trascendentes del siglo XX.⁴⁷¹ Léon DUGUIT y Gastón JÈZE, y los seguidores de la *Escuela del Servicio Público en general*,⁴⁷² han devenido en emblemáticos sostenedores de esta tendencia. Sin dejar de reconocer a otros cultores del Derecho Administrativo en Francia que se han decidido por ella.⁴⁷³

El maestro de Burdeos expuso al respecto:

“¿Pero si no hay contrato, cómo explicar que una relación de derecho nace entre el concesionario y el particular que usa del servicio? Muy fácilmente, si se ve en el acto de concesión una verdadera ley. Todo acto unilateral de voluntad produce un efecto de derecho cuando emana de una voluntad capaz y que tiene un objeto y un fin conformes a la ley. El particular ha querido usar el servicio público; él lo ha querido legalmente; él es capaz según la ley del servicio; él quiere una cosa determinada por esta misma ley y según un fin también conforme a esta ley. Todo se explica entonces. No hay contrato; no puede haber contrato entre el particular y el concesionario; pero nace una relación de derecho entre ellos porque hay en el particular un acto unilateral de voluntad conforme a la ley del servicio”.⁴⁷⁴

Y luego sostenía:

“(…) En relación con los particulares que quieren usar el servicio público, sólo hay y puede haber una ley orgánica del servicio

⁴⁷¹ V. gr.: HAURIUO, Maurice, en su nota al *arrêt Syndicat des propriétaires du quartier Croix-Seguey-Tivoli*, de 21 de diciembre, publicada originalmente en *Recueil Général des Lois et des Arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de Droit Public*, Fondée par J.-B. Sirey, Année 1907, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais (Ancienne Maison L. Larose et Forcel), Paris, 1907, III^e partie, Jurisprudence administrative, y consultada en HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIUO, Tome II, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), p. 31, y su nota al *affaire Dame Chauvin, dite Sylviac*, ob. cit., pp. 292 y sigs.

⁴⁷² V. gr.: ROLLAND, Louis, ob. cit., pp. 131 y 132, y 272 y 273; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., pp. 577 y sigs.

⁴⁷³ Igualmente, entre varios que han seguido esta idea: BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 1025 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André/ VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome I, ob. cit., pp. 914 y sigs., y 924 y sigs.

⁴⁷⁴ DUGUIT, Léon, “De la situation juridique...”, ob. cit., pp. 428 y 429.

público. El particular en relación con un servicio público concedido, municipal u otro, se encuentra, como en relación a todo servicio público, en una situación legal, reglamentaria. Él puede actuar y querer jurídicamente en los límites fijados por esta ley. Él puede demandar reparación de todo perjuicio a él causado por un acto efectuado en violación de esta ley. Él puede criticar por la vía contenciosa del recurso por exceso de poder todo acto administrativo unilateral efectuado en violación del acto de concesión, ley del servicio.”⁴⁷⁵

Por su parte, Gastón JÈZE, consideraba que:

“*Es una situación jurídica general, impersonal.* Todos los individuos que reúnen las condiciones establecidas por *las leyes y reglamentos* sobre la organización de determinado servicio público, pueden exigir que el servicio funcione en su beneficio en las condiciones *legales y reglamentarias*. No hay aquí el menor signo de contrato. El usuario manifiesta su voluntad unilateral de beneficiarse con el funcionamiento del servicio público. Los agentes públicos tienen el deber *funcional*, en su condición de encargados del servicio público, de hacerlo funcionar a pedido de cualquier administrado, en las condiciones legales y reglamentarias. Ni más, ni menos. El usuario no es *acreedor* de una prestación, en el sentido de acreedor surgido a consecuencia de un contrato de compraventa. El contenido de la prestación no se establece por un acuerdo de partes; las condiciones para que la prestación se efectúe no son *ni pueden ser* objeto de un acuerdo de voluntades. Todo es unilateral. Los agentes públicos organizan unilateralmente el servicio público, que funciona según sus instrucciones. Los encargados del funcionamiento del servicio público no están obligados por una deuda con respecto a los usuarios. (...)”⁴⁷⁶

Una solución de este tipo fue de recibo, visiblemente, además, en un segmento doctrinalmente significativo, que reúne a *iuspublicistas* de otros ordenamientos jurídicos europeos,⁴⁷⁷ más allá del francés, y también de los

⁴⁷⁵ DUGUIT, Léon, “De la situation juridique...”, ob. cit., pp. 438 y 439. De DUGUIT pueden verse, además: *Las transformaciones...*, ob. cit., pp. 222 y 224; *Las Transformaciones generales...*, ob. cit., pp. 142 y 143.

⁴⁷⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 18 y 19.

⁴⁷⁷ Por ejemplo, en España: GASCÓN Y MARÍN, José, ob. cit., pp. 370 y 371; GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 6^a edición por Enrique MARTÍNEZ USEROS,

latinoamericanos.⁴⁷⁸ Justo es decir que entre quienes se han inclinado por una posición de este tipo, ha habido algún autor que no sigue el camino específicamente delineado en este sentido por la doctrina francesa mencionada.⁴⁷⁹

Al día de hoy, esta solución sobre la naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario del servicio público, cuyo planteamiento remonta ese límite más estrecho, para proyectarse sobre la consideración de la relación entre el prestatario (directo o indirecto) de un servicio público (concesionado o no) y los usuarios, ha sido una de las principales reflejadas por la teoría y la práctica del siglo XX y lo que va del XXI; siendo una de las tendencias al efecto mayoritariamente acogidas.

Aún así, como otras tesis, esta también ha tenido sus detractores.⁴⁸⁰

E.I.S.A., Madrid, 1957, p. 356; GARRIDO LOPERA, José María, *El servicio de abastecimiento de agua a poblaciones*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, pp. 274 y 275; RIVERO YSERN, Enrique, *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969, pp. 175 y sigs.; RIVERO YSERN, Enrique, “La protección del usuario de los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, No. 87, Septiembre-diciembre, 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 236 y 237; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 8ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2012, Madrid, p. 789.

⁴⁷⁸ Así, entre otros: SERRA ROJAS, Andrés, ob. cit., p. 406; PAREJA, Carlos H., ob. cit., pp. 281 y sigs., y 457; DALURZO, Beatriz, F. “Servicio público. Sistemas de prestación. El servicio público en nuestro país”, en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Nos. 72-73, Año XIV (3ª época), 1952, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, p. 257; FARRANDO (h.), Ismael, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos”, en SARMIENTO GARCÍA, Jorge *et al*, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 43 y sigs.; GRECCO, Carlos Manuel, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario. A propósito de la privatización de ENTel”, en GRECCO, Carlos Manuel y MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, AD-HOC S.R.L, Villela Editor, Buenos Aires, 1999, pp. 444 y 445; MUÑOZ, Guillermo Andrés, “Derecho Administrativo y relaciones entre particulares”, en GRECCO, Carlos Manuel y MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, AD-HOC S.R.L, Villela Editor, Buenos Aires, 1999, p. 778; JIMÉNEZ, Rafael Santos, “Estudio Preliminar (De la 2ª Edición)”, en LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 3ª edición, Cultural, S.A., La Habana, 1952, p. 21; LÓPEZ BLANCO, Marino, *Servicio Público de Teléfonos*, Editorial Lex, La Habana, 1950, pp. 83 y sigs. (a propósito del servicio de teléfonos); y GARCINI, Héctor y REYES, Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Parte General*, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, p. 37.

⁴⁷⁹ En esta cuerda de la naturaleza pública de la relación concesionario-usuario, con impronta diversa a la impulsada por los franceses, es importante que se lean las ideas que desarrollara ALESSI, Renato, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Seconda edizioni riveduta, Dott A. Giuffrè-Editore, Milano, 1956, pp. 33 y sigs.

⁴⁸⁰ Ver también las críticas contra esta solución recogidas en NICINSKI, Sophie, ob. cit, pp. 278 y sigs.

E-) Tesis de la relación regida en principio por el Derecho Público, pero que puede estar sometida en casos excepcionales al Derecho Privado

Hay una quinta idea que parte de considerar que la relación entre el concesionario y el usuario, como principio, es de Derecho Público; por lo que este último se encuentra en una situación legal y reglamentaria o estatutaria. Pero, en ciertos supuestos, generalmente por excepción normativa, la relación entre esos sujetos puede derivar de un contrato de Derecho Privado y estar sometido el nexo al régimen *iusprivado*.

Así, para SAYAGUÉS LASO:

“(...) por el hecho de la utilización del servicio el usuario se encuentra colocado en una situación objetiva, estatutaria, de la que derivan derechos y obligaciones para ambas partes. Pero ese principio general puede ser descartado y surgir entonces un contrato, cuando la ley así lo establece y el vínculo aparece realmente regulado como contrato; o cuando la reglamentación del servicio permita acudir al mecanismo contractual y siempre que la naturaleza del servicio admita esa solución. Pero tales situaciones son siempre de excepción.”⁴⁸¹

F-) Tesis de la relación regida en principio por el Derecho Privado, pero que puede estar sometida en casos excepcionales al Derecho Público

Una sexta tendencia se apoya en el planteamiento contrario al esbozado en el acápite anterior.

De ahí que en ella se apunte que, como principio, el vínculo concesionario-usuario es regido por el Derecho Privado; mas, por excepción, éste puede someterse a un régimen de Derecho Público.⁴⁸²

⁴⁸¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 24. Ver también, entre otros, lo que indicaba: VARELA CABALLERO, Alex, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial de la Escuela de Derecho de Valparaíso de la Universidad de Chile, EDEVAL, Valparaíso, 1968, pp. 135 y 136; PERAL COLLADO, Daniel A., *Obligaciones y contratos civiles*, Curso dirigido, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1980, pp. 123 y sigs.

⁴⁸² Nos parece que esta es la posición que resulta de las exposiciones que realizara el francés CHARLIER, R.-E., “Le régime complexe des services publics «industriels ou commerciaux»”, en *Juris-Classeur Périodique. La Semaine Juridique*, Année 1955, Éditions Techniques, Paris, p. 1220, Nos. 20-N, 21 y 22. Ver, además, lo que sostuvieron: AUBY, Jean-François y RAYMUNDIE, Olivier, ob. cit., p. 476; ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, *El servicio público...*, ob. cit., pp. 177 y sigs.; MANZANEDO, J. A./ HERNANDO, J. y GÓMEZ REINO, E.,

En esta cuerda de análisis, el argentino Juan Carlos CASSAGNE expresaba:

“(...) la relación entre un concesionario privado de servicios públicos y el usuario se rige, en principio, por el Derecho privado, sin perjuicio de que corresponda al Derecho administrativo todo lo atinente a la reglamentación del servicio.”.

Pero acotaba seguidamente:

“No obstante, este principio puede variar por obra del ordenamiento positivo en aquellos servicios públicos que han sido objeto de regulaciones legislativas y reglamentarias (...)”.⁴⁸³

G-) Tesis que sostiene que el contenido de la relación está fijado, en principio, por las regulaciones normativas que al respecto establece la Administración Pública

Un nuevo matiz en la situación cuya descripción nos ocupa, se constata cuando vemos autores que han llegado a sostener que el contenido de la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público concedido está fijado, en principio, por las regulaciones normativas que al respecto establece la Administración Pública, quien, como titular del servicio, es la competente para fijarlo.

Aquí, vemos nosotros que se expresa entonces el elemento público, de manera extendida o predominante, si hay manifestación de aspectos de la relación que quedan librados a acuerdos entre el concesionario y el usuario, que usualmente son fijados por el concesionario. Pero, en esta solución en concreto, se dice que la relación que se establece entre el concesionario y el usuario es a partir de un *contrato de adhesión* o *contrato-tipo*, que reviste naturaleza privada.

Arnaldo DE VALLES acotaba sobre la admisión del público al servicio concedido:

“(...) *Ammissione che nei servizi concessi, ha luogo sempre per mezzo di una stipulazione contrattuale: la quale è libera, nel senso*

Curso de Derecho Administrativo Económico (Ensayo de una sistematización), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, pp. 942 y 970 (circunscribiéndose al terreno específico de las concesiones de servicios públicos económicos); BIELSA, Rafael, *Compendio de Derecho Administrativo. Constitucional, Administrativo y Fiscal*, Tomo II, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1952, p. 45.

⁴⁸³ CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención...*, ob. cit., p. 55 y 56. Del propio CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pp. 218 y 219.

che il privato può chiedere o non il servizio; ma è vincolata nel suo contenuto, dovendo normalmente seguire gli schemi fissi, costituiti dalle tariffe.”.

Seguidamente decía:

*“È invece normalmente vincolata in ciascun momento da parte del concessionario: il quale, per la natura stessa del servizio, e per la sua destinazione al pubblico, è obbligato a prestarlo a chiunque lo richieda, alle condizioni fissate dalle tariffe. E questo è per il singolo un diritto privato ad ottenere una prestazione, cioè un diritto di credito: che solo può essere, ed è spesso, subordinato alle condizioni ed all'estensione del servizio, quali sono volute o tollerate dall'ente concedente.”*⁴⁸⁴

Más adelante, DE VALLES explicaba:

“(…), molto spesso l'ammissione del singolo cittadino al godimento del pubblico servizio può aver luogo mediante un contratto. Questa ipotesi si verifica per quei servizi che vengono organizzati su basi industriali e commerciali; o per analogía con attività private corrispondenti; con cui si trovano in concorrenza, oppure per quei servizi che, passano dall'industria privata agli enti pubblici, conservano un ordinamento análogo a quello che avevano precedentemente. (…).”

Para igualmente aclarar:

*“In questi casi le rispettive obbligazioni sono regolate dal contratto; ma, a differenza che nei rapporti contrattuali privati, devone essere conformi a schemi fissi, tariffe, ecc.; onde il contratto assume la forma di quello che i commercialisti chiamano contratto di adesione.”*⁴⁸⁵

Por el lado español, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han anotado, a tenor del derecho al uso y disfrute de los servicios públicos:

“La precisión de las normas en cada caso aplicables suele ser mayor cuando se trata de servicios gestionados por empresas privadas en

⁴⁸⁴ DE VALLES, Arnaldo, *Elementi...*, ob. cit., p. 317.

⁴⁸⁵ DE VALLES, Arnaldo, *Elementi...*, ob. cit., pp. 323 y 324. De este autor, también puede verse la voz “Concessioni di pubblici servizi”, en *Nuovo Digesto Italiano*, Volume III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 582.

virtud de concesiones suscritas con la Administración titular de los mismos. (...).

Admitido al servicio, el usuario se hace titular de los derechos que le reconoce la reglamentación del mismo, a la que corresponde determinar las modalidades de prestación y su calidad, cantidad, tiempo y lugar de realización, (...). La situación del usuario es, pues, una situación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva por tanto, (...).

En ciertos servicios públicos, la relación de uso de los mismos se aparta de este esquema general, cuyo punto de partida radica en la configuración del acto de admisión como un acto unilateral de carácter administrativo (acto-condición), para canalizarse por la vía del contrato (calificado de privado). Así ocurre normalmente en buena parte de los servicios concedidos en virtud de una práctica generalizada que arranca de la personalidad jurídica previa del gestor y del usuario (servicios de suministros de gas y electricidad, transportes, etc.). En tales casos la normativa aplicable suele ser muy precisa en la determinación de los niveles de la prestación para evitar los posibles abusos del suministrador, estableciendo incluso contratos tipo a los cuales debe acomodarse la negociación entre el concesionario y el usuario (...).⁴⁸⁶

En consecuencia, vemos que obra en el fondo de esta dinámica de pensamiento una concepción en la que se combinan elementos de Derecho Público y de Derecho Privado.

H-) Tesis que hace depender la naturaleza de la relación de la concurrencia de ciertas características en el servicio o en la prestación

Otro grupo de escritores hace depender la naturaleza de la relación que analizamos de ciertas características que concurren en el servicio o en su prestación.

⁴⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo II, 2015, pp. 77 y 78. De modo muy especial, debe verse el razonamiento del español ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 611 y sigs. y 621 y sigs. También: GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo Especial*, Tomo IV, ob. cit., pp. 56 y 57; MARTÍN MATEO, Ramón y Díez SÁNCHEZ, Juan José, *Manual de Derecho Administrativo*, 27ª edición (5ª en Aranzadi), Edición revisada, ampliada y puesta al día, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2008, pp. 358 y 359.

Así, para unos, esa relación se regirá por el Derecho Privado o por el Administrativo en dependencia de la naturaleza del servicio de que se trate (si es un servicio de carácter industrial o comercial o propiamente administrativo, aunque en ambos casos puede haber excepciones);⁴⁸⁷ o si la utilización del servicio es obligatoria o facultativa para el usuario,⁴⁸⁸ o si existe monopolio legal en la prestación del servicio público de que se trate⁴⁸⁹.

No deja de haber opiniones en este sentido que señalan que será la ley la que ha de determinar la naturaleza de la relación usuario-concesionario, pudiéndose pronunciar a favor del Derecho Público o del Derecho Privado.⁴⁹⁰

I-) Tesis que sostiene que la relación está sometida a un régimen jurídico mixto, con preeminencia del Derecho Privado

Hay otro sector doctrinal que ha entendido, en su percepción más global, que la relación entre el concesionario y el usuario está sometida comúnmente

⁴⁸⁷ Es una situación que es posible distinguir especialmente en el Derecho Administrativo francés, v. gr.: CHAVANON, Christian, *Essai sur la Notion et le Régime Juridique du Service Public industriel ou commercial*, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, s/a, pp. 271 y 272; WALINE, Marcel, “De la situation juridique de l’usager d’un service public”, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Nouvelle série, Tome cinquante-troisième, LXXIII^e Année, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1933, pp. 236 y sigs, especialmente p. 255 y *Traité...*, ob. cit., p. 417; COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., pp. 168 y sigs.; MOREAU, Jacques, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pp. 321 y 322; PONTIER, Jean-Marie, *Les services publics*, Hachette Supérieur, Hachette Livre, Paris, 1996, pp. 51, 52, 56 y 92; LOMBARD, Martine y DUMONT, Gilles, *Droit Administratif*, 6^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2005, p. 282; VALLETTE, Jean-Paul, *Droit des services publics*, Ellipses Édition Marketing S.A., Paris, 2006, pp. 238 y 239.

⁴⁸⁸ V.gr.: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 594 y 595; del propio MARIENHOFF, ob. cit., Tomo II, p. 168. Esta opinión es seguida también, entre otros argentinos, por: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 607; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 294; ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., p. 464; y el uruguayo DELPIAZZO, Carlos E., ob. cit., p. 387. Con un matiz aparece la conclusión de ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2^{da} edición, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 276. En Colombia: MEDINA PANQUEVA, Ángela María, *La reversión en el contrato de concesión del servicio de aseo bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 128.

⁴⁸⁹ GORDILLO, Agustín, *Cien notas de Agustín*, 1^{era} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, págs. 191 y 192; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, Tomo II, ob. cit., pp. VI-26 y VI-27.

⁴⁹⁰ Este es el caso del profesor suizo KNAPP, Blaise, *Précis de Droit Administratif*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1980, p. 147.

a un régimen mixto: unos aspectos están regidos por el Derecho Público y otros por el Derecho Privado.

Desde esta conclusión, no han faltado tampoco los matices, pues dentro de esta tendencia se aprecia una inclinación, por unos, a sostener en la referida relación el predominio del Derecho Privado sobre el Derecho Administrativo.

Los franceses GUGLIELMI, KOUBI y LONG, escribían sobre la situación del usuario en los *servicios públicos industriales o comerciales*:

“(…), que estos servicios sean gestionados por una persona pública o por una persona privada, e incluso si resultan de un estatuto determinado por las leyes y reglamentos, los usuarios son lo más frecuentemente sometidos a un régimen de derecho privado.

Este régimen resulta de naturaleza mixta, combina aspectos de derecho público y bases de derecho privado que predominan en la relación de uso. En efecto, los usuarios son colocados en una situación contractual que ellos no han negociado, usan la prestación según reglas de las cuales no dominan el contenido.”⁴⁹¹

Para algunos autores, la preeminencia del Derecho Privado en el régimen mixto de la relación concesionario-usuario, ha de estar dada, esencialmente, por la naturaleza jurídica privada del concesionario, en particular, y de los sujetos que intervienen en este vínculo (concesionario-usuario), en general,⁴⁹² o por la combinación de ese elemento subjetivo, con las características objetivas que pueden concurrir en el servicio público (servicio obligatorio, indispensable, o no), y con el grado de intervención del Estado en la determinación del contenido de la contraprestación que debe satisfacer el usuario.⁴⁹³

⁴⁹¹ GUGLIELMI, Gilles J./ KOUBI, Geneviève y LONG, Martine, ob. cit., p. 372. Ver lo que, por su lado, afirmaba el suizo André GRISEL sobre las relaciones entre el concesionario y los terceros, en ob. cit., p. 149.

⁴⁹² Vgr.: BARRA, Rodolfo Carlos, “La concesión de obra y de servicio público...”, ob. cit., p. 13; del mismo BARRA puede verse: *Principios...*, ob. cit., pp. 250 y 251; “Servicio Público y Regulación...”, ob. cit., 191; y, especialmente, su *Tratado...*, Tomo 3, ob. cit., pp. 624 y sigs. Igualmente: MURATORIO, Jorge I., “La situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos”, en *Documentación Administrativa*, Nos. 267-268, *El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (I)*, Septiembre 2003 – Abril 2004, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, pp. 423.

⁴⁹³ Sirva como ilustración de esa situación, el razonamiento del venezolano: BADELL MADRID, Rafael, “La concesión administrativa”, ob. cit., pp. 265 y 266 y *Régimen jurídico...*,

En esta percepción, consolidando la proyección plural que domina este panorama, hay también quien señala que la relación puede ser reglamentaria y contractual, en dependencia del elemento subjetivo que interviene (el Estado o un particular como prestatario), en combinación con el carácter del servicio de que se trate (obligatorio o facultativo), y que para el caso en que sea una relación contractual esta fluye a través de un contrato adhesión que presenta ciertos aspectos de Derecho Público (carácter mixto de la relación en cuestión).⁴⁹⁴

J-) Tesis que sostiene que la relación está sometida a un régimen jurídico mixto, con preeminencia del Derecho Público

Además de todo lo ilustrado precedentemente, está aquella parte de la doctrina que comparte con la solución anterior la visión de que la situación concesionario-usuario en el servicio público concedido es de carácter mixto: con elementos de Derecho Público y elementos de Derecho Privado.

Pero, a diferencia de ella, reconoce la preeminencia del régimen de Derecho Público, básicamente, por ser el regulador de todo lo atinente a la organización y funcionamiento del servicio en cuestión; y porque la parte fundamental del contenido de esa relación viene determinado en las disposiciones normativas que dicta la Administración Pública al efecto.

En esta idea, como en buena parte de las anteriores, se han enrolado autores de diversa procedencia. Como ejemplo de aquellos que así lo han hecho y salvando los matices que puedan concurrir, es posible mencionar, para el área europea, el caso específico de autores franceses⁴⁹⁵ y el supuesto que se circunscribe a *iusadministrativistas* españoles.

ob. cit., pp. 66 y 67.

⁴⁹⁴ Al respecto, pueden ver las argumentaciones del argentino LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, 2^{da} reimpresión de la 1^{era} edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007, pp. 525 y 526.

⁴⁹⁵ Por ejemplo: AULAGNON, Lucien, ob. cit., p. 44. Sobre este tema, es indispensable consultar la clásica tesis de LAROQUE, Pierre, ob. cit., especialmente pp. 144 y sigs.; COMTE, Philippe, ob. cit., pp. 171 y sigs.; COCÂTRE-ZILGIEN, André, "L'usager du service public industriel ou commercial en droit français", en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Tome XIII, année 1960, Librairie Sirey, Paris, pp. 269 y 270. Creemos que la posición que en esta nota ilustramos es la que se sostiene en MESCHERIAKOFF, Alain-Serge, *Droit des services publics*, 2^e édition mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 229 y sigs. Ver también NICINSKI, Sophie, ob. cit., pp. 286 y sigs., especialmente en lo atinente a los servicios públicos industriales y comerciales.

De estos últimos, puede convocarse a GARRIDO FALLA, cuando predicaba «el carácter mixto de la situación jurídica del usuario»⁴⁹⁶ en los siguientes términos:

“(...) suele escapar a la doctrina – cuando de resolver esta situación se trata –una consideración fundamental: que las mismas razones que postulan la cualificación de «situación mixta» (es decir, en parte contractual y en parte reglamentaria) para aquella en que se encuentra el concesionario, valen para justificar una conclusión análoga en relación con el usuario del servicio público. La Administración, en efecto, comienza por reglamentar (haciendo uso de los poderes que tiene para ello), el fundamento y uso del servicio por parte de los administrados. Esta reglamentación será tanto más intensa, y abarcará tantos más aspectos de las relaciones entre servicio y usuarios, cuanto el servicio tenga un carácter más *administrativo* (o, lo que es lo mismo, menos industrial o comercial), y en tanto se emplee una fórmula directa de gestión. Pues bien, el ámbito de cuestiones no previsto en la reglamentación administrativa, puede y debe resolverse (si de su naturaleza no se deduce lo contrario), mediante la aplicación de los criterios contractualistas. Ocurre así que, como antes se ha dicho, la situación del usuario del servicio puede ser *simultáneamente* (según el aspecto de la relación de que se trate) estatutaria y contractual. Lo que no empece, naturalmente, para que la realidad administrativa nos ofrezca igualmente ejemplos de situaciones puras, es decir totalmente reglamentarias o totalmente contractuales.”⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, *Parte General: Conclusión*, 12^{ma} edición con la colaboración de Alberto PALOMAR OLMEDA y Hermínio LOSADA GONZÁLEZ, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2006, p. 467.

⁴⁹⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., pp. 466 y 467. Además, entre otros: SALAS HERNÁNDEZ, Javier, “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre usuarios de servicios públicos y empresas concesionarias”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 4, Enero-Marzo, 1975, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 39 (refiriéndose a la relación usuario-concesionario en torno al suministro de gas, agua y electricidad); ESCRIBANO COLLADO, Pedro, “El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica”, en *Revista de Administración Pública*, No. 82, Enero-Abril, 1977, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 130 y 131; DE LA CUÉTARA, Miguel, *La actividad...*, ob. cit., pp. 163 y 164; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades...”, ob. cit., pp. 601 y 602; DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, *El servicio público del gas. Producción, Transporte y Suministro*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992, p. 298, con especial referencia a los servicios públicos de agua, gas y electricidad; ARIÑO ORTIZ,

Además de los exponentes de la zona europea ilustrada, como sostenedores de esta tendencia sobre al relación concesionario-usuario, hay que sumar los que pertenecen al área latinoamericana.⁴⁹⁸

De ese perímetro geográfico, podemos traer a colación al argentino VILLEGAS BASAVILBASO, cuando concluía:

“En suma, la relación jurídica entre el usuario y el servicio público está regida *principaliter* por la ley o el reglamento del servicio; esto explica y justifica que el *status* del usuario sea reglamentario. En todo aquello que no esté previsto por la ley o el reglamento, la relación tiene caracteres contractuales. La manifestación de voluntad del usuario no se extiende más allá de ese *status* y su adhesión al mismo – como acto jurídico voluntario – presupone un consentimiento no viciado por dolo, error o violencia. Las leyes orgánicas de los servicios públicos *uti singuli* – tratándose de los servicios

Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1993, pp. 345 y sigs; también de ARIÑO ORTIZ, “Lección decimosexta: Régimen jurídico tradicional del servicio público”, en ARIÑO ORTIZ, Gaspar *et al*, *Principios de Derecho Público Económico*, 3^{ra} edición ampliada, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, S.L., Granada, 2004, pp. 589 y 590; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *ob. cit.*, pp. 361 y 362. En España, además de los ya mencionados: SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Editorial Comares, S.L., Granada, 1998, pp. 511 y sigs.; SANZ RUBIALES, Íñigo, “Los poderes del concesionario de servicios locales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local*. REAL, No. 291, *Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Coordinado por Manuel CLAVERO ARÉVALO, Enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Ministerio de Administraciones Públicas (MAP), Madrid, pp. 1072 y 1073; del propio SANZ RUBIALES, Íñigo, *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, p. 72; SARASOLA GORRITI, Silbia, *La concesión de servicios públicos municipales. Estudio especial de las potestades de intervención*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2003, pp. 298 y sigs.; BLANQUER, David, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 472.

⁴⁹⁸ V. gr.: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo III, *Instituciones Fundamentales. (Primera parte). Servicios Públicos - Función Pública*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 211 y 212; PERRINO, Pablo Esteban, *ob. cit.*, p. 158; PÉREZ SÁNCHEZ, Luis R., *Servicio público. Técnicas de protección del usuario*, Cuadernos de la Universidad Austral, Abeledo-Perrot SAE e I, Buenos Aires, 1998, pp. 98 y 99; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo (Servicios públicos)*, *ob. cit.*, pp. 311 y sigs.; BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, “La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y los concesionarios”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (Coordinadores), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2008, pp. 68 y 69.

públicos industriales o comerciales – suelen prescribir la naturaleza de la relación en examen definiéndola, en lo no estatuido por la misma, como contractual.”⁴⁹⁹

K-) Otra tesis mixta

Finalmente, y bajo la perspectiva de fraccionamiento que se introduce a través de matices y variaciones dentro de una línea global de pensamiento, no ha faltado quien entiende que en la relación concesionario-usuario del servicio público hay una confluencia de elementos públicos y privados en su régimen jurídico, con predominio del elemento público, pero se niega que la sujeción del usuario sea configurada de un modo mixto (en ciertos momentos a uno u otro elemento) y se prefiere reconducir a la idea general de que es una relación de carácter jurídico-administrativo, unitaria y orgánica, donde existen ciertos aspectos correspondientes al Derecho Privado.⁵⁰⁰

En este orden de cosas, el español LÓPEZ BENÍTEZ argumentaba:

“(…) El concesionario y el usuario son sustancialmente personas privadas, (...); pero entre ambos se traba una relación jurídico-administrativa, aunque existan, desde luego, facetas privadas nada desdeñables. En ocasiones, la vida exige comportamientos y actitudes definidos y tolera mal posturas eclécticas o de compromiso. La relación concesionario-usuario ha de ser definida de un modo unitario y éste, como decimos, no es otro que el carácter jurídico-administrativo de la misma, habida cuenta de que se trata de una relación que responde en su organización a principios y finalidades jurídico-públicos, en concreto, la gestión de un servicio público. La misma doctrina que defiende la naturaleza mixta de la relación, parece admitir implícitamente que la relación se inspira en principios jurídico-públicos (...).

(…) Luego, en conclusión, la relación entre el concesionario del servicio y sus usuarios es una relación jurídico-administrativa, porque está montada, organizada y orientada conforme a fines jurídico-administrativos.”⁵⁰¹

⁴⁹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo III, pp. 211 y 212.

⁵⁰⁰ Ese es el caso del español LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 186 y 187.

⁵⁰¹ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, ob. cit., p. 187.

L-) Nuestra opinión

Después de ilustradas las principales tendencias que se han manifestado en lo atinente a la naturaleza jurídica del vínculo entre el concesionario y el usuario del servicio público - que permiten agruparlas, a su vez, en tres grandes grupos: el que considera esa naturaleza de carácter privado, el que la califica de índole administrativa y el que la pondera como mixta -, se impone que tracemos nuestra propia idea al respecto.

Por lo pronto, nos queda claro que el régimen jurídico que rige la relación concesionario-usuario no es unívoco. Por lo que no puede afirmarse terminantemente que éste será siempre de Derecho Privado o de Derecho Público. La proyección del Estado sobre la prestación de los servicios públicos, la cual varía según los intereses económicos y políticos que estén en juego, y la importancia que el servicio en particular adquiere para la comunidad, que viene a determinar todas las características que concurren en su regulación, relativizan una posible afirmación que pretenda llevar vocación de absoluta y de validez general a favor de un régimen unidimensional (sea el uno o el otro).

Para nosotros, en principio, el problema de la naturaleza jurídica del nexo que nos ocupa debe ser resuelto sobre la base del ordenamiento positivo, atendiendo a cada tipo de servicio concedido en particular y a su marco jurídico ordenador, sin perjuicio de la presencia y aplicación de disposiciones de carácter general al efecto.

A pesar de que creemos que debe ser del entramado normativo, y para cada supuesto en particular, de donde se obtendrá en definitiva el pronunciamiento sobre la situación jurídica del usuario frente al servicio público concedido, también consideramos que debemos seguir desentrañando la realidad que subyace tras ese pronunciamiento normativo, para llegar a ella y que no nos tilden de adoptar una posición facilista o extremadamente normativista en una conclusión sobre tal régimen jurídico.

Según apreciamos, en la calificación de la relación que se establece entre el concesionario y el usuario con motivo de la prestación del servicio concedido, deberán ser tomadas en cuenta ciertas circunstancias que aportan matices a la fisonomía de la misma.

Una primera cuestión que no debe desconocerse, es la propia conformación de las partes intervinientes en la relación. Estamos hablando, por un lado, de la ejecución de una actividad pública (el servicio) mediante un gestor que resulta una persona distinta al titular de la actividad, y que asume la prestación del servicio público sobre la base de la realización de una actividad económica en la que se entrecruza el fin público de aquél con el

ánimo de lucro de ésta. La realización del interés económico del concesionario del servicio, pasa, como supuesto básico, por la prestación pecuniaria que obtiene del usuario del servicio, quien a su vez accede a él en función de la satisfacción de su interés individual. Por lo tanto, hay un elemento de consecución de intereses particulares y patrimoniales que se manifiesta en torno a la relación concesionario-usuario del servicio, que, a nuestros ojos, impide alejar del todo en ella la consideración de un lado jurídico-privado en el régimen ordenador de esa relación en lo que respecta, precisamente, a esa consecución. No hay que olvidar que el concesionario es, esencialmente, un empresario, que no deja de actuar como tal en la prestación del servicio concedido.

Así las cosas, la articulación de la relación entre el concesionario, proveedor del servicio, y el usuario, receptor del mismo y quien generalmente paga por su utilización, se realiza a través de la técnica de la contratación, pues es la que sirve típicamente al intercambio de prestaciones con connotación patrimonial entre sujetos privados.

Ciertamente, el mecanismo básico ha de ser el del *contrato de adhesión*, pues, de ordinario, el usuario se limita a aceptar o no los términos fijados para el uso del servicio; que el concesionario, a su vez, debe ajustar a las condiciones establecidas en la concesión y en el marco regulador del servicio de que se trate, si el contenido de esa relación no viene predeterminado en un contrato-tipo – cuyo contenido, entonces, sólo replicará formalmente el concesionario frente al usuario al tiempo de hacer efectiva la relación de uso del servicio por éste - obra de la Administración Pública a través de sus instrumentos normativos.

Y esa contratación aparecerá verdaderamente como tal, mientras menos normado sea su contenido por las disposiciones emitidas por la Administración Pública al respecto. Esto es, cuando haya espacio – mayor o menor – en la determinación, sobre todo por el concesionario, de la parte de ese contenido que quede librado a la voluntad de las partes entre las que se establece el nexo jurídico de la utilización del servicio concedido, ajustándose al marco regulador aludido. De lo contrario, el contrato concluido entre el usuario y el concesionario prestatario, sólo operará formalmente como mecanismo de acceso del primero a una situación estatutaria establecida al efecto, de modo general, por las disposiciones reglamentarias, y que se concreta singularmente, en su aplicación, para cada relación de uso que se establece entre cada usuario y el concesionario, por la vía del contrato (función que cumple el acto-condición en otros supuestos de vinculación entre usuario y otros prestatarios de servicios públicos).

Con ello queremos decir que si el concesionario contrata con el usuario la prestación del servicio público concedido, los aspectos de esa contratación, si no están sustraídos de ese ámbito por su predeterminación en las disposiciones reglamentarias correspondientes, se regirán por el Derecho Privado, como es lícito pensar (el concesionario no concluye un contrato administrativo con el usuario en este contexto).

Sin embargo, el análisis consecuente de este tópico no debe concluir en lo dicho, pues lo que hasta ahora hemos planteado sólo se refiere a un aspecto de la relación. Queda, entonces, entrar a considerar otro aspecto de la misma que introdujimos en el párrafo anterior.

Además del punto precisado en las líneas precedentes, no debemos perder de vista que en la concesión de servicio público hay un ejercicio de actividad administrativa. Entonces, toda prestación concesionada de un servicio público está inexorablemente sometida a regulaciones *iuspúblicas*, porque sólo compete al titular del servicio – que sigue siendo un ámbito objetivo de carácter público a pesar de la concesión –, es decir a la Administración Pública, la regulación de su organización y funcionamiento, así como también le corresponde la intervención en su prestación.

En consecuencia, el vínculo entre el concesionario prestatario del servicio público y el usuario contendrá, de por sí, un componente de Derecho Administrativo, determinado por la circunstancia de que ese vínculo se establece en los marcos, y sobre la base, de un servicio organizado y funcionando según el cauce – más o menos abarcador – trazado por su titular – que no es el concesionario –, a través de disposiciones normativas que expresan y resultan de esa potestad de organización que el mismo tiene atribuida. De tal forma, la relación entre el concesionario y el usuario deberá sujetarse y adecuarse, en su contenido, a lo que se dispone al respecto en el trazado organizacional y funcional del servicio que regula la Administración Pública. Y en la medida en que ese componente reglado se vaya extendiendo y vaya copando el contenido de la relación concesionario-usuario, por el hecho que las disposiciones normativas asumen, en su regulación, cuestiones referentes a esa relación, más normado resultará el contenido del vínculo jurídico y menor será la cabida que el Derecho Privado puede encontrar en la situación del usuario frente a la utilización del servicio público concedido, al alejarse así la posibilidad de que la voluntad de las partes entre las que se da el nexo de utilización pueda disponer sobre éste y sustanciarlo.

En lo relativo al uso del servicio concedido, habrá un núcleo sustancial – que puede ser mayor o menor – sustraído de la voluntad del prestatario y

del usuario, por indisponible para estos ante su carácter público, y por venir establecido en instrumentos normativos que conforman el marco regulador del servicio y de la concesión, que se integra en el contenido de la relación jurídica entre el concesionario y el usuario, al referirse a cuestiones que afectan directamente a la misma. Con ello, es posible sostener que se manifiesta la presencia de un ángulo *iuspúblico* dentro del régimen jurídico que configura la relación concesionario-usuario, establecido por vía normativa por parte de la Administración Pública.

Tampoco se debe dejar de lado la idea que la prestación de un servicio público concedido sigue siendo un sector objetivo encuadrado dentro del funcionamiento administrativo; y que, en cuanto tal porción de la función administrativa, viene soportada en su ejecución por medios de actuación jurídica propios del funcionamiento público, ajenos de modo natural a la actuación ordinaria de los individuos en su tráfico jurídico particular. Esto significa que la concesión administrativa es una vía por la que se habilita al concesionario para el ejercicio de determinadas atribuciones de poder público necesarias para el adecuado funcionamiento del servicio y su gestión.

Esas atribuciones, de ordinario, pueden implicar, en su ejercicio, la afectación a terceros. Cuando esa afectación se refiere específicamente a los usuarios del servicio en ocasión de su utilización (el ejemplo típico son las potestades de policía del servicio que se le pueden atribuir al concesionario), esas atribuciones integran igualmente el contenido de la relación concesionario-usuario, formando parte del núcleo *iuspublicístico* de ese vínculo – quizás el elemento característico más marcado de dicho núcleo –, por la naturaleza de tales atribuciones.

La existencia y presencia de dichas atribuciones de poder público, en la medida de su expresión y manifestación dentro de la relación concesionario-usuario, incluyen un punto de valoración que no debe desdeñarse al tiempo de cualificar la situación jurídica que se produce entre ambas partes; y que, para nosotros, resulta de una apreciación necesaria, de un peso importante, a los fines de identificar el elemento de Derecho Público dentro del régimen jurídico del vínculo concesionario-usuario.

Hasta aquí, hemos trazado el esquema general de los elementos que pueden concurrir en la relación concesionario-usuario, que por ello hacen, a nuestro entender, que el régimen jurídico de tal situación se presente como un régimen jurídico híbrido o mixto, en el que han de operar aspectos de Derecho Público y aspectos de Derecho Privado. Sin dudas, este es un ejemplo de interacción de ambos regímenes jurídicos (el Público y el Privado) sobre

una misma situación, con las dificultades correspondientes para establecer nítidamente hasta dónde pueden actuar en ella uno y otro.

Precisando ese esquema general, hay que ver también en qué medida pueden actuar los aspectos señalados sobre la relación concesionario-usuario, y la correlación que se establece entre el alcance de uno y otro dentro de la misma.

En principio, pensamos que es difícil – y tal vez poco objetivo - establecer, *a priori*, en abstracto, con pretensión de validez general y absoluta, la medida precisa de esa correspondencia, pues ello estará condicionado por una serie de circunstancias objetivas y coyunturales – conectada a evaluaciones y proyecciones políticas, económicas, sociales en general – que gravitan en torno al supuesto específico del servicio concedido de que se trate.

Así, tendremos que mientras más trascendente considere la Administración Pública el servicio para la colectividad, con más intensidad se ha de manifestar la intervención de la entidad administrativa en la regulación jurídica de su prestación, extendiendo su alcance en la fijación y ordenación de cuestiones relativas a esa prestación, a través de las disposiciones normativas. Revelando en ello, entonces, la preponderancia del régimen público en el referido vínculo, que puede llegar, incluso, a impregnar todos los aspectos de esa relación, si son predeterminados y agotados en tales regulaciones.

También la índole o naturaleza objetiva del servicio concedido en específico – que no está ajena a la conexión con su trascendencia como actividad administrativa para la comunidad – tributaría a la configuración del régimen jurídico del nexo concesionario-usuario, pues en la medida en que ese servicio presente una vis más comercial o industrial – dada por la naturaleza misma de la actividad que involucra - y, por tal, sea un servicio menos administrativo, habrá mayor propensión a la aplicación del régimen de Derecho Privado a un sector de la relación entre aquellos sujetos, que puede quedar fuera de la intervención ordenadora de la Administración Pública.

En resumidas cuentas, para nosotros, en principio, la relación que se establece entre el concesionario y el usuario resultará de un régimen jurídico de carácter mixto y cobrará virtualidad como vínculo entre ambos, básicamente, mediante un contrato de adhesión.

En aquellas cuestiones que expresamente no están regidas por el Derecho Administrativo, puede aplicarse el régimen de Derecho Privado, si la naturaleza de la cuestión lo permite.

Sin embargo, también entendemos posible que ese vínculo concesionario-usuario puede estar regulado en su totalidad por el Derecho Público

(Administrativo), cuando la intensidad de la regulación administrativa sobre esa relación se exprese en su mayor alcance.

Mas, por las razones expuestas, igualmente apreciamos que la situación de las partes en dicha relación nunca estará, en todos sus aspectos, bajo el régimen de Derecho Privado, y siempre tendrá – aunque sea en menor o mínima proporción – algún elemento de sometimiento al Derecho Público.

De ahí el carácter mixto del régimen jurídico de la relación entre el concesionario y el usuario del servicio público concedido.

CAPÍTULO V

Sobre las potestades de la Administración Pública concedente

V.1-) Preliminar

En el capítulo correspondiente a las características de la concesión administrativa, dejábamos introducido el tema – de un modo general – sobre el conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral, que de ordinario se le otorgan a la Administración Pública concedente en el perímetro de la relación concesional.

Este conjunto de potestades jurídicas, sin duda, cualifica la posición del ente concedente en el marco de ese vínculo; y junto con los derechos que a este último le corresponden en ese marco, determinan la situación subjetiva de dicha parte en la concesión administrativa.

Estas potestades tienen su fundamento más inmediato en el interés público que corresponde garantizar a la entidad pública concedente y que subyace en la concesión administrativa como determinante existencial y funcional de la misma. Son ellas, expresión y consecuencia de la mecánica y la dinámica *iusadministrativa* que signa a la figura concesional; y, en cierta medida, son expresión y proveimiento de la sustancia jurídico-administrativa del nexo en cuestión. Esto último ha quedado recogido en las expresiones «cláusulas exorbitantes del Derecho Civil o Común» o en el «régimen exorbitante del Derecho Civil o Común».

Estas potestades jurídicas son proyección del poder general de intervención que tiene el concedente sobre la ejecución de la actividad concedida, para garantizar la continuidad y regularidad de su ejecución. Poder ese determinado por la titularidad pública de esta última, así como por la responsabilidad que, en su buena marcha, le corresponde a la Administración Pública por su misión de proveer a la satisfacción del interés general.

No se olvide que la concesión administrativa es un modo de ejercicio de la función administrativa o una técnica jurídica que implica un gestor directo de la actividad que no es propiamente el titular de lo concedido. Pero de

la cual este último no sólo no debe desentenderse, sino que debe intervenir en la medida en que lo establezca el marco jurídico ordenador de la relación, para garantizar el cumplimiento de los fines generales que al ente público corresponde garantizar (no se entienda esto como que el único garante del interés público es la Administración Pública). La Administración Pública, en su funcionamiento, tiene objetivos públicos que cumplir y, debe proveerse a ese cumplimiento por ella, utilice la técnica que utilice y actúe directa o indirectamente en ello.

Las potestades del concedente se han ido configurando y consolidando en la medida en que han evolucionado las exigencias del tráfico jurídico-administrativo al que sirve la concesión administrativa como técnica jurídica. Su existencia hoy en los diversos ordenamientos jurídicos, si bien no puede decirse que muestra absoluta identidad en ellos en toda la línea, sí resulta un hecho. Aunque, la existencia de estas potestades, en su proceso de configuración y consolidación, no ha estado alejado de la polémica jurídica.

Ese debate puede apreciarse desde diversas perspectivas, ya desde la más global que toca a la existencia, configuración y operatividad de las mencionadas potestades, tanto en el marco de la concesión administrativa, como en la figura más genérica de la contratación administrativa, donde la mayor parte de los ordenamientos encuadran a aquellas; cuando desde la existencia, configuración y operatividad de cada una de las potestades en concreto que se le asignan a la Administración Pública concedente.

Es importante advertir que, si bien cada una de las potestades jurídicas de la Administración Pública concedente tiene identidad propia y a los efectos metodológicos pueden ser apreciadas y aprehendidas en su individualidad, lo cierto es que ellas conforman un sistema integrado y complejo como elementos relacionados, que sólo desde esa integración se explican coherente y consecuentemente y manifiestan la unidad que significa la situación jurídica de la entidad concedente.

Una vez enunciadas esas ideas preliminares, pasemos entonces a considerar, en específico, las diversas potestades jurídicas que ostenta la Administración Pública concedente en el perímetro de la concesión administrativa.

V.2-) La potestad de dirección y control

La potestad de dirección y control de la Administración Pública concedente puede entenderse como el poder jurídico que tiene dicha entidad de dirigir y controlar la ejecución de lo concedido por parte del concesionario, como medio de asegurar que la misma se lleve a cabo de acuerdo con las regulaciones predeterminadas y con los criterios de realización más

favorables al interés común, a los fines de garantizar que se alcance el fin público al que la concesión responde.

Esta potestad es una manifestación del más amplio poder de intervención que posee la Administración Pública en relación con la concesión.

El basamento inmediato de la existencia de esta potestad de dirección y control del concedente dentro del contenido de la concesión, pasa por el hecho que la actividad concedida, a pesar de la concesión, se mantiene incardinada dentro del ámbito funcional cuya titularidad corresponde a la Administración Pública concedente y cuya realización debe garantizar esta entidad. El fundamento último de dicha potestad jurídica no es otra cosa que la garantía de la satisfacción del interés general. Este planteamiento justificativo puede evidenciarse en diversos postulados básicos.

Por un lado, tenemos que, con independencia de la transferencia que ocurre en la concesión administrativa, la Administración Pública concedente continúa siendo la titular de la actividad concedida. Actividad que mantiene su carácter público y que sigue formando parte del contenido de la función administrativa que ese ente desarrolla como misión principal.⁵⁰² Función que reviste la nota de inalienable para su titular. Ante esa nota de inalienabilidad que marca el contenido de la función administrativa – y que alcanza entonces al objeto de la concesión por integrarse dentro de éste –, el concedente no puede desentenderse de la actividad concedida, no puede traspasarla o descargarla total y definitivamente en otra persona. En cuanto titular de ella, su realización sigue siendo, en última instancia, responsabilidad directa de la Administración Pública y no puede eludirla. Así como también es su responsabilidad las afectaciones que al interés público se produzcan por un inadecuado comportamiento del concesionario.⁵⁰³

⁵⁰² Así, por ejemplo, el brasileño Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO ha sido de los que ha reconocido que: “*O fundamento do controle especial, exercido pelo poder concedente sobre organização e funcionamento do serviço do concessionário, encontra a sua justificativa na fato dele ser serviço público concedido, e, por isso mesmo, lhe serem aplicáveis normas idênticas às dos serviços públicos geridos pela própria administração. (...)*”; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., p. 105. Ver también, entre otros, MALLOL GARCÍA, José, “Justificación y alcance de las potestades reglamentarias en la concesión de servicios”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Año, XV, No. 85, Enero-Febrero, 1956, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 62; y LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y Administración de la República Argentina*, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, TEA., Buenos Aires, 1959, p. 197.

⁵⁰³ Enseñaba Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO que: “*(...) outorgando o Estado a terceiro os directos e obrigações que lhe competem de executar serviços públicos, se torna perante a população, fiador do bom desempenho destes por seu delegado, e, assim, é lícito fique com*

De ahí que la potestad de dirección y control de la concesión administrativa es una importante vía a través de la cual la Administración Pública se mantiene inmersa directamente en la realización del objeto sobre el que la misma recae.

Por otro lado, el concedente, por razones de insuficiencia o política económicas, decide no asumir directamente la ejecución del objeto de la concesión, pero, como garante que es de la satisfacción de las necesidades generales, debe proveer la ejecución de dicho objeto (especialmente el servicio público) como vía de alcanzar el fin general que el mismo involucra y del que no puede desentenderse por esa condición de garante. En consecuencia, acude a la colaboración de otra persona (el concesionario, típicamente un particular) transfiriéndole, temporal y condicionadamente, esa ejecución, la que entonces se encargará directamente de ella, buscando colmar el ánimo de lucro que le mueve a enrolarse en esa empresa.

Como se verá, en esta relación concesional se pone en juego la consecución de dos intereses cualitativamente diversos, el público y el privado, a través de la actividad que desenvuelve el representante del segundo de tales intereses.

De no controlar y dirigir la Administración Pública la actividad del concesionario, éste, actuando su propio interés, en un afán desmedido por colmar su ánimo de lucro, pudiera convertir la ejecución de la concesión en más onerosa para la colectividad – este punto se torna mucho más visible cuando toca a la cuestión tarifaria, básicamente por los problemas que un aumento injustificado de las tarifas o una mala política en su aplicación descontrolada acarrearía para los usuarios del servicio público o la obra pública y por el eco perjudicial que el descontrol tarifario, dejando las tarifas a merced de las veleidades de los concesionarios, puede generar en la colectividad en sentido general⁵⁰⁴ -. El concesionario pudiera llevar su ejecución a condiciones

todos os poderes de fiscalizar o seu representante no desempenho de tal “desideratum””; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., p. 105. Ver también, entre otros: MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., p. 62.

⁵⁰⁴ Gastón JÈZE decía sobre ello: “El derecho de percibir tasas del público, conferido al concesionario, exige una vigilancia muy particular de la Administración. No solamente es preciso proteger al público contra las posibles exacciones del concesionario, sino que también interesa que las tarifas no dificulten la libre competencia y la producción nacional: las tarifas deben aplicarse *uniformemente*, sin privilegio ni preferencia para determinados individuos (principio de la igualdad de las personas ante los servicios públicos, aun tratándose de los concedidos); las tarifas no deben pesar demasiado sobre los productores y los consumidores, etc.”; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 350. Ver también

menos beneficiosas para la colectividad y, en consecuencia, a condiciones más favorables para él y pudiera hacer un uso desviado o desnaturalizado de los medios jurídicos (monopolio,⁵⁰⁵ expropiación, ocupaciones temporales, vía de apremio, etc.) que el concedente pueda poner en sus manos para el más adecuado desenvolvimiento de la concesión y del cumplimiento de la finalidad existencial de la relación. Lo que provocaría que en vez de beneficiarse el interés general por esa vía, se genere una afectación al mismo que desvirtúe la finalidad existencial principal que anima a la concesión administrativa.

Recuérdese que el concesionario lucra con la gestión de una parte del contenido de la función administrativa, por lo que si no se somete a un adecuado y estricto control y dirección de su gestión en ese sentido, se degeneraría en un desconocimiento del interés público, sacrificándolo ante el interés individual.⁵⁰⁶ Planteamiento éste que contradice la esencia misma de la concesión administrativa. El ánimo de lucro y el ejercicio de la función administrativa son dos categorías, a nuestro entender, no compatibles entre sí de manera natural.

De igual forma, no han dejado de destacarse otros elementos de hecho que coadyuvan a respaldar la existencia del poder de dirección y control del concedente, los que se centran, por ejemplo, en la posible reversión de bienes o adquisición de éstos por la Administración Pública y la presencia de subvenciones a favor del concesionario o el pago de prestaciones de éste último a aquélla en virtud de la ejecución de la concesión.

La potestad de dirección y control encuentra aplicación también cuando por la concesión se le otorga al concesionario la utilización o explotación de un bien público, cuando este construye alguna obra pública o inmueble que se incorpora al dominio público o cuando realiza alguna instalación o

lo que escribieran: WALINE, Marcel, *Traité...*, p. 384; y GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, Tomo I, ob. cit., p. XI-26 y XI-27. En Cuba, LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 62.

⁵⁰⁵ Ver lo que escribiera: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, Tomo I, ob. cit., pp. XI-26 y XI-27, sobre el control de monopolio y del abuso de posición dominante..

⁵⁰⁶ Según han dicho José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS (ob. cit., p. 915): "(...) El fundamento del poder de dirección reside en la correspondencia que debe existir entre la prestación pactada en el contrato y la efectivamente ejecutada por el contratista, pues, de lo contrario, supondría que los bienes o servicios recibidos por la Administración no serían adecuados para la necesidad o interés público que, a través del contrato se pretende satisfacer." En Cuba, Marino LÓPEZ BLANCO (ob. cit., p. 73) se refería además al control en la concesión como vía para apreciar el costo del servicio público, la amortización del capital y el límite del lucro del concesionario, el valor de la expropiación de la concesión anticipada.

incorpora algún bien de su propiedad a la concesión, que una vez extinguido el vínculo concesional deberán revertir a la Administración Pública o serán adquiridos por este ente con vistas a la continuidad de la realización de la actividad concedida.⁵⁰⁷

Aquí, esta potestad se perfila en aras del mantenimiento y conservación de tales bienes (obligación de conservación de los mismos que pesa sobre el concesionario cuando dichos bienes están involucrados en la concesión y deben revertir a la Administración Pública o serán adquiridos luego por ella), para que reviertan a la Administración, en su caso, en un estado similar al que tenían al momento de haber sido otorgados (con el desgaste lógico de la acción del tiempo y del concesionario sobre ellos) o en la forma adecuada y necesaria para su posterior uso por ésta; y que permitan continuar empleándolos efectivamente en función de las necesidades colectivas y no provocarles las posibles afectaciones que para ella generaría una recepción de dichos bienes en un estado precario y descuidado en su conservación.

Asimismo, y como ha puesto de relieve Gastón JÈZE:

“Cuando – como frecuentemente sucede – el concedente promete al concesionario una garantía de interés o una subvención, o cuando, a la inversa, el concesionario tiene obligación de pagar al concedente una contribución calculada según los ingresos, el control de toda la explotación resulta indispensable para determinar la extensión exacta de la obligación o del crédito de la Administración.”⁵⁰⁸

La potestad de dirección y control que tiene la Administración Pública en la relación concesional no sólo conduce a conocer y comprobar si el concesionario desempeña la concesión según las regulaciones jurídicas establecidas al efecto (en el acto y en la normativa general) y en las condiciones más

⁵⁰⁷ Gastón JÈZE escribió al respecto: “Además, muy a menudo, si la concesión consiste en la explotación de una obra, ésta forma parte del dominio público (ferrocarril, tranvía, etc.). Puede suceder, también, que el concesionario debe al final de la concesión entregar a la Administración la obra en buen estado de conservación, con todas sus dependencias. El poder de control se halla, así, justificado”; JÈZE, GASTÓN, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 350. Ver igualmente: PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 432; CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., p. 539; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., p. 62; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 641 y 642; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión de servicios locales”, ob. cit., p. 197. En Cuba, LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 62.

⁵⁰⁸ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 350 y 351. Ver, además, entre otros: ROLLAND, Louis, ob. cit., pp. 132 y 133; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 276; MALLOL GARCÍA, Jorge, ob. cit., p. 62; PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 432; DELPIAZZO, Carlos E., ob. cit., p. 396.

beneficiosas para la colectividad, sino que propicia además que ese desempeño se lleve a cabo según tales regulaciones y en las referidas condiciones. Ello implica que esa potestad es un medio con que cuenta el concedente para exigir por sí mismo al concesionario la observancia y cumplimiento de las obligaciones por él contraídas, y un respaldo importante para garantizar el cumplimiento de los derechos que la Administración Pública tiene dentro del nexo concesional.

Igualmente es un mecanismo para determinar y establecer el mejoramiento de la realización del objeto concedido⁵⁰⁹ – aspecto este que adquiere marcada relevancia cuando de la prestación del servicio público se trata –, como medio para garantizar su adecuación a las cambiantes realidades que la vida en comunidad impone y sostener la necesaria correlación entre la vigencia o actualidad de la concesión y la satisfacción del interés público como finalidad a la que esa figura jurídica administrativa debe responder.

Ahora bien, como podrá derivarse de la propia denominación de la potestad de dirección y control que en la concesión administrativa ostenta la Administración Pública, su contenido incluye dos aspectos esenciales estrechamente interconectados: la potestad de dirección y la potestad de control.

A-) La potestad de dirección

Por la *potestad de dirección* de la ejecución de lo concedido, la Administración Pública concedente puede dirigir la actividad del concesionario en este sentido; puede dirigir la acción e inteligencia de dicha persona en la realización de la concesión administrativa.

Por esta potestad el concedente puede instruir u ordenar al concesionario sobre la ejecución de la concesión con la finalidad de asegurar que el desenvolvimiento de su gestión, en este sentido, se realice de la forma más

⁵⁰⁹ MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 168; JÈZE, Gastón, *Principios...*, ob. cit., Tomo IV, pp. 351 y 352; WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 385; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 312; GARCÍA OVIEDO, Carlos, ob. cit., p. 354; DOMÍNGUEZ, Alberto, “Contralor directo sobre la organización y funcionamiento del servicio público”, en *Trabajos de Seminario*, Tomo XVI, Universidad Nacional del Litoral, Seminario de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Rosario, 1942, p. 27; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 615. Para Miguel Ángel BERÇAITZ: “Por lo demás, este contralor no se ejerce sólo para saber si el cocontratante cumple, sino también, en materia de concesiones de servicio público, para establecer si puede cumplir mejor, es decir, si puede y hasta dónde puede mejorar el servicio que presta, en cantidad, en calidad y en precio.”; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 290 y 291. En Cuba, LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 72.

beneficiosa al interés público, aunque ello implique el surgimiento de nuevas cargas y erogaciones para aquél – por supuesto, con la correspondiente armonización con la garantía de los derechos económicos del concesionario dentro de la relación -.⁵¹⁰ Lo que la convierte, además, en un instrumento jurídico efectivo para lograr el mejoramiento de la realización de lo concedido y para su adaptación a las nuevas realidades que las necesidades colectivas van develando (especialmente en la prestación de servicios públicos).

La potestad de dirección se concreta básicamente en instrucciones y órdenes – desde antiguo, la doctrina,⁵¹¹ sobre todo la francesa, ha hablado de *injoctions*, instrucciones, órdenes ejecutorias, y prohibiciones – que emite la entidad competente, dirigidas al concesionario, determinándole su comportamiento en relación con un aspecto dado de la actividad concesionada; y que resultan de obligatorio cumplimiento para éste, en virtud de que constituyen actos administrativos, con las correspondientes notas de ejecutividad y ejecutoriedad que marcan los efectos vinculantes de tales actos (privilegio de decisión ejecutoria) y que derivan del principio de autotutela que rige

⁵¹⁰ Para Otto MAYER (ob. cit., Tomo IV, p. 168): “(...) Se puede aún exigir un mejoramiento y que se incremente la utilidad para el interés público. Que esto se traduzca en un aumento de trabajo y gastos a cargo del empresario, no constituye un obstáculo. (...)”. En una conclusión del francés Gastón JÈZE (*Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 364 y 365): “Debe observarse que el hecho de que las medidas ordenadas por la Administración agraven las cargas financieras del concesionario y rompan el equilibrio financiero del contrato de concesión, no es una desviación de poder. Las órdenes de la Administración son perfectamente válidas, dejándose a salvo el derecho del concesionario a reclamar una indemnización para el restablecimiento del equilibrio financiero.”. Según Charles BERNIER: “Admitir, como se ha temido algunas veces hacer, que las órdenes de servicio anticontractuales son susceptibles de anulación equivaldría entonces en resumen a admitir la subordinación del interés público a un interés privado, es decir el derrumbe del más esencial de los principios de toda sociedad moderna.”; BERNIER, Charles, “Des pouvoirs de l’administration sur les concessions de travaux publics”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, Tome quarante-quatrième, XXXIV^e année, Marcel Giard Librairie-Éditeur, Paris, 1927, p. 481. Sobre el poder de dirección del servicio, Enrique SAYAGUÉS LASO (ob. cit., Tomo II, pp. 54 y 53) decía: “La administración tiene facultades amplias a ese respecto, pero debiendo siempre respetar la ecuación financiera del concesionario.”

⁵¹¹ V. gr.: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 168; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 357; ROLLAND, Louis, ob. cit., p. 53; BERNIER, Charles, “Des pouvoirs...”, ob. cit., p. 474; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 312 y 313; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 560; NÉGRIN, Jean-Paul, *L’intervention des personnes morales de Droit privé dans l’action administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, p. 232; MOREAU, Jacques, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pp. 289 y sigs.; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 583.

e impregna el actuar administrativo de la Administración Pública y que se manifiesta en dichos actos.

B-) La potestad de control

Mediante la *potestad de control* sobre la gestión de lo concedido la entidad competente puede fiscalizar el desenvolvimiento de esa actividad en todos los aspectos que la misma involucra, para saber y comprobar si dicha actividad se está llevando a cabo según las regulaciones establecidas y de acuerdo con los criterios de oportunidad en la ejecución más favorables a la colectividad.

De ahí que el alcance objetivo de esta acción de control no sea limitado en su contenido, sino que se extiende a todas las cuestiones relativas a la actividad del concesionario en función de la concesión.⁵¹² Es un enfoque integral en el alcance del control que incluye la ejecución material de lo concedido, las condiciones técnicas – de los medios materiales y el personal – que utiliza el concesionario en esa ejecución, las condiciones legales y procedimentales, el desempeño de las relaciones que de la concesión se derivan entre el concesionario y los terceros, y las condiciones económicas y financieras que rodean a la concesión.⁵¹³

Este último aspecto, a su vez, puede manifestarse en dos vertientes: a-) el control sobre el estado económico-financiero de la persona concesionaria – presupuestos, gastos, ingresos, inversiones, obligaciones contraídas-; y b-) el control sobre la fijación y aplicación del cobro de las tarifas y contribuciones que los usuarios del servicio o la obra públicos y los beneficiarios de la obra pública deben pagar al concesionario por el uso de aquéllas o el beneficio recibido por la construcción de ésta – aquí no sólo se controla la fijación del *cuantum* de las mismas, sino, especialmente en lo que a las tarifas se refiere, las circunstancias que han determinado ese *cuantum* y las que generan una posible variación en su valor -.

El control sobre el estado financiero del concesionario le permite a la Administración Pública seguir la situación y comportamiento de la capacidad

⁵¹² Sostuvo Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO que: “A ação fiscalizadora do poder público deve distender-se a todos os sectores de concessão, não sendo admissível se vede a sua entrada em dados terrenos, pois qualquer operação dos concessionários, relativa ao serviço, deve estar sujeita à apreciação do concedente”. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., pp. 113.

⁵¹³ Ver, entre otros, lo que planteara al respecto: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., pp. 106 y sigs.

económica de su contraparte en el nexo concesional, a partir de la cual la segunda hace frente a las obligaciones contraídas en ese vínculo y garantiza, por esa vía, la satisfacción del interés público.⁵¹⁴ No debe perderse de vista que cuando el concedente le otorga la concesión a un concesionario dado, es porque éste reúne la aptitud económica necesaria para el desempeño de esa actividad. Capacidad que debe mantener durante la vigencia de la concesión, so pena entonces de afectar, por su incapacidad económica, el interés público que en ella se pone en juego y desembocar en una extinción anticipada, por esa causa, de la concesión administrativa. Este control no sólo propicia que la Administración Pública conozca y compruebe el *status* financiero actual, y la proyección futura, del concesionario, sino que se erige, igualmente, en un paso básico inicial para compulsar el actuar de la entidad administrativa en pos de ofrecer la solución más saludable al interés común si ese *status* no resulta el más beneficioso para el desenvolvimiento de la concesión; y que puede consistir en que la Administración Pública decida acudir en ayuda económica del concesionario – a partir de subvenciones u otro tipo de ayuda financiera –, ante la conveniencia que para el interés público tendría la subsistencia de la vigencia de la concesión y en manos de ese concesionario, o bien que la Administración Pública decida la extinción prematura de la concesión administrativa amparándose en esa incapacidad económica del concesionario.

El control sobre las tarifas y contribuciones que cobra el concesionario es un importante espacio de control que tiene en miras inmediatas la acción directa del concesionario sobre el público, y se inserta dentro de ese ámbito de actuación fiscalizadora cuyo objeto son las relaciones entre el concesionario y los usuarios, contribuyentes de mejora, beneficiarios, terceros en general, receptores directos de los efectos de la actividad concedida.

El concesionario, a raíz de la concesión y en los marcos de su gestión, adquiere derechos y el ejercicio de ciertos poderes jurídicos en relación con los terceros, que le son originalmente ajenos a su esfera subjetiva característica – cobro de tasas, precios públicos, contribuciones de mejora, poder de expropiación, de ocupación temporal, de policía –, que debe realizar en función de las necesidades propias de la concesión; y la Administración Pública debe velar y encausar esa realización por la línea adecuada para que no se desvirtúe la finalidad que se persigue con dicha realización. Aquí la Administración Pública no sólo debe controlar el ejercicio concreto de

⁵¹⁴ Ver, entre otros, lo que expusiera en relación con esta cuestión: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., pp. 112 y 113.

esas acciones y que el concesionario observe los límites establecidos para ese ejercicio, sino también las circunstancias que motivaron esa actuación y las que conllevaron, dentro de los límites permitidos, alguna variación en la acción del concesionario en este sentido – sobre todo en la cuestión tarifaria, por la trascendencia que en sí misma reviste para la colectividad, para la Administración Pública y para el concesionario-.

Atendiendo al momento en que puede realizarse el control sobre la actuación del concesionario, éste puede clasificarse en control *a priori* o anterior o previo y *a posteriori* o posterior. De igual forma, ese poder de control puede ser ejercido por el concedente o por una entidad diferente al concedente que especialmente o dentro de su cúmulo de atribuciones tenga incluida dicha función⁵¹⁵ (por ejemplo las entidades reguladoras).

En la realización del control de la ejecución de lo concedido pueden emplearse los más diversos medios, según sea el aspecto específico sobre el

⁵¹⁵ A modo de compendio, podemos acudir a las palabras de Carlos E. DELPIAZZO (ob. cit., p. 396) cuando refería: “En relación a los poderes de dirección y control a cargo de la Administración, es interesante señalar, como un fenómeno propio de los procesos de reforma del Estado que viven muchos países, la circunstancia de que estos poderes no se encuentran exclusivamente a cargo de la Administración concedente sino que eventualmente están a cargo de órganos reguladores, es decir, órganos creados específicamente con el cometido de verificar el cumplimiento por parte de los concesionarios de determinados servicios públicos, particularmente aquellos que se prestan en régimen de concurrencia, de modo que las reglas básicas de funcionamiento del servicio y la verificación del cumplimiento de esas reglas básicas, esté parcialmente al margen de la administración concedente.” Es provechoso aquí, reproducir las aseveraciones del argentino Agustín GORDILLO, cuando analizaba: “Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejercita ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle*. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.” Además decía GORDILLO: “Cuando se estudiaba hace décadas en Francia las diferencias entre la planificación por comisiones de planificación o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico. Agréguese aquí que el poder político es quien ha dado la concesión al poder económico y las cuentas se sacarán fácilmente.”; y finalizaba: “Las normas sobre la privatización preceden al efectivo traspaso y constituyen por ende el marco de ella, en tutela del interés público y de los usuarios: se puede mejorar el sistema a favor del control y tutela de los usuarios, no desmejorarlo; más aun, cuando es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial, los ministerios y secretarías.” GORDILLO Agustín, *Tratado...*, Tomo I, ob. cit., pp. XV-4 y XV-5.

cual recae ese control, y que van desde la exigencia de someter previamente determinados actos del concesionario (típica expresión del control *a priori*) a la aprobación por parte de la Administración Pública; las inspecciones a instalaciones y medios utilizados por el concesionario; el examen de su documentación legal y contable; de los procedimientos de ejecución implementados por aquél; la presentación de informes periódicos; la realización de audiencias públicas; etc.

Es necesario destacar que, como en todo proceso de control no debe entenderse que existe un tipo o medio de control más importante que otro. Sólo a través de una visión y aplicación integral del control de la concesión administrativa – alcanzándola en toda su dimensión – se puede cumplir la finalidad que se persigue con él. Recuérdese que cada tipo de control o medio que se emplee para su realización tiene en su punto de mira un aspecto específico del actuar del concesionario, y no alcanza por sí mismo a toda la actuación de ese sujeto, lo que le señala una limitante. De ahí que sólo a través de la combinación de esos diversos tipos y medios de fiscalización es que puede abarcarse consecuentemente, bajo el manto de esa acción controladora, los variados aspectos que se involucran en la gestión por el concesionario de la actividad concedida.

C-) Sobre los límites al ejercicio de la potestad de dirección y control

A diferencia de otras acciones que en el mismo sentido pudieran ejercerse sobre la concesión administrativa, el control y dirección que ejerce el concedente sobre la actividad del concesionario, al estar presentes como parte del contenido de la relación concesional y mientras ésta dure, y por la finalidad que cumplen dicho control y dirección, no deben ser un control y una dirección esporádicos, eventuales, con acciones aisladas, ni asistémicos; sino que deben estar articulados de una manera tal que funcione como un sistema unitario, de actuación continua, coordinada e intensa, manifestándose de esa forma durante todo el tiempo de vigencia de la relación concesional. Sólo de esa manera, y no en su eventualidad, podrá realmente alcanzarse la finalidad para la cual existe el poder de dirección y control de la concesión que le es atribuido al concedente.

Como es dable suponer, la potestad de dirección y control de la concesión administrativa no implica un ejercicio ilimitado de ella, antes bien, y como toda potestad administrativa, encuentra importantes límites a su ejercicio. Los que podemos ubicar en cuatro aspectos importantes fundamentales: el

ordenamiento jurídico y el marco regulador de la concesión administrativa (principio de legalidad); el contenido mismo de la potestad de dirección y control de la concesión; la naturaleza o esencia de la concesión administrativa y el papel preciso que dentro de su dinámica le corresponde a la Administración Pública; y el cumplimiento de las obligaciones y la garantía de los derechos patrimoniales adquiridos por el concesionario.

Pero, así como la defensa del interés público es el fundamento de la existencia de la potestad de dirección y control en la concesión administrativa, este interés es también el límite último al ejercicio de tal potestad.

Según se ha visto, toda potestad jurídica administrativa es emanación directa del ordenamiento jurídico, y en el marco regulador de una relación determinada se viene a concretar el ejercicio de esa potestad para ese vínculo en específico si esta está involucrada en él. Por lo que en ese ordenamiento y en ese marco regulador no sólo se encuentra la fuente determinante y autorizante de esa potestad y su operatividad en la referida relación, sino que además se encuentra el límite a su ejercicio.

Todo acto de dirección y control que realiza la Administración Pública sobre la ejecución de la concesión administrativa – y que en buena parte se traduce en un acto administrativo – debe hacerse sobre la base y los límites de las regulaciones vigentes y de los principios generales que informan esa regulación.⁵¹⁶ Debiéndose ajustar, por lo tanto, a las exigencias de legalidad que se imponen, so pena de incurrir en alguna irregularidad invalidante o vicio en sus elementos esenciales que lo lleve a ser declarado nulo o anulable.

En resumidas cuentas, este límite a la potestad de dirección y control no es otro que el que deriva del deber que tiene la Administración Pública de someter su actuación al principio de legalidad o, mejor dicho, al principio de juridicidad, con todas sus implicaciones.

Interesante aquí resulta el planteamiento de si en materia de dirección y control de la concesión administrativa la Administración Pública no puede

⁵¹⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, pp. 364 y 365; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 316; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratif*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 364; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Ricardo, *Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 269; DOMÍNGUEZ, Alberto, ob. cit., p. 52; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “El Derecho y los contratos de la Administración,” AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 110; DE LA RIVA, Ignacio M., “La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados”, en *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, No. 44, Ediciones Depalma, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2003, pp. 300 y 301. En Cuba, LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 62.

apartarse de lo establecido en la letra del acto de concesión. Lo cual entronca con la cuestión de si se considera o no que la Administración Pública ostenta este poder jurídico como principio. Al respecto se han sostenido las más diversas opiniones, ora aceptando,⁵¹⁷ ora negando esa solución.⁵¹⁸

Por lo pronto, el hecho que el fundamento existencial de esa potestad no radique en la letra del acto concesional – sino en el interés público –, no parece un punto en contra de una interpretación rígida que asuma que la Administración Pública no puede apartarse de lo escrito en esa letra y debe ajustarse estricta e invariablemente a los términos en ella fijados sobre el ejercicio de la potestad de dirección y control. Pero, por otro lado, en aras de la seguridad jurídica, de evitar excesivas actuaciones discrecionales, en su amplitud, en manos de la Administración Pública, de la confianza jurídica que en ella debe tener el concesionario, de la buena fe en el desenvolvimiento de la concesión, es necesario que en el marco regulador de la concesión administrativa (donde se inserta también el acto concesional) se expliciten

⁵¹⁷ Para Gastón JÈZE (*Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 348) la Administración tiene poder de control aun cuando en el acto de concesión nada se diga acerca del control y las cláusulas del acto de concesión relativas al control tienen carácter reglamentario y no contractual; ver lo que añadía el francés en pp. 354, 355 y 363. Igualmente puede verse: SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 55; DIEZ, Manuel María, DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 311.

⁵¹⁸ Ilustrativos son los razonamientos del francés Francis-Paul BENOIT (*El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 788), quien partía de afirmar que en la concesión de servicio público se comprueba que la jurisprudencia no reconoce poder alguno general de vigilancia y dirección de la Administración y que no se pueden reconocer a la Administración contratante más poderes que los que hayan sido expresamente definidos en el contrato. En su línea de pensamiento, si se plantean problemas de vigilancia delicados corresponde a las partes prever sus modalidades, si lo estiman útil, en el momento de la conclusión del contrato, sin que sea posible al juez reconocer a la Administración poderes de vigilancia más amplios que los que han sido aceptados por el concesionario. También resultan llamativas las afirmaciones de BENOIT (pp. 788 y 789) sobre la inutilidad del reconocimiento de un derecho general de asegurar en todo momento que el servicio funcione conforme a las estipulaciones contractuales; y sobre la no necesidad de este poder vinculado al régimen general del contrato, en esto último pues las estipulaciones contractuales y las leyes de policía bastan en la materia. El uruguayo Carlos E. DELPIAZZO (ob. cit., p. 215), también a tenor de la contratación administrativa en general, razonaba que el poder de dirección y control “(...) no es un poder de principio, de manera tal que la Administración no puede ejercitar poderes de orientación y de fiscalización, si ellos no están expresamente previsto.”; y agregaba: “Si no hay previsión legal, reglamentaria o contractual, no es posible el ejercicio de poderes de dirección o de fiscalización, porque no son potestades que la Administración tenga por el sólo hecho de ser Administración, sino que requieren de fundamento jurídico positivo.”

de la mejor manera y con el mayor alcance posibles las condiciones en que se ejercitará la potestad de dirección y control.

En suma, opinamos que siempre que el interés público no lo reclame como necesario, y exigiendo una justificación y motivación claras y expresas cuando se actúe en contrario, si en la concesión administrativa se disponen expresamente las condiciones en que se ejercerá la potestad de dirección y control sobre ella, la Administración Pública deberá sujetarse en su actuación en este sentido a los términos ahí dispuestos.

Un acto que resulta de un acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y otra persona regulado por el Derecho Administrativo, no debe atar totalmente las manos de la primera cuando se trata del ejercicio de un poder jurídico que se le otorga para la defensa del interés colectivo. Pero, tampoco la Administración Pública, esgrimiendo ese poder, debe quedar del todo libre para que sus agentes (hombres al fin) lo ejerzan como mejor entiendan.⁵¹⁹ Nuevamente estamos frente a una arista del sempiterno planteamiento general de la necesidad de buscar y lograr el equilibrio, dentro de una relación jurídica administrativa, entre el interés público y el interés privado, poniéndoles en su justo lugar, sin llegar a sacrificar total e indiscriminadamente uno frente a otro y revistiéndolos de las garantías necesarias para alcanzar la satisfacción de ambos.

El contenido específico de la potestad de dirección y control de la concesión administrativa es otro límite a considerar para evitar un ejercicio desmedido de esa potestad. Es necesario el respeto por parte de la Administración Pública al contenido exacto y concreto del poder de dirección y control a la hora de ejercitarlo, apegándose estrictamente a él y no pretender extenderle inconsecuentemente su alcance, para evitar así confundir o convertir los actos de dirección y control de la concesión en reales actos de gestión de lo concedido; desnaturalizándose entonces la propia esencia y finalidad de ese poder directivo y fiscalizador que la entidad administrativa tiene sobre la realización de la concesión.

Dirigir y controlar la gestión administrativa no quiere decir – ni es – gestionar, ejecutar o realizar la concesión. La dirección y el control en una concesión administrativa son en sí dos acciones de sustancia diversa a la gestión, ejecución o realización. De hecho, los actos que emanan como

⁵¹⁹ A propósito de esta idea, nos parece conveniente no pasar por alto ciertas reflexiones del francés René RODIÈRE, quien señalaba otra arista limitadora del poder de dirección y control del concedente, esta vez vinculada con el alcance preciso del objeto de la concesión, relacionado con el carácter consensuado (para él específicamente contractual) del acto concesional. RODIÈRE, René, ob. cit., pp. 280 y 281.

expresión del poder de dirección y control que la Administración Pública posee sobre la concesión administrativa tienen como finalidad conocer, comprobar y asegurar que la gestión de ésta se efectúe de acuerdo con las regulaciones y en las condiciones más favorables al interés general. Ellos son actos en función de la gestión, pero no son, ni deben ser, actos que resultan expresión o manifestación inmediata de la gestión de la actividad concedida que le corresponde al concesionario.

Como otro límite importantísimo al ejercicio de la potestad de dirección y control de la concesión administrativa por parte de la Administración Pública se ha reconocido la esencia, naturaleza, objeto o base existencial de dicha figura.⁵²⁰

Ante todo, la concesión administrativa es, en su esencia, un modo de gestión indirecta – mediante otra persona distinta a su titular – del objeto que se concede. Por lo tanto, la injerencia o intervención de la Administración Pública en la realización de lo concedido a través de su poder de dirección y control, no debe manifestarse con una fuerza tal que de hecho la Administración Pública se convierta en ejecutora directa de la concesión y se altere así la base esencial sobre la que se erige la realización concesional, pasándose en la práctica de una gestión indirecta a una gestión directa (*règie*) del objeto dado en concesión. De permitirse esa posibilidad, simplemente la concesión administrativa dejaría de ser concesión para convertirse en otra figura jurídica administrativa distinta en su naturaleza; en este caso, en una gestión directa (*règie*).

En definitiva, el límite que opera aquí al poder de dirección y control del concedente, no es otra cosa que el objeto mismo de la concesión administrativa (el traspaso temporal al concesionario de la gestión de determinada actividad administrativa) en tanto figura jurídica.

⁵²⁰ V. gr.: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 168; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 365 y sigs.; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., p. 554; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 317 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 561; DE LAUBADÈRE, André, *Manuel de Droit Administratif*, Quatrième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, pp. 222 y sigs., y *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 352 y sigs.; RODIÈRE, René, ob. cit., p. 280; COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., p. 54; MOREAU, Jacques, ob. cit., p. 290; LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, *Droit su service public*, Litec, LexisNexis, S.A., Paris, 2007, pp. 156 y 157; AUBY, Jean-Marie/ BON, Pierre/ AUBY, Jean-Bernard et TERNEYRE, Philippe, ob. cit., p. 307; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 55; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., p. 63; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 582; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1981, p. 463; LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., p. 211; DELPIAZZO, Carlos E., ob. cit., p. 215.

La Administración Pública, en el ejercicio de su poder de dirección y control, debe observar el planteamiento básico de que en la concesión administrativa quien realiza directamente su objeto es el concesionario y a ella le toca la función de guía y guardián para que esa realización se apege a las regulaciones y al interés público a los que debe responder. En ese interior de cosas, el papel que le corresponde a la Administración Pública es el de directora y controladora y no de gestora; como hace ya muchos años sentenciaría el comisario de Gobierno francés JOSSE, en sus conclusiones sobre el *arrêt Compagnies de chemins de fer P.L.M., etc.*, del Consejo de Estado, en frase que ha hecho suya la doctrina francesa: *Le concessionnaire gère, l'administration contrôle* (el concesionario gestiona, la Administración controla).⁵²¹

Ello quiere decir también que la Administración Pública no puede vulnerar, con su dirección y control, la esfera de actuación autónoma, independiente o de iniciativa propia que tiene el concesionario en la ejecución de lo concedido.⁵²² Dicha autonomía es uno de los elementos que marcan la condición indirecta que caracteriza a la concesión como modo de gestión de la actividad que involucra; y la tiene ganada el concesionario porque es una persona distinta del concedente, porque es a él al que se le ha traspasado temporalmente la misión de realizar la actividad objeto de la concesión y, sobre todo, porque es el concesionario, y no la Administración Pública, quien, en principio, responderá con su patrimonio por los riesgos económicos que genera ese desempeño. El ejercicio de la potestad de dirección y control no debe llevar a la Administración Pública a sacrificar la autonomía del concesionario en la ejecución de su actividad, pues se estaría así atacando y desvirtuando en la práctica uno de los cimientos que configuran las líneas estructurales y existenciales básicas de la concesión administrativa.

Según André DE LAUBADÈRE :

⁵²¹ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 366. Este francés reproducía en nota al pie de esa página parte de las conclusiones de JOSSE, cuando decía: “Esto de que dispone el ministro (en materia de convenios y contratos celebrados por el concesionario), es un derecho de control, el más completo y absoluto, sobre todos los actos de gestión de las redes ferroviarias: las Compañías administran, el ministro controla. (...)”. PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 317; DUEZ, Paul y Debeyre, Guy, ob. cit., p. 561; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 353; COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., p. 56; LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, ob. cit., p. 156.

⁵²² En contraste con esto el italiano Renato ALESSI decía en cuanto al control técnico de la concesión: “Tal control es extensísimo, pudiendo llegar hasta anular toda libertad del concesionario, (...)”. ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 176.

“(…) Porque la elección de este modo de gestión que es la concesión significa precisamente que la administración ha entendido, confiando el servicio a un particular, dejar a su explotación una amplia autonomía; es, como se ha dicho en ocasiones, un modo de gestión «descentralizado». (…). No es necesario pues que, bajo apariencia de control, la administración vincule en realidad los poderes de iniciativa del concesionario de manera tal que este no aparezca más que como un ejecutante, en cuyo caso la concesión degeneraría de hecho en *régie* disfrazada. Naturalmente, hay allí más una idea directriz que un criterio concreto, y el juez guarda amplio poder de apreciación para determinar a partir de cuál grado de control el espíritu del régimen de la concesión se encontraría desnaturalizado. (…).”⁵²³

A lo anteriormente dicho puede sumársele que la potestad que aquí nos ocupa tiene también sus límites en el normal cumplimiento por el concesionario de las obligaciones y en la garantía de sus derechos patrimoniales adquiridos a tenor de la concesión.

En efecto, los actos emanados del ejercicio de la potestad de dirección y control no deben entorpecer ni impedir injustificadamente el normal cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario, pues de esa manera se vería afectado el interés público que se satisface a través de ese cumplimiento. Si se produjeran ese entorpecimiento e impedimento por dichos actos de dirección y control, más que garantizar y beneficiar al interés general por esa vía, se convertirían en fuente de afectación para éste; cuestión ésta que es incompatible con el fundamento mismo de tal potestad.

Por otro lado, los actos de dirección y control de la concesión administrativa no pueden desconocer los derechos patrimoniales que por la relación concesional surgen para el concesionario, ni el límite a las obligaciones por él asumidas. De ahí que si la dirección y el control de la concesión hacen más onerosa su ejecución para el concesionario, alterando la ecuación financiera del vínculo concesional, se debe compensar a dicho sujeto,⁵²⁴ quien

⁵²³ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., pp. 352 y 353.

⁵²⁴ MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, pp. 168 y 169; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 364 y 365; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 54 y 55; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., p. 106. Miguel S. MARIENHOFF sostenía: “Pero la intensidad y control sobre los concesionarios de servicios públicos no pueden llevarse al extremo de hacer pesar sobre el concesionario los “*gastos*” que demande ese control. Si bien hay quien auspicia el criterio de que tales gastos graviten sobre el

no está obligado, ni puede ser obligado, a soportar ese desequilibrio sin compensación económica por ello.

V.3-) La potestad de interpretación

La potestad de interpretación del concedente en la concesión administrativa es aquella en virtud de la cual la Administración Pública, de manera unilateral, puede interpretar lo establecido en el contenido del acto de concesión, cuando de él surgieran dudas o conflictos de interpretación entre el concedente y el concesionario. En razón de esa potestad, la Administración Pública puede solucionar o resolver, en primera instancia, las discrepancias entre las partes de la concesión, nacidas a tenor de cuestiones interpretativas de aquélla, determinado por sí misma el sentido y alcance – o si se quiere la inteligencia – de lo dispuesto en la letra del acto concesional.

La determinante esencial y fundamento existencial de esta potestad dentro del contenido de la relación concesional, como el resto de los poderes jurídicos en ella presentes, es la defensa del interés público cuya consecución se pone en juego en la concesión administrativa.

La potestad de interpretación le permite a la Administración Pública contar con un importante instrumento de acción inicial e inmediata frente a este tipo de controversias con el concesionario, y responder ante ellas de una manera tal que no afecte la continuidad en la realización del objeto de la concesión, ni se afecte, por esa vía, el interés general que se manifiesta en la relación concesional. Gracias a dicha potestad, la Administración Pública puede conjurar una posible paralización de la ejecución de lo concedido – que de seguro pudiera acontecer si, de no existir este poder en manos de la Administración Pública, hubiera que concurrir directamente a un proceso judicial donde, mientras no se pronuncie el juez solucionando definitivamente la cuestión, se establezca la suspensión de la realización de lo concedido -, evitando así la consiguiente afectación negativa que al interés público ocasionaría esa paralización – especialmente en lo que a servicio público se refiere -, y garantizar la continuidad de aquélla como forma para alcanzar el interés que anima la vigencia de la concesión administrativa. Este poder de interpretación es, ante todo, una garantía para mantener la continuidad de la actividad que desempeña el concesionario, y sirve así a la salvaguarda del

concesionario, yo lo rechazo; sostengo que dichos gastos deben quedar a cargo del Estado, quien al realizar el control ejercita potestades integrantes del poder de policía, cuyos costos deben sufragarse con rentas públicas.”; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 618.

interés colectivo que tiene en esa continuidad un presupuesto básico para poder alcanzar su satisfacción.

Georges PÉQUIGNOT explicaba sobre la interpretación en la contratación administrativa:

“En realidad, y frecuentemente a pesar de las apariencias, el Consejo de Estado nunca hace abstracción de que el contrato administrativo es unilateralmente redactado por la Administración y que sólo aparece la voluntad administrativa. Las reglas de la interpretación formuladas por SALIELLES a propósito del contrato de adhesión, (...) se aplican aquí rigurosamente. No es un medio entre dos voluntades lo que el juez debe buscar. No es un complejo de voluntades lo que él debe establecer. Es una voluntad única que él descubre y que él puede pretender interpretar.”⁵²⁵

La potestad de interpretación a la que nos estamos refiriendo es expresión del principio de autotutela que informa el actuar de la Administración Pública, y la concreción de su ejercicio se realiza a través de actos administrativos que, impregnados de la fuerza de ese principio (privilegio de decisión ejecutoria), resultan de obligatorio cumplimiento para el concesionario y tendrán todo el respaldo jurídico que un acto de esa naturaleza implica. Al igual que el resto de los poderes jurídicos, esta potestad integra el conjunto de elementos determinantes de la posición jurídicamente superior que tiene la Administración Pública concedente en el vínculo concesional.

Si bien es cierto que la Administración Pública goza de este poder de interpretación en el seno de la concesión administrativa, también es una

⁵²⁵ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 270. En alegaciones del español Gaspar ARIÑO ORTIZ, en su momento: “(...) Y es justamente porque la Administración ostenta la titularidad privativa de ese interés general, por lo que se le concede en la ley «la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento» (art. 16 LCE), pues se presupone que su interpretación será siempre la auténtica, la acorde con la finalidad que ella misma perseguía en el contrato.”; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contenido de la relación contractual: sus principios informadores”, en *Documentación Administrativa*, No. 121, enero-febrero 1968, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 47. Ver también, entre otros, lo que expusieran: COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 25^{ta} edición, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 404; PARADA, Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 304, MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 47, julio-septiembre, 1985, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 427.

realidad la circunstancia de que no es entendido en el sentido de que su ejercicio, por sí mismo, comporta, o pretende comportar, un pronunciamiento que establezca definitivamente la interpretación de las disposiciones objeto de desacuerdo entre el concedente y el concesionario. De ahí que se haya catalogado como que es un poder que está desprovisto de todo contenido material o sustancial⁵²⁶ o como que es un poder de naturaleza meramente provisional.⁵²⁷

En el sentir de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, a propósito de la contratación administrativa:

“La prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos administrativos así justificada carece, por lo tanto, de todo contenido material o sustantivo. No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, el servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general. La facultad interpretativa que se reconoce a la Administración no tiene otro alcance ni se traduce en reglas especiales distintas de las que establecen con carácter general los artículos 1.281 y siguientes CC, a los que debe ajustarse su ejercicio (...), sin perder de vista, naturalmente, el interés público que el contrato pone en juego. Por lo demás, esa facultad interpretativa está sometida a reglas estrictas en garantía de su objetividad. (...).”⁵²⁸

Así las cosas, la potestad de interpretación de la concesión provee a la Administración Pública de un recurso para evadir inicialmente un posible obstáculo – la interrupción de la continuidad en la realización del objeto de la concesión por razones de controversias de interpretación entre ella y el concesionario –, que, de acontecer, repercutiría negativamente en el interés público que se busca satisfacer en la concesión. Pero sólo es eso, un remedio provisional para dar una respuesta en primera instancia a un problema de interpretación sin detener la marcha de la actividad a la que se refiere y no la imposición de una solución de carácter definitivo e inatacable jurisdiccionalmente, que resuelva en firme ese conflicto.

El hecho que se deje a salvo el derecho del concesionario a recurrir ante un juez las consecuencias que originen los actos emanados de esa potestad

⁵²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 768; PARADA, Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 304.

⁵²⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 240.

⁵²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 780.

de interpretación, es la clara evidencia de que la misma funciona como una vía inicial o provisional de solución para evitar males mayores y no como una vía de resolución final de aquéllas controversias.⁵²⁹ Y no podría de ser de otra forma, pues la configuración de la interpretación que realiza el concedente como una interpretación definitiva e inatacable ante un juez, resultaría una desprotección grosera de los derechos adquiridos por el concesionario, un espaldarazo al proceder autoritario y la vulneración del más elemental presupuesto para impartir justicia: el de no otorgarle la condición de juez que decidirá finalmente un conflicto a una de las partes involucradas en él como interesada.

La interpretación que de la letra de la concesión administrativa puede hacer la Administración Pública, es un procedimiento de inteligencia que, dentro de los marcos que fija la legislación reguladora de la concesión y el propio acto concesional, busca determinar y fijar el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en dicho acto, sobre las que recae el desacuerdo de las partes intervinientes en la relación, con la premisa de hacerlo de la manera más favorable y conveniente al interés público. A partir de esa idea esencial, pueden señalarse tres elementos básicos que se constituyen en importantes determinantes de una consecuente realización de ese procedimiento de inteligencia: que lo dispuesto en la concesión administrativa existe como una unidad; atender a la voluntad de las partes expresada en la letra del acto concesional; y defender el interés público al que la existencia de la concesión administrativa responde.

El ejercicio de la potestad interpretativa por la Administración Pública tiene como centro, de ordinario, una cláusula o aspecto específico del contenido de la concesión. Precisión ésta que hace que no deba olvidarse que dicho aspecto es una parte que integra ese todo que es la concesión y que tributa a la existencia y funcionamiento como unidad de la misma. Por lo

⁵²⁹ Según Marcello CAETANO: “(...) debe advertirse la particularidad de que la Administración no puede interpretar específicamente los contratos administrativos mediante actos definitivos y ejecutivos.”; el portugués agregaba a renglón seguido: “Aparte de la interpretación implícita en todo acto de ejecución o de aplicación de un contrato, la Administración no puede definir con fuerza obligatoria el sentido de una cláusula dudosa. No sólo se halla en juego el interés público, sino también el interés particular del otro contratante y ambos son inter-dependientes. Por eso la ley reserva a los Tribunales administrativos la competencia para fijar de un modo genérico y obligatorio, mediante un acto jurisdiccional, la interpretación de las cláusulas contractuales.”. CAETANO, Marcello, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo. (Teoría General)*, Traducción y notas de Laureano LÓPEZ RODÓ, Librería y Editorial Sucesores de “Galí”, Santiago de Compostela, 1946, pp. 378 y 379.

tanto, tal cláusula o disposición sólo encuentra y adquiere su sentido dentro de la consideración global y unitaria de aquélla. En consecuencia, para poder aclarar en su real dimensión la disposición concesional objeto de la controversia interpretativa, el ente administrativo que la interpreta debe apreciar necesariamente en esa acción todos los elementos que dentro de la letra de la concesión y su marco regulador se engranan con ella, por cuanto la misma resulta, en su conjunto, un cuerpo estructural y funcionalmente unitario, orgánico y armónico.⁵³⁰ O se corre el riesgo de generar un pronunciamiento descontextualizado, con una visión perspectivamente parcial, y que, por ello, no responda a las exigencias que impulsan ese actuar esclarecedor.

Lo dicho anteriormente puede reconducirse y concentrarse entonces en una formulación compactada, que pudiera perfectamente considerarse como pauta interpretativa de la concesión y que puede plantearse como el *principio de unidad del contenido o del clausulado de la concesión administrativa* o como el *principio de solidaridad del contenido o del clausulado de la concesión administrativa*.

Esta última formulación que reflejamos de ese principio no resulta de nosotros más que en un ejercicio de apoyatura, de variación y de extensión en su alcance y operatividad, del *principe de la solidarité de toutes les clauses de la concession*, enunciado al parecer por Gastón JÈZE en un comentario al *arrêt Ville de Toulon*, de fecha 10 de abril de 1935, del Consejo de Estado francés.⁵³¹ Este principio fue expuesto como solución en las conclusiones a dicho *arrêt* realizadas por el comisario de gobierno ANDRIEUX, en lo que respecta específicamente a las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión en la concesión de servicio público.⁵³²

Según hemos sostenido como característica de la concesión administrativa, en su esencia y naturaleza, es un acto bilateral – dejamos a un lado

⁵³⁰ Refería Miguel S. MARIENHOFF (ob. cit., Tomo III-B, p. 645) como una de las reglas especiales de interpretación de las concesiones: “(...) c) la interpretación de la concesión debe obtenerse haciendo concurrir a la solución todas las cláusulas que se encuentren vinculadas entre sí (...)”. Ver, además: DELGADO MARTÍN, Eleuterio, *Contratos administrativos o de obras y servicios públicos con una colección de disposiciones del ramo de hacienda*, Tipográfica de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1883, p. 93; VARELA CABALLERO, Alex, ob. cit., p. 119; ÁBALOS, María Gabriela, “La concesión de servicio público”, ob. cit., p. 463.

⁵³¹ JÈZE, Gastón, comentario al *arrêt Ville de Toulon*, de fecha 10 de abril de 1935, del Consejo de Estado francés, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Tome cinquante-deuxième, XLII^e année, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1935, pp. 788 y 789.

⁵³² Al respecto pueden verse las conclusiones de ANDRIEUX en el aludido *arrêt*, reproducidas en la *Revue de Droit Public...*, citada en la nota anterior, pp. 789 y 790.

el complejo tema de su naturaleza jurídica -, no sólo porque sus efectos se extienden tanto al concedente como al concesionario, sino porque las voluntades de ambos participan con carácter constitutivo en la formación del acto en cuestión – si bien en dimensiones, alcance e intensidades diferentes - y se requiere del consentimiento de esos dos sujetos para que el mismo pueda surtir sus efectos propios. Sobre la base de esa afirmación, pensamos que mientras el interés público no justifique una actuación en contrario, la Administración Pública, en sus poderes de actuación unilateral en el seno de la concesión, deberá respetar y hacer valer la bilateralidad que caracteriza al acto concesional, y apoyarse en esa bilateralidad como una determinante en las acciones a emprender que tengan repercusión dentro de la relación jurídica que la concesión crea.

Para el caso que nos ocupa, ello puede traducirse en que si la interpretación del aspecto controversial en uno u otro sentido no afecta en nada al interés general que subyace en la concesión administrativa, ésta debe realizarse considerando la intención de las voluntades de ambas partes manifestada en su momento,⁵³³ teniendo en cuenta el balance de intereses puestos en juego en aquélla.

De otro lado, si esa interpretación pudiera afectar el interés público, y no fuera posible considerar las voluntades originariamente manifestadas,⁵³⁴ entonces la consideración de esa bilateralidad, al menos formalmente, pudiera

⁵³³ Según Enrique SAYAGUÉS LASO (ob. cit., Tomo II, pp. 25 y 26): “Cuando las cláusulas de la concesión tienen un texto claro, es lógico reconocerles el alcance que de ellas fluye naturalmente, máxime si la interpretación admitida es concordante con el interés público para satisfacer el cual se otorgó la concesión y los hechos posteriores de las partes que la confirman. (...)”. Para Juan Carlos CASSAGNE: “(...) es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (v. gr., prestaciones pecuniarias a cargo de la Administración), el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudir a las normas de la legislación civil o comercial”; CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas.”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 127.

⁵³⁴ En opinión del español LAVILLA ALSINA (en razón de los contratos administrativos): “(...) el interés público, en la medida que da aliento y sentido a la institución (al contrato administrativo) (...) al insertarse en la causa o motivación del consentimiento de la Administración y al cualificar objetivamente el propio contrato administrativo, ha de ser ponderado, por aplicación directa de las previsiones del Código civil, en la investigación del verdadero objeto de la interpretación que es la voluntad contractual.”; LAVILLA ALSINA, Landelino, “El interés público en la interpretación de los contratos administrativos”, en *Documentación Administrativa*, No. 110, Febrero de 1967, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, p. 16.

apreciarse en el establecimiento como imperativo que la Administración Pública, antes de adoptar una solución, debe escuchar al concesionario previamente, dándole la posibilidad de exponerle sus alegaciones al respecto.

Sin duda, la determinante fundamental que debe informar en primer lugar cualquier pronunciamiento interpretativo que realice la Administración Pública sobre el contenido de la concesión administrativa, es la salvaguarda del interés público. Ello no es más que una especificación, en el plano de esta interpretación, del *principio de prevalencia del interés público* que debe operar en cada una de las acciones que el concedente lleva a cabo en el seno de la relación concesional, en virtud de las potestades y derechos que ese sujeto ostenta en ella. En otras palabras, que el ejercicio de la potestad de interpretación de la concesión administrativa por la Administración Pública, debe realizarse atendiendo primeramente a las necesidades que devela el interés público al que la misma responde en su existencia.⁵³⁵

De este planteamiento de base, se desgajan varias consecuencias que deben ser necesariamente observadas para que la interpretación de las cláusulas de la concesión administrativa pueda cumplir en verdad la finalidad que en última instancia la marca.

En primer lugar, y a partir del hecho cierto de que las concesiones administrativas son, de ordinario, vínculos jurídicos de larga duración, esa interpretación debe tomar en cuenta la necesidad de adaptar la actividad objeto de la concesión y su ejecución – especialmente en materia de servicio público – a las nuevas exigencias que la vida en colectivo va imponiendo en su desarrollo, como vía de mantener la correlación entre la actualidad y vigencia de la concesión administrativa y las necesidades colectivas que a través de ella se satisfacen.

La consideración de ese elemento fue lo que le hizo concluir a Georges PÉQUIGNOT – a tenor de los contratos administrativos – que

“La voluntad administrativa, así interpretada en función de su fin de servicio público, fin esencialmente variable, es entonces una voluntad actual y no una voluntad pasada. Sujeto a un litigio relativo un

⁵³⁵ Para Landelino LAVILLA ALSINA: “Si el interés público está presente en la modelación del contenido obligacional del contrato, y en la determinación de los efectos objetivos de la relación, y éstos tienen virtualidad propia para revelar lo querido por las partes contratantes, es claro que el interés público incide en la interpretación del contrato administrativo prestando contenido concreto y definitorio de su específico sentido a los criterios interpretativos (...).”; LAVILLA ALSINA, Landelino, ob. cit., p. 16.

contrato de derecho privado, el juez tiene por misión hacerla aplicar sin modificarla lo menos posible y por ello, si es necesario, interpretarla buscando, independientemente de las circunstancias que han podido variar desde entonces, cuál ha sido la voluntad de las partes al momento de la conclusión del contrato. El juez del contrato de derecho privado está estrictamente atado por él.”⁵³⁶

El francés acotaba seguidamente: “El fin del servicio público es, al contrario, cualquier cosa concreta y presente. (...)”.⁵³⁷

Todo ello quiere decir que si se plantea la interpretación de alguna cláusula de la concesión, ésta deberá realizarse teniendo en miras directas las exigencias que señala la satisfacción del interés público en el momento en que se realiza dicha interpretación, así como la proyección futura que puede develar el desenvolvimiento de lo concedido. No debe sustraerse de las circunstancias actuales y futuras de la concesión e ir a buscar el sentido de la cláusula objeto de la interpretación al momento en que se manifestó

⁵³⁶ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 272. Sin embargo, no puede decirse que esa fuera la solución predominante en el siglo XIX, en lo que atañe a la contratación administrativa. Así, un autor español como Eleuterio DELGADO MARTÍN (ob. cit., p. 95) recogía en ese tiempo: “Siendo lo pactado y convenido la ley del contrato, es regla de recta interpretación cuando sobre la verdadera inteligencia se suscitan dudas para fijar, sin género alguno de incertidumbre, las obligaciones recíprocas de los contratantes que se atiende más que a la aceptación de las palabras a su espíritu, dándoles el sentido que los mismos quisieron que tuviesen conforme a su intención y al objeto que propusieron, según así está resuelto por varias sentencias del Tribunal Supremo. (S de 15 de diciembre de 1872).”

⁵³⁷ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 272. Ver, además, lo que exponían: BERÇATIZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 249; y SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 26. Ya varios años antes el español Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 193) enseñaba sobre la interpretación de los contratos administrativos: “En un campo muy distinto se mueve el Derecho público. Se parte de un supuesto objetivo: el servicio público. En todo contrato administrativo se descubre como voluntad de las partes, puesto que si no hay voluntad no hay contrato, cuantos actos sean necesarios, en el momento oportuno y en la forma adecuada, para atender al funcionamiento del servicio público. Lo que éste exija, eso fue lo que las partes quisieron, en tanto no implique contradicción para lo contratado. De esta forma, y por razones de principio, la voluntad efectiva, la declaración, expresa o tácitamente, se han de entender reducidas a la idea del servicio público. Como éste no puede plegarse a la voluntad de las partes, se impone la consecuencia de que las partes se hayan de plegar a las exigencias del servicio.” Ver, entre otros, lo que también han planteado: BERNIER, Charles, ob. cit., p. 480; ALBI, Fernando, voz “Contratos administrativos”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo V, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1953, p. 451; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Principios...”, ob. cit., p. 332; BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Las Instituciones...*, ob. cit., pp. 194 y 203; KNAPP, Blaise, ob. cit., p. 170; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 216.

originalmente la voluntad de la Administración Pública, y asumirlo sólo sobre la base de la situación que en ese instante determinó esa voluntad.⁵³⁸

Esa regla de fondo permite que la interpretación de la concesión administrativa no se divorcie de las circunstancias fácticas reales que su ejecución vive, que marcan el desarrollo futuro de la misma. Y hace de esa interpretación un instrumento de adecuación de la realización de lo concedido a las necesidades que el interés público impone y que no pueden pasarse por alto, pues de lo contrario la concesión misma se convertiría en un obstáculo o valladar para alcanzar ese interés. Algo que atenta contra la propia justificación existencial de dicha figura jurídica administrativa.

En la doctrina, especialmente la francesa, se señalan los *arrêts* del Consejo de Estado francés *Commune de Maronne*, de 22 de junio de 1900, y, fundamentalmente, *Compagnie de Gaz de Deville-les-Rouen*, de 10 de enero de 1902, este último con conclusiones del comisario ROMIEU, como los precursores de esa solución en materia de concesiones de servicio público – y de contratos administrativos –, más ajustada a los principios del Derecho Administrativo.⁵³⁹ Rompiendo con una línea anterior que se había manifestado en sentido contrario, en tanto que seguía los principios de interpretación de los contratos de Derecho Privado, y que se expresó en los *arrêts* *Compagnie de Gaz de Saint Etienne v. ville de Saint Etienne* y *Compagnie d'éclairage électrique de Montluçon v. ville de Montluçon et Compagnie de Gaz*, del Consejo de Estado francés, de 26 de diciembre de 1891, con conclusiones del comisario VALABRÉGUE.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Para Juan Carlos CASSAGNE: “Ni los contratos de concesión no los denominados de licencia constituyen acuerdos fijos e inmutables, ya que su mutabilidad consensuada configura un contrato en marcha, que contiene una suerte de vínculo asociativo destinado a la satisfacción de necesidades de la sociedad. A la concesión de servicios públicos no se le pueden aplicar sin más las reglas que rigen en los contratos de obra pública ni en los de suministro, donde el intercambio de prestaciones se perfila nítidamente al momento del nacimiento del vínculo contractual.” CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., pp. 216 y 217.

⁵³⁹ Ver, por ejemplo, HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., p. 762, y *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Société Anonyme de Recueil Sirey, Paris, 1925, pp. 378 y 379; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 413; WALINE, Marcel, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, p. 412; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 272 y sigs.; LONG, Marceau/ WEIL, Prosper y BRAIBANT, Guy, ob. cit., pp. 38 y sigs.; BURDEAU, François, *Historie du droit administratif*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de Frances, Paris, 1995, p. 285; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 249 y sigs.

⁵⁴⁰ En un texto de finales del siglo XIX se recogía: “La interpretación de los actos de concesión está regida por las reglas del Derecho Civil. (...)”; la voz “Concessione administrative”, en AA.VV., *Pandectes Français...*, ob. cit., especialmente No. 199, p. 693. Ver al respecto:

En definitiva, lo dicho aquí puede compendiarse en lo que se ha dado en llamar *principio de flexibilidad* en la interpretación de la concesión administrativa.

Sobre esto, Juan Carlos CASSAGNE razonaba en los siguientes términos:

“(...) el principio de la flexibilidad en la interpretación de los pliegos y cláusulas contractuales hace posible ajustar la concesión a la idea de servicio introduciendo, de común acuerdo con el concesionario, todas las modificaciones que demanden el cambio de circunstancias y el interés público, representado en este caso por el objetivo de alcanzar la máxima eficiencia y calidad de las prestaciones, con lo que se benefician los usuarios. Es, precisamente, en este marco, donde se desenvuelve la protección del usuario, concepto que no se ciñe al usuario actual y determinado, sino también, fundamentalmente, al usuario futuro y potencial y aun, en aquellas concesiones con determinados plazos de vigencia, a las generaciones futuras. En otras palabras, debe atenerse a las inversiones destinadas a la satisfacción de las necesidades del usuario intergeneracional, tal que el usuario actual no satisfaga sus intereses en desmedro del usuario futuro. La mayor protección consiste en exigir el cumplimiento de la inversiones acordadas, velando por el señalado interés presente y futuro.”.⁵⁴¹

En segundo lugar, si la interpretación debe atender primeramente a la defensa del interés público, esa regla se traduce en que el pronunciamiento interpretativo de la Administración Pública debe resolverse favorablemente a este interés.

Para un autor como ARIÑO ORTIZ:

“El fin del contrato (la prestación de interés general que constituye la finalidad específica del órgano que lo concierta), constituye un *principio autónomo de interpretación* del mismo, más que la intención presunta, subjetiva, de las partes, en el contrato administrativo

HAURIUO, Maurice, *Précis...*, ob. cit., pp. 761 y 762, y *Précis Élémentaire...*, ob. cit., p. 379; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., pp. 411 y 412; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 272 y 273; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., pp. 562 y 563; BURDEAU, François, ob. cit. p. 285. En el siglo XIX español encontramos también autores como Eleuterio DELGADO MARTÍN (ob. cit., p. 94) que, en sede de contratación administrativa, explicaba que “(...) para la inteligencia de los contratos debe estarse á los términos en que se hallan redactados, sin extenderlos á cosas que no se hayan estipulado expresamente.”

⁵⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 217.

la interpretación finalista prevalece sobre la interpretación voluntarista al modo civil. (...).”⁵⁴²

De ahí que se haya sostenido que en caso de duda o controversia de este tipo entre concedente y concesionario, si se pone en juego directamente la afectación del interés público, la solución a adoptar debe beneficiar a la Administración Pública⁵⁴³ (quien gestiona dicho interés); o, lo que es lo mismo, debe realizarse en contra del concesionario⁵⁴⁴.

Por ejemplo, decía Gastón JÈZE que:

“Sin embargo, la obligación del cocontratante, en el caso del contrato administrativo, es más estricta. La idea en que se funda el art. 1162 del Código Civil, en lo referente a los contratos de derecho privado, no se aplica en la misma forma cuando se trata de contratos administrativos. En derecho privado, “*en la duda, la convención se interpreta entre aquel que ha estipulado y a favor de aquel que ha contraído la obligación.*” En derecho público solo debe aplicarse esta idea combinándola con otra e incluso subordinándola a esta otra noción: en la duda, la convención se interpreta en el sentido más favorable al funcionamiento continuo y regular del servicio público. Las cláusulas de los contratos administrativos se estipulan teniendo en cuenta el interés general del buen funcionamiento del servicio.”⁵⁴⁵

Por su parte, para Georges PÉQUIGNOT:

“(...) la preeminencia del fin perseguido por la Administración conduce a dar al contrato, en todo estado de causa, una interpretación

⁵⁴² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El contenido...”, ob. cit., pp. 46 y 47.

⁵⁴³ Ver, por ejemplo, los planteamientos al efecto de autores como: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo V, ob. cit., pp. 4 y 5; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 271; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 194; PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., p. 23; ALBI, Fernando, “Contratos administrativos”, ob. cit., p. 451; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 27; VARELA CABALLERO, Alex, ob. cit., p. 191; LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., p. 212; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 216.

⁵⁴⁴ BIELSA, Rafael, “El interés financiero...”, ob. cit., p. 395; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 251; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 27; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., pp. 105 y 106; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 645; GORDILLO, Agustín, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios”, en GORDILLO, Agustín, *Después de la Reforma del Estado*, 2^{da} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. III-15; ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., p. 463.

⁵⁴⁵ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo V, ob. cit., pp. 4 y 5.

favorable a la Administración. Algunos autores han calificado esta regla de «principio de la buena administración». El interés privado no puede hacer fracasar el interés público y el contrato no puede constituir un obstáculo infranqueable para la satisfacción de las necesidades públicas.”⁵⁴⁶

Las afirmaciones anteriores, son una muestra del pensamiento y soluciones en función de las garantías jurídicas que se constituyen para la defensa del interés público y de la superioridad jurídica de éste sobre el interés individual dentro de la relación concesional, que lleva al primero a prevalecer sobre el segundo cuando el bien de la colectividad así lo requiera. Lo que puede tenerse, además, como la consecuencia lógica de la finalidad que está llamada a cumplir la concesión administrativa: si ese acto existe primariamente para beneficio de la colectividad, de él no pueden extraerse efectos que vayan en contra de esa colectividad.

Ahora bien, a pesar de lo anteriormente dicho, a la luz de ciertas transformaciones objetivas e ideológicas que han ido teniendo lugar en el espacio de ordenación *iuspúblico* desde finales del siglo pasado, en algunos ordenamientos jurídicos se han flexibilizado planteamientos como los anteriores. Tal como han dado cuenta algunos autores, en torno a la realidad más actual que en las últimas décadas ha involucrado fenómenos como la contratación del sector público, los servicios públicos y de sus técnicas de gestión indirectas (donde la concesión es la expresión históricamente típica)

“(…), surgen nuevos principios y criterios de interpretación, tales como:

- 1) el de subsistencia de la gestión privada (que constituye un derivado del principio de subsidiariedad) (...);
- 2) el de flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica (incluyendo el equilibrio económico de la concesión), habida cuenta el carácter de contrato en marcha, donde el intercambio prestacional no se produce ni se refleja al momento de celebrarse el contrato, hallándose involucradas, por lo general, relaciones contractuales destinadas a perdurar por una considerable cantidad de años, tal que resulta arduo prever *ab initio* todas las contingencias futuras, a lo que se suma el hecho de que, con el devenir, las expectativas de los cocontratantes pueden verse afectadas por medidas de índole

⁵⁴⁶ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 271.

general o sectorial dañosas a la estabilidad o perdurabilidad de las obligaciones y derechos originariamente acordados; (...).”⁵⁴⁷

En tercer lugar, la propia actuación de la Administración Pública en pos del interés público determina que las disposiciones que limiten ese actuar en el marco de la letra de la concesión administrativa, deben ser interpretadas restrictivamente.⁵⁴⁸ El acto de concesión no puede ser una vía por la que la Administración Pública renuncie o enajene las funciones que le son inherentes, pues eso sería ir contra su razón existencial y contra la esencia de las funciones públicas que ella realiza; sería permitir y legitimar que se pudiera desentender del interés público que debe garantizar. Tampoco las cláusulas contenidas en la concesión administrativa pueden representar un impedimento para que la Administración Pública reaccione frente a una situación en la que peligre la consecución del interés público. La concesión no puede atar del todo las manos de dicho ente al tiempo de actuar cuando esté amenazado el referido interés.⁵⁴⁹

Todo lo anterior conlleva a especificar que debe asumirse la interpretación del contenido de la concesión administrativa bajo la premisa que ante la oscuridad o imprecisión de una cláusula, ésta no debe resolverse limitando

⁵⁴⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., pp. 186 y 187. También, con apoyo en las ideas de CASSAGNE: FANELLI EVANS, Guillermo E., “El ius variandi en los contratos administrativos”, en AA. VV., *El Derecho Argentino, Hoy*, Jornadas sobre Derecho Administrativo, División Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 197.

⁵⁴⁸ Ver lo que se acoge, v. gr., en: PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 271 y 273; y en CUARTA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS REALIZADA EN TUCUMÁN, ob. cit., Capítulo II, apartado 13, p. 37.

⁵⁴⁹ Ver como se pronunciaba: PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 270 y 271. La Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, realizada en Tucumán en 1936 (ob. cit., pp. 43 y 44) se pronunció entonces de la siguiente forma: “*Es nula la delegación directa o indirecta que el concesionario haga de sus facultades como tal, especialmente las de contralor del servicio, la de no declarar la caducidad en casos de incumplimiento de la obligación de prestar el servicio, la de percibir tasas no autorizadas, la de someter a arbitrajes, la determinación de la clase u objeto del servicio público, la de no rever tarifas y la de preferencia en los nuevos períodos de explotación.*”. Según Hely LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 213): “*Enquanto nos ajustes privados a liberdade contractual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver, nos contratos administrativos uma das partes – a Administração – está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de sus direitos e poderes por mera liberalidade para com a outra parte. Assim, qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos o poderes da Administração deve ser considerada como não escrita, salvo se autorizada por lei.*”

o restringiendo el poder de intervención que tiene la Administración Pública sobre la concesión, debe entenderse que sólo procederá en este tema lo que expresamente se haya establecido en el cuerpo de la concesión y no extender el beneficio de lo implícito en perjuicio del campo de acción de la Administración Pública concedente. Debe asumirse que en todo momento queda a salvo en la concesión el poder de la Administración para garantizar y propiciar el mejoramiento de la realización de la actividad concedida y su adaptación a las nuevas necesidades que el desarrollo de la comunidad vaya revelando – sobre todo si se trata del servicio público - y de recuperar la ejecución directa de la misma, siempre que el interés general así lo exija. En caso de disposiciones expresas en contrario en la letra de la concesión sobre esto último, la lectura que debe dársele no es en su literalidad, sino que proveen de un criterio distinto en relación con otras circunstancias a la hora de valorar las consecuencias que en el patrimonio del concesionario producirían esas acciones si proceden a pesar de esas disposiciones.

Lo dicho en el párrafo anterior trasunta otra consecuencia para el supuesto en que específicamente existan privilegios en la concesión (exclusividad, monopolio) y que fue sentada, especialmente, por la jurisprudencia francesa, fundamentalmente por el mencionado *arrêt Compagnie de Gaz de Deville-les-Rouen*, del Consejo de Estado francés, de 10 de enero de 1902, con conclusiones del comisario ROMIEU y nota de Maurice HAURIUO.

A partir de ese fallo jurisprudencial se comienza a generalizar la aceptación por la teoría y la práctica administrativas de que la interpretación de los privilegios en la concesión administrativa debe tener carácter restrictivo.⁵⁵⁰ Lo que quiere decir entonces que los privilegios no pueden considerarse

⁵⁵⁰ Maurice HAURIUO concluía (*Précis...*, ob. cit., p. 761): “*Les engagements des communes de ne pas favoriser d'entreprise concurrente doivent être interprétés restrictivement*” (Las obligaciones de los municipios de no favorecer a empresas competidoras deben ser interpretadas restrictivamente). También en sus *Précis Élémentaires...*, ob. cit., p. 379. JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 402; WALINE, Marcel, *Manuel...*, ob. cit., pp. 412 y 413; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 273 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., pp. 562 y 563; LONG, M./ WEIL, P. y BRAIBANT, G., ob. cit., pp. 38 y sigs.; FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 279; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, p. 66, y *Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 196; BIELSA, Rafael, “El interés financiero...”, ob. cit., p. 395; PICCIRILLI, Rodolfo, ob. cit., pp. 173 y sigs.; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 250 y 251; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 27; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 622; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, “Aspectos...”, ob. cit., p. 105; LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., p. 213; VARELA CABALLERO, Alex, ob. cit., p. 191; GORDILLO, Agustín, “La interpretación restrictiva...”, ob. cit., pp. III-11 y sigs., y su *Tratado...*, Tomo I, ob. cit., p. XI-26 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato*

como presentes implícitamente o de pleno Derecho en una concesión administrativa. Antes bien, deben reflejarse expresamente en ella; y toda duda alrededor de un privilegio del concesionario en la concesión administrativa debe resolverse en sentido contrario a éste.

Ese planteamiento resulta perfectamente entendible si se parte de la propia esencia excluyente y excepcional de estos privilegios y de lo que ellos representan para el concesionario, para la Administración Pública y para la colectividad, en cuanto a la ejecución de lo concedido, su prestación restrictiva por el concesionario y las implicaciones que eso trae aparejado.

A-) Sobre los límites al ejercicio de la potestad de interpretación

Como toda potestad administrativa, la de interpretación de la concesión administrativa por parte de la Administración Pública concedente, no es de ejercicio ilimitado, sino que encuentra importantes límites que se erigen en garantías de su adecuada realización; de que la misma no se desnaturalice en su esencia y que en verdad cumpla la finalidad existencial para la cual se hace presente en los marcos de la relación concesional.

El límite fundamental que tiene esta potestad es el propio interés público. Por lo que, según hemos visto, la Administración Pública no puede adoptar una interpretación de lo dispuesto en la concesión administrativa que lleve aparejada una consecuencia negativa para ese interés. O, lo que es lo mismo, no puede asumir el sentido y alcance de lo estipulado en el acto de concesión en una solución que potencie el interés del concesionario frente al público y se traduzca en un sacrificio del segundo frente al primero. La interpretación por la Administración Pública del contenido de la concesión administrativa no sólo viene determinada por el interés público, sino que es sólo en los marcos de dicho interés – y no fuera de ellos – donde esa acción interpretativa adquiere su verdadero sentido, validez y su realización consecuenta.

Otro límite a este poder de interpretación de la concesión administrativa está dado por las normas positivas reguladoras del mismo y los principios jurídicos informantes de ese orden positivo.

Al igual que ocurre en otras potestades administrativas, también el deber de respetar el principio de legalidad en el ejercicio de la potestad de interpretación de la concesión es un límite esencial para su realización. Ello quiere

administrativo, ob. cit., p. 198; ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., p. 463; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., pp. 215 y 216.

decir que la Administración Pública está obligada a observar las reglas que el propio ordenamiento jurídico prevé para la ejecución de la interpretación de estos actos y con ello a observar los principios generales que conforman dicho ordenamiento, y que se manifiestan en tales reglas. En ese proceso de inteligencia desempeñan un papel relevante principios como el de interés público, buena fe, equidad, objetividad, entre otros.

La bilateralidad del acto de concesión y los derechos patrimoniales del concesionario operan igualmente como límites que la Administración Pública no puede vulnerar al tiempo de interpretar la concesión administrativa.

Una primera implicación de este postulado es que, mientras el interés público no lo exija, la Administración Pública, en su poder de interpretación, no debe derivar consecuencias que afecten perjudicialmente el interés económico del concesionario, simplemente porque aquí no habría causa jurídica lícita que justifique una acción de este tipo.⁵⁵¹ Asimismo, la Administración Pública tampoco debe, mediante esta potestad, alterar de forma unilateral y directa las condiciones económicas de la relación, imponiendo nuevas obligaciones al concesionario que no se encuentran dentro del perímetro que impone la apreciación y operación del interés público en los marcos de la concesión.

El suizo Blaise KNAPP opinaba que

“(...) la salvaguarda del interés público y de la ley no autoriza a imponer, por la sola interpretación, al administrado, obligaciones que no podía ni debía prever al momento de la conclusión del contrato, sobre la base de sus conocimientos reales o presumidos de las reglas aplicables y del interés público en causa (...).”⁵⁵²

Por su lado, Jorge SARMIENTO GARCÍA, a tenor de los principios de hermenéutica de la concesión de servicio público, concluía que:

“a’) La interpretación en modo alguno puede significar desvirtuar el contrato, haciendo decir a las partes algo que jamás pensaron.”⁵⁵³

⁵⁵¹ Sobre la base de la interpretación en la contratación administrativa, y desde una apreciación general, Juan Carlos CASSAGNE razonaba: “En cualquier caso, es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato sino al particular contratista (v. gr., prestaciones pecuniarias a cargo de la Administración) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudir a las normas de la legislación civil o comercial.” CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 44.

⁵⁵² KNAPP, Blaise, ob. cit., p. 171.

⁵⁵³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 214.

Por otro lado, si de la interpretación de la concesión se derivaran consecuencias que, en función del interés público, repercuten alterando la ecuación financiera de la relación, entonces la Administración Pública viene obligada a restituir el equilibrio de esa ecuación, tomando en cuenta esas nuevas circunstancias que repercutieron en ella (principio del mantenimiento o inalterabilidad de la ecuación financiera de la concesión).

Nuevamente nos encontramos con la idea que esgrimiendo el interés público no se pueden imponer sacrificios totales de contenido económico a una persona – en este caso que nos ocupa, el concesionario -. Debe considerarse que la relación concesional no es, en principio, una lucha de contrarios irreconciliables que intentan, a toda costa, hacer prevalecer el interés que representan en menoscabo del otro. Si se parte de esa errónea premisa se está desnaturalizando la propia esencia de la concesión administrativa y resultaría también desnaturalizada toda acción unilateral que del contenido de la misma pueda derivarse. La relación concesional es, ente todo, un vínculo de colaboración entre personas con intereses cualitativamente opuestos, pero confluentes; y es esa colaboración la que permitirá la adecuada satisfacción de los intereses de ambos y que la relación en cuestión cumpla su finalidad existencial.

El portugués Marcello CAETANO reflejaba entre los principios relativos a la interpretación de los contratos administrativos, que:

“(...) ha de considerarse la posición del interés privado del contratista. Si la Administración asoció a su actividad a otra persona fue porque le pareció útil aprovechar el interés de esta persona como instrumento para la realización de los fines públicos. De este modo, aunque el contratista sea siempre un servidor del interés público, su interés privado debe respetarse en la medida impuesta por las cláusulas del contrato y exigida para la realización integral de los fines administrativos, según la lógica de la libre vinculación contractual.”.

Seguidamente, CAETANO añadía:

“No puede desconocerse en el contrato el interés privado del contratista porque ello sería contrario al espíritu del vínculo contractual y supondría un olvido de que el interés del particular sirve de incentivo a la eficacia de la actividad que, mediante el contrato, quiso utilizar la Administración en su propio beneficio y que es preciso mantener, puesto que se ha reconocido que de ello se derivan recíprocas ventajas.”.

Para también decir:

“La *reciprocidad de intereses* es, pues posible en el contrato administrativo siempre y cuando a un mayor interés privado corresponda un acrecentamiento del interés público. Claro está que si el beneficio privado se consiguiera a costa del interés público, la interpretación del contrato estaría en notoria contradicción con su espíritu. Pero tampoco sería correcta la interpretación según la cual se procura realizar el interés público sin atender al mínimo de satisfacción del interés privado que debe presumirse reconocido siempre en el contrato incluso cuando no figure en sus cláusulas.”⁵⁵⁴

El respeto a los intereses de las partes en la concesión administrativa, en la medida de la valía real de uno en relación con el otro y de las garantías a los mismos, es lo que le propiciará a la Administración Pública una consecuente interpretación de su contenido cuando se imponga la necesidad de esa acción. Al fin y al cabo la institución concesional no es más que una vía para satisfacer el interés público valiéndose de la satisfacción de un interés privado.

V.4-) La potestad de modificación unilateral (*potestas variandi*)⁵⁵⁵

Para el supuesto en concreto de una concesión administrativa, por el *ius variandi* o por la *potestas variandi* la Administración Pública concedente, durante la ejecución de la concesión, puede introducir, directamente y de manera unilateral, modificaciones en las condiciones de la misma fundamentada en motivos de interés público.

En su virtud, la entidad administrativa puede modificar «en *más* o en *menos*» – apelando a una ilustrativa expresión de JÈZE⁵⁵⁶ – la extensión de las obligaciones del concesionario cuando concurren razones de interés público para ello. La proyección objetiva de la *potestas variandi* ha de redundar en incremento o en una disminución – y hasta en la extinción de alguna - de las

⁵⁵⁴ CAETANO, Marcello, *Tratado...* ob. cit., pp. 377 y 378.

⁵⁵⁵ Buena parte de las ideas vertidas en este epígrafe, aparecen ya expuestas, sobre la base de la contratación administrativa, en nuestro trabajo: MATILLA CORREA, Andry, “La “potestas variandi” en la contratación administrativa”, en AA.VV., *150 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-2013. Ciclo de Conferencias Internacionales sobre la “Evolución del Derecho Administrativo”*, 5 y 6 de diciembre de 2013, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 2014, pp. 181 a 280

⁵⁵⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 30. También, RIVERO, Jean, ob. cit., p. 136.

prestaciones del concesionario, ya sea en la cantidad, en la calidad o en la cualidad de las mismas.

La presencia y ejercicio de la *potestas variandi* proyecta la existencia de riesgos derivados del funcionamiento administrativo que pueden afectar los términos establecidos y, con ello, las previsiones iniciales que marcan la relación costo-beneficio económico (el equilibrio económico) que todo nexo concesional implica para las partes, especialmente en lo que al concesionario respecta. Así las cosas, este poder de modificación unilateral es una secuela y una señal del llamado «alea administrativo» que planea – junto con otras aleas – sobre la ejecución de la concesión administrativa y cuya materialización puede alterar el «equilibrio económico» que debe preservarse siempre en tales relaciones.

Trazada así la potestad de modificación unilateral de la concesión administrativa por la Administración Pública concedente, esta se eleva, entonces, a la condición de punto máximo que señala la superioridad jurídica del ente público concedente sobre su contraparte en el nexo concesional. Constituyéndose, además, en la potestad más espectacular⁵⁵⁷, formidable,⁵⁵⁸ llamativa⁵⁵⁹, relevante,⁵⁶⁰ importante⁵⁶¹ – entre otros calificativos que es posible encontrar asociados a ella en la literatura jurídica –, o la más intensa del haz de potestades jurídico-administrativas de la Administración Pública concedente dentro del contenido de la relación concesional administrativa, por las implicaciones que tiene en el marco de la ejecución de ese vínculo jurídico.

⁵⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 780; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 241.

⁵⁵⁸ GRECCO, Carlos Manuel, “Contrataciones del Estado”, en GRECCO, Carlos Manuel y MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, AD-HOC S.R.L., Villela Editor, Buenos Aires, 1999, p. 324.

⁵⁵⁹ MODERNE, Franck, “La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (Dirección), *La contratación pública*, Tomo 1, Editorial Hammurabi s.r.l, Buenos Aires, 2006, p. 272; igualmente MODERNE, Franck, “La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 531.

⁵⁶⁰ HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Instituto Universitario de Derecho Público «García Oviedo», Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, p. 27.

⁵⁶¹ V.gr.: MEILÁN GIL, José Luis, “Contratación pública: una nueva aproximación jurídica”, AA.VV., *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Volumen I, *Contratación estatal. Potestad sancionadora de la Administración Pública. Y procedimiento administrativo sancionador*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, ADRUS D&L Editores S.A.C., Arequipa, 2013, p. 60; MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, ob. cit., p. 984.

Ella es uno de los soportes sustanciales del principio de mutabilidad de la concesión administrativa (o, si se quiere, mutabilidad contractual, desde la perspectiva más amplia del contrato administrativo) y contradice el principio de intangibilidad unilateral de las prestaciones contractuales o paccionadas, el *pacta sun servanda* o el principio de *contractus lex inter partes*, que ha constituido tradicionalmente uno de los pilares estructurales de la categoría contractual – tal como históricamente se ha desarrollado desde los moldes del Derecho Civil -. Categoría esta última, en su vertiente administrativa, en la que una parte importante de la doctrina ha encuadrado la naturaleza jurídica de la figura concesional.

La potestad modificatoria de la concesión administrativa la actúa la Administración Pública de modo unilateral. No es ejercicio de un poder jurídico acordado entre las partes – aunque el consenso no tiene porque serle ajeno a su ejercicio para un caso concreto -. La *potestas variandi* implica modificaciones unilateralmente determinadas y ejercidas por la Administración Pública concedente; y no modificaciones bilateralmente acordadas entre las partes de la relación en cuestión.

El ejercicio de la potestad que nos ocupa ha de seguir un cauce procedimental administrativo que concluye con la emisión de un acto de carácter administrativo; y, en tanto tal, con fuerza ejecutiva y ejecutoria (impregnada por la concurrencia del principio de autotutela administrativa). El ejercicio de la *potestas variandi* se concreta con un acto administrativo que modifica en determinados aspectos objetivos una relación concesional.

Así las cosas, por las implicaciones que trasunta, la *potestas variandi* ha sido también, quizás, la más conflictiva, la más polémica, de las potestades de la Administración Pública contratante en los contratos administrativos y, concretamente, de la entidad pública concedente en la concesión administrativa.

La existencia de la potestad de modificación unilateral de la Administración Pública en los contratos administrativos, fue consagrada por la jurisprudencia administrativa francesa en el *arrêt Compagnie Générale Française des Transways*, del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 1910, con conclusiones de León BLUM, y notas de Maurice HAURIOU y Gastón JÈZE, a propósito de un litigio en el marco de un contrato de concesión administrativa.⁵⁶² Un antecedente jurisprudencial importante de esta cuestión

⁵⁶² En este fallo se consideraba: “(...) que la resolución del prefecto de Bouches-du Rhône ha sido tomada en el límite de los poderes que le son conferidos por el art. 33 del reglamento de administración pública de 6 de agosto de 1881, dictada en ejecución de las leyes de

en la propia Francia, lo constituyó el *arrêt Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-les-Rouen*, del Consejo de Estado, de 10 de enero de 1902, con conclusiones de ROMIEU y nota de Maurice HAURIUO.⁵⁶³

No debe de perderse de vista el momento en que se dan en Francia fallos como estos dos mencionados, en tanto que ciertas exigencias de progreso tecnológico y de aumento e intensificación de necesidades de vida en los núcleos poblacionales que constituían las ciudades, entre otras situaciones, estaban impactando la estabilidad de los vínculos contractuales, específicamente las concesiones administrativas de *travaux publics* o de *services publics* que estaban pactados para una larga duración y que, por tal, resultaban predispuestos a recibir impactos de este tipo.

Este es un dato importante, que debe juntarse con otros igualmente relevantes, para tener una perspectiva adecuada del momento en que se consagra la potestad de modificación unilateral de la Administración Pública en la concesión administrativa – y en los contratos administrativos –, que nos ha de ayudar a comprender dicha potestad en este momento.

No se olvide que, por ese tiempo de inicios del siglo XX, y por obra de ciertos fallos del Consejo de Estado francés – como los mencionados – y la pluma de la doctrina, se estaba dando el quiebre de la concepción de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa que había primado durante el período decimonónico – matices a un lado – en la doctrina francesa. O sea, hasta finales del siglo XIX la concesión administrativa, en Francia, no había sido tenida como otra cosa que no fuera un contrato administrativo, el cual resultaba – en su planteamiento esencial – un contrato privado con ciertas especialidades, es decir, un contrato administrativo que no era sino un contrato civil especial. Sin embargo, en los primeros lustros del

11 de junio de 1880 (art. 38) y de 5 de julio 15 1845 (art. 21), las cuales *implican para la administración el derecho, no solo de aprobar los horarios de los trenes con miras a la seguridad y a la comodidad de la circulación, sino también de prescribir las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar, en interés del público, la marcha normal del servicio*; que así la circunstancia que el prefecto, como lo sostiene la compañía de tranvías, habría impuesto a esta última un servicio diferente de aquel que había sido previsto por las partes contratantes no sería de naturaleza para entrañar por ella sola, en la especie, la nulidad de la resolución prefectoral de 23 de junio de 1903; que es por ello que el consejo de prefectura, por la resolución atacada, ha pronunciado esta anulación; *que correspondería sólo a la Compañía, si ella lo creía fundado presentar una solicitud de indemnización en reparación del perjuicio que ella alegaría haberle sido causado por una agravación aportada a los cargos de la explotación.*” LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, ob. cit., pp. 115.

⁵⁶³ LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, ob. cit., p. 31.

siglo XX, y merced a decisiones jurisprudenciales como las aludidas y los desarrollos de la doctrina *iuspublicista*, se iría consolidando para calificar la naturaleza jurídica de la concesión administrativa (de trabajos públicos, de obra pública, de servicio público) la idea del carácter complejo de la concesión administrativa, en tanto que involucraba dos tipos de cláusulas (o actos): unas de carácter contractual y otras reglamentario – dejemos a un lado la profundización en la diversidad de soluciones que al efecto se plantearon por la doctrina francesa-, interpretándola como un acto de doble naturaleza o de doble aspecto (Maurice HAURIUO), o como una operación compleja (Maurice HAURIUO); o como una convención de carácter complejo (León DUGUIT); o como un contrato administrativo complejo o mixto (Gastón JÈZE, entre otros); o como un acto complejo o mixto (Roger BONNARD).

Ahora bien, a pesar de haberse acogido mayoritariamente la existencia de la *potestas variandi* dentro del contenido de la relación que se genera a partir de la concesión administrativa, ha sido intensa la polémica sobre su existencia y operatividad, generando en el lado contrario voces y argumentos que enfrentan una solución de ese tipo.

En la Francia de la primera mitad del siglo XX, y años posteriores, algunos autores fueron conformando una corriente – minoritaria – que se alzó en contra de la conclusión que aceptaba a la *potestas variandi* en el contexto de la contratación administrativa y, en lo que nos interesa, en el de la concesión administrativa. Dentro de esa corriente se enrolaron autores como Achille MESTRE⁵⁶⁴ – uno de los autores importantes del Derecho Administrativo francés de esa primera mitad de siglo y prácticamente desconocido para las actuales generaciones de *iuspublicistas* iberoamericanos -, Pierre TESTE,⁵⁶⁵ Jean L'HUILLIER,⁵⁶⁶ Jean DUFAU⁵⁶⁷ y Francis-Paul BENOIT⁵⁶⁸. Estos

⁵⁶⁴ MESTRE, Achille, en el “Préface” a TESTE, Pierre, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940, pp. XI y sigs.

⁵⁶⁵ TESTE, Pierre, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Dalloz, Paris, 1940.

⁵⁶⁶ L'HUILLIER, Jean, “Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration?”, en *Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, Année 1953, Jurisprudence Générale Dalloz, Société Anonyme, Paris, pp. 87 y sigs.

⁵⁶⁷ DUFAU, Jean, “Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration et les contrats de concessions de service public”, en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, AJDA, Tome 11, 1955, Réimpression publiée avec l'accord des Éditeurs Publications du Moniteurs, Paris, Schimdt Periodicals GMBH, W. Germany, 1988, pp. 65 y sigs.

⁵⁶⁸ BENOIT, Francis-Paul, “De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs”, *J.C.P.*, 1963, I, 1775; BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 800 y sigs.

autores negaron – matices a un lado – la existencia de ese poder de modificación unilateral en los contratos administrativos y, por tal, en la concesión administrativa.

Incluso, el mismo Gastón JÈZE, en la etapa final de su vida, en un comentario al fallo *Sté d'Entreprise*, del Consejo de Estado, de 21 de enero de 1944, publicado en 1945,⁵⁶⁹ hizo nuevas acotaciones sobre el régimen de los contratos administrativos, e incluyó unas rápidas conclusiones sobre la cuestión del poder de modificación contractual en cabeza de la Administración Pública, negando su presencia allí como régimen general en los contratos administrativos. En esas notas, JÈZE hizo sus afirmaciones al respecto, pero no se explayó en mayores argumentaciones ni explicaciones. Aunque sí introdujo algún pasaje de contraste o de refutación con lo planteado por PÉQUIGNOT en su obra de referencia.⁵⁷⁰

Aderezado así el panorama doctrinal en Francia a propósito de la potestad que nos ocupa, acompañado por la falta de una solución normativa de la que indubitadamente se pudiera desgajar la existencia de la *potestas variandi* en los contratos administrativos, el Consejo de Estado hubo de decidir sobre la cuestión, al señalar expresamente, en el *arrêt Union des transports publics urbains et régionaux*, de 2 de febrero de 1983, que el poder de modificación unilateral hacía parte de las reglas aplicables a los contratos administrativos;⁵⁷¹ y se había de considerar presente, entonces, con independencia que no apareciera prevista en la letra de los contratos administrativos. Con esta decisión se vino a reconocer de una vez para Francia, y por la fuerza que muestran en ese país las decisiones del Consejo de Estado, la existencia de la *potestas variandi* dentro del régimen jurídico de los contratos administrativos. Reforzándose, además, el lado jurisprudencial en la construcción de la *potestas variandi* de la Administración Pública como fenómeno jurídico.

⁵⁶⁹ JÈZE, Gastón, “Le régime juridique du contrat administratif”, en la sección de notas de jurisprudencia de la *Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger*, Tome Soixante, LI^e année, 1945, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, p. 251, pp. 256 y sigs.

⁵⁷⁰ Ver: JÈZE, Gastón, “Le régime juridique...”, ob. cit., 1945, nota 1, p. 257.

⁵⁷¹ Para Francia, puede ver, solo con fin ilustrativo en el sentido más actual: RICHER, Laurent y LICHÈRE, François, *Droit des contrats administratif*, 10^e édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2016, p. 253; GUETTIER, Christopher, ob. cit., p. 337; LICHÈRE, François, *Droit des contrats publics*, Mémentos Dalloz, Éditions Dalloz, Paris, 2005, p. 91; YOLKA, Philippe, *Droits de contrats administratifs*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 109; UBAUD-BERGERON, Marion, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, S.A., Paris, 2015, pp. 89 y sigs.; HOEFFNER, Hélène, ob. cit., pp. 80.

A pesar de la polémica en torno a la *potestas variandi*, que se ha manifestado igual en otros ordenamientos jurídicos fuera del francés, como es el caso de algunos de los iberoamericanos,⁵⁷² lo cierto es que, en definitiva, la solución que se ha impuesto en el campo de la concesión administrativa ha sido la de reconocer la existencia de la *potestas variandi* en cabeza de la Administración Pública concedente y de configurarla como una verdadera potestad jurídica y, por tal potestad, indisponible por la voluntad de la partes contratantes.

Cuando de mirar al fundamento jurídico de la *potestas variandi* se trata, como primer espacio de búsqueda ha de elevarse la vista hacia el fundamento genérico del conjunto de potestades jurídicas que la Administración Pública contratante ostenta en el contenido de la relación concesional administrativa, en tanto esta potestad en particular que nos ocupa resulta uno de los elementos integrantes de dicho elenco. Como para el resto de las potestades jurídicas aludidas, el punto esencial para comprender y justificar, desde una perspectiva más abierta o general, por qué y para qué se acepta y existe la *potestas variandi* al interior de una relación contractual administrativa, no

⁵⁷² Ver, por ejemplo, las opiniones de: el uruguayo DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato”, publicado originalmente en INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratación Administrativa. Curso de Graduados*, Fundación de Cultura Universitaria (F.C.U.), Montevideo, 1989, y consultado por nosotros por su inclusión en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte general*, Impreso y encuadernado en Mastergraf s.r.l., Montevideo, 2003, p. 268; DURÁN MARTÍNEZ reafirmaba su posición negatoria de la *potestas variandi* en: “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/SANZ RUBIALES, Íñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May Ltd., London, 2008, pp. 746 y sigs. y “El contrato administrativo en Uruguay”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 138 y sigs. Del lado argentino es el caso de: MAIRAL, Héctor, “La teoría del contrato administrativo”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 212 y sigs. y, en alcance resumido, en “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas.”, en GORDILLO, Agustín (Director) et al., “El Contrato Administrativo en la Actualidad.”, *Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley*, La Ley, Buenos Aires, Mayo 2004, pp. 17 y sigs.; CUADROS, Oscar A., “El Estado y la legalidad convencional”, en *Ars Juris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, No. 48, julio-diciembre, 2012, Universidad Panamericana, México, D.F., p. 17; publicado también en AA. VV., *Contratación pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen I, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus D&L Editores S.A.C., Arequipa, 2013, pp. 225 y sigs.

es otro que el interés público al que responde, esencialmente, la constitución de dicha relación.

Realmente, es cuestión pacífica entre el pensamiento jurídico-administrativo del último siglo y poco más, que el fundamento existencial y funcional de la potestad de modificación unilateral que ostenta la Administración Pública concedente en el seno de la concesión administrativa, radica en el interés público a cuya satisfacción está perfilada, primariamente, dicha técnica jurídico-administrativa.

En sede de fundamento de la *potestas variandi*, no puede olvidarse que ya una vieja doctrina, especialmente la francesa, que comienza a ocuparse de ella a propósito de las concesiones de trabajos públicos, devenidas luego en concesiones de servicios públicos, fijaba la posibilidad de que la Administración Pública prescribiera modificaciones unilaterales a ese tipo de contrato en razón de «asegurar, en el interés del público, la marcha normal del servicio» (Maurice HAURIUO).⁵⁷³

Teniendo como base los postulados de la *Escuela del Servicio Público*, Gastón JÈZE explicaba:

“El contrato administrativo se celebra siempre para asegurar el funcionamiento de un servicio público. El contratante es, esencialmente, un *colaborador en el funcionamiento del servicio público*. El interés general del funcionamiento regular y continuo del servicio público prevalece sobre el interés particular del contratante. Estas ideas fundamentales dominan todas las obligaciones resultantes de los contratos administrativos. Hay que concluir, entonces, y se ha concluido, que la Administración tiene la facultad de introducir, durante la ejecución, las modificaciones que estime necesarias para el buen funcionamiento del servicio público en vista del cual se ha celebrado el contrato administrativo.”⁵⁷⁴

No cabe dudas que el arranque teórico de la fundamentación existencial de la *potestas variandi*, aparece ligado en Francia a la idea del *servicio público*, como objeto y fin contractual administrativo; y, más extendidamente, como misión propia de la Administración Pública, tal como se potenció – en diferentes claves – por los sostenedores de la - luego superada - *Escuela del Servicio Público*.

⁵⁷³ En la nota de HAURIUO al *arrêt Compagnie Générale Française des Transways*, del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 1910, en HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, Tome III, ob. cit., p. 481.

⁵⁷⁴ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 232 y 233.

A la altura del segundo lustro de la década 1950, DE LAUBADÈRE aseveraba que el poder de modificación no aparecía como una simple manifestación de prerrogativas de Derecho Público, ni como pura aparición del poder público en los contratos, sino

“(...) como una ilustración del rol que juega la noción de servicio público en los contratos administrativos y la originalidad que esa noción le imprime a la teoría de esos contratos (...).”⁵⁷⁵

Colocándonos ya en la perspectiva más actual, se puede entender que el fundamento de la *potestas variandi* en la concesión administrativa no es otro que la garantía de la consecución del interés público, que determina primariamente la vida de ese vínculo jurídico-administrativo. La concesión administrativa y sus resortes jurídicos internos, entre ellos la *potestas variandi*, han de servir al cumplimiento de los fines generales de la Administración Pública, a partir de los fines específicos que mueven la relación concesional pública de que se trate.

Frente al dinamismo del funcionamiento administrativo, la *potestas variandi* resulta un componente de la mecánica concesional administrativa perfilado a asegurar la realización adecuada y consecuente del objeto de la concesión. Realización que pasa por la posibilidad de acomodar ese objeto a las nuevas realidades y exigencias no previstas al tiempo de perfeccionarse el vínculo, y que pueden sobrevenir durante el período de ejecución. Realidades y exigencias que no pueden soslayarse entonces, por incidir sobre la ejecución del mencionado objeto y por la conexión directa que tiene esa ejecución con el fin al que sirve la figura jurídica de referencia.

La posibilidad de adaptación constante de las actuaciones administrativas a los cambios que se producen en el desarrollo de la vida colectiva, se convierte entonces en un requisito indispensable para el aseguramiento y sostenimiento de la ejecución de la actividad concedida, de acuerdo con los criterios de conveniencia para el interés público; y constituye un elemento que permite valorar la correcta y pertinente ejecución de una concesión administrativa en función de tal interés.

La *potestas variandi* puede ser interpretada como un resorte que se incluye en el seno del contenido de la concesión administrativa para hacer de ella un medio flexible, maleable, elástico. Para que se pueda responder con él, en todo momento a lo largo de su vigencia – más o menos extendida en el tiempo –, al fin público que le sirve como causa y como finalidad en

⁵⁷⁵ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 335.

cuanto acto jurídico. De otro lado, la presencia de la *potestas variandi* en el contenido concesional, es una consecuencia necesaria de la flexibilidad que se le imprime a la concesión administrativa como medio, en pos de propiciar la adaptabilidad o mutabilidad de su contenido, para preservar su vocación como vía de satisfacción del interés público que en él se actúa. La potestad modificatoria unilateral de la Administración Pública concedente en la concesión administrativa, sirve como vía de adaptabilidad o mutabilidad del medio jurídico para seguir respondiendo al fin que lo sustenta. Opera, entonces, como resorte para proveer al sostenimiento de la aptitud, idoneidad, pertinencia, del medio (la concesión) para atender al fin. De esa manera, se manifiesta como un mecanismo de defensa del interés general o público que debe satisfacerse por la vía de la figura concesional.

Lo que imperfectamente se ha introducido aquí, no es otra cosa que lo que ya la doctrina, desde Maurice HAURIOU, ha ido esbozando claramente bajo fórmulas condensadas (y en la perspectiva contractual administrativa) como la de «rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato»;⁵⁷⁶ o, en una connotación mucho más actual, la de «mutabilidad del contrato e inmutabilidad del fin».⁵⁷⁷

La *potestas variandi* viene a operar como un mecanismo que permite al ente público como parte de la relación concesional administrativa, proveer a la actualización del objeto de ese vínculo, y con ello a la de ese medio de actuación administrativa, frente al advenimiento de nuevas circunstancias objetivas que, de no procederse así, afectarían la idoneidad del instrumento para responder al fin que lo anima, con las consecuencias negativas que una disonancia entre medio y fin pudieran desatar.

La *potestas variandi* deja a salvo, desde el propio vínculo concesional público, la aptitud de la Administración Pública concedente de hacer frente a las cambiantes realidades y necesidades de la colectividad, que se presenten durante la etapa de ejecución de la concesión, y que requieren de una adecuación en alguna de las prestaciones establecidas en pos del mantenimiento

⁵⁷⁶ HAURIOU, Maurice, en su comentario jurisprudencial al fallo *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916, consultado en HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, Tome III, ob. cit., p. 603. Ver, también, de HAURIOU, su trabajo "La teoría del "riesgo imprevisible"...", ob. cit., p. 4.

⁵⁷⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., p. 225. También en: VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones de contratación administrativa*, 2ª cátedra de Derecho Administrativo, Prof. VILLAR PALASÍ, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1969, p. 172.

del nexo jurídico contraído, como modo de responder al interés colectivo en juego.

Ya decía DE LAUBADÈRE que el poder de modificación unilateral no podía estar fundado, lógicamente, sino en las

“(...) exigencias de los servicios públicos y los cambios sobrevenidos en estas exigencias, en las necesidades del servicio o en las necesidades del público mismo. La idea general es que la administración no debe estar indefinidamente vinculada por contratos devenidos inútiles o por estipulaciones contractuales devenidas inadaptadas a las necesidades de servicios.”⁵⁷⁸

En consecuencia, la *potestas variandi* se ha de fundamentar en la necesidad de acomodar las prestaciones pactadas en una concesión administrativa, a las exigencias que depara el ritmo cambiante del interés general que debe satisfacerse por esa figura.⁵⁷⁹

Para el argentino Carlos Manuel GRECCO:

“(...) parece absolutamente claro que diversas razones imponen dotar al Estado de tamaña prerrogativa. En primer término, una de carácter general, que radica en la fluidez del interés general al que el contrato sirve. Las exigencias de interés público y el servicio a la comunidad no pueden quedar comprometidos por error inicial de la Administración contratante o por una mutación de las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. Por otro lado, la complejidad de ciertos convenios (especialmente de obra pública) hace difícilmente determinable *a priori* el objeto del contrato y su larga duración posibilita, en muchos casos, profundos cambios en las circunstancias vinculadas a su ejecución. (...)”⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 335.

⁵⁷⁹ Para el venezolano BREWER CARIAS: “(...) el fundamento de esta facultad de modificación unilateral radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el co-contratante en el acto de conclusión del contrato.”; ver: BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Contratos administrativos*, ob. cit., p. 170. En tiempo más cercano a los días que corren, a la pregunta “¿Cuál es el fundamento del *ius variandi*?” el argentino Carlos F. BALBÍN ha respondido: “(...) El carácter mutante del interés público y la necesidad de adaptar las conductas estatales en torno a él. (...)”; ver: BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1^{era} edición, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2008, pp. 272.

⁵⁸⁰ GRECCO, Carlos Manuel, “Contrataciones del Estado”, ob. cit., p. 325.

En el entorno de una concesión administrativa, que no es sino un instrumento del funcionamiento administrativo, la Administración Pública sigue siendo la primera responsable de la garantía del interés general que en ese entorno se manifiesta. Un cometido que le es indisponible e irrenunciable y para cuyo cumplimiento el ordenamiento jurídico le configura ciertos dispositivos de actuación, que no son sino expresión del poder público en el ejercicio de su función administrativa. Por tal motivo, ese instrumento de actuación administrativa no debe significar un medio por el que peligre esa garantía; ni debe estar de espaldas a incorporar los dispositivos necesarios para su aseguramiento. No es un medio para enajenar o deponer el poder público de la Administración en el funcionamiento administrativo, sino para encausar un ejercicio consensuado de un segmento de esa función, que no puede volverse contra ella misma.

La potestad de modificación unilateral de la Administración Pública concedente encuentra justificación, igualmente, en el hecho que el acto de concesión mismo y los intereses individuales del concesionario, no pueden erigirse en valladares para el logro de los intereses generales, y en obstáculos infranqueables para la capacidad de respuesta inmediata de la Administración Pública, cuando dichos intereses puedan verse afectados por nuevas circunstancias que es necesario incorporar al curso de la relación concesional administrativa. De lo contrario se correría el riesgo mayor de descontextualizar esa relación, de desnaturalizar su finalidad y de que ella se trastoque en un freno para la buena marcha de la vida en colectivo. Sería darle el mismo valor real al interés público y al privado dentro de esa relación; y lastrar la consecución del primero con una dependencia del segundo, cuando la realidad exija una actuación directa de la cual dependa con carácter necesario esa consecución.

No debe desconocerse que la concesión administrativa es una técnica jurídico-administrativa que se sustenta, estructural y funcionalmente, en la colaboración acordada entre la Administración Pública (concedente) y un particular o administrado (concesionario); ni tampoco que ella encarna la confluencia de intereses divergentes que se articulan por los engranajes de esa figura jurídica para su satisfacción, pero mirando primariamente a la satisfacción del interés general. Sin embargo, también debe considerarse que en la concesión administrativa, el concesionario es un colaborador en el funcionamiento administrativo, lo que quiere decir que el primero no puede ser dejado a merced y sin garantías frente a la segunda. Pero, sobre todo, que ese funcionamiento no puede verse entorpecido en su discurrir por querer ponderar en la misma medida o dimensión – que no en su protección –, el

interés privado del concesionario y el interés público al que responde el concedente en el marco del nexo concesional.

De ahí que es lícito colegir que una concesión administrativa no debe encerrar planteamientos – en su estructura y operatividad - que signifiquen rémoras para el ritmo en que se ha de desenvolver el funcionamiento administrativo al que ella responde; y que un colaborador por vía concesional en ese funcionamiento deba someterse, cuando sea pertinente, a la adecuación de las prestaciones u obligaciones por él asumidas dictada por la Administración Pública concedente y compulsada por las exigencias del interés general.

Cuando de *potestas variandi* se trata, debe verse que su ejercicio presupone un quiebre de la armonía alcanzada en la conclusión del acuerdo entre los intereses que representan las partes en una concesión administrativa, por circunstancias objetivas que sobrevienen y que amenazan la observancia del interés público al que responde dicha figura jurídica, si no se promueve una reacción que replantee las prestaciones u obligaciones tocadas por esas circunstancias. Lo que supone entonces que por la vía del ejercicio de la *potestas variandi* se conjuren esas amenazas en primera instancia. Trayendo consigo luego, como correlato insoslayable, restablecer la armonía entre los intereses de las partes de la relación concesional en razón de su continuidad (principio del restablecimiento del equilibrio económico o de la ecuación financiera de la concesión).

A-) La *potestas variandi* y figuras afines

Para comprender en su justa dimensión a la *potestas variandi* de la Administración Pública concedente, debe hacerse alusión a su distinción con ciertas figuras, a partir de que es factible encontrar algunos intentos que identifican a esa potestad con otras categorías o construcciones jurídicas distinguibles de ella; intentos que bien pueden llevar a alguna confusión al respecto.

Toda esa alusión no es sino en el interés de proveer la mejor percepción posible de la *potestas variandi* y su adecuada modelación en tanto mecanismo jurídico. Con la premisa por delante de que tiene, en tanto potestad jurídica, identidad dentro del haz de potestades con que cuenta la Administración Pública concedente en el marco de una concesión administrativa; y, por tal, no ha de confundirse con otra u otras que integran ese elenco de poderes jurídicos. Asimismo, también tiene identidad, en relación con otras construcciones que no son propiamente encuadrables en el trazado de las potestades de las que hablamos.

a-) Potestad de dirección y control y *potestas variandi*

Como un primer momento en las distinciones sobre las que se hablaba más arriba, recordemos que para el maestro uruguayo SAYAGUÉS LASO, en los contratos administrativos

“(...) la administración tiene cierto poder de dirección y de control sobre la ejecución del contrato (...).

Ese poder de dirección supone la posibilidad de introducir unilateralmente modificaciones en el contenido del contrato. (...)”.⁵⁸¹

En nuestra opinión, en sentido estricto, la potestad de dirección y control no subsume en su interior a la de modificación unilateral de la concesión administrativa, antes bien, constituyen fenómenos diferenciables.

En última instancia, todas las potestades que ostenta la Administración Pública concedente en el seno de una relación concesional, son expresión de un poder más general de intervención que se le atribuye a ese ente en el marco de la ejecución de lo concedido, en tanto garante del interés general que por esa vía se satisface. Ese poder más general, se expresa y concreta en los diversos poderes jurídicos de actuación unilateral que se le configuran a la Administración Pública concedente. De ahí que la de dirección y control o la de modificación sean manifestaciones de tal poder de intervención más general. Si bien es cierto que el ejercicio de la potestad de modificación unilateral de la concesión administrativa, encuadra perfectamente en la conducción de esa ejecución acorde a las exigencias del interés general.⁵⁸²

En su sentido más preciso, por la potestad de dirección de la ejecución de la concesión administrativa, la Administración Pública concedente puede dirigir la acción e inteligencia del concesionario en la ejecución de las prestaciones a su cargo en virtud de la concesión; es decir, puede instruir u ordenar al concesionario sobre la ejecución de lo concedido. Pero el alcance objetivo de esa potestad de dirección - al menos en nuestra interpretación

⁵⁸¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo I, p. 569.

⁵⁸² En un sentido menos preciso en relación con la manera en que se manejaba SAYAGUÉS LASO, puede señalarse que el profesor venezolano José ARAUJO-JUÁREZ, en alguno de sus escritos, observaba que: “El ejercicio de la *potestas variandi* es una manifestación de la potestad de policía y control en todos los contratos administrativos, y en especial en los servicios públicos. (...)”; ver: ARAUJO-JUÁREZ, José, “El principio del equilibrio económico”, en AA.VV., *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Volumen I, *Contratación estatal. Potestad sancionadora de la Administración Pública. Y procedimiento administrativo sancionador*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Adrus D&L Editores S.A.C., Arequipa, 2013, p. 211.

– queda, precisamente, en el hecho de dirigir la ejecución de las prestaciones previstas para el concesionario, sin poder trascender, sobre ese fundamento, a la variación de la cualidad, la calidad o la cantidad de esas prestaciones. De acontecer esto último, se traspasaría del poder de dirección, en sentido estricto, hacia el poder de modificación unilateral. Por lo tanto, esa potestad de dirección queda, en su proyección y efectos, con un nivel de menor intensidad que el de la *potestas variandi*. Aquella primera, a nuestro modo de ver, no opera como un resorte – ni como consecuencia – de la mutabilidad que acompaña al fenómeno concesional administrativo, tal cual lo hace la segunda; sino como un mecanismo para garantizar la mejor realización de las prestaciones señaladas.

La potestad de dirección es un medio para garantizar el cumplimiento de lo concedido conforme lo exige el interés público. La de modificación unilateral es un medio para adecuar, adaptar, lo fijado en la concesión administrativa a las necesidades que revela el fin interés público, cuando así lo impone éste.

b-) *Potestas variandi* y potestad de extinción anticipada

En el marco de la contratación administrativa en general, pero que puede ser traído al campo particular de la concesión administrativa, en tanto un segmento de la doctrina lo ha tenido – matices a un lado – como uno de los contratos administrativos típicos (o hasta el más típico de los contratos administrativos), ha aflorado el tema de la relación o distinción de la *potestas variandi* con la potestad de extinción unilateral del contrato, también en cabeza de la Administración Pública concedente.

Referiremos esta cuestión a partir de sus planteamientos más propios de la contratación administrativa, para atenernos a los términos en que fueron planteados los análisis. Sin embargo, aunque aquí hablemos de tal contratación, entiéndase reflejada allí y tocada así la cuestión en los predios propios de la concesión administrativa; en tanto que le son perfectamente aplicables, con todo y que, en su naturaleza jurídica, no se ha tenido a esta, siempre, como una especie del fenómeno contractual público.

Desde la primera mitad del siglo XX, ha habido un importante segmento de los teóricos, principalmente en Francia,⁵⁸³ que ha considerado a la potestad de extinción unilateral del contrato administrativo por razones de interés público - que se le reconoce también a la Administración Pública

⁵⁸³ Representativo de esta posición es: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 232 y sigs.

contratante -, como una variedad del poder general de modificación unilateral del contrato que se le atribuye al ente público contratante.

Andrè DE LAUBADÈRE ha sido de los que acogió:

“El poder administrativo de resiliar prematuramente el contrato sólo es en suma un aspecto de su poder general de aportar ciertos cambios a las cláusulas contractuales en el curso de la ejecución del contrato; pues ello conduce a modificar la cláusula relativa la duración del contrato.”⁵⁸⁴

Bajo esa orientación conceptual, seguida por autores fuera de Francia,⁵⁸⁵ incluso en trabajos más actuales,⁵⁸⁶ la extinción unilateral del contrato por la Administración en razones de interés público, no sería sino un supuesto encuadrado dentro del contenido de la *potestas variandi* y, en tanto tal, una expresión - la más intensa, extrema o agravada - del ejercicio de dicha *potestas*. Sería una modificación *en menos* de la extensión de las prestaciones, al decir de Gastón JÈZE;⁵⁸⁷ o una «prolongación lógica» del poder de modificación unilateral, en frase de Jean RIVERO.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ DE LAUBADÈRE, Andrè, *Traité théorique et pratique...*, Tome III, ob. cit., pp. 157 y 158. Ver, entre otros, a: BOURJOL, Maurice, *Droit Administratif*, Tome I, *L'action administrative*, Masson et C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1972, p. 264.

⁵⁸⁵ En una obra de juventud, y con mención a la opinión de DE LAUBADÈRE, el español PARADA VÁZQUEZ, sentenció: “(...) la rescisión constituye la manifestación más enérgica de la modificación, al entrañar la alteración de uno de los elementos del contrato, su duración.”; ver: PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1963, p. 224. En palabras del venezolano Allan-Randolph BREWER CARIAS, también en una obra de juventud: “(...) En este sentido, la rescisión unilateral se configura como un aspecto más grave de la facultad de modificar unilateralmente la convención (...)”; ver: BREWER CARIAS, Allan-Randolph, *Las Instituciones...*, ob. cit., p. 203.

⁵⁸⁶ V.gr., en Argentina: ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, *Parte general*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 399; DROMI, Roberto, *Licitación pública*, 4^a edición actualizada, Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires-Madrid-México, 2010, p. 506; GÓMEZ SANCHIS, Daniel, “Contratos administrativos: versión clásica. Parte II”, en FARRANDO (h.), Ismael (Director) *et al*, *Contratos Administrativos*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2006, p. 425; MARTÍNEZ, Patricia Raquel, “Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo”, en FARRANDO (h.), Ismael (Director) *et al*, *Contratos Administrativos*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2006, p. 474; LUQUI, Roberto Enrique, “La modificación (“ius variandi”) del contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 8.

⁵⁸⁷ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 230.

⁵⁸⁸ RIVERO, Jean, ob. cit., p. 144.

Frente a una solución de ese tipo, otros autores se han opuesto a identificar la potestad de extinción con la de modificación,⁵⁸⁹ rechazando así acoger a la segunda como expresión de la primera o parte del contenido de esta y trazando líneas distintivas entre ambas.

Para seguir aportando diversidad al panorama, hay que decir que junto a posiciones como las ilustradas anteriormente, se han dado, además, otros planteamientos que tienden un nexo entre las potestades aludidas, pero esta vez en un sentido inverso a lo previamente repasado, en tanto señalan que el *ius variandi* es una expresión atenuada de la potestad extintiva unilateral en los contratos administrativos.

En ese sentido, el argentino Guillermo E. FANELLI EVANS, discurría:

“En nuestro criterio ese *ius variandi* constituye una fórmula atenuada de la potestad de extinguir directamente el contrato, si el interés público así lo amerita, (...). Quien puede lo más, puede lo menos.”⁵⁹⁰

Ideas como esas tampoco han dejado de tener quienes no la comparten.⁵⁹¹

Por nuestra parte, entendemos que es válido considerar, desde un enfoque más estricto y técnico, que ambas potestades presentan diferencias que no permiten identificarlas entre sí. Si bien desde una perspectiva más amplia la extinción anticipada de la concesión por la Administración Pública, fundada en razones de interés público, implica una modificación unilateral de lo dispuesto en el acto, ya que con ella se altera el plazo de vigencia originariamente determinado. Mas, esa realidad no es suficiente para hacer de la una el género y de la otra una especie de esta.

Los contornos objetivos que implican los efectos que generan en su ejercicio y el rol funcional que ocupan ambas en el seno de la relación concesional, nos señalan que son dos potestades con diferencias e identidad, que no deben asimilarse entre sí.

En efecto, del ejercicio de la potestad de modificación unilateral de la concesión administrativa resulta un cambio en las obligaciones del

⁵⁸⁹ V.gr.: BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 812.

⁵⁹⁰ FANELLI EVANS, Guillermo E., “El *ius variandi*...”, ob. cit., p. 388.

⁵⁹¹ V. gr.: SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “El *ius variandi* y los contratos de la Administración”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, ob. cit., pp. 238 y 239.

concesionario, pero, en principio, manteniendo la existencia de la relación concesional. Es una acción con la intención de adecuar el contenido del nexo concesional público a nuevas circunstancias fácticas, pero sobre la base inicial de mantener vivo y operativo ese nexo. Mientras que del ejercicio de la potestad de extinción anticipada de la concesión por motivos de interés público, el cambio que se origina para la relación no está en función de continuar con su vigencia, sino todo lo contrario: finalizarla, darla por terminada antes del término fijado.

En el primer caso señalado lo que se pretende es modificar o eliminar algunas de las prestaciones establecidas, o crear nuevas obligaciones que no estaban previstas en el momento en que nació la relación; pero siempre en aras de no prescindir de la relación en concreto y sostenerla como medio de actuación administrativa. La *potestas variandi* nos traduce la idea de adecuar el medio o instrumento jurídico (en su contenido) para responder al fin al que está enfocado.

En el segundo caso, de lo que se trata es de romper, prematuramente, el nexo establecido por el concesión y, con ello, extinguir los derechos y las obligaciones asumidas; se trata de quebrar el vínculo concesional, fundándose en razones de interés público y con ello de prescindir de él como vía de actuación administrativa. La potestad de extinción anticipada nos traduce la idea de eliminar el medio o instrumento jurídico (la concesión administrativa), y con ello responder por esa vía al fin que se manifiesta y que condiciona esa eliminación.

De igual forma, el hecho que en el primer supuesto referido (*potestas variandi*) persista la continuidad de la relación contractual y en el segundo (potestad de extinción anticipada) ésta cesa, conlleva además consecuencias patrimoniales distintas, pues en aquél se tratará, en principio, de una revisión o reajuste de los términos económicos sobre los que se asienta la concesión administrativa (la ecuación financiera) para adecuarlos a las modificaciones sobrevenidas; y, en el último supuesto, el efecto patrimonial que se produce no es precisamente el de una relectura de ese tipo de dichos términos con fines resarcitorios, sino el de una indemnización al contratante por los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura anticipada de la relación.

En conclusión, que los efectos jurídicos propios de la modificación unilateral de la concesión y de su extinción unilateral anticipada por la Administración Pública, se comportan de manera diferente, tanto en el plano material – de las actuaciones que para ambas partes de la relación se derivan de sus acciones –, como en el plano patrimonial.

c-) *Potestas variandi* y hecho del príncipe (*factum principis* o *fait du prince*)

También aquí haremos la referencia ateniéndonos a los planteamientos que se han realizado desde el campo contractual administrativo, que es desde donde se ha sustanciado más la cuestión del *hecho del príncipe* (*factum principis* o *fait du prince*). Mas, *mutatis mutandis*, por lo expuesto en el acápite anterior, creemos que lo que señalaremos aquí es de aplicación al ámbito concreto de las concesiones administrativas; y es con ese prisma particular de las concesiones administrativas, que preferimos que se lea este epígrafe, con todo y la referencia a la contratación administrativa.

En los orígenes de la *potestas variandi* como potestad en los contratos administrativos (y en la concesión administrativa) y como noción jurídica, ha estado su relación con otra categoría, de construcción más antigua: la del *hecho del príncipe* (*factum principis* o *fait du prince*).⁵⁹² Una relación muy estrecha e importante, en tanto, incluso, ambas figuras han sido confundidas por algunos.

Aunque la denominación de *hecho del príncipe* hunde sus raíces en la etapa preconstitucional (en el Antiguo Régimen),⁵⁹³ vinculada a los actos derivados del poder de los monarcas para desligarse de ciertos pactos que le obligaban,⁵⁹⁴ se reconoce hoy en la doctrina⁵⁹⁵ que la versión moderna de esa teoría del *hecho del príncipe* tiene sus bases conceptuales primigenias en la nota jurisprudencial de Maurice HAURIUO al *arrêt Prévot c. Ministre de la guerre*, del Consejo de Estado francés, de 8 de marzo de 1901.⁵⁹⁶

⁵⁹² Sobre el anclaje antiguo del *factum principis*, para el caso de España, véase lo que exponía: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., pp. 255 y sigs.

⁵⁹³ Ver: BADAOU, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit égyptien*, Thèse pour le doctorat en Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1954, p. 2; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 787; YOLKA, Philippe, ob. cit., p. 107.

⁵⁹⁴ Así lo señalan: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 787.

⁵⁹⁵ V.gr.: BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 774; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ SANZ RUBIALES, Íñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Coordinadores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May Ltd, London, 2008, p. 301; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2^{da} edición, con la colaboración de Jorge Enrique Santos R., Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2011, p. 71.

⁵⁹⁶ HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, Tome I, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), pp. 734 y sigs.

El antiguo decano de Toulouse consideró al supuesto de hecho que abarca esa teoría como todo cambio que la Administración Pública provoca en un contrato que la vincula a un particular, de ejecución de servicios públicos, de suministros o de trabajos públicos, por uno de sus actos donde revela su poder público independiente, particularmente por un acto reglamentario.⁵⁹⁷

La noción del *hecho del príncipe* ha sido sometida durante todo este tiempo de evolución – jurisprudencial y doctrinal⁵⁹⁸ - a interpretaciones con alcances diversos, ya más amplios,⁵⁹⁹ ya más estrictos.⁶⁰⁰

BLAEVOET distinguía entre:

“(...) el hecho del príncipe **strictu sensu** consistente en medidas tomadas unilateralmente por la autoridad contratante y que modifica o incluso trastorna la economía del contrato y el hecho del príncipe

⁵⁹⁷ HAURIU, Mauric, *La Jurisprudence Administrative...*, Tome I, ob. cit., p. 735

⁵⁹⁸ Sobre el *hecho del príncipe* pueden verse, entre otros, y en una enumeración que tiene solo fin ilustrativo: BADAOU, Saroit, ob. cit., en todo; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome III, ob. cit., pp. 24 y sigs.; BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., pp. 774 y sigs.; VEDEL, Georges, ob. cit., p. 211; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., pp. 225 y sigs.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 221 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel Santiago, ob. cit., Tomo III-B, pp. 376 y sigs.; ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, ob. cit., pp. 454 y sigs.; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 387 y sigs.; GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, ob. cit., pp. 108 y sigs.; STORTONI, Gabriela Andrea, “El hecho del príncipe y su impacto en los contratos administrativos”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, pp. 308 y sigs.; RENNELLA, María Paula, “Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos, en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2007, pp. 253 y sigs.; ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, 2^{da} reimpresión de la 1^{ra} edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2003, pp. 487 y sigs.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “La teoría del hecho del príncipe...”, ob. cit., pp. 295 y sigs.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico...*, ob. cit., pp. 66 y sigs.

⁵⁹⁹ Por ejemplo, en la cuerda más abarcadora, BADAOU reservaba: “(...) el término *fait du Prince* en caso de agravación de las cargas del co-contratante por un acto regular de una autoridad pública. El *fait du Prince*, y ese carácter debe ser puesto de relieve, supone un acto no culpable, un acto lícito o al menos tenido por tal.” BADAOU, Saroit, ob. cit., p. 2. Puede verse también como se expresaba: WALINE, Marcel, *Traité...*, ob. cit., p. 560.

⁶⁰⁰ En una senda más estricta, BENOIT acogía: “Hay hecho del príncipe cada vez que las autoridades de la colectividad contratante actúan en virtud de una competencia distinta de la que tienen por el contrato, es decir, cuando ejercen sus competencias en materia de policía u organización y funcionamiento de los servicios públicos, en condiciones tales que de ellas derivan repercusiones sobre el contrato.” BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 776.

lato sensu consistente en medidas tomadas por otras autoridades administrativas distintas de la autoridad contratante y susceptibles de reaccionar sobre las condiciones de ejecución del contrato.”⁶⁰¹

Las diferentes tendencias en la definición del *hecho del príncipe* no han dejado de recibir críticas desde diversos ángulos. Críticas que han tributado a la atmósfera de confusión que le ha rodeado como supuesto jurídico;⁶⁰² apareciendo aún ante nosotros, el *factum principis*, con ciertos visos de construcción confusa e imprecisa. No por gusto, hace ya décadas, André DE LAUBADÈRE llegaba a sentenciar que la teoría del *fait du prince* era una de las más confusas del derecho de los contratos administrativos, a pesar de los trabajos que, hasta aquel momento y para Francia, habían contribuido al intento de esclarecimiento.⁶⁰³

La utilidad de esta teoría *hecho del príncipe* radica en que proporciona un criterio para restablecer el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, alterado de manera indirecta por actuaciones de carácter general de la entidad pública, las que se reflejan en las condiciones del contrato administrativo con ese efecto desequilibrador.⁶⁰⁴ De tal suerte, la teoría del *hecho del príncipe* juega hoy, en los engranajes jurídico-administrativos, fundamentalmente como técnica de garantía del equilibrio económico en los contratos administrativos, y, con ello, como técnica de garantía de los

⁶⁰¹ BLAEVOET, Ch., “Modifications à la théorie du fait du prince”, en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, AJDA, Tome 10, 1954, Réimpression publiée avec l'accord des Éditeurs Publications du Moniteurs, Paris, Schmidt Periodicals GMBH, W.-Germany, 1988, p. 12. (La negrita es del original).

⁶⁰² En una reflexión de ESCOLA: “Esta complejidad de la teoría del hecho del príncipe se debe, más que nada, al hecho de que ella es el resultado de una elaboración jurisprudencial antes que doctrinal, lo cual ha conspirado contra su mejor sistematización, a lo que se agrega el uso de una terminología no siempre coherente y precisada de antemano y las influencias, no enteramente desalojadas, del derecho privado, en el cual el hecho del príncipe aparece como un caso de fuerza mayor enteramente exterior a los contratantes.” Ver: ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral...*, ob. cit., p. 455.

⁶⁰³ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome III, ob. cit., p. 24.

⁶⁰⁴ Juan Carlos CASSAGNE ha señalado que: “La teoría del hecho del príncipe, calificada como una de las más confusas del derecho administrativo, nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato. (...)”. Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, “El equilibrio económico financiero del contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 140; también en CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 135.

derechos patrimoniales del contratista de la Administración Pública en la relación que de dicho contrato se derivan.⁶⁰⁵

Precisamente, la consideración de los efectos relacionados con la garantía del principio del equilibrio económico en los contratos administrativo, asociados tanto a la *potestas variandi* como al *hecho del príncipe* como supuestos, ha llevado a un sector de los teóricos a difuminar las diferencias esenciales que pueden establecerse entre las modificaciones que se producen al contrato y que provienen directamente de la Administración Pública contratante o de decisiones del poder público fuera de los marcos del contrato.⁶⁰⁶

Incluso, ha habido quien, a pesar de reconocer que *potestas variandi* y *hecho del príncipe* obedecen a actuaciones distintas de la entidad pública, ha llegado a considerar – al menos a efectos de un estudio puntual – que

“(...) son susceptibles de un análisis unitario, por cuanto producen los mismos efectos en la vida del contrato administrativo, esto es, alterar las prestaciones a las que el contratista se obligó inicialmente.”⁶⁰⁷

Más allá de los puntos en común que puedan convocarse entre ambos supuestos, es necesario establecer distinciones entre *potestas variandi* y *hecho del príncipe*, en tanto que desde la perspectiva técnico-jurídica más estricta, y en alineación aquí, en lo general, con la senda doctrinal que así lo ha fijado,⁶⁰⁸ esos dos casos presentan en sí particulares estructurales y funcionales que no permiten identificarlos en toda su dimensión.

⁶⁰⁵ Según advirtió tiempo atrás el profesor español Tomás QUINTANA LÓPEZ, al comentar una sentencia en razón de un supuesto de *hecho del príncipe*: “(...) tampoco se puede olvidar que el *factum principis* cuando se admite como tal fuera del marco de la revisión de precios, juega únicamente de forma unilateral a favor del contratista de la Administración, lo que sitúa al resto de los ciudadanos, como administrados que son, en una posición claudicante, ya que la Administración no puede hacer uso de esa técnica para beneficiarse de los efectos que produce en la economía del contrato las medidas que adopte dirigidas a la reducción de precios y, por tanto, de costes para el contratista. (...)”. Ver: QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “El anacronismo del *factum principis* en la legislación de contratos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 50, Abril-Junio, 1986, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 273.

⁶⁰⁶ El argentino Miguel Ángel BERÇAITZ, resulta representativo de esa dirección, según razonaba en ob. cit., pp. 387 y sigs.

⁶⁰⁷ MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “La posición singular...”, ob. cit., p. 428.

⁶⁰⁸ V.gr.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., pp. 263 y 264.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 221 y sigs.; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento...*, ob. cit., pp. 326 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y

Cuando de establecer esas distinciones se trata, en la literatura jurídico-administrativa hispanoamericana, es frecuente recurrir a los planteamientos de ARIÑO ORTIZ, cuando indicaba:

“Son ambas, efectivamente, dos manifestaciones del principio del equivalente económico, pero se refieren a supuestos totalmente diferentes. El primero contempla, como hemos visto, modificaciones internas del objeto y contenido de la prestación, en su cantidad, calidad, plazo o demás circunstancias que la especifican; son alteraciones intrínsecas al contrato, originadas por actos de *la* Administración dirigidos precisamente a esa relación. El segundo, en cambio, se refiere más bien a intervenciones administrativas de tipo general — no referidas exclusivamente a un contrato —, pero que suponen un cambio en las condiciones externas — económicas, fiscales, sociales — de ejecución de éste; no se produce aquí alteración alguna en los elementos esenciales del contrato cuyo contenido íntimo queda formalmente inalterado, pero sí un desequilibrio en la valoración económica de las prestaciones, haciendo ésta, para el contratista, mucho más onerosa. Las primeras son manifestaciones de la potestad de policía y control de las obras y servicios públicos en particular; las segundas son manifestación de la potestad ordenatoria general de la economía, de que goza el Estado interventor; son las medidas *à la grande orchéstre*, tales como devaluaciones monetarias, manejo del tipo de interés, medidas de variación del arancel, cargas sociales y, en general, todas las que suponen alteración *directa* de las condiciones económicas en que los contratos se ejecutan.”⁶⁰⁹

Atendiendo al marco funcional donde una y otra operan, se ha entendido que cuando por la *potestas variandi* se da la alteración de la ecuación financiera de la relación contractual, genera un supuesto de responsabilidad contractual, en tanto el daño que se produce es imputable a una de las partes contratantes (la Administración Pública), actuando en su condición de tal contratante.⁶¹⁰

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 787; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-A, pp. 476 y sigs.; GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, ob. cit., pp. 113; CASSAGNE, Juan Carlos, “El equilibrio económico...”, ob. cit., p. 140; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 136; ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. cit., pp. 490 y 491; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico...*, ob. cit., pp. 40 y sigs., y 66 y sigs.; ARAUJO-JUÁREZ, José, “El principio del equilibrio económico”, ob. cit., pp. 217 y 218.

⁶⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., pp. 263 y 264. También en: VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones...*, ob. cit., pp. 221 y sigs.

⁶¹⁰ V.gr.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., pp. 264; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones...*, ob. cit., p. 222; ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. cit., pp. 490 y 491

Mientras, para el *hecho del príncipe* las opiniones han estado divididas, pues hay quien considera que en este caso se está igualmente frente a un supuesto de responsabilidad contractual, lo que provoca que en la práctica la distinción *potestas variandi-hecho del príncipe* no tenga muchos efectos, pues llevan a igual consecuencias indemnizatorias.⁶¹¹ Pero, también otros – los más – entienden que en el *factum principis* lo que se da es un supuesto de responsabilidad extracontractual,⁶¹² justificado por el colombiano ESCOBAR GIL, por ejemplo,

“(…) en razón a que el daño antijurídico sufrido por el contratista no se deriva del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración Pública, como es el propio de la responsabilidad contractual, sino de la actuaciones legítimas del Estado como parte del contrato sino en ejercicio de sus poderes normativos de intervención.”⁶¹³

Por nuestra parte, sin perder de vista que en algunos regímenes normativos se han podido asimilar las consecuencias o efectos concretos, y el tratamiento de estos, que genera la alteración del equilibrio contractual tanto por el ejercicio de la *potestas variandi* como por el *hecho del príncipe*, a los fines de la restauración de ese equilibrio, consideramos que una y otro configuran supuestos de responsabilidad para la Administración Pública con encuadres diversos: la de la una es contractual, y la del otro extracontractual.

Por otro lado, como otro punto de divergencia entre esos supuestos, vemos que la configuración del *hecho del príncipe* siempre ha de implicar, en su configuración, una alteración del equilibrio económico en el contrato administrativo que resulta perjudicial para el contratante de la Administración Pública, y la necesidad de proveer el restablecimiento de ese equilibrio a favor de este afectado. Es decir, que el *hecho del príncipe* es un supuesto jurídico que operará en favor de los derechos patrimoniales del contratante de la Administración Pública.

Mientras que la idea de la *potestas variandi*, en sus límites objetivos, no se circunscribe solo a la idea de un impacto en ese equilibrio que produzca su

⁶¹¹ V.gr: GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, ob. cit., p. 113.

⁶¹² Véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., p. 264; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones...*, ob. cit., p. 222; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-A, pp. 484 y 485; CASSAGNE, Juan Carlos, “El equilibrio económico...”, ob. cit., p. 140; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 136; ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. cit., p. 491; STORTONI, Gabriela Andrea, ob. cit., p. 313.

⁶¹³ ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. cit., p. 491.

desbalance, sino que su ejercicio puede darse sin llegar a generar tal alteración - con todo y que ese supuesto de variación sea el más relevante dentro de la proyección de la *potestas variandi* -, y no deja de significar un ejercicio de la mencionada potestad jurídica. O, por otro lado, que el desbalance al equilibrio contractual que opere sea perjudicial a la Administración Pública titular de la potestad y aquí el restablecimiento de ese equilibrio debe operar en su favor y no en el de su contratante.

De tal suerte, el *hecho del príncipe* es, en sí mismo, y como ya hemos dicho, un supuesto jurídico cuyo rol funcional como técnica jurídica es, esencialmente, el de operar primariamente como medio de garantía de los derechos económicos del contratante de la Administración Pública, frente a embates extracontractuales derivados de actos del poder público, que desembocan en afectaciones - del lado del contratante - al equilibrio económico que debe guardarse en el contrato administrativo.

Por su parte, la *potestas variandi*, si bien encierra en su régimen jurídico todo un planteamiento de garantías para el caso en que por su ejercicio se quebrante el equilibrio contractual en perjuicio del contratante de la Administración Pública, no es en esencia, o primariamente, una técnica de garantía de los derechos patrimoniales de ese contratante, sino un mecanismo al servicio directo del interés público que opera en la relación contractual administrativa dada.⁶¹⁴

Como cierre de este acápite, pueden ser útiles los comentarios de la profesora española HORGUÉ BAENA, al destacar:

“(…), el *ius variandi* tiene una idiosincrasia propia que lo separa de las restantes manifestaciones de la mutabilidad del contrato: la de ser el único cauce a través del que pueden variarse las propias condiciones contractuales. En otras palabras, mientras estas otras manifestaciones inciden sobre el principio de inmutabilidad únicamente en uno de sus elementos, esto es, el contenido económico del contrato, para preservar el equilibrio presente en el momento de perfección del mismo y en garantía de la invariabilidad material de

⁶¹⁴ Por tal razón, de modo matizado, colándola al interior del perímetro más estrecho del principio de equilibrio económico de los contratos administrativos, es que debe entenderse una afirmación como la del profesor venezolano ARAUJO-JUÁREZ, en cuanto concluía que “(…) la teoría de la *potestas variandi* constituye una técnica de garantía que consagra el Derecho administrativo para restablecer el equilibrio del económico del contrato frente al ejercicio de las potestades administrativas contractuales.”; ver: ARAUJO-JUÁREZ, José, “El principio del equilibrio económico”, ob. cit., p. 211.

las condiciones contractuales, la modificación, a consecuencia del *ius variandi*, es una alteración formal de las condiciones mismas en que se perfeccionara el contrato. Por ello, a nuestro juicio, estas otras manifestaciones son más bien excepción a otro principio, el que determina que la ejecución de los contratos se realiza a riesgo y ventura del contratista, toda vez que únicamente atiende a preservarle de una ejecución excesivamente onerosa, sin que se haya modificado propiamente el contrato.”⁶¹⁵

B-) Límites al ejercicio de la *potestas variandi*

Si se comprende la justificación de la potestad de modificación unilateral de la concesión administrativa que se le atribuye a la Administración Pública concedente, no será difícil deducir, entonces, que no es esa una potestad jurídica cuyo ejercicio es del todo libre y sin márgenes de acotación. Antes bien, por su configuración misma como potestad, y por la intensidad con que puede manifestarse, la existencia y ejercicio de la *potestas variandi* se reviste de determinados límites que actúan como condicionantes y garantías para lograr que la misma, en su operatividad, cumpla y se realice de acuerdo con su finalidad existencial.

Como toda expresión jurídica, puede tenerse que la *potestas variandi*, en tanto ejercicio jurídicamente configurado, adelanta en sus determinantes y configuración jurídicas, también, la idea de los límites que la sujetan.

En una conocida reflexión, se ha entendido, a la luz del ordenamiento positivo español, que

“Cuando se hablaba de límites al ejercicio del *ius variandi* se quería decir, por lo tanto, algo muy distinto; se estaba estableciendo en rigor una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. A lo que se quería aludir, por lo tanto, era exclusivamente *a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista*, algo, pues completamente distinto. (...)”⁶¹⁶

⁶¹⁵ HORGUÉ BAENA, Concepción, ob. cit., pp. 32 y 33.

⁶¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 782. En el párrafo anterior de esta obra (p. 781) se expresaba: “En el orden material, sin embargo, no ha habido tradicionalmente límites en sentido propio, esto es barreras u obstáculos

Por lo pronto, el primer y principal límite a la *potestas variandi* es el propio *interés público* que la fundamenta y la determina. Para activar el mecanismo que pone en movimiento la modificación unilateral de la concesión administrativa por parte de la entidad pública concedente, es requisito de fondo que realmente se manifieste la necesidad, para el interés público, de efectuar esa modificación. Tal acción debe hacerse para responder, y no para comprometer, al interés público que subyace en la concesión administrativa; y debe regirse por la premisa de dar así solución a los problemas que, a ese interés, plantearía el advenimiento de nuevas realidades relacionadas con el objeto de la concesión.

Según dejaba en claro DE LAUBADÈRE, sobre los límites del poder de modificación:

“1º Un primer elemento de limitación proviene de la aplicación del *principio general de la legalidad administrativa*. Puede lograr en efecto que algunas reglas del régimen jurídico de un contrato administrativo hayan sido establecidas por textos de leyes o reglamentos; la administración no puede pretender modificar esas reglas sin infringir el principio de legalidad.”⁶¹⁷

Tomando como punto de partida esas palabras, va de suyo que uno de los límites a esa potestad modificatoria está dado por el *principio de juridicidad*. Con ello se introduce la premisa de que esa potestad modificatoria debe estar configurada en el marco jurídico ordenador de la relación concesional de la forma más acabada posible – jurídicamente hablando –, y debe operarse según la ordenación trazada para su ejercicio.

Así las cosas, el ejercicio de la *potestas variandi* no deviene en un poder absoluto ni abiertamente discrecional. Antes bien, es una actuación pública

susceptibles de impedir a la Administración modificar los contratos administrativos por ella suscritos, como en alguna ocasión llegó a decir la jurisprudencia (así, la Sentencia de 17 de mayo de 1973, que refirió exclusivamente el *ius variandi* a «las variaciones de detalle, que no alteran sustancialmente los pliegos»). Se entendía, en efecto, que el interés público había de prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, ya que, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados *ab initio*, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contractus lex*, no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante se ha considerado a lo largo de la Historia ilimitado en extensión o intensidad, ya que el interés público habría de primar sobre cualquier otra consideración.”

⁶¹⁷ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 338.

de carácter reglado, circunscrita a cuestiones objetivas que son las que marcan su operatividad.

Estas exigencias, alineadas además con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad que ha de informar a todo orden jurídico actual, deben colocarse en coherencia con el rol ordenador que ha de cumplir el entramado positivo para esa potestad. Es decir, que los requerimientos de juridicidad no deben estar pensados aquí solo como vías de sujetar, en extremo, el poder de actuación administrativa pensando reducir, igualmente en extremo, los posibles riesgos que de su ejercicio se generen para los derechos económicos del concesionario – y por esa vía pensar, ante todo, en la garantía patrimonial de ese sujeto -, sino – y va implícito en ello la idea de esa garantía – como cauce de realización de la *potestas variandi*, con toda la carga de significación que esa realización conlleva.

En relación con lo anterior, y dentro del perímetro de lo que puede ser avistado como límites formales, debe verse que, concretamente, en la ejecución de la *potestas variandi* la Administración Pública concedente debe apearse estrictamente al cauce procedimental establecido al efecto. Así, el procedimiento administrativo y las exigencias formales que en su tránsito se establezcan, concretan el cauce jurídico por el que ha de discurrir la actuación de la *potestas variandi*. Y si pensamos en el procedimiento como tal cauce jurídico para el ejercicio de la potestad modificatoria de la Administración Pública concedente, pues estamos también convocando como garantías para su ejercicio, que se incorporan al sustrato de los límites en los que ha de actuarse ésta, principios como el de eficacia, el de eficiencia, el de objetividad y la necesaria ponderación de los intereses en juego en el marco de la relación concesional dada.

Por lo tanto, el procedimiento administrativo a seguir también se convierte en un elemento de garantía y límite importante en el universo de la *potestas variandi*, a partir del cual se permite que la construcción jurídica de esa potestad se sacuda de un cierto sentido absolutista en su trazado unilateralista. Y ello es posible porque, si bien el procedimiento a través del cual se ejerce la potestad modificatoria concluye en la emisión de un acto administrativo (por tal, tiene que ser un acto motivado o razonado), hay – o debe haber - todo un conjunto de actuaciones en la etapa procedimental previa a esa emisión, en la que se dé un espacio de comunicación o interacción entre la Administración Pública titular de la potestad y la contraparte concesionaria (v. gr.: la posibilidad de contradicción por parte de esta última; el deber de que sea escuchada; el acceso y conocimiento de las actuaciones

de la Administración Pública en función del acto de modificación; el deber de informar de la Administración Pública – no solo al contratante sino al público en general –; etc.), a los efectos de que el ejercicio de la *potestas variandi* se ajuste, verdaderamente, a la realidad de las cosas. Eso no hace sino propiciar las condiciones más adecuadas para adoptar la decisión más conveniente a los intereses de la comunidad.

De otro lado, y aún en el terreno de la *juridicidad*, una decisión como la que implica el ejercicio de la *potestas variandi*, debe estar informada por principios jurídicos cuya observancia no puede ser vulnerada, pues, con su violación, también se compromete la validez de la modificación de la concesión administrativa por parte de la Administración Pública concedente. Conjuntamente con la seguridad jurídica que debe rodear a una relación jurídica como la concesional, y a un accionar modificativo como el que nos ocupa, dentro de esos principios informantes deben contarse, junto con el de primacía del interés público, *buena fe*,⁶¹⁸ transparencia,⁶¹⁹ razonabilidad,⁶²⁰ etc.

⁶¹⁸ Beltrán GAMBIER apuntaba que “(...) el ejercicio unilateral de la *potestas variandi* o la solicitud de cambios formulada por el contratista deben preservarse de espurias intencionalidades. Ambas partes del contrato administrativo compartirán, de buena fe, la necesidad de un cambio en la modalidad de ejecución de las prestaciones originariamente previstas sin buscar la confrontación en el plano legal, lo cual no le conviene a nadie.”; ver: GAMBIER, Beltrán, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director) *et al*, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 943. Igualmente, puede verse, entre otros: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, Thomson-Civitas, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004, especialmente pp. 195 y 196; PEREIRA NOBRE JÚNIOR, Edilson, *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, pp. 203 y sigs.; CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos, en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2007, págs. 539 y sigs.; CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de buena fe y «*pacta sunt servanda*»”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 823 y sigs.

⁶¹⁹ Interesante resulta cómo se expresaba Héctor MAIRAL, sobre lo que llamaba “algunos defectos de la contratación pública que conspiran contra la transparencia de los procedimientos así como contra la eficiencia de las adquisiciones estatales (...)”, en su artículo “Los defectos de la contratación pública”, en *Revista de Derecho Público*, 2006-1, *Contratistas del Estado. Procedimiento de selección*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, especialmente pp. 175 y sigs., sobre la fase de ejecución contractual,

⁶²⁰ Altamira Gigena, Julio Isidro, o. cit., p. 205.

Asimismo, y al calor de la evolución del régimen jurídico de la concesión administrativa (y de la contratación pública) en las últimas décadas, ha cobrado mayor relevancia el resguardo del principio de igualdad en la adjudicación de la concesión administrativa (igualdad de los oferentes) cuando media el otorgamiento de la concesión mediante un procedimiento licitador que debe respetarse no solo en la etapa de adjudicación de la concesión, sino también durante la ejecución de ésta, para que esa ejecución no se convierta en espacio de vulneración de dicho principio.⁶²¹ Desde hace tiempo, la doctrina ha estado llamando la atención sobre este tema que ha devenido de mucha actualidad,⁶²² y la legislación y la jurisprudencia han ido consagrando soluciones en este sentido. Lo que se ha visto potenciado, como se decía, en los últimos tiempos, al calor del posicionamiento como principios rectores en el ámbito económico de la subsidiariedad, la libertad de empresa y la libre concurrencia.

El objeto de la concesión administrativa actúa también como límite de la *potestas variandi*. Tal como expresara DE LAUBADÈRE, la Administración y su contratante

“(...) *han concluido* un cierto contrato, *que tiene* un cierto objeto; la administración no puede imponer una modificación que conduciría a desnaturalizar el contrato, a darle de hecho un nuevo objeto,

⁶²¹ Ya advertía el maestro Marienhoff, desde el ángulo más amplio de la contratación administrativa, que “(...) Se quiebra, pues, dicha igualdad si, después de adjudicado el contrato, se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario”. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., Tomo III-A, p. 205.

⁶²² En la doctrina argentina, v.gr.: GORDILLO, Agustín, “Capítulo VII. El informalismo y la licitación pública”, en GORDILLO, Agustín, *Después de la Reforma del Estado*, 2^{da} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. VII-7 y sigs.; GAMBIER, Beltrán, “El principio de igualdad...”, ob. cit., pp. 929 y sigs.; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública. Nociones, principios, cuestiones*, 2^{da} edición actualizada y ampliada, LexisNexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, pp. 89 y sigs.; DIEZ, Horacio, “La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del contratante del Estado. La proyección de ese principio durante la etapa de ejecución del contrato”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos, en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2007, pp. 53 y sigs.; IVANEGA, Miriam M., “*Potestas variandi* y principio de igualdad en los contratos administrativos. Referencia a la regulación nacional en la República Argentina”, en AA. VV., *Contratación pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen I, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus D&L Editores S.A.C., Arequipa, 2013, p. 103; COMADIRA, Julio Pablo, “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”, en AA. VV., *Contratación pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen I, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus D&L Editores S.A.C., Arequipa, 2013, pp. 165 y sigs.

diferente de aquel que ha sido considerado en la común intención de las partes;”⁶²³

De ahí que el concedente no puede utilizar la *potestad variandi* para transformar sustancialmente el objeto de la concesión administrativa y dar así lugar a una distinta de la original. Si la *potestas variandi* es una vía para asegurar la buena marcha en cierto segmento del funcionamiento administrativo, su ejercicio debe respetar la individualidad existencial de ese segmento; y no derivar, por ese medio, en atentados contra aquella buena marcha transformando en otro diferente el objeto sobre el que originalmente se constituyó la relación concesional.

Muy a tono con lo anterior, puede convocarse, siempre en el área de los límites de la *potestas variandi*, la bilateralidad del acto concesional, la cual, igualmente, ha de incidir al tiempo de ubicar esos límites. El presupuesto de que la Administración Pública no puede variar unilateralmente la sustancia u objeto de la concesión administrativa, se relaciona con el hecho de que se trastocaría por completo la naturaleza de las obligaciones del concesionario y se crearían otras prestaciones que gravitan en torno a un objeto concesionado sobre el que no manifestó previamente su voluntad de obligarse. Por lo que el concesionario no puede ser compelido a cumplir prestaciones relativas a un objeto concesional sobre el que no consintió.⁶²⁴

Junto a todo lo anterior, debe verse además que el contenido de la *potestas variandi* ha de referirse sólo a modificaciones en el objeto de la concesión administrativa y no directamente a las estipulaciones económicas sobre la base de las cuales el concesionario ejecuta las obligaciones contraídas.⁶²⁵ Esto, claro está, es corolario lógico de entender que el interés en juego para

⁶²³ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 339. En idénticas palabras, Manuel María DIEZ esbozaba: “(...) La Administración y su contratante han concluido un contrato que tiene determinado objeto. La Administración no puede pretender imponer una modificación que llevaría a desnaturalizar el contrato, a darle derecho a un objeto nuevo, diferente de aquel que fue contemplado como de la común intención de las partes. (...)”; ver: DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 317.

⁶²⁴ Roberto DROMI (quien entiende a la concesión administrativa como de naturaleza contractual administrativa) consignaba que: “ Toda modificación de un contrato administrativo debe respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto. Una alteración que no contemplara tales límites daría lugar a la conformación de un contrato diferente, en principio no querido por el contratista.”; ver: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 514; también en DROMI, Roberto, *Licitación pública*, ob. cit., p. 505. Asimismo, entre otros, puede verse: ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. cit., p. 330.

⁶²⁵ Ver, por ejemplo, lo que han enseñado: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 339; RICHER, Laurent y LICHÈRE, François, ob. cit., pp. 264 y 265.

el funcionamiento administrativo en la concesión está directamente conectado con el objeto de ésta, pero indirectamente relacionado con los términos económicos que se trazan para su cumplimiento. Las disposiciones económicas de la concesión administrativa pueden ser cambiadas directamente sólo por la común intención de las partes, pero no por una sola de ellas, aunque sea esta el ente de poder público.

A partir de lo precedentemente dicho, se puede entrar ya en una de las más significativas áreas de limitación al ejercicio de la *potestas variandi*, que no es otra cosa que la de los derechos patrimoniales adquiridos por el concesionario en virtud del nexo concesional

Realmente, este ha sido, quizás, el punto más mirado cuando de implicaciones del ejercicio de la *potestas variandi* se trata; al menos en buena parte de la literatura jurídico-administrativa relativa a estos predios. De hecho, algún autor, ha llegado a concluir, con motivo de la concesión administrativa que:

“El problema efectivo del *ius variandi* es, en definitiva, el de su articulación y coordinación con los derechos del concesionario.”⁶²⁶

Desde el primer momento, la doctrina fue concluyente al entender que las modificaciones en bien de la colectividad que le puede introducir la Administración Pública concedente a la concesión administrativa no pueden traducirse en un desconocimiento de los derechos patrimoniales del concesionario; ni se le puede imponer a éste, sin más, que sufra sacrificios patrimoniales individuales para beneficiar a la colectividad (principio de igualdad ante las cargas públicas).

En su trazado sobre la modificación unilateral de los contratos por la Administración Pública contratante, Gastón JÈZE dejaba escritas líneas en las que no dudaba en fijar:

“(...) una condición esencial: *no se sacrificará el interés privado del contratante*. El derecho de la Administración a hacer prevalecer el interés general sobre el interés privado del contratante, es indiscutible. El interés privado del contratante es *legítimo*; si se lo sacrifica pura y simplemente, el contratante sufrirá, sin compensación, una expropiación de su derecho por causa de utilidad pública. Es contrario a la equidad, al principio fundamental del derecho público moderno: la igualdad de los individuos ante las cargas públicas.

⁶²⁶ MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “Las formas de prestación...”, ob. cit., p. 1255.

Por lo demás, si la Administración pudiese sacrificar pura y simplemente a los contratantes en nombre del interés público, no hallaría quienes quisiesen tratar con ella, o bien debería soportar condiciones muy duras, exigidas en previsión de estos sacrificios.”⁶²⁷

En consecuencia, en el ejercicio de la *potestas variandi* no puede justificarse, así no más, una vulneración o sacrificio de los derechos patrimoniales del concesionario. Si por la *potestas variandi* se afecta el equilibrio financiero o económico interno de la relación concesional (columna vertebral del planteamiento económico que significa la concesión administrativa como fenómeno jurídico) en perjuicio del concesionario, éste queda cubierto por las exigencias de restablecimiento de ese equilibrio; o con la posibilidad de interesar la extinción del vínculo – con los consecuentes efectos indemnizatorios en su favor – cuando sea imposible devolver ese equilibrio a la relación concesional.

De ese modo, frente a las lesiones patrimoniales que sufre el concesionario por el ejercicio de la *potestas variandi*, y que expresan el desequilibrio económico entre las partes a lo interno de la concesión administrativa, operaría la llamada «teoría del equivalente económico o del equilibrio económico». Teoría que no es otra cosa que una solución que provee criterios resarcitorios a favor del contratante perjudicado por tal actuación, con la finalidad de restaurar el balance afectado y continuar con el desenvolvimiento de la relación contractual.⁶²⁸

V.5-) La potestad sancionatoria

En virtud de esta potestad jurídica, la Administración Pública concedente puede adoptar medidas sancionadoras contra el concesionario, por razones de incumplimientos imputables a este último sujetos, de las obligaciones adquiridas por él a raíz del vínculo concesional.

La de sanción es una potestad jurídica correlativa, o un complemento necesario, de la potestad de dirección y control que se le atribuye al concedente sobre la ejecución de la actividad objeto de la concesión administrativa. Ese poder de dirección y control – y especialmente el control – que tiene

⁶²⁷ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 234.

⁶²⁸ Para un desarrollo sobre esa teoría, y solo con fin ilustrativo de trabajos específicos sobre el tema, pueden verse, entre otros: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, ob. cit., en todo; GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, ob. cit., en todo; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico...*, ob. cit., en todo.

el concedente sobre el desarrollo de la concesión administrativa por parte del concesionario, se presenta como un presupuesto necesario para que se pueda llegar, o activar, el ejercicio de la potestad sancionatoria. En toda la dinámica que sigue la Administración Pública concedente en función de garantizar la correcta realización de lo concedido – y la consecución del fin público que involucra –, el ejercicio de esa potestad de dirección y control se muestra como de existencia previa y necesaria al de la potestad sancionadora, pues a través del primero se ubicará o identificará el presupuesto de hecho (la apreciación del incumplimiento en que incurre el concesionario) a partir del cual puede echarse a andar el ejercicio del poder de sanción del concedente. A su vez, la existencia y operatividad de esa potestad sancionatoria resulta un elemento importante que le imprime vitalidad y eficacia jurídica a los poderes de dirección y control del concedente, pues los reviste de un respaldo efectivo, necesario, para que no se conviertan en un mero proceder formal sin trascendencia real y efectiva alguna sobre la vida del vínculo concesional y sobre la situación del concesionario en el interior de ese nexo.

La presencia de la potestad sancionadora dentro del contenido del vínculo concesional se dirige hacia la finalidad de servir de respaldo o de asegurar el mantenimiento de la continuidad y correcta ejecución de la actividad objeto de la concesión administrativa – aspecto éste que alcanza su mayor visibilidad en lo que al servicio público respecta –, pues del adecuado sostenimiento de esa continuidad y, en suma, del correcto desenvolvimiento de la actividad concedida, dependerá la satisfacción del aludido interés.

De tal suerte, entonces, que la potestad sancionatoria del concedente se nos presenta, en la concesión administrativa, como un mecanismo que se pone a la disposición de la Administración Pública para que esta pueda asegurar por sí misma que el concesionario cumpla con sus obligaciones concesionales, según los criterios previstos positivamente y en la letra del acto; así como para que la entidad administrativa pueda hacer frente y contrarrestar, de manera inmediata, las posibles consecuencias desfavorables que puede acarrear para la colectividad una ejecución defectuosa de la concesión administrativa por parte del concesionario. A través de esa potestad sancionatoria se le proporciona a la Administración Pública concedente un medio de reacción directo y rápido, que permita dar – en principio – una solución efectiva, eficaz, a esa situación de amenaza al interés público, salvando de inicio los inconvenientes que pudieran presentar, para el interés público, las dilaciones de un proceso judicial al efecto.

En igual sentido, tal potestad de sanción se erige en un mecanismo que, desde el interior de la concesión administrativa, tiende a garantizar que el concesionario observe el principio de la buena fe que informa todo el desenvolvimiento de una relación jurídica; especialmente aquella en la que están implicadas obligaciones consensuadas.

La potestad del concedente que nos ocupa, es, en suma, un respaldo conferido por el Derecho, en función de la eficacia jurídica de la relación concesional y de su realización como vínculo jurídico; con la perspectiva de actuar directamente sobre una de las partes obligadas (el concesionario) a los fines de garantizar que dicha parte cumpla con las obligaciones asumidas.

Es menester añadir que la presencia del poder sancionador en manos del concedente, está también conectado estrechamente con la situación de responsabilidad que tiene este sujeto con la ejecución de la concesión. Recuérdese que, con independencia de la transferencia de la gestión, la Administración Pública concedente continúa siendo la titular del objeto sobre el que recae la concesión y su realización sigue siendo su responsabilidad. Por ende, esta potestad coercitiva es, asimismo, un elemento que involucra directamente a la Administración Pública con su ejecución, de la que no se puede desligar porque es, ante todo, responsabilidad suya su correcto desenvolvimiento según lo exige el interés público; así como que la colectividad reciba las prestaciones y beneficios que se derivan de la realización de lo concedido de acuerdo con lo predeterminado.

Apoyándonos en el esquema general de funcionalidad de la concesión administrativa, podemos percatarnos que los principales efectos y beneficios de la actividad que realiza el concesionario al amparo de ese acto, se proyectarán y serán recibidos especialmente por los miembros de la colectividad beneficiarios de esa actividad (usuarios, beneficiarios en general). Reflejándose así, en consecuencia, en la marcha funcional de esa colectividad, que le permite su existencia y subsistencia como tal.

Desde esa perspectiva, podrá visualizarse con claridad que las consecuencias perjudiciales que le puede provocar a la comunidad, y al interés público, la ejecución defectuosa de una concesión administrativa, derivada del hecho que el concesionario no haya observado adecuadamente sus obligaciones, se manifestarán primaria y básicamente hacia la dinámica funcional de esa colectividad – en la que se ha incorporado como parte necesaria dentro de su engranaje y en su ritmo funcionales la actividad gestionada en concesión –, repercutiendo en ella de manera negativa, y no hacia la situación patrimonial de la Administración Pública como contraparte del concesionario en el nexo concesional.

Por lo tanto, la forma por excelencia que tiene la colectividad para rechazar o superar esas consecuencias desfavorables es restaurando el ritmo de su mecánica funcional que se ha alterado. Lo cual sólo es posible lograr de modo coherente y consecuente con través del mantenimiento adecuado de la ejecución de la actividad objeto de concesión.

De ello se deriva entonces que el principio funcional cardinal que inspira todo el régimen sancionador del concesionario es el de asegurar la continuidad y regularidad en la realización de la actividad concedida, por vía pacífica o de manera forzosa; pues es proveyendo dicha actividad, de ese modo continuo y regular, la forma primaria y esencial para satisfacer las necesidades públicas que determinan una concesión administrativa.⁶²⁹

Esa situación objetiva que se muestra en la concesión administrativa, propicia algunos puntos a considerar para una comprensión cabal y precisa de la potestad sancionatoria del concedente y de las actuaciones que se derivan de su ejecución.

La necesidad de asegurar la ejecución continua y regular de la actividad dada en concesión, ha consolidado la premisa⁶³⁰ – a diferencia de lo que acontece con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la contratación civil⁶³¹ – que el sistema de sanciones a imponer al concesionario – y

⁶²⁹ Gastón JÈZE recogía sobre esta perspectiva en la concesión de servicio público: “(...) Generalmente no es la *Administración* concedente quien sufre daño; son los usuarios del servicio quienes lo experimentan. Lo que importa, sobre todo, es que el público reciba, sin interrupción, en forma continua y regular, todas las prestaciones que la organización del servicio público está destinada a procurarle. A los usuarios no les interesa que la Administración reciba del concesionario una suma de dinero por elevada que sea. Lo que los usuarios quieren, lo que ellos tienen derecho a exigir a la Administración concedente y al empresario concesionario, es que el servicio público funcione en las mismas condiciones en que se ha organizado. Una vez que el concesionario firma el contrato de concesión, asume el compromiso formal de dar satisfacción al público haciendo funcionar el servicio en las condiciones enumeradas en el pliego de condiciones. (...). Investido, muy a menudo, de un monopolio, debe esperarse que cualquier falta de su parte se repare, *inmediatamente*, en interés de los usuarios que, por lo general, no pueden procurarse en otra forma la prestación prometida.” JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 23.

⁶³⁰ Entre otros, ver a: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 8 y sigs.; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 347; BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 754; DE COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., pp. 107 y sigs.; RIVERO, Jean ob. cit., pág. 137; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., p. 64; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 586; BERÇCAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 273; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 313.

⁶³¹ Nuestro imprescindible Antonio DÍAZ PAIRÓ escribía en su clásico texto sobre el Derecho de Obligaciones, que data de la primera mitad del siglo XX, desde una visión *iusprivatista*,

en general al contratante de la Administración Pública en los contratos administrativos – no está encaminado específicamente a reparar el menoscabo patrimonial que sus incumplimientos ocasionaron a su contraparte en la relación, a través del resarcimiento por los daños y perjuicios provocados o de una prestación equivalente (ejecución por equivalente).⁶³² Es decir, que no está dirigido solo a proteger la situación económica del concedente, y su interés propio, por las afectaciones de los incumplimientos del concesionario. Aquí no se trata sólo de hacer frente a los efectos económicos perjudiciales del incumplimiento del concesionario y respaldar el interés patrimonial de la contraparte afectada en su satisfacción mediante una vía equivalente, y con eso diferente, a la forma normal – que sería suministrar la prestación debida en las condiciones previstas -. Pues ello no sería suficiente a los fines de garantizar el interés público involucrado en la concesión administrativa. De ahí que el fin compensador de ese régimen de sanción queda en un plano secundario.

Un argumento que hay que tener en cuenta para llegar a una afirmación como la anterior, es la dinámica propia de los intereses en juego en una concesión administrativa y la dimensión de las consecuencias que pueden generar los incumplimientos del concesionario, en contraste con lo que en ese mismo sentido se manifiesta en el orden de la contratación civil. En este último campo es perfectamente posible individualizar y determinar las

en relación con el incumplimiento de las obligaciones: “So pena de dejar el vínculo desprovisto de eficacia jurídica, el Derecho no puede cruzarse de brazos ante la falta de cumplimiento por el deudor y tiene que adoptar disposiciones tendientes a asegurar la realización de la prestación debida o, por lo menos, la colaboración del acreedor en una posición económica equivalente a la que gozaría si el deudor hubiera cumplido su deber jurídico. En efecto, todas las legislaciones ante tal contingencia conceden al acreedor el derecho de pedir a los órganos judiciales y de conseguir mediante ellos el cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación, la realización de ésta a pesar de la inercia o mala voluntad del deudor, y cuando ello no pueda lograrse, por la naturaleza de las cosas o por consideraciones de orden político-social, que se realicen bienes del deudor para entregar al acreedor, con el producto obtenido de ellos, una cantidad equivalente económicamente al valor que para dicho acreedor tenía el exacto cumplimiento de la obligación (condena de daños y perjuicios).” DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Reimpresión, s/e, México, D.F., 1997, p. 198.

⁶³² Precisaba Antonio DÍAZ PAIRÓ: “La función de la prestación del equivalente o de los daños y perjuicios es colocar al acreedor en la misma posición económica en que se encontraría si la obligación se hubiera cumplido exacta y puntualmente, de forma que su contenido estará representado por la diferencia entre la ascendencia del patrimonio actual y la ascendencia que tendría si la obligación se hubiera cumplido plena y puntualmente. (...)”. DÍAZ PAIRÓ, Antonio, ob. cit., pp. 204 y 205.

consecuencias perjudiciales que el incumplimiento del obligado genera para su contraparte, establecer su alcance real, así como valorarlas económicamente y precisar un resultado final de esa valoración, pues esas consecuencias dañosas involucran y se refieren sólo a un interés individual o a varios de ellos factibles de individualizarse. Además, en última instancia, lo que le importa a la parte afectada por el incumplimiento del obligado es que se le satisfaga el interés patrimonial que le llevó a enrolarse en la relación contractual. Por lo que si eso no puede lograrse por la vía normal, es posible aceptar una vía alternativa (anormal) con la que se dé respuesta al interés del afectado, incluida la extinción de la relación.

Por su parte, en la concesión administrativa son los beneficiarios de la actividad concedida, y en última instancia la comunidad, los que reciben de modo más directo las consecuencias dañosas del incumplimiento del concesionario; consecuencias que no sólo tienen un efecto perjudicial en la económico, sino que, por las implicaciones de toda concesión administrativa – con mayor envergadura en la de servicio público –, los ecos dañosos de ese incumplimiento se reflejarán, además, en lo general, en planos más allá del económico interpartes de la concesión. En verdad, esas consecuencias negativas, al trascender en diversos ámbitos de la vida de la comunidad, son muy difíciles de evaluar y de precisar en su costo, no sólo económico, sino también social en general. Cuestión esta última donde la valoración económica no es un indicador fiel para medir tales consecuencias, ni para expresar su real alcance, ni dichas consecuencias pueden ser restauradas por medio de una mera satisfacción pecuniaria.⁶³³

Es por ello que un criterio básicamente resarcitorio que anime el régimen de sanciones a imponer a un concesionario por violaciones de sus obligaciones, sería insuficiente, *per se*, para garantizar el interés público que determina el nacimiento de la relación concesional. Objetivamente, aportaría muy poco a la finalidad de asegurar la correcta ejecución de la actividad objeto de la concesión administrativa.

La idea rectora y la exigencia básica de fondo en el perímetro del vínculo concesional en lo referente a la sanción de los incumplimientos del concesionario, no es la de que si él no puede proveer la prestación debida, se

⁶³³ Con provecho puede verse, entre otros, lo que al respecto explicaron: BOSC, André, “De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marches de fournitures”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Tome trente-huitième, XXVIII^e année, M. Giard & E. Brière, Paris, 1921, p. 221; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 339 y 340; BERÇATIZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 273; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 59.

admira la posibilidad de que satisfaga al afectado con una indemnización por daños y perjuicios o se le imponga una prestación económicamente equivalente. Simplemente, porque ninguna de esas últimas soluciones significan, o se traducen, en la práctica, en una correcta realización de lo concedido; que es lo que requiere en todo momento, y en definitiva, el interés de la colectividad beneficiaria de la concesión. La idea rectora y exigencia básica en relación con el régimen de sanciones a imponer al concesionario, es la de que si éste no provee la prestación debida, entonces, en principio, se debe proveer de manera forzosa esa prestación.

Siguiendo el razonamiento de JÈZE, y utilizando sus palabras, *mutatis mutandis*, podemos decir al respecto que no basta que se otorguen daños e intereses a la Administración Pública, ni que se extinga el vínculo concesional. Lo que importa al público no es que se ingrese una suma de dinero en las cajas públicas o que se excluya al concesionario de la concesión, lo que interesa es que no se interrumpa ni reduzca la ejecución de la actividad concedida y que ésta funcione regularmente y de forma continua.⁶³⁴

Para una parte de los estudiosos no ha pasado inadvertido que en la existencia y ejercicio de la potestad sancionatoria del concedente hay un ángulo que puede interpretarse como penalizador o coercitivo, es decir, que las sanciones a imponer al concesionario pueden ser consideradas, desde ese ángulo como penas o medidas de coerción.⁶³⁵ Habida cuenta que sobre el concesionario – sobre su patrimonio -, es sobre quien recaen las consecuencias onerosas o pecuniarias que se derivan de la aplicación de las sanciones a imponer y que tales consecuencias pueden generar un menoscabo patrimonial para él.

Sin embargo, por el juego de intereses que se integran en una concesión administrativa, por el ámbito de relaciones donde opera el régimen de sanciones a aplicar al concesionario, por el fundamento esencial objetivo al que responde ese sistema de sanciones y por los efectos específicos que el mismo genera, se ha observado que el ejercicio por el concedente de esa potestad sancionadora y las sanciones que de él se derivan, no llevan una vocación primaria y esencialmente punitiva, represiva, de castigar o de imponer un sacrificio al concesionario.⁶³⁶

⁶³⁴ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 8.

⁶³⁵ Ver, por ejemplo: PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 346 y 347; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, ob. cit., p. 90; y ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 588.

⁶³⁶ Al respecto, entre otros, puede verse lo señalado por: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 23; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 321 y 347 y 348.; DE LAUBADÈRE,

La dimensión punitiva o represiva en absoluto, que pudiera tener ese complejo sancionador, pierde sustancia y espacio protagónico real dentro del sistema de sanciones que se le aplica al concesionario y en su operatividad, ante el hecho que se orienta, esencialmente, a garantizar la continuidad y regularidad de la actividad sobre la que recae la concesión administrativa y ante la consideración del concesionario como un colaborador de la Administración Pública en virtud del nexo concesional. Ambas perspectivas determinan que no se le deben imponer sacrificios al concesionario que no estén objetivamente justificados por las exigencias que revela el aseguramiento de las mencionadas continuidad y regularidad, y por los requerimientos de la defensa del interés público. Así como que deben imponerse tales sanciones sólo en la medida en que lo requieran las necesidades de ese aseguramiento y de la salvaguarda del bien común.⁶³⁷

Ya se ha anotado que las sanciones que la Administración Pública concedente puede imponer al concesionario en razón del ejercicio de la potestad sancionadora, deben orientarse a conseguir su finalidad existencial mediante la generación de dos tipos de efectos diversos: un efecto preventivo y un efecto curativo – según la terminología empleada por autores franceses,⁶³⁸

André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 134; BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 754; DE LAUBADÈRE, André/ VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome I, ob. cit., p. 822. Además, ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, ob. cit., p. 90; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 588; y PAREJA, Carlos H., ob. cit., pp. 415 y 416.

⁶³⁷ Un ejemplo de ese planteamiento podemos cifrarlo en las siguientes palabras del español Luis COSCULLUELA MONTANER: “Igual facultad tiene la Administración en relación con la demora en el cumplimiento de los plazos parciales de ejecución, siempre que así se previera en el contrato o cuando se presuma razonablemente que ello incidirá en el cumplimiento del plazo final. En estos casos la penalidad tiene por finalidad el estimular una mayor diligencia del empresario, por lo que puede preverse la devolución de estas sanciones en el caso de que finalmente el contratista logre cumplir en plazo el contrato. (...)”. COSCULLUELA MONTANER, Luis, ob. cit., p. 414.

⁶³⁸ Para Gastón JÈZE (*Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 7 y 8): “Un sistema de sanciones enérgicas tendrá un doble efecto:

1°) *un efecto preventivo*: se previene al cocontratante, dado el rigor de la sanción eventual, que resulta peligroso para él mostrarse negligente en el cumplimiento de sus obligaciones; 2°) *un efecto curativo*. Si el efecto preventivo no se ha producido, es indispensable que la sanción sea tal que permita a la Administración *asegurar, sin interrupción, sin contratiempos, el funcionamiento del servicio público interesado*.”

En ese orden de ideas, ver además, entre otros, a: PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 347; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 132; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, ob. cit., p. 90; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 588.

básicamente -. De tal suerte, entonces, que ese régimen sancionador se dirige a actuar en dos ámbitos diferentes: en el subjetivo y en el objetivo. El uno relativo a los efectos preventivos y el otro a las denominadas consecuencias curativas.

El primero de esos efectos se basa en la coerción, prevención o disuasión. Consiste en evitar que el concesionario llegue a cometer violaciones de sus obligaciones concesionales, compulsándolo a que se conduzca, en su relación con el concedente, de la manera prevista con anterioridad.

El segundo de esos efectos trasciende el perímetro de la intensión meramente coercitiva, para manifestarse en un plano objetivo y con una orientación más bien coactiva. Aquí estamos hablando de que el ejercicio del poder sancionador y el conjunto de sanciones a imponer en sus diferentes grados, debe dar solución a la situación perjudicial que haya originado el incumplimiento del concesionario en lo atinente a la buena marcha de la actividad concedida, garantizando la restauración de su realización continua y regular según la afectación recibida y sobre la base de los criterios fijados al efecto; y, de ese modo, contrarrestar las consecuencias negativas que la falta del concesionario a sus obligaciones haya podido generar en el desarrollo de la referida actividad y, por esa vía, en las necesidades colectivas que se satisfacen mediante la concesión.

No existe un criterio apriorístico que pueda señalar en abstracto, para todo caso de concesión administrativa, de manera inamovible y mucho menos con vocación de agotar taxativamente los supuestos de hecho que puedan configurarse, cuáles son los incumplimientos en que puede incurrir un concesionario y que darán motivo a la aplicación por el concedente de la potestad sancionatoria. Ello sólo es posible apreciarlo en su real dimensión y alcance a partir de una concesión en concreto. En última instancia, será el criterio del normador, así como el de los sujetos del acto en cuestión, atendiendo a las características que rodean a la actividad concedida de que se trate, y a las exigencias que la misma impone, el que determinará cuáles son esos incumplimientos en el perímetro de una relación concesional dada.

Aunque, como suele suceder de ordinario a nivel normativo, es perfectamente dable la construcción de tipos de falta a las obligaciones en las que puede incurrir el concesionario, y preverlos a ese nivel con alcance más global y de aplicación a las concesiones que caen bajo la tutela de tales normas. Sin perjuicio de otras violaciones del concesionario a sus obligaciones que se tipifiquen en el acto en concreto sobre la base de la común aceptación entre las partes intervinientes; pues tales tipos genéricos, por referirse a aspectos que afectan las líneas esenciales del funcionamiento general de

la relación concesional, pueden resultar de común manifestación en toda concesión administrativa y, por ello, de aplicación común a las diversas concesiones administrativas que son alcanzadas por la regulación normativa de que se trate.

Para la procedencia válida y efectiva del ejercicio de la potestad sancionatoria del concedente, es menester la concurrencia de ciertos requisitos o presupuestos de orden necesario. Lo que significa, de antemano, que no todo supuesto de hecho en el que esté presente un incumplimiento del concesionario dará lugar a la imposición de una sanción por parte del concedente, mediante el uso del poder sancionador. Es decir, que no en toda situación en la que se desemboque en una violación del concesionario a la observancia de sus obligaciones concesionales, la Administración Pública concedente estará justificada o habilitada para descargar sobre el primero alguna medida de carácter sancionador a raíz de ese comportamiento infractor.

Este planteamiento puede someterse también a lectura en el sentido de que es posible asumir válidamente que existen determinadas circunstancias en las cuales, a pesar de que se generan incumplimientos del concesionario, este sujeto queda a salvo del ejercicio de la potestad sancionadora y, por esa vía, de la imposición de una sanción. Frente a esas situaciones aludidas, el concesionario resulta eximido de una sanción, pues, por las peculiaridades que en ellas concurren, no se manifiesta una causa jurídica que ampare o fundamente la validez de la ejecución de una acción de ese tipo en estas circunstancias.

El presupuesto de hecho fundamental y característico que determina la procedencia del ejercicio de la potestad sancionadora del concedente, se configura a partir de un incumplimiento obligacional del concesionario que resulta de un comportamiento doloso⁶³⁹ o culposo⁶⁴⁰ (negligente, culpa

⁶³⁹ Precisaba DÍAZ PAIRÓ sobre el dolo: "(...) hay que entender que existe cuando el deudor incumple su obligación voluntaria y consciente, esto es, cuando no realiza la prestación de modo voluntario y a sabiendas de que con ello violó el derecho de crédito." Y más adelante agregaba: "A mi juicio, (...), para que haya dolo no es necesario que el deudor haya tenido intención de perjudicar, aunque esto ocurra frecuentemente (...) se contraponen el deudor de buena fe y el deudor por dolo, resultando así que este último es el deudor de mala fe, y que para la existencia de ésta no hace falta la intención de perjudicar o dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente. Esa voluntariedad y conciencia tornan doloso el incumplimiento, aunque como es posible el deudor no haya tenido intención de perjudicar o de dañar al acreedor, contando, lo que no es raro, con que sobrevengan hechos que le permitan satisfacer más tarde su obligación." DÍAZ PAIRÓ, Antonio, ob. cit., p. 148.

⁶⁴⁰ Para DÍAZ PAIRÓ: "Cuando el incumplimiento de la obligación se produce, no porque el deudor conscientemente quiso dejar de cumplir, sino por descuido, negligencia e

strictu sensu) de su parte y que repercute negativamente en la realización regular y continua de la actividad concedida y, en general, en el adecuado desempeño de esa actividad. Estamos refiriéndonos, pues, a que la falta en la que incurra el concesionario debe serle imputable. De esa manera, para que opere el ejercicio del poder sancionador del concedente sobre su contraparte en la relación concesional, debe darse una relación de dependencia entre la causa del incumplimiento y la voluntad del sujeto infractor (el concesionario), en el orden de que el incumplimiento sancionable debe tener su causa en la voluntad del concesionario como obligado.

De lo expuesto puede derivarse que para la aplicación al concesionario de una medida sancionadora, como resultado del ejercicio de la potestad sancionadora del concedente, deben concurrir en el presupuesto fáctico que justifique esa actuación cuatro requisitos básicos. De ellos, dos requisitos de índole objetiva: a) que se haya producido un incumplimiento del concesionario a las obligaciones asumidas en la concesión administrativa, b) que haya una afectación negativa al desarrollo regular y continuo de la actividad sobre la que recae la concesión administrativa, y, en general, al adecuado desempeño de la concesión. Un requisito de índole subjetiva: c) la incidencia de la voluntad del concesionario en el incumplimiento. Y una relación de causalidad: d) donde la voluntad del concesionario sea la causa de incidencia que determine el incumplimiento de ese sujeto y, a su vez, que dicho incumplimiento sea la causa fundamental que determine que se haya visto afectado perjudicialmente el desenvolvimiento de la concesión administrativa según, los criterios preestablecidos al efecto.

La presencia de tales requerimientos, como exigencia de fondo para que pueda ampararse válidamente la aplicación de la potestad sancionatoria del concedente, es una señal que nos mueve a apreciar que la realización de tal potestad jurídica tiene su centro de activación en una situación de hecho generada desde el interior mismo de la relación concesional, pues, como situación, se ubica en, y a partir de, uno de las componentes del elemento subjetivo del nexo en cuestión: el concesionario y su voluntad; y se refiere al comportamiento de dicha parte dentro de los marcos de actuación que se originan a raíz del establecimiento de la concesión administrativa. De ahí que pueda sostenerse que el evento que condiciona el incumplimiento del concesionario, y de esa forma, la falta que determina el ejercicio de la potestad sancionatoria del concedente, no sobreviene a la relación desde el exterior de su perímetro, sino que «brota» de ella.

impericia, se cae en el terreno de la culpa. Esta existe, pues, cuando no se presta la diligencia debida para cumplir la obligación.” DÍAZ PAIRÓ, Antonio, ob. cit., pp. 148 y 149.

Lo que marca, a su vez, un elemento insoslayable a la hora de establecer la procedencia del régimen sancionador aplicable al concesionario en la concesión administrativa, y de caracterizarlo, pues para su ejecución no bastaría sólo con que se haya puesto en peligro la regularidad y continuidad de la actividad concedida (lo que haría que tal procedencia – y la responsabilidad que en ese caso – se constituyera con un carácter esencialmente objetivo), sino que se requiere, además, la consideración del grado de participación de la voluntad del concesionario en la comisión de la violación obligacional sancionable (lo que hace, entonces, que la procedencia de ese régimen sancionador – y la responsabilidad involucrada – adquieran un carácter subjetivo).

Por lo tanto, no operará el ejercicio del poder sancionador del concedente cuando la falta cometida por el concesionario no le sea imputable como parte de la relación. Estamos hablando de sus incumplimientos cuando son consecuencia de eventos externos a su voluntad, imprevistos e imprevisibles, y que sobrevienen en el desenvolvimiento de la concesión administrativa con un grado de incidencia tal, que provoquen que dicho sujeto – luego de intentar garantizar diligentemente el adecuado cumplimiento, en los marcos de exigencia que impone la concesión administrativa – se vea imposibilitado de observar, o de cumplir adecuadamente, sus obligaciones en el vínculo en cuestión.⁶⁴¹

Esos eventos devienen, por tanto, en situaciones que excusan la no imposición de medidas sancionadoras al concesionario y ponen a salvo a dicho sujeto del ejercicio de la potestad sancionadora del concedente. Las aludidas circunstancias eximentes configurarían, principalmente, supuestos de fuerza mayor, de *fait du prince*, de faltas o incumplimientos de la Administración Pública en la realización de actuaciones que constituyen presupuestos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, o causas de extinción del vínculo concesional por la pérdida de alguno de los presupuestos objetivos o subjetivos que se requieren necesariamente para sostener la vigencia de dicha relación. Por lo que darán lugar, entonces, a la aplicación del régimen jurídico propio de tales supuestos, el cual es diferente al que implica la potestad sancionatoria del concedente.

Los tipos de sanciones que pueden derivarse del ejercicio de la potestad sancionatoria del concedente,⁶⁴² son de índole diversa atendiendo a su confi-

⁶⁴¹ Ver lo que enseñaba PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 328 y 329.

⁶⁴² El francés Francis-Paul BENOIT le llamó a estos medios en manos de la Administración Pública como “(...) armas temibles contra su cocontratante que no cumple (...)”. BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 753.

guración objetiva, a las consecuencias particulares que generan para el concesionario y para el desenvolvimiento del vínculo concesional, y al grado de intensidad o severidad que implican como respuesta al comportamiento infractor del concesionario.

Como expresiones más comunes – o principales – de las sanciones que pueden imponerse a un concesionario en virtud de la potestad sancionatoria de la Administración Pública concedente, podemos referir las siguientes: la pérdida de garantías patrimoniales (fianzas) que el concesionario deba establecer; la pérdida de beneficios de carácter patrimonial que estuvieran establecidos en favor del concesionario como parte del contenido de la concesión (especialmente subvenciones y garantías de intereses); la pérdida de privilegios (monopolio, exclusividad, cláusula de preferencia) que se le atribuyen al concesionario; el pago de multas; la sustitución temporal del concesionario (secuestro); y la ruptura anticipada del vínculo concesional (caducidad).

Desde la doctrina administrativa francesa se ha desarrollado una clasificación de las sanciones administrativas que se le pueden imponer al contratante de la Administración Pública, con motivo del incumplimiento de sus obligaciones contractuales administrativas,⁶⁴³ que ha tenido eco en autores de otros países;⁶⁴⁴ y que pensamos que es oportuno reflejar aquí, aplicándola específicamente a la concesión administrativa, habida cuenta que quienes asumen estos planteamientos consideran a la institución concesional como un tipo de contrato administrativo o con cierta vis contractual administrativa.

Según esa tipología genérica, las sanciones que la Administración Pública concedente puede imponer al concesionario en virtud del ejercicio de su potestad sancionatoria, se dividen en tres grupos básicos: las sanciones

⁶⁴³ Ver, entre otros, a: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 34 y sigs.; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 336 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., pp. 144 y sigs.; COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., pp. 111 y sigs.; VEDEL, Georges, ob. cit., p. 713; DE LAUBADÈRE, André/ VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves, *Traité...*, Tome I, ob. cit., pp. 824 y 825; RIVERO, Jean ob. cit., pp. 138 y 139; MOREAU, Jacques, ob. cit., pp. 290 y 291; BOURJOL, Maurice, ob. cit., p. 258; ROUGEVIN-BAVILLE, Michel/ DENOIX DE SAINT MARC, Renaud y LABETUELLE, Daniel, *Leçons de droit administratif*, Éditions Hachette, Paris, 1989, p. 202; MOREAU, Jacques, ob. cit., pp. 290 y 291; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 440 y 441.

⁶⁴⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, pp. 58 y sigs.; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 587 y sigs.; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 517 y sigs.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Ejecución de los contratos de la Administración", en FARRANDO, Ismael (h) – MARTÍNEZ, Patricia R. (Directores) y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión de la 1^{era} edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 326 y sigs.

pecuniarias, las sanciones coercitivas – sustitutivas o subrogatorias – y la sanciones resolutorias (rescisorias) - o revocatorias, añadimos nosotros, de acuerdo con la forma extintiva que opere según se asuma la naturaleza jurídica de la concesión administrativa -.

Esta clasificación se realiza atendiendo esencialmente al objeto de las sanciones y a la finalidad y efectos particulares que tienen. Como patrón de agrupación, no sólo permite llamar la atención sobre los aspectos comunes que pueden tener tales medidas en lo relativo al objeto y las consecuencias jurídicas que encierran, sino que de él resulta también la posibilidad de apreciar, en un plano de generalidad, una cierta gradación de ellas en relación con el nivel de severidad o gravedad que traen aparejado. De tal suerte, entonces, que la consideración de esas sanciones, en pecuniarias, coercitiva y resolutoria o revocatoria, deviene, igualmente, en un espacio donde quedan al descubierto los niveles básicos de severidad que involucran las medias sancionadoras de aplicación más característica, común o típica, ante los incumplimientos del concesionario; y en los que, dentro de esos niveles, las sanciones pecuniarias representan las de grado menos severo y la sanción resolutoria o revocatoria significa la de mayor gravedad.

A-) Especial referencia a las sanciones pecuniarias en el marco de la potestad sancionatoria

En el planteamiento más típico de procedencia francesa, las *sanciones pecuniarias* son aquellas cuyo objeto básico es el de imponerle al concesionario – contratante, en la contratación administrativa – incumplidor el pago a la Administración Pública concedente de una prestación pecuniaria en calidad de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (*dommages-intérêts*, daños-intereses) o de penalidad (*pénalités*, *pénalités contractuelles*, *pénalités conventionnelles*, cláusula penal o multa).

Por nuestra parte, pensamos, además, que es posible extender el radio de alcance objetivo de este subgrupo clasificador de las sanciones que el concedente puede aplicar al concesionario, para cubrir, bajo la misma denominación de *sanciones pecuniarias*, otros supuestos de medidas sancionadoras que, igualmente, pueden integrar ese género conjuntamente con aquellas, pues tienen en común con las anteriores el hecho que su contenido esencial y su efecto principal sobre la situación del concesionario y sobre el vínculo concesional son de carácter pecuniario. Tanto el resarcimiento por daños y perjuicios como las *pénalités* o multas, constituyen los modos típicos de ser de aquellas sanciones que implican para el concesionario la ejecución de un desplazamiento patrimonial – pecuniario – a favor de la Administración

Pública concedente por ese concepto; y son, asimismo, las sanciones de este orden con una manifestación habitual en la concesión administrativa de contenido estándar.

Sin embargo, la gama total de las posibles sanciones de objetos y consecuencias meramente pecuniarias que pueden derivarse del ejercicio de la potestad sancionatoria del concedente, no queda agotada en esos modos, ni se circunscriben siempre a un efecto de obligación positiva, en el sentido de generar para el concesionario sancionado una obligación de dar.

Ciertamente, también podemos contar, dentro de las sanciones de corte esencialmente pecuniario que pueden resultar de la ejecución del poder sancionador del concedente, aquellos casos en que el objeto y consecuencias principales de tales sanciones no es imponer al concesionario un desplazamiento patrimonial como el que involucran el pago por daños y perjuicios y las multas, sino que se distinguen de éstos en que en ellos se dispone que el concesionario no reciba de la Administración Pública concedente una prestación pecuniaria debida que debe realizar este último sujeto a su favor, como parte de lo preestablecido en la letra de la concesión o en la normativa que la regula y por la cual recibía el concesionario un beneficio patrimonial en razón del desenvolvimiento de lo concedido – nos referimos específicamente a la pérdida de la subvención si la misma se dispone. Estamos hablando en este caso de una sanción que comportaría para el concesionario una suspensión o pérdida del derecho de recibir de la Administración Pública concedente, como parte del contenido de la relación concesional, una prestación pecuniaria de la cual se deriva para él un beneficio patrimonial.

Sobre la base de lo dicho en el párrafo anterior, creemos que es posible reconducir la idea que quedaría cubierta bajo la denominación de *sanciones pecuniarias* – en contraste con la que inicialmente apuntamos -. Señalar, entonces, que, para nosotros, *las sanciones pecuniarias* que la Administración Pública concedente puede imponer al concesionario en el ejercicio de su potestad sancionatoria, serán aquellas sanciones que consistirán en el pago de una prestación pecuniaria o la suspensión o pérdida – temporal o definitiva – del derecho a percibir de la Administración Pública concedente una prestación pecuniaria con la cual se beneficiaba esa parte en virtud de la realización de la concesión administrativa.

a-) La indemnización por daños y perjuicios como sanción

Dentro de las sanciones pecuniarias, la *indemnización por daños y perjuicios* constituye la expresión básica de los modos de exigencia de responsabilidad contractual en caso de faltar el concesionario al cumplimiento de

sus obligaciones. Resulta una aplicación en este campo particular – y en el contractual administrativo – de la teoría de la indemnización por daños y perjuicios desarrollada en el terreno civilista. Pero modulada en relación con esta última por las peculiaridades que, en lo administrativo, le imprimen la dinámica fáctica que encierra el nexo concesional, así como por la función que cumple el régimen sancionador a imponer al concesionario por la Administración Pública concedente, como derivación de su potestad sancionadora dentro de ese vínculo jurídico administrativo, y por el fundamento existencial de ese poder sancionador y de las sanciones mismas que pueden resultar de su ejercicio.

El resarcimiento por daños y perjuicios implica para el concesionario el pago a la parte afectada de una prestación pecuniaria, representativa de la evaluación económica de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento obligacional del primero dentro de la concesión administrativa y que tiende a la reparación económica de las consecuencias dañosas y perjudiciales que genera la falta cometida.

La indemnización por daños y perjuicios es una vía de cumplimiento anormal de la obligación del concesionario. Si bien las características propias que concurren en la concesión administrativa no hacen de ella un medio alternativo adecuado para dar satisfacción, compensación o cumplimiento, al interés del afectado como sí puede ocurrir en el ámbito civil.

Esa indemnización deviene en la figura básica dentro de los mecanismos de exigencia de responsabilidad contractual – tipo de responsabilidad que opera en caso de que el concesionario incumpla dolosa o culposamente sus obligaciones adquiridas a raíz del vínculo jurídico-administrativo que nos ocupa -, pues es la respuesta mínima que el Derecho puede amparar para proteger – sin dudas rige en ello la equidad - la eficacia jurídica de la relación en cuestión y del interés (económico) de la parte afectada en ella, frente a los incumplimientos dolosos y culposos del sujeto infractor. Por tal motivo, unido a los efectos – patrimoniales – que la imposición de ese resarcimiento genera para el sancionado, en relación con otras posibles medidas sancionadoras – efectos que no son otra cosa que resultado y expresión de ese grado o cualidad mínima como respuesta jurídica -, la indemnización por daños y perjuicios es la sanción mínima o de menor severidad dentro de las que figuran en el concierto de sanciones que la Administración Pública concedente puede imponer al concesionario en virtud del ejercicio de su potestad sancionatoria.

Su procedencia como sanción a aplicar estará condicionada a la concurrencia de un elemento objetivo: la producción efectiva o real de daños

y perjuicios como consecuencia del incumplimiento del concesionario. Lo que significa, en sentido contrario, que si de la infracción del concesionario no se derivan perjuicios, entonces éste no puede ser condenado a resarcir los mismos. Ese postulado es consecuente con la función reparadora que cumple este tipo de indemnización.

La posibilidad de obtener la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la inobservancia de una obligación adquirida al amparo de una relación jurídica específica, es hoy reconocida pacíficamente como un principio de aplicación común (un principio general de Derecho) en materia de responsabilidad contractual – de operatividad tanto en el Derecho Privado, como en el Derecho Público -. Por lo que la presencia de dicha posibilidad trasciende, de ordinario, más allá del reconocimiento en el área estrecha de la letra de actos jurídicos concretos generadores de relaciones obligacionales – como sería en nuestro caso la concesión administrativa – y de la normativa de mayor particularidad en cuanto a su objeto de regulación – estamos pensando en reglamentaciones específicas para cierto vínculo obligacional o cierto grupo individualizado de tales vínculos -, para consagrarse en el interior de cuerpos normativos con vocación de aplicación más general en lo que a esa cuestión atañe – el ejemplo característico lo constituye el Código Civil –; y lograr, con ello, un respaldo de última instancia para la eficacia de las relaciones jurídicas generadoras de obligaciones entre las partes intervinientes.

Con apoyo en ese grado de regulación de alcance general y de su cualidad de principio general consagrado positivamente, es posible reconocer – aun ante el silencio de los cuerpos jurídicos más específicos referentes a un nexo obligacional dado – la procedencia de imponer a un sujeto la indemnización por los daños y perjuicios como sanción frente a los incumplimientos obligacionales productores de tales consecuencias, en los que haya incurrido dentro de los marcos de una relación jurídica determinada.

A nuestro juicio, con la consideración anterior como premisa, es que podemos entender en su real dimensión el principio sentado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, especialmente en el *arrêt Deplanque*, de 31 de mayo de 1907, con conclusiones del comisario ROMIEU,⁶⁴⁵ y que

⁶⁴⁵ En las notas 19 y 20, correspondientes a sus *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 19, Gastón JÈZE reproducía dos fragmentos de las conclusiones de ROMIEU en el *arrêt Deplanque*, que pensamos es oportuno transcribir aquí, por el carácter precursor de ese fallo en el tema que nos ocupa. Esos fragmentos son los siguientes: “ROMIEU, conclusiones en el caso *Deplanque*, “Rec.”, p. 516: “El pliego de condiciones de la concesión fija las obligaciones

formulaba JÈZE en los siguientes términos: *en un contrato de concesión de servicio público, toda obligación tiene una sanción, aunque el contrato no prevé ninguna*.⁶⁴⁶

De ahí se desprende que, cuando expresamente no se haya dispuesto en el acto de concesión o en la normativa específica que se integra en su marco regulador, una sanción para determinado incumplimiento del concesionario, siempre quedará a mano la posibilidad – amparada en las disposiciones legales de carácter más general y de aplicación común relativa a la responsabilidad contractual – de reaccionar contra el incumplidor con la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios que la inobservancia de su obligación le haya ocasionado al afectado.⁶⁴⁷ De esa manera, la indemnización por

de las partes; estas obligaciones deben tener una sanción; cuando no se ha previsto una sanción directamente aplicable al hecho de incumplimiento, puesto a cargo del concedente o del concesionario, corresponde al juez, a solicitud de la parte lesionada, dictar una sanción en los términos del derecho común, es decir, según las circunstancias, pronunciar la rescisión del contrato o condenar a la parte faltante al pago de daños e intereses.”. Y continuaba: “Cons. de Est., 31 de mayo de 1907, *Deplanque*, “Re.”, p. 515: “Si no se ha previsto expresamente ninguna sanción de estos hechos en el pliego de condiciones, no por ello dejan de representar, de parte del empresario, incumplimiento de sus obligaciones, y son capaces de motivar el pago de una indemnización (al concedente) ... en razón del perjuicio que así ha resultado”. JÈZE (pp. 22 y 23) también recogía un fragmento de otro importante *arrêt* en relación con el tópico que en este acápite analizamos, en la nota 26 al pie de la p. 22. Dicho fragmento es el que sigue: “Cons. de Est., 11 de octubre de 1929, *Compagnie de navigation Sud-Atlantique*, “Rec.”, p. 892: “En lo que concierne al derecho del ministro encargado de la Marina mercante, de pronunciar condenas al pago de daños e intereses, a cargo de la Compañía: según los términos del art. 22 del pliego de condiciones ... «en caso de diferendo colectivo sobre las condiciones de trabajo, entre el concesionario y su personal navegante, el concesionario está obligado a someter sin plazo el objeto del diferendo al arbitraje, en las condiciones previstas por las leyes y reglamentos sobre arbitraje en materia marítima» ... A pesar de una intimación regular, la compañía se ha negado a someter este diferendo al Consejo permanente de arbitraje ... *Si bien no se ha previsto expresamente en el pliego de condiciones ninguna sanción para esta negativa, ello no significa que no exista, de parte del concesionario, incumplimiento de sus obligaciones*. La oposición sistemática de la Compañía, al hacer fracasar el cumplimiento de una cláusula incluida en el contrato, *en interés general del buen funcionamiento del servicio*, ha causado un perjuicio al Estado, y, por consiguiente, puede motivar el pago, a favor del Estado, de daños e intereses, *que correspondía al ministro poner a cargo de la Compañía*.”.

⁶⁴⁶ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 19. Por su parte, Georges PÉQUIGNOT (ob. cit., p. 336) aseveraba: “Es admitido hoy incontestablemente, que todo contrato administrativo tiene una sanción y que toda inexecución culpable sea punida. (...)”.

⁶⁴⁷ Decía el comisario ROMIEU en sus conclusiones al *arrêt Deplanque*, de 1907: “Esta introducción del derecho común en las relaciones contractuales entre concedente y concesionario – únicamente para suplir las lagunas del contrato de concesión –, nos parece exigida

daños y perjuicios resulta una sanción pecuniaria que reviste un carácter de sanción supletoria, en relación con otras medidas sancionatorias que pueden adoptarse frente a los incumplimientos del concesionario, en caso de silencio al respecto de los cuerpos jurídicos más específicos que rigen y ordenan la relación concesional.

b-) La multa o cláusula penal

Las *multas* o *cláusulas penales* (también llamadas *penalidades*, *penas contractuales*, *penalidades contractuales*, *penalidades convencionales*) constituyen las otras sanciones pecuniarias características – o la sanción pecuniaria más característica – que puede imponer el concedente al concesionario como derivación del ejercicio de la potestad sancionatoria.

Tales sanciones comportan para el concesionario la realización de una prestación pecuniaria cuyo *quantum* ha sido establecido por las partes antes de que se produzca el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por aquél en virtud de la concesión administrativa, y, con, ello antes de que se produzcan las posibles consecuencias dañosas y perjudiciales para la parte afectada por ese incumplimiento.

A diferencia de la indemnización por daños y perjuicios – donde el monto de la prestación pecuniaria a pagar por el concesionario sólo es posible fijarla a partir de la valoración posterior a la manifestación de la consecuencias dañosas y perjudiciales de la falta cometida y sobre la base objetiva y real de los efectos concretos del incumplimiento acaecido, por lo que en ello hay que atenerse estrictamente a cada situación de este tipo en particular que se configure en la práctica (dinámica ésta a tono y consecuente con la función reparadora que acompaña a ese resarcimiento) -, los supuestos en los que ahora centramos nuestra atención implican un criterio previamente

por el desarrollo de los servicios industriales y bastante conforme con las tendencias de la actual jurisprudencia. (...). He aquí, pues, el derecho común llamado a reparar, a favor del concesionario, los daños que resultan para él de una ejecución incompleta o defectuosa del contrato, o de una intervención de la Administración que, aun suponiéndola legítima, altera el equilibrio contractual; y esta reparación se hace en forma de daños e intereses pronunciados por el juez, fuera de toda cláusula del pliego de condiciones y en virtud de principios generales de derecho. Recíprocamente ¿por qué se negaría al concedente el derecho de apelar al derecho común, para obtener del concesionario la ejecución integral de un contrato, en caso de que el pliego de condiciones omite consignar las sanciones necesarias? Varios fallos recientes parecen admitir esto (...). Hay aquí una doctrina que, en sus ramas, sería muy fecunda para dar más flexibilidad y equidad en las relaciones entre concedente y concesionario.” Citado por JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 18 y 19.

establecido y aceptado por las partes, por el que se fija de antemano a la comisión de la falta y a la manifestación de sus efectos, la cuantía de la prestación pecuniaria a cumplir por el concesionario como sanción frente al incumplimiento de sus obligaciones dentro de la concesión administrativa.

De ahí que algunos estudiosos se refieran a estos tipos con el calificativo de sanciones pecuniarias fijas y determinadas.⁶⁴⁸

De tal suerte, entonces, que la *multa* o *cláusula penal*, como sanción pecuniaria, consiste en imponer al concesionario el pago de una prestación pecuniaria predeterminada por las partes por concepto de incumplimiento de sus obligaciones concesionales.

En el ámbito de una relación jurídica bilateral de naturaleza administrativa como es el nexo concesional – es decir, una relación *iusadministrativa* de origen consensuado en la que se generan obligaciones para las partes intervinientes -, y en la contratación administrativa en general, la *penalidad* o *multa*, como sanción pecuniaria a imponer al concesionario, se revela, en ese campo, como la aplicación de la figura de la *cláusula penal* desarrollada desde la órbita de las obligaciones civiles, como uno de los medios de aseguramiento o garantía para el acreedor del cumplimiento de la prestación debida.⁶⁴⁹ Aunque, salvando la correspondiente distancia y los necesarios matices que, entre una y otra, imponen las respectivas zonas de operatividad en que se enmarcan (la civil y la administrativa), así como la dinámica

⁶⁴⁸ Así lo hacen, por ejemplo, en la doctrina argentina: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 395; y PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Ejecución de los contratos...”, ob. cit., pp. 326 y 327.

⁶⁴⁹ Enseñaba Alberto BLANCO: “La cláusula penal es una pena o sanción de orden civil que supone la previsión de las partes del incumplimiento por alguna de ellas, de la obligación pactada, adelantándose a sus consecuencias mediante la otra parte y deberán serle indemnizados.”; significando seguidamente: “Este concepto de la cláusula penal es restrictivo. Otro más amplio comprende las cláusulas penales consistentes en estipulaciones concretas en las que se calcula tal o cual responsabilidad para supuestos determinados, como la que habrá de derivarse por mora del deudor en el cumplimiento de la obligación, de la infracción tal o cual estipulación en particular, etc. Así por ejemplo es muy corriente en la práctica, cuando se trata de obligaciones relativas a la realización de una obra, que se señale un plazo para la entrega, deberá indemnizar al acreedor en una suma determinada a razón de tantos pesos por cada día de demora. Y así por este tenor cabe imaginar todo lo que el arbitrio de las partes puede establecer como penalidad por el incumplimiento de cualquiera estipulaciones.” BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho Civil español*, Tomo I, *Teoría general de las obligaciones*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, Cultural, S.A., Habana, 1930, pp. 253 y 254. En la visión de otro cubano, Antonio DÍAZ PAIRÓ (ob. cit., p. 254): “(...) la cláusula penal es un pacto accesorio por el cual se promete realizar una prestación, casi siempre pecuniaria, para el caso de que no se cumpla o se cumpla irregularmente otra prestación debida de modo principal.”

funcional que encierra la concesión administrativa (y la contratación administrativa) y el régimen de sanciones que involucra la potestad sancionatoria del concedente.

El hecho que la determinación de la cuantía de la penalidad o multa no se sujeta específicamente al monto económico de los efectos dañosos y perjudiciales desatados concretamente por el incumplimiento del concesionario – prueba clara de eso es que ese criterio de determinación cuantitativa es asumido por las partes de forma previa a la manifestación real del incumplimiento –, conjuntamente con el de que dicha cuantía puede resultar de un criterio establecido *a priori* y a tanto alzado en relación con las posibles consecuencias dañosas y perjudiciales de la transgresión en la que pudiera incurrir el concesionario, son datos que permiten apreciar que este tipo de sanción va más allá de la funcionalidad estricta como mecanismo para la reparación o el resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente provocados por el aludido incumplimiento – lo que sí acontece en el caso ya visto de la indemnización por daños y perjuicios –. Para potenciar, fundamentalmente, su papel de medio de garantía coercitiva del cumplimiento de la obligación del concesionario y plantear, a su vez, una arista punitiva, pues de la multa comúnmente resulta para aquel sancionado el pago de un *plus* pecuniario – que puede surgir en un caso de la evaluación y fijación a tanto alzado – por encima de un posible valor real estricto de la indemnización por daños y perjuicios, si esta estuviera involucrada, lo que significa una correspondiente pérdida económica.

De esa consideración de fondo es factible colegir, entonces, que la operatividad de la multa no depende del requerimiento objetivo de que el incumplimiento obligacional del concesionario provoque daños y perjuicios efectivos, sino sólo de que el concesionario haya incurrido en la inobservancia (dolosa o culposa) de una obligación sancionable con tal medida. Lo cual, además, conduce a la idea de que la multa es viable como sanción aunque de la violación del concesionario no se derivaran perjuicios para la otra parte del nexo concesional.⁶⁵⁰ Así como a la aseveración que, de ordinario, la Administración Pública concedente, una vez que haya establecido y

⁶⁵⁰ Esa es afirmación pacífica en la doctrina al respecto y como ejemplo de los que así lo sostienen pueden verse: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 312 y 313; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 151; VEDEL, Georges, ob. cit., p. 206; COUDEVYLLE, Andrée, ob. cit., p. 112; MOREAU, Jacques, ob. cit., p. 291; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 395; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Ejecución de los contratos...”, ob. cit., p. 327.

declarado la comisión de la falta por parte del concesionario, queda relevada de la carga de demostrar la existencia de los daños y perjuicios y de acreditar la cuantía efectiva de los mismos al tiempo de aplicar la multa.⁶⁵¹

En la doctrina *iuscivilita* se han destacado dos tipos básicos que puede adoptar la *cláusula penal*, a partir de un criterio configurativo y distintivo que toma como eje central para ello la función primordial que pretende cumplir dicha cláusula.⁶⁵²

Tomaremos como guía para ilustrar esos supuestos lo escrito por el español Diego ESPÍN CÁNOVAS, quien los delineaba con claridad cuando expuso que la cláusula penal puede afectar como modalidades: 1-) la pena es debida, caso de incumplimiento o mero retardo, además de la reparación ordinaria (*pena cumulativa*); 2-) la pena es debida, caso de incumplimiento o mero retardo, en sustitución de la reparación ordinaria (*pena sustitutiva, compensatoria o moratoria respectivamente*).⁶⁵³

⁶⁵¹ Por todos, sirva ilustrar con las palabras de Gastón JÈZE (*Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 311 y 312) cuando reconocía: “La penalidad presenta dos caracteres esenciales. Se incurre en ella desde que existe retardo: 1º) sin que deba producirse la prueba del *perjuicio* causado por la demora; 2º) sin que deba producirse la prueba del “*quantum*” del *daño causado*.”; y más adelante (p. 312) reforzaba: “(...) En muchos casos, la penalidad dispensa a la Administración de producir una prueba que resultaría muy difícil suministrar: la del daño causado al Estado por la inexecución puntual de la obligación contractual. (...)”. En el mismo sentido: BOSCH, André, ob. cit., p. 244; MOREAU, Jacques, ob. cit., p. 291.

⁶⁵² El antiguo profesor de Derecho de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Antonio DÍAZ PAIRÓ (ob. cit., p. 259), resumió excelentemente esas funciones de la siguiente manera: “La cláusula penal tiene varios fines o funciones, cabiendo señalarle función liquidatoria del daño en el sentido de que por la misma queda predeterminada la ascendencia de los daños y perjuicios; función penal, siendo castigo del deudor infractor, acarreándole consecuencias más onerosas que las que se producen en la situación normal, cabiendo pedirle no sólo el cumplimiento o la indemnización, sino una suma fija además de una cosa u otra; y función coercitiva o de garantía, consistente en que mediante ella se estimula al deudor a que se cumpla ante la amenaza de tener que ejecutar la prestación accesoria.” DÍAZ PAIRÓ esclarecía además (p. 260): “En realidad reinando en esta materia el principio de la libertad de contratación se produce tal magnitud de hipótesis en la vida diaria, que sólo frente a cada una de ellas cabe determinar de manera concreta y precisa cual función tiene la cláusula, no obstante esto, es posible sentar ciertos criterios generales y estimar como más usual y frecuente la función coercitiva, sobre todo si se piensa como, es lo usual y lo razonable, en el supuesto de que el acreedor al estipular la cláusula penal ha calculado de modo amplio, pudiera decirse hasta exagerado, los daños y perjuicios que se le pueden derivar del incumplimiento de la obligación principal, haciendo de tal modo que la suma prometida como pena supere en realidad la cuantía de tales daños.”

⁶⁵³ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, Volumen III, *Obligaciones y contratos*, 5ª edición revisada y ampliada, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales

Como podrá derivarse de lo planteado, en la primera de las modalidades esbozadas se potencia, o aflora más claramente, el fin represivo (punitivo, de castigo o penalizador) de la sanción pecuniaria, por cuanto de ella resultará un sacrificio patrimonial – el pago de cierta cantidad pecuniaria por encima del valor real de la reparación debida por los daños y perjuicios - para el incumplidor por concepto de incumplimiento obligacional en el que incurrió. En la segunda de las formas aludidas, el fin penalizador se atenúa frente a la función de compensación o liquidación del resarcimiento debido por los daños y perjuicios ocasionados, ante el hecho que el cumplimiento de la cláusula penal sustituye a tal indemnización; y porque el cálculo *a priori* de su cuantía económica, al incluir una previsión del ascendente de los posibles daños y perjuicios que se produzcan – y previsión al fin -, puede quedar por debajo o igualar – esto último algo más improbable, pero no imposible en términos absolutos – el monto verdadero del resarcimiento por tales consecuencias dañosas y perjudiciales. Por ello, el cumplimiento de esa cláusula penal no significaría una mayor onerosidad en su ejecución para la parte llamada a satisfacerla por haber incurrido en la inobservancia de la obligación sancionada de esa manera.

Es necesario destacar, a propósito de esa idea, que el hecho de delinear la *penalidad* con un carácter previamente consensuado y de indemnización forfataria, produce como consecuencia que el criterio de determinación del monto de dicha sanción deviene en límite para su aplicación. De esa manera la Administración Pública concedente debe ajustarse al criterio de cantidad aceptado por ambas partes y no excederse del mismo, aún cuando el valor real de la indemnización sea mayor que el previamente calculado. De otro lado, sólo procederá la *multa* o *penalidad* como sanción a imponer al concesionario en los supuestos de infracción que expresa y previamente a la comisión de la falta tengan atribuida esa medida sancionadora como consecuencia jurídica. En toda esa situación, y para ese caso en especial, aparece claramente la voluntad de las partes como límite a la aplicación de la potestad sancionatoria del concedente, en un ámbito donde se darían

de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 29. En Cuba: BLANCO, Alberto, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., pp. 255 y 256; DÍAZ PAIRÓ, Antonio, ob. cit., p. 262; y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, Capítulo VI “Las garantías crediticias”, en OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y DELGADO VERGARA, Teresa, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil Cubano*, Editorial “Félix Varela”, Ciudad de La Habana, 2001, pp. 154 y sigs., esta última profesora trata esta cuestión como dos sistemas: sistema de conjunción o compatibilidad y sistema opcional o de elección.

afectaciones leves al interés público y los efectos fundamentales que sufriría el sancionado son de carácter pecuniario.⁶⁵⁴

Si aplicamos automáticamente a la esfera de nuestro interés en estas líneas – la concesión administrativa – la configuración de los supuestos contenidos en las palabras referidas de ESPÍN CÁNOVAS – pues en su más esencial delineación y alcance objetivo es posible realizar esa aplicación, habida cuenta que no apreciamos que entre en contradicción con la realidad y la funcionalidad que abraza la concesión -, sin descender aún en cuestiones específicas y necesarias de matices, podremos obtener entonces dos modalidades básicas de multa o cláusula penal.

Una modalidad que resulta un añadido pecuniario que debe satisfacer el infractor, por haber incurrido en el incumplimiento de que se trate, y que puede exigirse además del resarcimiento por los posibles daños y perjuicios originados por la infracción obligacional – corresponde ello a la noción de pena cumulativa ya aludida -. Algunos autores de Derecho Administrativo denominan propiamente a este supuesto como multa, en un ejercicio de distinción del segundo caso que veremos, al cual identifican en sentido propio con la cláusula penal.⁶⁵⁵

Y otra modalidad que resulta un previo estimado al alza en el que se incluye ya una valoración *a priori* del alcance económico de los posibles daños y perjuicios que pueda desatar el incumplimiento obligacional sancionado con tal medida, y que por tener incluido en el criterio de cálculo final ese alcance económico, el cumplimiento de la penalidad es exigido en lugar de la indemnización por daños y perjuicios que operaría por derivación del régimen general de responsabilidad contractual; y no se acumularía a esta última, pues de lo contrario se daría un enriquecimiento indebido de la parte beneficiada con el pago de la penalidad en cuestión, al no existir

⁶⁵⁴ Sobre las consecuencias del carácter contractual y forfatorio de la *penalidad* puede verse a DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., pp. 151 y sigs.

⁶⁵⁵ Ver, por ejemplo: el colombiano VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 7^{ma} edición actualizada, Biblioteca Banco Popular, Textos Universitarios, Bogotá, 1980, p. 362; los argentinos KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 493 y 494; y PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Ejecución de los contratos...”, ob. cit., p. 327. Un ánimo de distinción entre la *multa* y la *cláusula penal* en la concesión administrativa, se observa también en: ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 588. Igualmente, pero a la luz del ordenamiento positivo de Costa Rica: ROJAS FRANCO, Enrique, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Edilex S.A., Editores, Guayaquil, 2007, p. 292.

causa jurídica suficiente para justificar la satisfacción de ambas prestaciones pecuniarias por un mismo incumplimiento, ya que ello implicaría satisfacer dos veces el daño y el perjuicio provocados.

Más que limitarnos a ese planteamiento, lo importante para nuestro interés aquí sería constatar cómo se ajusta la mecánica funcional de dicha sanción pecuniaria con toda la dinámica propia que involucra la concesión administrativa, y si tales formas o modalidades de la multa o cláusula penal resultan de plena procedencia en esa relación jurídica administrativa, en función de los intereses en juego y del fin último al que responde esa institución jurídica.

Consideramos que en la valoración de la funcionalidad de la *multa* o *cláusula penal*, para el caso particularizado de la concesión administrativa, no debe perderse de vista que el modo primario e idóneo para responder a través de ese nexo jurídico administrativo a la consecución del interés público que la determina, es mediante la adecuada ejecución de las obligaciones del concesionario. Lo que implica, por el interés fundamental – el público – en juego, que todo el sistema de garantías jurídicas que tienden a apuntalar la estricta realización de lo concedido, debe orientarse a que este último ejecute en tiempo, forma, cantidad y calidad, las obligaciones por él asumidas; pues de esa ejecución dependerá el normal desenvolvimiento de la actividad concedida y, en última instancia, la satisfacción del interés general.

Esa idea de base nos conduce a pensar que un régimen de sanciones como el que resulta de la *multa* o *cláusula penal*, debe estar enfocado a que el concesionario provea el cumplimiento de sus obligaciones en la forma prevista – tanto la que tiene un carácter principal o esencial, cuanto las secundarias o no esenciales, porque de la estricta observancia de estas últimas también dependerá el adecuado cumplimiento de la primera -, incluso si inicialmente esa parte lo ha hecho de manera defectuosa (en tiempo, forma, calidad y cantidad). Sólo si ese incumplimiento resultara ya imposible de efectuar con tal criterio, entonces es que debería abrirse la posibilidad de que proveyera al afectado con el equivalente pecuniario de la prestación incumplida.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ Para DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN: “(...) el carácter sustitutivo-liquidatorio con la que la cláusula penal funciona en el ordenamiento jurídico-privado no tiene sentido en el ordenamiento jurídico-administrativo, porque también ha quedado suficientemente claro que lo esencial e importante en el contrato administrativo es la satisfacción del interés público, y esta satisfacción del interés colectivo únicamente se consigue con el cumplimiento efectivo del contrato; no queda satisfecho el interés público, bajo ningún concepto, sustituyendo el cumplimiento concreto del contrato por cualquier otra

El razonamiento anterior – que a la altura del desarrollo de la ciencia del Derecho Administrativo hoy no es para nada innovador, original e inexplorado, sino todo lo contrario -, teniendo como telón de fondo la actividad que desenvuelve el concesionario en virtud de la concesión administrativa y la trascendencia de la misma para las necesidades de la colectividad, nos inclina a considerar que una sanción pecuniaria como la multa, en los marcos de la figura concesional, debe concebirse ante todo como un mecanismo de coerción y coacción efectivo que permita responder a la finalidad garantista que la envuelve; y no una vía que, de alguna manera, pueda constituir una puerta de escape legítima por la que el concesionario vulnere la estricta sujeción a sus obligaciones.⁶⁵⁷

En este sentido, pensamos que, en principio, la *multa* o *cláusula penal* debe figurar en el contenido de la concesión administrativa con un cariz más punitivo que compensatorio – porque sin duda ello potencia la fuerza coercitiva que debe acompañarla, con todo lo que eso representa para el cumplimiento del concesionario y el desarrollo de la actividad dada en concesión -, donde su cumplimiento sea así exigido además del de la obligación vulnerada o de la indemnización por daños y perjuicios generados. Sólo con carácter excepcional – en dependencia de una valoración puntual que se haga sobre la poca relevancia que algunos incumplimientos del concesionario, en obligaciones secundarias, puedan tener para la buena marcha de lo concedido -, debe admitirse una *cláusula penal* que responda más a la función de liquidación de los daños y perjuicios ocasionados.

No deseáramos que esta posición nuestra se viera como que en ella se desconoce la condición de colaborador de la Administración Pública que asume el concesionario, ni que se pretende una «línea dura» y facilista contra esa parte, que signifique respaldar el castigo del concesionario, por el mero hecho de la penalización; sino que se tradujera como que parte de un

modalidad.”; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, “Garantías en el cumplimiento contractual: penalidades y «estipulatio poenae»”, en *Revista de Administración Pública*, No. 104, Mayo-Agosto, 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 74.

⁶⁵⁷ Gastón JÈZE advertía: “(...) Por la inserción de una cláusula penal que estipula una indemnización forfataria mínima, el empresario está protegido contra los daños e intereses elevados. El peligro debe temerse, en lo referente a las administraciones locales (municipios), en los contratos de concesión de servicios públicos. Estas administraciones locales son frecuentemente mal aconsejadas y mal defendidas por los prefectos. Las administraciones deberán velar cuidadosamente para que la cláusula de indemnización no tenga por verdadero efecto poner a salvo al empresario de las consecuencias de sus retardos de ejecución.” JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 318.

intento de salvaguardar el interés público, proveyéndolo de mecanismos de garantías efectivos desde el propio interior de la relación concesional, que no dejen margen – o que estrechen ese margen en la mayor medida posible – a su vulneración ni a la afectación del tan aludido interés.

Algo que no ha pasado inadvertido a la más aguda jurisprudencia y a la teoría – en lo que igualmente han sido abanderados los franceses⁶⁵⁸ –, es el hecho que el cumplimiento o exigencia de la *multa* o *cláusula penal* como sanción, puede acumularse, agregarse, sumarse o coincidir con la aplicación, además, del secuestro o la caducidad de la concesión, como otras de las medidas sancionadoras a aplicar al concesionario. La justificación de esa situación es simple, pues de lo que se trata aquí es de que existen dos incumplimientos a sancionar que son diversos entre sí, en el que el más leve ha desembocado asimismo en una segunda falta mayor, con consecuencias más severas en la afectación de la buena marcha de la actividad objeto de la relación, sancionable con una medida más severa – el secuestro o la caducidad – que la multa, y diferente a ella.⁶⁵⁹ De esa manera, al configurarse dos incumplimientos distintos, se incurre en dos faltas también distintas entre sí, por lo que pueden proceder, a su vez, dos sanciones diversas si así está previsto.

En un balance general de lo dicho hasta ahora sobre la *multa* o *penalidad*, debemos precisar que, al adentrarnos en su tratamiento, estamos traspasando el umbral del régimen general y común de la responsabilidad contractual, para avanzar hacia el interior de un régimen especial al efecto; que tiene su base o fuente en la voluntad de las partes de la relación en cuestión. Es por ello que el régimen jurídico de la *multa* o *penalidad* es de aplicación preferente al referido sistema general, ante un incumplimiento del obligado en el nexo jurídico, cuando se haya previsto expresamente en la letra del marco regulador del vínculo concesional que a tal falta le corresponde dicha sanción; y, además, no puede presumirse su procedencia como

⁶⁵⁸ En este orden, puede verse, por todos, lo aseverado por: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 316, 317 y 329; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tome II, ob. cit., p. 152.

⁶⁵⁹ Según Gastón JÈZE: “Siendo las *penalidades* daños e intereses forfatarios por *retardo*, se *acumulan con la rescisión del contrato pronunciada* por el atraso que hace inútil el suministro. Hay dos faltas contractuales distintas: 1ª) el proveedor que demora la entrega, comete una primera falta contractual sancionada por las penalidades; 2ª) el proveedor que, por su retardo, hace que la obra o el suministro se vuelvan inútiles para el otro contratante, comete una segunda falta sancionada por la rescisión: la Administración no está obligada a recibir un suministro que, debido a la falta del proveedor, ya no necesita.” JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 316 y 317.

medida sancionadora, si no está así dispuesto también de manera expresa en el mencionado marco regulador.

Con la *multa o penalidad* se está ascendiendo un nivel dentro de la escala de gravedad de las sanciones a imponer al concesionario por sus incumplimientos de obligaciones nacidas de la relación con la Administración Pública concedente, en comparación con la mera indemnización por daños y perjuicios. Así como se está ganando un escalón en ascenso en cuanto a la gravedad de los incumplimientos en que ese primer sujeto incurra. De ordinario, la aplicación como medida sancionadora de la *multa o cláusula penal* por la Administración Pública concedente, se lleva a cabo ante faltas cometidas por el concesionario que son calificadas como *leves*, en el sentido de que esos incumplimientos tendrán un reflejo negativo en la buena marcha de la ejecución de la actividad otorgada en concesión, pero sin llegar a comprometer de manera inmediata la continuidad de esa actividad. Aunque, no debe perderse de vista la probabilidad de que ese incumplimiento podría alcanzar luego cierto grado de transformación y repercusión que de lugar a otro de mayor gravedad en sus implicaciones, que sí llegue a amenazar el ritmo de continuidad necesario en el desenvolvimiento del objeto de la concesión, y comprometer, por esa vía, el desarrollo de la actividad concedida y la satisfacción del interés público al que responde, en última instancia, la existencia de la concesión.

V.6-) La potestad de extinción anticipada

En razón de la potestad de extinción anticipada (revocación, resolución o rescisión, según sea la forma extintiva prevista en el ordenamiento jurídico administrativo de que se trate), la Administración Pública concedente puede poner fin unilateralmente (revocar, resolver o rescindir, allí donde cada una de estas formas extintivas opere) a la relación concesional, antes de que se cumpla el plazo establecido para la vigencia de ese vínculo jurídico administrativo.

Si el carácter temporal de la concesión administrativa determina que la manera normal o natural de extinción de esta es una vez vencido el plazo de su vigencia (término resolutorio), podemos tener entonces que esta potestad de extinción anticipada (antes del vencimiento de ese plazo) de la concesión por parte de la Administración Pública concedente, significa un poder jurídico de terminación del vínculo concesional de un modo no natural; es decir, la posibilidad de fijar, por alguna de las causas previstas, la terminación prematura de la concesión administrativa, privando a ese vínculo en cuestión de desplegar a plenitud sus efectos jurídicos, tal cual debiera ocurrir si este hubiera agotado en el tiempo su vigencia. Para esos casos se habla de forma no natural

o anormal de extinción del nexo jurídico concesional, porque la concesión administrativa se otorga para que desarrolle y surta todos sus efectos jurídicos en el tiempo determinado para ella. Por lo que, normalmente y hasta el último momento, deberá estar desplegando todos sus efectos característicos. Lo que no ocurre cuando la relación se concluye antes del tiempo señalado, ya que evita que la misma extienda todas sus consecuencias jurídicas propias. Lo normal es que las relaciones jurídicas surjan para desplegar todos sus efectos y no para que éstos queden cortados prematuramente.

Varias son las causales por las que se puede llegar a dar por terminada una concesión con anterioridad al transcurso del tiempo que se le fijó. Sin embargo, las formas o medios para extinguir esa relación jurídica, y que están ligadas a esas causales son: la *revocación* (si la concesión está considerada en su naturaleza jurídica como un acto administrativo) o la *resolución* (si se entiende como un contrato administrativo; la *resolución* ha sido llamada también *rescisión* por una parte de la doctrina) y la *nulidad* (absoluta o relativa).

Es oportuno hacer notar de inicio que, dentro de los enfoques que han sostenido los que de una manera u otra se han acercado a este tema – sobre todo a partir de la figura contractual administrativa –, existen dos tipos de planteamientos básicos, que denotan un alcance distinto en su extensión, sobre la configuración del contenido de este poder extintivo unilateral que posee la Administración Pública en los marcos de la concesión administrativa.

De esa forma, se ha referido,⁶⁶⁰ en un alcance más extendido de su idea, que este poder de terminación anticipada unilateral de la concesión administrativa por la Administración Pública puede estar determinado en su ejercicio por diversos motivos, entre los que se pueden encontrar: la extinción del concesionario; su incapacidad sobrevenida; la falta de objeto sobrevenida de la concesión; la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión; el mutuo acuerdo; el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones imputable al concesionario (caducidad); y la apreciación

⁶⁶⁰ Así, por ejemplo, André DE LAUBADÈRE señalaba la conveniencia de distinguir dos modalidades de poder administrativo de *résiliation unilatérale* de los contratos administrativos: la *résiliation sanction* (la caducidad en la concesión) y la *résiliation sans faute du cocontractant*. Ver: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 155. Sobre esta configuración del alcance del poder extintivo unilateral que aquí nos ocupa, pueden verse, entre otros, los planteamientos de: VEDEL, Georges, ob. cit., pp. 207 y sigs.; RIVERO, Jean, ob. cit., p. 144; DE COUDEVYLLE, Andrée, ob. cit., p. 145; ABELLÁN, Carmelo, ob. cit., p. 874; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 760 y sigs.; LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., pp. 239 y sigs..

por la Administración Pública de razones de interés público, sin que medie ninguna de las situaciones primeramente referidas.

Asimismo, y en un alcance más restringido en su contenido en relación con el anterior, este poder del concedente se ha especificado alrededor del último de los supuestos de causas extintivas de la concesión enumerados en el párrafo precedente.⁶⁶¹

Se adopte una u otra solución de entre las anteriormente señaladas, lo cierto es que el supuesto más característico y puro del ejercicio de la potestad de extinción anticipada que ostenta la Administración Pública dentro del contenido de la relación concesional, es aquél que se configura cuando el concedente, fundándose exclusivamente en la consideración del interés público que debe garantizar, determina unilateralmente el fin de la concesión administrativa. Decimos supuesto más característico y puro, porque es en él donde mejor aparece en toda su extensión esa potestad administrativa del concedente de decidir unilateralmente la terminación del nexo nacido al amparo del acto de concesión, en la medida en que su ejercicio viene primariamente determinado sólo por la valoración directa que la Administración Pública realiza de la conveniencia que para el interés público apareja el no mantener vigente el vínculo concesional de que se trate.

En ese caso no hay un evento que nace del interior de la relación concesional y que al afectar insalvablemente uno de los elementos estructurales que determinan su estabilidad como relación jurídica administrativa, repercute negativamente en la vida del nexo concesional; sino que el motivo determinante hay que buscarlo fuera de los marcos de la relación concesional, el cual afectaría de una manera tal ese vínculo, que de ahí resulta que la subsistencia del mismo no responde ya al fin último al que debe servir el sostenimiento de dicha relación. Es posible concluir entonces que estamos frente a un supuesto de hecho en que entran en contradicción la actualidad de la finalidad que se quiere alcanzar (la satisfacción del interés público) con la actualidad del medio que se utiliza para ello (la concesión administrativa); contradicción que se resuelve eliminado el medio empleado (extinguendo la concesión administrativa de que se trate). En definitiva, nos movemos aquí esencialmente en el plano de la oportunidad.

⁶⁶¹ JÈZE, Gastón, JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., pp. 244 y sigs.; BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 808 y sigs.; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., pp. 65 y 66; SILVA CIMMA, Enrique, ob. cit., p. 332; PÉREZ HUALDE, Alejandro, PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Ejecución de los contratos...", ob. cit., pp. 339 y 340.

Las concreciones del ejercicio de este poder jurídico de la Administración Pública concedente que nos ocupa, las constituyen las figuras de la *extinción - revocación, resolución o rescisión – por razones de interés público y el rescate -*. Para algunos autores la concreción del ejercicio de esta potestad extintiva se especifica sólo en la figura del *rescate*, de ahí que se refieran a ella denominándola derecho, facultad o poder de rescate de la concesión administrativa.

A diferencia de la potestad de anulación de la concesión administrativa cuando esta se le atribuya por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública concedente, que se circunscribe al plano de la legalidad del acto, la potestad de extinción unilateral de la concesión administrativa por razones de interés público se refiere al plano de la oportunidad o conveniencia de ese acto. Aquí estamos en presencia de un poder jurídico que, en su esencia, no se configura – como si lo son las potestades del concedente de interpretación y anulación (si esta se previera por el ordenamiento jurídico), por ejemplo, como un recurso de solución en primera instancia de determinadas situaciones que, de no existir dicho mecanismo de solución, pudieran afectar la continuidad de la actividad concedida y con ello afectar el interés público, en espera de que el juez – a quien le corresponde hacerlo – se pronuncie definitivamente sobre esas cuestiones. Esa última potestad no es un poder que se perfila en su ejercicio como una exigencia procesal previa para poder llevar la cuestión ante el juez del contencioso-administrativo. Antes bien, es un poder que en su contenido y operatividad se perfila como correspondiente en su sustancia al contenido de la función que caracteriza a la Administración Pública: la función administrativa.

Al igual que ocurre con otros poderes jurídicos del concedente, el ejercicio de la potestad de terminación anticipada de la concesión administrativa, encuentra su determinante fundamental en el interés público. Pero, asimismo, no es un poder jurídico que se torna ilimitado en su ejercicio, sino que, por el contrario, se le reconocen límites efectivos en su procedencia. Los que nuevamente se cifran, en esencia, en el propio interés público que justifica su existencia, en el principio de legalidad, y en los derechos patrimoniales del concesionario.

CAPÍTULO VI

Extinción de la concesión administrativa

VI.1-) Preliminar

Al igual que toda relación jurídica que se establece, la concesional administrativa tiene una fuente que la origina y, a la vez, está vinculada a determinadas situaciones que, al concurrir en la realidad que involucra en cuanto relación, traen como consecuencia la extinción de ese nexo jurídico administrativo.

Son disímiles las causas por las que puede cesar la concesión administrativa, pero todas ellas tienen como efecto común, con independencia de otros específicos que cada una en particular genera: la extinción de la relación en cuestión y con ello los derechos y obligaciones que fueron adquiridos por las partes al amparo de dicho vínculo.

Las vías de cesación del vínculo concesional administrativo pueden dividirse en dos grandes grupos: la normal y las anormales.

El primero no refiere sino al supuesto más ordinario o – digamos – natural de culminación de una relación concesional, resultado de su carácter temporal. Este supuesto no es otro que el cumplimiento del término o vencimiento del plazo de tiempo que se fijó para la vigencia de la concesión administrativa.

El segundo, mucho más diverso en su composición y efectos, refiere los supuestos en que se da una situación determinada que ha de llevar a la culminación de la concesión administrativa antes del vencimiento del tiempo fijado para dicha relación concesional. Por ellas, hay una terminación prematura de la concesión administrativa, privando a ese vínculo en cuestión de desplegar a plenitud sus efectos jurídicos, tal cual pudiera ocurrir si esta hubiera agotado en el tiempo su vigencia.

VI.2-) El vencimiento del plazo

Atendiendo al carácter temporal de las concesiones administrativas, la forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento de ese espacio de tiempo por el que se

concedió el ejercicio de los derechos involucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el período de vigencia de sus obligaciones al respecto. En otras palabras, la temporalidad como principio en la concesión administrativa determina su forma normal de extinción: el vencimiento del plazo o cumplimiento del término por el cual se estableció aquella forma extintiva que, además, marca el despliegue de un conjunto de consecuencias jurídicas a partir de ese efecto fundamental que produce.⁶⁶²

Entre los autores que han tratado el tema, desde siglo XIX, es posible encontrar quienes que se han referido - o se refieren - al supuesto de extinción de la concesión administrativa por el vencimiento del plazo como *caducidad de la concesión por transcurso del plazo o por término o por tiempo*. Con este tipo de calificativo, se asocia entonces al vencimiento del plazo o cumplimiento del término con un tipo de *caducidad*, institución jurídica esta última que adquiere ciertos ribetes diversos según sea el ámbito del Derecho en que la misma se manifiesta.

En la teoría jurídica general, la *caducidad* es una forma de extinción de los derechos y acciones por el vencimiento del tiempo de vida que legalmente se le asigna a los mismos.

Por lo pronto, en el ámbito de los actos y contratos administrativos, en una perspectiva más general – y de las concesiones administrativas –, la figura de la *caducidad* no encierra exactamente ese significado.

Ante todo, es menester resaltar que a lo largo del desarrollo de los estudios doctrinales, así como de la evolución de la jurisprudencia y la legislación, el término *caducidad* no ha tenido un alcance unívoco en lo que se refiere a las concesiones administrativas y se ha empleado para denominar situaciones diversas. Algo que no solo es palpable en sede de dichas concesiones, sino que es posible apreciarlo en tema de actos y contratos administrativos, en general.

En un sentido que, tal vez, pudiéramos calificar como extendido o amplio, es factible encontrar escritores que se refieren a la *caducidad* de la concesión administrativa en los casos en que el vínculo concesional (o el establecido en virtud de un acto o contrato administrativo) se extingue por el normal vencimiento del plazo de duración fijado para ese vínculo (*caducidad de la concesión por transcurso del plazo*).⁶⁶³

⁶⁶² Según François LECOMTE (ob. cit., p. 14), dos procedimientos son empleados para dar a la concesión (de servicio público) el carácter temporario: la duración limitada y el rescate (medio excepcional para poner fin a la concesión antes de la expiración de su duración).

⁶⁶³ Esto puede apreciarse en una parte de la doctrina española, por ejemplo: FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., pp. 79 y sigs.; ROYO VILLANOVA, Antonio,

Pero, también encontramos el uso del calificativo de *caducidad* asociado a la idea de sanción que se aplica al obligado por un acto o contrato administrativos – y por una concesión administrativa - y que genera efectos extintivos para la relación jurídica en cuestión (*caducidad-sanción*).

Pensamos que el alcance amplio que se le da a la expresión *caducidad* en la línea conceptual aquí ilustrada, para el contexto de la concesión administrativa, puede mover a imprecisiones, pues si bien en ambos supuestos que trasunta ese alcance extendido (*caducidad* por transcurso del plazo y *caducidad-sanción*) el efecto básico es el cese de la concesión administrativa (del acto o del contrato administrativo), ellos, como supuestos fácticos, difieren sustancialmente entre sí; así como también en el régimen jurídico aplicable a uno y otro. En el caso del transcurso del término de la concesión, la terminación de la misma es una consecuencia natural del decurso del tiempo. En el otro, esa extinción es totalmente anormal; representa una sanción extrema contra el concesionario y, por ende, su régimen y consecuencias jurídicas se tornan esencialmente distintos de aquél.

A raíz de esa realidad, y en aras de buscar un poco más de precisión terminológica y técnica, preferimos circunscribir estrictamente la figura de la *caducidad* de las concesiones, conjuntamente con buena parte de los estudiosos, sólo al supuesto en que se constituye como una sanción que genera una extinción anticipada de la concesión administrativa por incumplimientos obligacionales del concesionario.

De ahí que descartamos considerar bajo la idea amplia de *caducidad*, en pos de un mejor ajuste a las exigencias de la técnica jurídica, en lo que a concesiones administrativas se refiere, que el vencimiento del plazo configure un supuesto de aquella, circunscribiendo la idea de ésta a la noción señalada en el párrafo precedente.

Tal como hemos dejado ver ya, cuando se produce el cumplimiento del término de la concesión administrativa el efecto fundamental que se genera

ob. cit., p. 138; VILLAR PALASÍ, José Luis, quien en su importante trabajo “Concesiones Administrativas”, ob. cit., denominaba a un acápite (pp. 746 y sigs.) “Teoría de la caducidad-sanción” y a otro (pp. 754 y sigs.) “Teoría de la caducidad por transcurso del plazo”; también de VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, Tomo II, Madrid, 1977, p. 426; CARRETERO PÉREZ, Adolfo, ob. cit., p. 425; más contemporáneamente, BLANQUER, David, *Curso...*, ob. cit., p. 467, enseñaba que una vez expirado el plazo máximo de duración del contrato se producía la caducidad de la concesión. Fuera de España, se aprecia en autores como: RIEFFOLO BESSONE, José F., ob. cit., p. 33; ALFONSO Y CABALLERO, Mario, *La legislación sobre Servicios Telefónicos Públicos y la concesión a la “Cuban Telephone Company”*, (*Estudio de interpretación legal*), Impresor Albino Rodríguez, Habana, 1941, pp. 8 y 61 y sigs.

es la extinción de la relación que en virtud de la concesión se establece. La terminación por vencimiento del plazo tendrá un carácter *ipso iure*, de pleno Derecho. Lo que quiere decir que no se requerirá de un pronunciamiento expreso de sujeto alguno por el cual se dé por extinguido el vínculo concesional. Esta cesación *ipso iure* es consecuencia lógica de la temporalidad de la concesión.

A-) La prórroga de la concesión administrativa

La relación concesional, al expirar el término, puede tomar dos caminos: la extinción o la prórroga de su vigencia.

Según recogiera el profesor español Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (sobre los contratos administrativos, pero en lo que es de aplicación a las concesiones administrativas – especialmente las de servicios y obras públicas - por ser consideradas como tipos contractuales administrativos por una parte importante de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación):

“Con carácter general, debe señalarse que la extinción de los contratos administrativos por el transcurso del plazo es la regla general, pero caben prórrogas en supuestos excepcionales y justificados.”⁶⁶⁴

La prórroga de la concesión administrativa puede realizarse por un período igual o menor al previsto para la concesión, según se establezca normativamente o por acuerdo entre el concedente y el concesionario. La procedencia de la prórroga debe fundarse en una disposición normativa que así lo permita o en un acuerdo de las partes que puede aparecer en la letra originaria de la concesión o establecerse durante el período de desenvolvimiento de la misma o en la etapa previa a su expiración, siempre que normativamente no se prohíba tal posibilidad de prorrogar la concesión. Estas posibilidades han dado lugar a que se clasifique a la prórroga en *legal* o *contractual*.⁶⁶⁵

Pensamos que la prórroga debe solicitarse y concederse con anterioridad al cumplimiento del término, para que el vínculo cobre continuidad

⁶⁶⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La prórroga...*, ob. cit., p. 55. Según ha recogido AGUDO GONZÁLEZ, a partir de la evolución de la legislación española sobre contratos administrativos: “(...) Frente a la relativización del plazo concesional, las Leyes en materia de contratación pública han dado un tratamiento cada vez más restrictivo a las prórrogas contractuales, prohibiéndose definitivamente las prórrogas tácitas, del mismo modo que se ha restringido el recurso a la modificación unilateral del contrato con la finalidad de mantener su vigencia más allá del plazo inicialmente pactado.”; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, ob. cit., p. 2.

⁶⁶⁵ Ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La prórroga...*, ob. cit., p. 50.

temporal, que es lo que se busca con ella. Si se extingue el nexo concesional por el transcurso del tiempo y luego se vuelve a asumir, aunque sea por el mismo concesionario y sujetándose a las mismas condiciones, no sería ya una prórroga de la concesión, sino un nuevo otorgamiento y una nueva concesión.

En relación con la prórroga de la concesión deben considerarse dos posibles situaciones: el hecho que se establezca la prórroga como un derecho del concesionario, de ahí que no se requiera autorización del concedente para que ésta proceda, sino que sólo será necesario que el concesionario manifieste previamente y de forma expresa su intención de prorrogarse en el ejercicio de lo concedido;⁶⁶⁶ y el supuesto en que se exija que la prórroga de la concesión debe estar condicionada a la aprobación o aceptación en este sentido por parte de la Administración Pública, por lo que aquélla no operará automáticamente a favor del concesionario con la sola solicitud que este último haga.

La presencia de la posibilidad de prorrogar la concesión administrativa responde, desde nuestro punto de vista, a la idea de mantener la continuidad

⁶⁶⁶ Gastón JÈZE explicaba en su momento: “En la práctica, se halla a veces una *cláusula que establece la facultad de prórroga de la concesión, por un período determinado de antemano, ante el simple pedido del concesionario*. Por ejemplo, el contrato de concesión establece: “Al finalizar el período... de la concesión, ésta podrá prorrogarse por 10 años, *si el concesionario lo desea*.” La común intención de las partes contratantes es, manifiestamente, conferir al concesionario un *derecho* a la prolongación de la concesión por el período previsto. Bastará, pues, al concesionario manifestar, *antes del término de la concesión*, la voluntad inequívoca de usar de este derecho, para que la concesión se prorrogue pura y simplemente *en las condiciones del contrato existente*. Este efecto se produce *inmediata y definitivamente*. No se necesita la manifestación de voluntad *del concedente* de aceptar la solicitud del concesionario. Por consiguiente, si al mismo tiempo o aun posteriormente, el concesionario pide una modificación de las cláusulas del contrato de concesión, no puede considerarse que dicho pedido anula implícitamente la manifestación de voluntad de prorrogar la concesión.”; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 317. JÈZE (p. 320) añadía: “En caso de que el contrato le otorgue derecho a reclamar la prórroga, el concesionario solicita la *continuación* de la concesión *en las mismas condiciones*. Ni el concedente ni el concesionario pueden modificar unilateralmente las condiciones *contractuales*. Si se efectúa un cambio, *por decisión unilateral*, en la *organización reglamentaria* del servicio público concedido se aplicarán las reglas relativas al restablecimiento del equilibrio financiero, en caso de cambio en la situación jurídica cuyo mantenimiento era considerado por las partes como un elemento esencial, en el momento de celebrar el contrato.” Además, el francés (p. 319) decía: “Por lo general, la cláusula que estipula la prórroga de la concesión a solicitud del concesionario establece un *preaviso* para el ejercicio de este derecho. Este preaviso es, entonces una condición *esencial*. No puede reemplazarse por el simple conocimiento que tenía el concedente de la intención del concesionario de usar su derecho.”

y regularidad en la realización del objeto de la concesión (esencialmente el servicio público concedido) en función del interés público y de la conveniencia que esa ejecución se siga sosteniendo mediante el modo concesional y por el concesionario actual. Además, constituye un estímulo al concesionario, quien ve prolongada en el tiempo la posibilidad de obtener ganancias, más allá del período en el que tenía inicialmente prevista la amortización de su inversión y la obtención de dividendos. Lo que sin dudas redundará en un mayor beneficio patrimonial para él. Por otro lado, en ocasiones la prórroga aparece como necesidad para el concesionario, ante la circunstancia de que no ha podido amortizar aún el costo de las inversiones que realizara en la concesión.

Igualmente, se han advertido dos supuestos que pudieran acaecer una vez expirado el término de la concesión administrativa y que se relacionan con la continuidad del concesionario en la realización de lo concedido.

Puede acontecer que, vencido el plazo y operada formalmente la extinción del vínculo concesional, el concesionario se mantenga ejecutando la concesión sin que la Administración Pública muestre inmediata oposición a ello. En este caso, si esa ejecución se realiza de buena fe y sin afectaciones a las necesidades públicas, se puede entender que el concesionario continuará su ejecución bajo las condiciones anteriormente vigentes.⁶⁶⁷ Adquiriendo un carácter precario, pues al no existir pronunciamiento expreso sobre la procedencia de esa continuidad ésta adquiere sólo una vigencia de hecho y la Administración Pública puede dar por terminada esa situación en cualquier momento.

Autores que precisan a la concesión administrativa como un contrato administrativo, destacan que en ese caso no opera una tácita reconducción de la misma.⁶⁶⁸ Conclusión ésta que vemos muy vinculada a la naturaleza de los derechos que involucra la concesión y a la persona o el ámbito en que actúa el sujeto a la que se le otorga la misma, pues como en principio no existe un derecho subjetivo al otorgamiento de una concesión administrativa, tampoco puede considerarse que ésta se ha realizado tácita o implícitamente, ni que al concesionario le asiste un derecho al mantenimiento de la concesión

⁶⁶⁷ V. gr.: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 142, 179 y 180; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 628; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 151; ÁBALOS, M. Gabriela, “La concesión de servicios públicos”, ob. cit., p. 458.

⁶⁶⁸ Por ejemplo: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 142; LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, ob. cit., p. 158; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 628; CANOSA, Armando N., ob. cit., p. 398.

si continua de hecho en el ejercicio de la misma una vez que haya expirado su término. Pero, igualmente, los aludidos autores han acotado que si esa actuación del concesionario no es ilegal, cuando sea de buena fe y de utilidad pública, mientras esa situación de hecho persista, se amparará bajo la figura de un *cuasicontrato* administrativo, permitiendo ello que el concesionario tenga derecho a que se le compensen los gastos incurridos en ese tiempo.⁶⁶⁹

El otro caso ha sido descrito, entre otros escritores, por Alcides GRECA, quien apuntaba:

“Una circunstancia no prevista en los contratos de concesión, pero que podrá ser materia de legislación especial, es la que se presenta al vencimiento del plazo de la concesión, cuando los poderes públicos no han organizado un nuevo servicio, ya sea por realización directa o mediante una nueva concesión. En dicha circunstancia, la Administración pública podrá exigir al concesionario que siga prestando el servicio en las mismas condiciones del contrato ya vencido y hasta tanto se instale un nuevo servicio. Así lo ha establecido la ley 4732 de la provincia de Buenos Aires, que reglamenta los servicios de energía eléctrica. Ello tiene por fundamento que el servicio no debe faltar en momento alguno y que ha de ser prestado en forma regular y continua. (...), esta facultad, atribuida a la Administración del Estado, puede importar una evidente injusticia si no se le fija a ésta un plazo máximo, dentro del cual estaría facultada para mantener en una situación tan precaria al concesionario.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 142; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 628; DEMBOUR, Jacques, *Les moyens d'action de l'administration*, Faculté de Droit de l'Université de Liège, Faculté de Droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, p. 211, y del propio DEMBOUR, *Droit Administratif*, Troisième édition, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Liège, Liège, 1978, p. 424, en ambos textos este autor belga se refería específicamente a las concesiones de dominio público; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 308. Para Andrée DE COUDEVILLE (ob. cit., p. 141): “Bien que los derechos y obligaciones del concesionario terminan con la expiración del contrato, puede que el concesionario haya sido llevado a continuar la explotación de la concesión expirada; en este caso, se aplica la teoría del «concesionario de hecho», este tendrá derecho al reembolso de los gastos de gestión que ha realizado.”

⁶⁷⁰ GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., pp. 221 y 222. Por su parte, Rafael BIELSA, cuando analizaba los efectos de la extinción, en sentido general, de la concesión en relación con las diversas situaciones respecto del concedente, destacaba de forma muy semejante a GRECA: “Pero si el poder concedente, por razones de urgencia, considera que el servicio debe seguir prestándose durante algún tiempo más, él puede obligar al

Enrique SAYAGUÉS LASO escribía sobre la circunstancia referida por GRECA, que no creía admisible la solución, salvo que surgiera de textos legales o cláusulas expresas de la concesión.⁶⁷¹

Para nosotros, los dos casos descritos de continuidad del concesionario en la concesión sin prórroga formal, son esencialmente idénticos, distinguiéndose entre sí en que el primero es tácitamente permitido y el segundo expresamente dispuesto. En ellos la situación de la concesión toma un carácter precario, subsistiendo hasta que el concedente decida terminarla y manteniéndola bajo las condiciones que preexistían antes de que finalizara el plazo. No implican prórroga, tácita o expresa, de la concesión. Ambos supuestos se fundamentan en la conveniencia para el interés general de que se mantenga la realización de la concedido hasta tanto se elimine, se reorganice o se entregue a otra persona para su ejecución.

B-) Sobre la reversión

Como ya se ha dicho varias veces, con el vencimiento del plazo de la concesión administrativa se produce la extinción de la relación concesional y con ello de los derechos y obligaciones que se crearon con el nacimiento de esa relación. Por ese motivo, con tal extinción se produce además una *reversión* o retorno del ejercicio de la actividad concedida a la Administración Pública, la cual lo había transferido temporalmente a través del acto de concesión.⁶⁷²

En la literatura jurídica donde, de un modo u otro, se toca el tema que nos ocupa - por ejemplo en autores de procedencia española,⁶⁷³ aunque no

concesionario a prestarlo en las condiciones pactadas, y, desde luego, el concedente está obligado a pagar al concesionario, si éste justifica derecho, alguna retribución suplementaria. Esto se funda en el principio de la *continuidad del servicio público*, bien entendido *sin perjuicio patrimonial del concesionario*.” Para BIELSA, el fundamento jurídico de esta atribución era la urgente *necesidad pública*. BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 146.

⁶⁷¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 77.

⁶⁷² En relación con la reversión de las concesiones y su trascendencia jurídica, ya hemos afirmado que existe en la bibliografía jurídica española un clásico estudio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que es clave y sentó cátedra en este punto y el que recomendamos como muchos otros lo han hecho ya: “El dogma...”, ob. cit., en todo. También, de manera resumida: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 800 y sigs.

⁶⁷³ Lo constatamos, entre otros, en las palabras de: CALVO SOTELO, Leopoldo, *Derecho Político y Administrativo*, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1927, p. 475; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., p. 448; DE LA VALLINA, Juan Luis, *Derecho*

es algo que se circunscriba en exclusiva a esa área de procedencia⁶⁷⁴ -, no dejamos de encontrar quienes se han referido a la *reversión* como la forma de extinción de la relación concesional por el transcurso del plazo.

Así, por ejemplo, Fernando GARRIDO FALLA refería que:

“La reversión constituye una forma normal de extinción del contrato de concesión por el transcurso del plazo por el cual fue otorgado. (...)”⁶⁷⁵

Esta calificación nos parece imprecisa, pues la *reversión* no es una forma extintiva, sino una consecuencia o efecto que provoca la cesación del vínculo concesional. El modo de extinción de la concesión, en este caso, es la expiración del plazo por el que ella se otorgó. La concesión no se extingue porque revierte a la Administración Pública; sino que por extinguirse la relación al vencerse el plazo de vigencia de la concesión es que lo concedido revierte o retorna al concedente.

Por otro lado, la *reversión* como efecto de la extinción de las concesiones administrativas no es un fenómeno exclusivo de su expiración por el vencimiento del término, sino que se manifiesta como consecuencia en otros tipos extintivos (en caso de rescate, caducidad, revocación o resolución por interés público, mutuo acuerdo, por ejemplo), al ser una cuestión relacionada con la recuperación del ejercicio de una esfera de actuación propia de la Administración Pública que concedió, pero manteniendo siempre su titularidad.

Por ello, no creemos procedente aceptar que se hable de *reversión* como forma extintiva relativa al transcurso del término de la concesión, porque entonces se estaría limitando formalmente el efecto de la *reversión* al supuesto exclusivo del cumplimiento del plazo concesional establecido, obviando así los demás supuestos en que este efecto se manifiesta y que no se relacionan propiamente con ese vencimiento.

Administrativo y Ciencia de la Administración, NOVA: Centro General de Oposiciones, Madrid, 1962, p. 413; CANO TELLO, Celestino A., ob. cit., p. 224; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad...*, ob. cit., p. 192; RIVERO Y SERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 3^{ra} edición (segunda en Civitas), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 354; ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al, *Principios...*, ob. cit., p. 586.

⁶⁷⁴ Entre los autores latinoamericanos: LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., p. 379.

⁶⁷⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., p. 448; también de GARRIDO FALLA, “Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios”, en *Revista de Administración Pública*, No. 45, Septiembre-diciembre, 1964, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 239.

De igual modo, hay un segmento de autores que se refieren a la *reversión* como la situación de paso al concedente de los bienes afectados a la ejecución del objeto de la concesión una vez extinguida esta.

Así, por ejemplo, el mexicano Miguel ACOSTA ROMERO hablaba del «derecho de reversión» como

“(…) una institución administrativa que opera en las concesiones y consiste en que una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público, o a la explotación de bienes del Estado, pasan a ser propiedad de éste sin necesidad de contraprestación alguna.”⁶⁷⁶

Para la profesora brasileña Lucía VALLE FIGUEIREDO:

“*Reversão é a incorporação dos bens da concessionária ao patrimônio do concedente, ou a cabo da concessão, seja qual for a hipótese da extinção.*”⁶⁷⁷

Sobre ese tipo de consideraciones conceptuales en torno a la *reversión* en las concesiones administrativas, creemos también que no es del todo precisa – al menos desde el punto de vista técnico jurídico –, pues la llamada «reversión de los bienes», en tanto estos bienes resultan el soporte material de la ejecución de lo concedido, es una consecuencia de la reversión a la Administración Pública concedente de la realización directa de la actividad cuyo ejercicio transfirió temporalmente al concesionario en virtud de la concesión administrativa. Revierten los bienes – que correspondan – porque opera la reversión de lo concedido a manos del concedente.

No está de más recordar que revertir significa, esencialmente: volver una cosa al estado o condición que tuvo antes, venir a parar una cosa en otra, y volver una cosa a la propiedad que tuvo antes, o pasar a un nuevo dueño. Por lo tanto, si bien en lo que a la *reversión* en la concesión administrativa atañe, los bienes pueden ser elemento visible, este fenómeno no involucra

⁶⁷⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., pp. 865 y 866. Para otro mexicano, Jorge OLIVERA TORO: “La reversión es el acto que tiene por objeto hacer que pasen a la propiedad del Estado todos los bienes afectos a la explotación de la concesión (instalaciones y obras), siempre y cuando ocurran las circunstancias que expresa la ley (por ejemplo: expiración del plazo de la concesión).”; OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7^{ma} edición, Editorial Porrúa, S.A. de CV, México, D.F., 1997, p. 236.

⁶⁷⁷ VALLE FIGUEIREDO, Lucía, *Curso de Direito Administrativo*, 9^a edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2008, p. 113. Ver también, entre otros: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso...*, ob. cit., p. 668.

solo a esos bienes, sino, primariamente, a las competencias que la Administración Pública transfiere como derechos al concesionario, además del soporte físico – los bienes – que se involucran en el ejercicio de la concesión administrativa.

De otro lado, aún en la senda de tener mejor precisión para la idea de la *reversión* en la concesión administrativa, y atendiendo al tipo de bienes involucrados en el retorno de lo concedido a la Administración Pública concedente, nos parece oportuno precisar que si bien la gran mayoría de autores, fallos y normas vigentes catalogan a la transmisión al concedente de los bienes propiedad del concesionario (que aporta al universo material que implica la ejecución del objeto de la concesión), como reversión de esos bienes a la Administración Pública, no han dejado de existir quienes critican el uso de esa terminología.

Para el español Fernando ALBI:

“(...) no tiene sentido cualquier alusión a los pretendidos derechos de los concesionarios con referencia a las instalaciones materiales. El concesionario carece de derechos respecto a las mismas; sólo tiene obligaciones: las de hacerlos funcionar y conservarlas. Es simplemente, en este aspecto, un agente de la Administración, un gestor del servicio, un administrador de las instalaciones. La terminología utilizada – como tantas veces ocurre – es defectuosa; en realidad, nada revierte a la Administración; nada recobra ésta, porque jamás perdió nada.”⁶⁷⁸

Por su parte, el argentino MARIENHOFF ha objetado esa expresión de la siguiente manera:

“(...) aunque gramaticalmente se le acepte como correcta en este sentido, en realidad no es de uso recomendable, por cuanto si los

⁶⁷⁸ ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 654. En el Derecho español, en una referencia al contexto de las concesiones de obras del siglo XIX, ROSADO PACHECO advertía: “En este contexto que hemos referido, parece claro que sólo cabe hablar del fenómeno de la reversión como de la vuelta a la Administración pública del derecho a la explotación de la obra, que durante un plazo determinado ha estado en manos del particular ejecutor de la misma, adquiriendo todo su contenido la titularidad pública del concepto jurídico administrativo de la obra pública. Por el contrario, resulta muy difícil designar el fenómeno de la reversión como una vuelta de los elementos materiales de la obra pública, puesto que han sido ya previamente amortizados por la propia Administración, a través de sus aportaciones en concepto de préstamo a interés, subsidio directo o garantía de interés mínimo.”; ROSADO PACHECO, Santiago, *El Estado administrativo...*, ob. cit., p. 87.

bienes aludidos nunca fueron del Estado, se presta a confusión decir que ellos “*revertirán*” a él. En estos casos es más propio hablar de “transferencia” de bienes del cocontratante al Estado, pues tal expresión aleja la duda a que me he referido.”⁶⁷⁹

A partir de lo anterior, podemos decir entonces que el análisis de la *reversión* en las concesiones administrativas involucra dos cuestiones esenciales: una que se refiere a la gestión directa de la actividad que se transfiere al concesionario, y que revierte a su titular, la Administración Pública, sin mayores traumatismos; y la otra, que está relacionada con los bienes que sirven de base a la gestión de lo concedido, cuestión ésta que adquiere mayor relevancia si la actividad concedida debe continuar realizándose, por cualquiera de las formas de gestión que existen, después de extinguido el nexo concesional. Es decir, que la continuidad y la regularidad de la ejecución de la actividad dada en concesión vendrán a determinar también la necesidad de reversión de los bienes que soportan materialmente dicha ejecución.

Hay que tener presente que el conjunto de bienes que sirven de soporte material a una concesión administrativa está integrado por una masa heterogénea de ellos. Así, los bienes vinculados al desempeño de la concesión, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, pueden ser bienes *demaniales* cuyo uso ha sido otorgado por la Administración Pública o bienes incorporados por el concesionario en función de la actividad que ejecuta; también pueden ser bienes inmuebles o muebles. Y por el papel que desempeñan dentro de la actividad que se desenvuelven, pueden tener un carácter imprescindible, necesario o no para su existencia. De manera general – y especialmente por el influjo de la doctrina francesa – se integran los bienes en tres categorías denominadas: *bienes de retorno*, *bienes de recuperación* y *bienes propios del concesionario*. Considerando los distintos bienes relacionados, el análisis sobre su destino, una vez expirado el plazo de la concesión, debe fraccionarse en tanto presentan particularidades distintas.

⁶⁷⁹ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo II-B, pp. 632 y 633. MARIENHOFF (p. 633) precisaba: “Los expositores tratan de justificar y explicar en estos casos el uso del vocablo “*reversión*”. Dicen que, en un principio, en la mayoría de los supuestos los bienes utilizados por el concesionario para prestar el servicio, eran del Estado; en virtud de ello, el lenguaje jurídico generalizó utilizando en todos los casos el vocablo “*reversión*”.” Entre los autores argentinos: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 626; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 239; MATA, Ismael, “Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos”, en AA.VV., *Contratos administrativos*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 296.

Si en la concesión existen bienes públicos involucrados, los derechos transferidos, que recaen sobre ellos, vuelven *ipso iure* a la Administración concedente. En este caso, si bien se habla normalmente de reversión de esos bienes, en verdad lo que retorna a la Administración Pública es el derecho de uso y disfrute sobre los mismos, que se otorgó en virtud de la concesión. Así como la tenencia de dichos bienes, que funge como presupuesto necesario para su uso y disfrute, y que le fue conferida al concesionario a raíz del vínculo concesional. En relación con estos bienes, creemos que no es necesario que se exprese en la letra del acto que retornarán a la Administración Pública, porque es, a nuestro entender, una operación lógica debido al derecho que tiene el concesionario sobre ellos y la naturaleza jurídica de tales bienes.

El grueso de los bienes que se vinculan a la concesión son los incorporados por el concesionario como acción necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión y que en dependencia de la función que se les asigna dentro de esa actividad, serán imprescindibles o no para su realización. Como se ha reconocido por la doctrina española,⁶⁸⁰ y resumido por VERA JURADO, son los bienes incorporados por el concesionario (en específico hablaba del servicio público) «los que plantearán una problemática más rica en consecuencias jurídicas».⁶⁸¹

En sentido general, un amplio grupo doctrinal concuerda en destacar que, después de extinguida la concesión, para que opere al concedente la transferencia de los bienes del concesionario afectados a la actividad concedida, dicha transferencia debe estar expresamente estipulada en la letra de la concesión o en la normativa vigente que regula esa relación; igualmente debe figurar expresamente en ellas cuáles serán esos bienes.

En consecuencia, el principio básico que rige en este sentido es el de que si no existe pronunciamiento expreso en la concesión o en las normas sobre la procedencia de la transferencia de los bienes del concesionario al concedente, después de finalizada la relación concesional por transcurso del plazo,

⁶⁸⁰ Vid.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La afectación de bienes al servicio público*, Escuela Nacional de Administración Pública, ENAP, Madrid, 1973, p. 17; SÁNCHEZ DÍAZ, José Luis, “La concesión en el régimen de utilización de los bienes de dominio público de las corporaciones locales”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 184, 1974, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 163; VERA JURADO, Diego José, “El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público”, en *Revista de Administración Pública*, No. 109, Enero-Abril, 1986, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 221.

⁶⁸¹ VERA JURADO, Diego José, ob. cit., p. 221.

estos bienes continúan en propiedad del primero;⁶⁸² aunque, el panorama doctrinal no ha estado exento de opiniones que matizan esta solución.⁶⁸³

Esta situación viene determinada por el hecho de ser la *reversión* una disposición de carácter exclusivamente económico, cuya naturaleza económica fuera resaltada por GARCÍA DE ENTERRÍA;⁶⁸⁴ y porque de esa forma se protegen los derechos patrimoniales del concesionario, especialmente su derecho de propiedad.⁶⁸⁵

⁶⁸² V. gr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 800 y 801; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo IV, *Instituciones Fundamentales. (Segunda Parte). Dominio Público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 267; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 77; MARIENHOFF, Miguel S, ob. cit., Tomo II-B, pp. 631 y 632; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención...*, ob. cit., p. 209, y *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 151; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 626; MATA, Ismael, “Régimen de los bienes...”, ob. cit., p. 294. Esa conclusión se desprende también de lo expresado por: BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 139; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 177; ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona. 1980, pp. 17 y sigs.; MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª edición, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 337; SALA ARQUER, José Manuel, *La liberación...*, ob. cit., pp. 179 y sigs.

⁶⁸³ Matizada aparece la opinión de Otto MAYER: “Si no se ha previsto nada en este sentido, el Estado o el municipio podrá elegir entre dejar que el empresario anterior disponga libremente de los medios que quedan o tomarlos para continuar la empresa, claro está, mediante indemnización (...).”; MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 176. Igualmente matizada es la afirmación que realizara Alcides GRECA: “(...) Cuando la empresa concesionaria ha sido autorizada para imponer precios o tarifas que le permitan, no sólo obtener el interés de su capital, sino recuperar paulatinamente su total inversión realizada, las obras e instalaciones del servicio deben pasar a poder de la Administración pública sin indemnización alguna. Puede determinarse, también, que al expirar el plazo, corresponderá al Estado adquirir las instalaciones pagando un precio (...).”; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., p. 221.

⁶⁸⁴ En su obra en coautoría con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, se concluía: “(...) la naturaleza exclusivamente económica de la cláusula de reversión que es hoy indiscutible. En función de dicha naturaleza se precisa el momento en que la reversión deberá producirse (...) y de acuerdo con ella se miden sus concretos efectos, que corresponde determinar al propio contrato, en el que han de precisarse los bienes que por estar afectados al servicio deben ser entregados gratuitamente a la Administración (*biens de retour*), y aquellos otros que por su utilidad para el servicio puedan revertir a la Administración, previo pago de su precio al concesionario (*biens de reprise*).”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 800.

⁶⁸⁵ Decía Miguel S. MARIENHOFF: “Si las partes nada estipularon acerca del destino de tales bienes, es evidente que éstos, al disolverse o extinguirse el vínculo contractual, seguirán perteneciendo a su dueño; es decir al cocontratante (“concesionario” en este caso). (...). El derecho de propiedad es, por principio, “*perpetuo*”, carácter que sólo cede por

Acercándonos más a los bienes aportados por el concesionario, que deberán ser entregados a la Administración Pública concedente por disposición expresa una vez extinguido el vínculo concesional, en este caso que nos ocupa a tenor de la expiración de su término, tenemos que distinguir aquellos bienes generalmente inmuebles que están afectados al desempeño de lo concedido y que presentan un carácter indispensable para su desarrollo (reciben el nombre de *biens de retour* en la denominación francesa).

De ordinario, se estipula que estos bienes pasen a manos del concedente de manera gratuita, sin costo alguno, si el concesionario recuperó la inversión que sobre ellos realizó. Para entender el por qué de esa operación gratuita no debe olvidarse que en el establecimiento del plazo de la concesión influye de manera marcada la recuperación económica del concesionario. Lo que hace que tal duración de la relación se prefije también en función de que el concesionario pueda recuperar el gasto en que incurrió por las inversiones realizadas, así como en función de que pueda obtener un cierto margen, mayor o menor, de ganancias (móvil principal que lo lleva a vincularse con el concedente en este nexo jurídico-administrativo).

Con ese presupuesto de base, el transcurso del plazo de la concesión debe señalar, para el concesionario, la recuperación del valor de esos bienes más la obtención del plus ganancial. Por lo tanto, es esa recuperación patrimonial con la respectiva producción de dividendos, ligada a la necesidad de la Administración Pública de continuar (directa o indirectamente) la realización del objeto que se concedió, y de lo indispensable de esos bienes para lograr dicha realización, la que hace que la transferencia de los bienes que aquí nos ocupan, del concesionario al concedente, adquiera un carácter gratuito, pues, ante esa realidad, no existe causa jurídica suficiente para amparar una posible reclamación del concesionario en la que exija del

las causas que establezca el derecho objetivo o que las partes señalen en sus convenios. De modo que si los interesados nada dijeron acerca del ulterior destino de los bienes particulares del concesionario, tales bienes continuarán perteneciéndole al mismo, quien entonces podrá disponer de ellos. En tal caso, el Estado no puede apropiarse de los bienes del concesionario sin cumplir con los requisitos de la Ley Suprema sobre expropiación: de lo contrario cometería un despojo.”; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, pp. 631 y 632. En similar cuerda se movía Juan Carlos CASSAGNE cuando acotaba: “En rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de perder el dominio no se presume (como en general, la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva.”; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención...*, ob. cit., p. 209.

concedente el pago de su valor por la cesión establecida; dicho valor deberá estar amortizado al cumplirse el plazo.

La cuestión de la gratuidad de la *reversión*, como principio, ha sido analizada en extenso por la doctrina. Es hoy una conclusión acogida por los teóricos con cierto pacifismo, que esa gratuidad en relación con los bienes aportados por el concesionario, operará sólo si durante el tiempo de ejecución de la concesión el concesionario pudo recuperar la inversión realizada.⁶⁸⁶

De otro lado, están asimismo otros bienes del concesionario que igualmente se utilizan en la ejecución de la actividad concedida, pero que su carácter necesario en relación con esa ejecución es más atenuado que los del párrafo anterior. Estos bienes también pueden ser determinados como que pasan al concedente, de ahí su condición de decisión facultativa. Y por ellos deberá también pagar este último un precio al concesionario si la inversión que sobre ellos ha realizado este último no ha sido amortizada durante el período de ejecución de la concesión. Por lo que esta adquisición tiene un carácter oneroso para el concedente (en la nominación francesa son *biens de reprise*).

⁶⁸⁶ Al respecto, sirvan como botón de muestra – en referencia numéricamente mínima al respecto –, lo expuesto por: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 800 y 801; SALA ARQUER, José Manuel, *La liberalización...*, ob. cit., pp. 180 y 181. En otro tipo de opinión que creemos necesario destacar, en un sentido marcadamente a favor del capital privado, el profesor español Gaspar ARIÑO ORTIZ atacaba el valor económico y financiero de la *reversión* en las concesiones administrativas, en los siguientes términos: “(...) desde un punto de vista económico y financiero, la reversión (se entiende, gratuita) es un absurdo, un elemento dañino y contraproducente para la promoción, extensión y conservación de los grandes servicios públicos como son los teléfonos, el transporte aéreo o el servicio eléctrico. El volumen de inversiones en estos campos es tal y tan continuo, que resultaría prácticamente imposible su amortización (y por tanto, prohibitiva su realización) por el sector privado. Dicho de otro modo: afirmar la reversión equivaldría a forzar la retirada del capital privado en la gestión de estos servicios. La renovación y reposición continua de nuevas instalaciones, capaces de hacer frente a la demanda creciente, se verían absolutamente imposibilitadas ante la perspectiva de su reversión, pues por largo que fuese el plazo de ésta, sembraría de inseguridades el mercado de capitales, y supondría una elevación tal de las tarifas a percibir (elevación forzada por la necesidad de amortizar dentro del plazo) que haría inviable el servicio. Así pues, el mecanismo reversional vendría a ser en estas concesiones, de tan elevadas cifras de inversión (en todas lo es, pero especialmente en estas), no un factor de garantía, sino un factor de distorsión económica, gravemente perjudicial para el servicio, agravándose ello en las fases finales de la concesión.”; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado...*, ob. cit., p. 342.

Cuando se dispone el mencionado movimiento de bienes del concesionario al concedente, ya sea de modo gratuito u oneroso, adquiere una fuerza importante la obligación (ya presente de por sí en el caso en que se involucren bienes públicos) que nace para el primero de conservar en buen estado esos bienes, y la necesaria vigilancia y control del segundo para que se cumpla esa conservación, porque la entrega en buen estado de tales bienes garantizará la consecuente continuación de la actividad referida.

Sobre los bienes propiedad del concesionario, que no entran en las categorías de bienes anteriormente reseñadas (*bienes de retorno* y *bienes de recuperación*) y que son los denominados *bienes propios del concesionario*, hay que decir que se mantienen estos en el patrimonio del concesionario. Si el concedente desea adquirirlos también debe hacerlo pagando por ellos, salvo que se establezca o estipule otra cosa en el marco jurídico ordenador de la concesión administrativa en cuestión.

VI.3-) La extinción de la concesión administrativa antes del vencimiento del plazo

Varias son las causales por las que se puede llegar a dar por terminada una concesión administrativa con anterioridad al transcurso del tiempo que se le fijó.

Sin embargo, las formas o medios para extinguir esa relación jurídica, y que están ligadas a esas causales son: la *revocación*, si la concesión está considerada como un acto administrativo; o la *resolución*, si se entiende como un contrato administrativo; y la *nulidad*.

Estaremos en presencia de la *revocación*, cuando la Administración Pública, mediante un acto administrativo, extingue un acto administrativo anterior fundándose en motivos de interés público (oportunidad, mérito o conveniencia). Por lo que al ser formalizada la concesión a través de un acto administrativo, su cese anticipado se puede lograr mediante un pronunciamiento posterior con ese objetivo, proveniente de la autoridad administrativa que dictó el primero o de otra autoridad con competencia al efecto y sobre la base de motivos de interés público u oportunidad. La *revocación* de la concesión administrativa es un medio exclusivo de la entidad administrativa concedente - u otra con competencia al efecto -, por la naturaleza del nexo, del acto y del sujeto, siendo ajena por completo su utilización para el concesionario.

A diferencia de lo que acontece en la concesión como acto administrativo, en el contrato de esa índole, la forma de extinción anticipada

característica es la *resolución* (también se le ha dado el nombre de *rescisión*⁶⁸⁷ o *résiliation*).

El italiano Francesco MESSINEO planteó que la *resolución*

“(...) presupone un contrato perfecto, pero además un evento so-
brevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de
la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún
modo altere las relaciones entre las partes tal y como se habían cons-
tituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución)
del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, por-
que se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición
de intereses, cuya expresión constituye el contrato (...).”⁶⁸⁸

La doctrina francesa, principalmente, ha elaborado una interesante cla-
sificación o distinción de la *résiliation* (rescisión o resolución) de los con-
tratos administrativos.⁶⁸⁹ Creemos oportuno reseñarla aplicándola al terreno
específico de las concesiones administrativas, *mutatis mutandis*, tanto desde
su enfoque contractual (resolución) como del unilateralista (revocación),
según han tenido lugar en la doctrina.

Así las cosas, se ha clasificado a la *resolución* de las concesiones admi-
nistrativas atendiendo a su fundamento en: *resolución sin culpa* o *sin falta* y
en *resolución por (con) falta* o *por culpa* (*résiliation aux torts*).

Estaremos en presencia del primer supuesto cuando la causa de la *re-
solución* no sea un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el
acto concesional o en la normativa vigente, imputable al concesionario o al
concedente; mientras que la segunda vendrá determinada por lo contrario,
es decir, motivada por un incumplimiento de tales obligaciones achacado al

⁶⁸⁷ Dentro de los estudiosos que han puesto su atención en las cuestiones que suscitan los
contratos administrativos, no dejan de contarse los que destacan que la *resolución* y la
rescisión son dos formas extintivas diferentes y, en consecuencia, no son dos figuras iden-
tificables entre sí. Esta idea tiene su claro asiento en la distinción que en el ámbito civil se
hace de las referidas categorías, como lo reconocen abiertamente los que así sostienen lo
anterior. Al respecto puede verse como sostenedor de ese planteamiento, entre otros, a:
GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, “Rescisión y resolución de los contratos administrativos”, en
Revista de Estudios Políticos, Volumen IV, Año II, No. 8, Octubre, 1948, Madrid, pp. 250 y
sigs.; también VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes...*, ob. cit., pp. 461 y sigs.

⁶⁸⁸ MESSINEO, Francesco, ob. cit., p. 522.

⁶⁸⁹ Cabe mencionar, entre otros, a: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 174 y
sigs.; PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., pp. 390 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique
et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 143 y sigs.; RIVERO, Jean, ob. cit., p. 144. Fuera de
Francia a: GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, ob. cit., pp. 250 y sigs.

concesionario, a la Administración o a ambos (a esta última JÈZE la denomina *rescisión por culpa común*⁶⁹⁰). La *resolución por culpa* es una especie de sanción a imponer cuando el infractor o sujeto sobre el que recae la culpa es el concesionario y se especifica con el nombre de *caducidad*.

La *resolución* de la concesión administrativa puede ser también *facultativa (discrecional)* u *obligatoria, de derecho o de pleno derecho*. Esta última se configurará cuando expresamente, en el acto o en la normativa (de ahí que se subdivida en *resolución de pleno derecho prevista por el contrato y prevista por la ley*), se señale que ante ciertos acontecimientos procederá con carácter necesario u obligatorio la resolución o revocación del vínculo. Mientras que la *resolución facultativa* se constituye cuando se deja abierta, por el contrato o las normas, la posibilidad de que al ocurrir determinados eventos el concedente declare o no resuelta la concesión o el concesionario solicite dicha acción extintiva.⁶⁹¹

Atendiendo a la autoridad que pronuncia la resolución, ésta se particulariza en *resolución jurisdiccional o judicial*, cuando es pronunciada por el juez encargado de conocer de las controversias originadas a raíz de la concesión a instancia de una de las partes,⁶⁹² y en *resolución administrativa*, cuando la Administración puede decidir unilateralmente dicha resolución. Esta segunda especie puede venir establecida en la letra del acto de concesión o en las reglamentaciones al efecto.

En relación con el sujeto que insta la *resolución*, la misma puede ser *resolución de la concesión administrativa a instancia del concedente o del concesionario* o *por decisión de ambas partes (mutuo acuerdo, resolución amigable o convencional)*.

Igualmente, y siguiendo el criterio de si la *resolución* conlleva indemnización o no, pueden agruparse en *resolución con indemnización* y *sin indemnización (pura y simple)*.

Hay que destacar que ninguna de esas clasificaciones es excluyente entre sí, sino que, como responden a criterios de agrupación con finalidad esencialmente metodológica, que muestran diferentes ángulos de visualización del mismo fenómeno, un supuesto dado de *resolución* o de *revocación* de la concesión administrativa puede estar sometido a la vez a varias de ellas.

⁶⁹⁰ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 183.

⁶⁹¹ Ver lo que explicaba Gastón JÈZE para las hipótesis de la rescisión facultativa por la Administración en *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 175 y sigs.

⁶⁹² DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 147.

Pasemos entonces a considerar las causas de extinción anticipada de la concesión administrativa, con la precisión por delante que estas causas pueden estar relacionadas ya con la persona o las condiciones personales del concesionario; ya con el objeto de la concesión administrativa; ya con la voluntad de las partes; ya con el desenvolvimiento de las partes en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el marco jurídico ordenador de la relación concesional de que se trate; ya con la apreciación del interés público y la conveniencia de no sostener la vigencia de la concesión administrativa.

A-) La extinción del concesionario

La extinción del concesionario como causa de terminación de las concesiones administrativas se fundamenta en el indiscutido carácter *intuitu personae* de esta figura. Dicho carácter plantea la cuestión de que si el concesionario deja de existir, también debe plantearse, en principio, el cese del vínculo que le une al concedente.

Dentro de esta causal debemos distinguir dos situaciones diferentes, en atención a la naturaleza del concesionario:

- en el supuesto que el concesionario sea un empresario individual, una persona natural, la extinción de la concesión por esta causal se planteará a partir de la muerte del mismo, o de la declaración judicial de presunción de muerte, así como de la desaparición o declaración judicial de ausencia de dicha persona.
- en el supuesto que el concesionario sea una persona jurídica, un empresario social, la extinción se planteará a partir de la disolución, fusión con otra entidad, absorción por otro ente, o escisión en dos o más personas.

En sentido general, la doctrina está conteste en reconocer la extinción del concesionario como evento que puede provocar la cesación del vínculo concesional. Donde se han confrontado criterios encontrados en relación con este tema, ha sido en las consecuencias precisas que para la concesión administrativa trae la extinción del concesionario; así como en la calificación de la forma de extinción concesional que opera a tenor de esa causal.

Ajustándonos a la primera de esas ideas, tenemos que, para nosotros, la extinción del concesionario debe plantear, en principio, y como regla, la terminación obligatoria de la concesión administrativa, apoyándonos en el carácter *intuitu personae* de dicha institución. Sin embargo, la viabilidad de esa regla estará en dependencia de los pronunciamientos que al respecto se

hagan en la letra de la concesión administrativa en concreto o en las disposiciones normativas correspondientes.

En efecto, esa regla de la extinción obligatoria cede su espacio cuando se dispone normativamente o en el acto en cuestión, que a la muerte de la persona natural concesionaria, o cuando se fusione, se absorbe o escinda una sociedad, sus herederos, resultante, entidad absorbente, o continuadores, ocupen en la relación concesional el lugar que ostentaba el concesionario primitivo. La aparición de este tipo de disposiciones responde principalmente a la necesidad de mantener la continuidad en la realización de la actividad concedida, evitando perturbaciones en la misma, cuando esa actividad reviste una marcada importancia para el interés de la colectividad.

En lo atinente a la concesión de servicio público, se ha planteado⁶⁹³ que el caso en que se dispone que a la muerte del concesionario no se extingue de pleno Derecho la relación, sino que los herederos del causante pueden continuar con su realización, es expresión de la idea de conciliar las necesidades del servicio público con los derechos que los causahabientes obtienen del causante. A lo que añadimos que debe exigirse a los herederos y al continuador luego de la escisión, para tal sucesión, mantener la aptitud económica y técnica necesaria a los fines de continuar ejecutando lo establecido, pues en ambos casos es dable que se produzca una afectación en la solvencia económica de los mismos, que pueda obstaculizar el normal desempeño de la actividad concedida.

Desde nuestra perspectiva, esta idea de continuidad en la concesión de los herederos y demás continuadores sólo puede ocurrir bajo disposición expresa de un texto legal o concesional. El silencio al respecto no da lugar a presunciones favorables, ya que, de lo contrario, se violentaría el principio personal de las concesiones administrativas.

No debe olvidarse tampoco que en materia concesional no siempre es criterio único de adjudicación las condiciones económicas del sujeto, sino que se exige también la concurrencia de otras condiciones como las personales. En consonancia, puede ocurrir que esos sucesores o continuadores estén aptos económicamente para garantizar la continuidad de la ejecución de la concesión, pero si no concurren en ellos otros requerimientos personales (que por ser personales varían de un sujeto a otro, con independencia de que estén estrechamente relacionados) exigidos con carácter necesario

⁶⁹³ Ver en este sentido: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 118 y Tomo III, ob. cit., p. 183; y COUDEVILLE, Andrée, ob. cit., p. 62.

para desarrollar sin perturbaciones el objeto de la concesión, no será atinado, en función del interés general, otorgarle automáticamente la concesión de que se trate al heredero o continuador al extinguirse el concesionario originario.

Circunscribiéndonos ahora a la calificación de la forma de terminación de la concesión, que opera a raíz de la extinción del concesionario, veremos que ha habido interesantes divergencias.

Así, hay escritores que han sostenido que por la extinción de concesionario se configura en supuesto de caducidad.⁶⁹⁴ Una salida de este tipo, a nuestros ojos, no es más que el resultado de imprecisiones técnicas y confusiones terminológicas, en algunos casos con asiento en el orden positivo del país o los países al que pertenecen los doctrinantes que así se han expresado.

Según hemos podido insinuar previamente, la caducidad de la concesión es un supuesto particular de resolución o revocación (allí donde cada modalidad proceda de acuerdo con la naturaleza jurídica de la concesión que se acoja) que se fundamenta en un incumplimiento grave y culpable por parte del concesionario de las obligaciones que le vienen impuestas con motivo del nexo concesional.

En consecuencia, al incluir como supuestos de caducidad de la concesión administrativa a la extinción del concesionario, los autores que así lo hacen incurren en una extensión poco consecuente del contenido de esa figura extintiva, partiendo de una visión superficial del fenómeno (sólo por la cuestión externa de que esa extinción e incapacidad repercuten en el cumplimiento de las obligaciones que sobre el extinto o incapacitado pesaban a tenor de la concesión). Propiciando con su posición imprecisiones técnico-jurídicas, pues reúnen bajo una misma figura supuestos de terminación concesional que son en sí bien diferentes (por incumplimientos de gravedad y culpables de las obligaciones, por extinción e incapacidad del concesionario), con

⁶⁹⁴ V. gr.: LENTINI, Arturo, ob. cit., p. 601. El español LÓPEZ SALLABERRY, R., "Cuestiones de Derecho Administrativo", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año XXVIII, Tomo LVI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, p. 770, al amparo de la legislación española de ferrocarriles entonces vigente; también otro español, FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, "Teoría jurídica...", ob. cit., p. 80 y *Los contratos administrativos*, ob. cit., p. 203. En idéntico sentido para Cuba, por la entonces vigente Ley de Ferrocarriles de factura española: GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, Tomo II, La Habana, 1883-1954, p. 218. Ver, igualmente como discurrían: el colombiano PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 418; y el argentino BERÇATIZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 347 y 348.

consecuencias y regímenes jurídicos distintos a partir de que tienen presupuestos fácticos también divergentes.

B-) La incapacidad sobrevenida del concesionario

Durante la ejecución de la concesión administrativa el concesionario puede verse afectado en su aptitud o capacidad para el desarrollo normal de la actividad concedida. De ahí que a la Administración Pública se le plantee entonces, ante esa situación, la disyuntiva de extinguir o no ese vínculo jurídico-administrativo, en función del interés colectivo.

La incapacidad sobrevenida del concesionario ha sido otra de las causas reconocidas que puede llevar a la extinción de la concesión y se fundamenta asimismo en el personalismo (*intuitu personae*) como característica de las concesiones.

Al sobrevenir la incapacidad del concesionario para el desempeño de la actividad concedida, se alteran las condiciones que confluyen en torno a su persona y que llevaron a otorgarle la concesión, provocando además la afectación de su aptitud para cumplir con las obligaciones que todo nexo concesional impone. Por lo que al trastocarse el presupuesto personal de la relación será necesario replantearse la conveniencia o no de su subsistencia para el interés público.

Los eventos que inciden negativamente en la capacidad del concesionario para el desempeño del objeto de la concesión y para el mantenimiento entonces del vínculo, pueden manifestarse en dos vertientes: afectando en sentido general su capacidad de obrar (de realizar eficazmente actos jurídicos) o sólo su aptitud para la realización efectiva de determinados actos jurídicos de contenido económico (como los que toda concesión implica).⁶⁹⁵

En relación con la persona natural como concesionario y su capacidad general de obrar, su incapacidad puede originarse por declaración judicial.

Atendiendo específicamente a la aptitud económica, en el caso de la persona natural, ésta puede verse afectada por la imposición de alguna sanción que le impida ejecutar actos de la índole de la concesión administrativa.

Igualmente, y ya en relación tanto con el empresario individual como con el empresario social (persona jurídica), el supuesto clásico de incapacidad

⁶⁹⁵ En relación con esa aptitud económica, Renato ALESSI señalaba: “La concesión, como sabemos, presupone una cierta potencialidad económica del concesionario, por lo que si esta potencialidad desaparece, es obvio que debe extinguirse también la concesión.”. ALESSI, Renato, *Instituciones...*, Tomo I, ob. cit., p. 177.

económica sobrevenida del concesionario que puede motivar la extinción de la concesión se cifra en la *quiebra*, que es una institución que se le aplica exclusivamente a los empresarios y se declara cuando éstos están en estado de insolvencia, limitándoles su capacidad de obrar, al no poder continuar en el ejercicio de su empresa mientras subsista ese estado.

Otros supuestos que también se reconocen, en el sentido que aquí nos ocupa, son la suspensión de pagos (que se obtiene por declaración judicial a través de la cual el empresario insolvente o con solvencia, pero sin recursos líquidos para cumplir sus obligaciones, se le permite convenir con sus acreedores una rebaja en la cuantía de sus obligaciones o un aplazamiento en el cumplimiento de ellas), el concurso de acreedores o civil y el acuerdo de quita y espera.⁶⁹⁶

Al igual que en el caso de la extinción del concesionario, las principales discusiones en torno a la incapacidad sobrevenida de este como causa de culminación de la relación concesional, giran alrededor del planteamiento de si produce o no la resolución o revocación obligatoria de la concesión y de la modalidad extintiva que procede en su virtud.

Sobre la cuestión de si la incapacidad sobrevenida del concesionario provoca o no la extinción obligatoria de la concesión administrativa, creemos que en principio debemos atenernos a lo que la normativa vigente o la propia concesión disponen, en función de lo más adecuado en este sentido para el interés general. Mas, en caso de silencio de las normas o del acto al respecto, consideramos que lo más consecuente con el carácter *intuitu personae* de la institución concesional es que proceda como regla general la extinción siempre que lo aconseje el interés público.

Alrededor de la modalidad extintiva de la concesión administrativa que opera en razón de la incapacidad sobrevenida del concesionario, también es posible señalar que ha habido criterios divergentes.

Puede constatar que hay quienes han observado que el supuesto extintivo al que nos referimos tipifica, al igual que el supuesto de extinción del concesionario, un caso de caducidad de la concesión.⁶⁹⁷ De esto tenemos

⁶⁹⁶ Ver, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 805 y 806; PARADA, Ramón, ob. cit., Tomo I, pp. 309 y 345; MORELL OCAÑA, Luis, ob. cit., p. 316; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, “La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obras”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 77, 1993, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 51.

⁶⁹⁷ Vid.: BERTHÉLEMY, Henry, ob. cit., p. 620; LENTINI, Arturo, ob. cit., p. 601; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., p. 80 y *Los contratos administrativos*,

que decir que son de aplicación aquí las consideraciones por nosotros apuntadas en el acápite referente a la extinción del concesionario y que hacemos extensivas a este caso de ahora, remitiéndonos a ellas para no pecar de reiterativos.

C-) La falta de objeto sobrevenida en la concesión

La falta de objeto sobrevenida es una causa de extinción prematura de las concesiones administrativas vinculada al elemento objetivo de las mismas. Es decir, se refiere al soporte o sustrato material (el servicio, la obra y el bien públicos) sobre el que se fundamenta el ejercicio de los derechos otorgados por el concedente al concesionario. En consecuencia, si mientras se está ejecutando la concesión llega a faltar el elemento material (el servicio, la obra o el bien públicos) sobre el que recae, los derechos concedidos carecerán objetivamente de contenido y, por lo tanto, se producirá su extinción por la falta posterior de uno de los presupuestos de hecho (el objetivo) que toda relación concesional implica.⁶⁹⁸

En lo atinente a esta causal extintiva, hay que considerar que la desaparición posterior del objeto de la concesión administrativa puede provenir de un acontecimiento material u objetivo, de un hecho jurídico exterior o independiente de la voluntad de los sujetos relacionados con el vínculo concesional; o igualmente puede derivar de una decisión o acto de un ente público. En cuanto a la forma en que posteriormente puede faltar el objeto, ésta puede ser materialmente considerada (afectando físicamente su existencia) o desde el punto de vista jurídico (que lo que conlleva es el cambio de situación jurídica de dicho objeto sin afectar su existencia física). Es oportuno aclarar que, normalmente, la falta de objeto en sentido objetivo o material sobreviene por un acontecimiento o hecho jurídico exterior a la voluntad de determinado sujeto y la falta en sentido jurídico se produce, comúnmente, por decisión o acto de una entidad pública.

ob. cit., p. 204. En idéntico sentido para Cuba, por la entonces vigente Ley de Ferrocarriles: GOVÍN Y TORRES, Antonio, ob. cit., p. 218. Además: PAREJA, Carlos H., ob. cit., pp. 422 y 423; VARAS CONTRERAS, Guillermo, ob. cit., p. 296; SARRÍA, Félix, ob. cit., p. 300; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 347 y 348; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicio públicos municipales*, ob. cit., p. 193.

⁶⁹⁸ Aquí estamos en presencia de un supuesto típico de lo que una parte de la doctrina cataloga como *decadencia* o *decaimiento* de la concesión, al tiempo de referirse a las formas de extinción de dicha relación. Al respecto (para la calificación de *decadencia*) puede ver, entre otros, a: GABRIELI, Francesco Pantaleo, ob. cit., pp. 212 y 213. Igualmente: al uruguayo MÉNDEZ, Aparicio, *Notas para un Estudio Sobre los caracteres de la Revocación*, Imprenta “El Siglo Ilustrado”, Montevideo, 1949, pp. 9, 10 y 11.

Acercándonos específicamente a la falta de objeto sobrevenida materialmente considerada, emanada de un evento no vinculado a la voluntad de los sujetos de la concesión, debemos decir que es necesario distinguir dos situaciones: una que opera de forma general para todo tipo concesional, y donde esa falta se configura a partir de un acontecimiento que destruye los bienes que soportan materialmente la actividad concedida; y otra que es típica de las concesiones de explotación de ciertos bienes de dominio público y que se nos perfila cuando ocurre el agotamiento del bien o recurso que se explota o que se obtiene con la explotación (es el caso del agotamiento de los minerales en las minas, de los pozos de petróleo o gas, del agua, de los recursos pesqueros en una zona determinada, etc.). En este último caso, el bien concedido no desaparece, sino que subsiste físicamente, pero su utilización o explotación ya no puede realizarse en el sentido que dicta la concesión administrativa en cuestión, al agotarse la fuente de los rendimientos que de él se obtenían. Es menester acotar que, en el primer supuesto reflejado, la falta de objeto sobrevenida se produce por un evento de fuerza mayor y, el segundo, es el resultado natural de la explotación del mismo cuando el recurso es no renovable o no se renueva.

En relación con las consecuencias de la falta de objeto por esta vía exterior, que no es imputable a la acción o voluntad de la Administración Pública o sujeto alguno, sino que le es ajena a ellos, debe entenderse, por esa razón, que la extinción del nexo concesional no lleva aparejada la indemnización a favor del concesionario.

Según dijimos, la falta del objeto sobre el que recae la concesión administrativa puede sobrevenir además por un acto jurídico de un ente de poder público. En este caso, de ordinario, no estamos en presencia de una desaparición material del objeto o de su agotamiento físicamente considerado, sino que el objeto, al cambiar su situación jurídica producto de ese acto, deja de existir desde el punto de vista jurídico a los efectos de la institución concesional. Por lo que los derechos concedidos pierden su soporte o sustrato jurídico, quedando igualmente sin contenido.

El supuesto más nítido de la falta de objeto sobrevenida en sentido jurídico, se produce en las concesiones de bienes públicos, donde el bien concedido puede ser desafectado, lo que provoca un cambio de naturaleza jurídica, de bien público a bien de carácter privado. Lo que hace entonces incompatible la naturaleza de los derechos que se otorgan por la concesión con el bien a los que dichos derechos se referirán.⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ Otto MAYER escribía: "(...) En este caso el derecho de uso creado se extingue al mismo tiempo. Pierde su objeto. En efecto, un derecho de uso regulado por el derecho público

Ese supuesto puede tocar también a la concesión de servicio público cuando se produce la despublicación del mismo, y pasa a regularse en otro régimen jurídico que no implica, en principio, reserva de titularidad de su prestación por parte del Estado o la Administración Pública.⁷⁰⁰

En cuanto a los efectos que provoca en la concesión la falta de objeto sobrevenida por un acto jurídico de una entidad pública, el francés André DE LAUBADÈRE (refiriéndose a la *résiliation* de los contratos administrativos resultante de la desaparición del objeto del contrato) distinguía entre la desaparición del objeto derivado de una medida particular tomada por la Administración, supuesto en el que para DE LAUBADÈRE procede entonces una indemnización por daños y perjuicios a favor del concesionario; y la desaparición producida por una medida general susceptible de alcanzar a otros administrados (y no sólo a un concesionario en específico), donde según ese francés no procede una indemnización por daños y perjuicios, pues aquí opera un supuesto de *fait du prince*. Por lo que la solución en este sentido es la que normalmente va aparejada a un hecho de este tipo.⁷⁰¹

Antes de finalizar este acápite, queremos traer a colación una acotación de Fernando GARRIDO FALLA, realizada en torno a la pérdida del objeto como causa de extinción de los contratos administrativos (el español es otro de los que consideraba a la concesión administrativa como un contrato de esa índole, de ahí que sus palabras involucren a la concesión).

GARRIDO FALLA,⁷⁰² apoyándose en lo escrito por André DE LAUBADÈRE,⁷⁰³ precisaba que la doctrina y la jurisprudencia francesas entienden que los casos en que el contrato se transforma sustancialmente por consecuencia del ejercicio de la prerrogativa administrativa, o cuando la Administración

no puede existir sobre una cosa sometida al comercio del derecho civil (...); MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 262. Para Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO: “La concesión de uso implica necesariamente la existencia de un bien público. Esa *figura iuris* tiene como presupuesto la ocupación o la utilización privativas del dominio público, en el cual se ejerce un uso especial o diferencial. No puede concebirse jurídicamente la concesión de uso sino sobre un bien afectado al *uti singuli* o al *uti universi*. Es lógico, por consiguiente, que la desafectación que subtrae al bien público de ese destino extinga la concesión. La cesación de la “dominicalidad” pública implica apodícticamente la cesación de todo uso, sea el uso común o el uso especial. La desafectación produce *ipso iure* la extinción de la concesión de uso.” VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo IV, p. 293.

⁷⁰⁰ Ver, por ejemplo: GASPARINI, Diogenes, ob. cit., p. 858; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 820.

⁷⁰¹ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 146.

⁷⁰² GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., p. 137, nota 46.

⁷⁰³ DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 145 y 146.

decide darlo por terminado, son casos de rescisión por desaparición del objeto. Y señala seguidamente:

“Nosotros hemos incluido estos casos entre los de extinción por razones de interés público y, desde luego, entendemos que está claro que aquí no “hay pérdida o desaparición del objeto”.

Hemos recurrido a las palabras reproducidas del profesor español porque tenemos un margen de coincidencia con él en apreciar que la modificación sustancial del objeto de la concesión no tipifica un supuesto de falta de objeto sobrevenida. En caso de tal transformación no sobreviene una falta de objeto, ni en sentido físico ni en sentido jurídico, sino que a los efectos de la concesión el objeto subsiste. Lo que acaece es un cambio en las condiciones objetivas iniciales de la concesión, que provocan una alteración en la ecuación financiera y puede ello derivar entonces en la extinción del vínculo concesional. La terminación de la relación por la modificación de su elemento objetivo configura otra causa extintiva diferente a una posterior ausencia de dicho elemento, simplemente porque en la situación primera nunca llega a faltarle el objeto a la concesión administrativa.

D-) La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión

Durante el tiempo en que se desenvuelve la concesión administrativa, puede acontecer que ocurra alguna circunstancia que incida negativamente en el desarrollo de la misma, tornando imposible definitivamente que el concesionario cumpla con las obligaciones adquiridas a raíz del vínculo concesional e imposibilitando así la ejecución de la concesión. Normalmente, esta circunstancia debe aparecer prevista en la letra de la concesión o en las normas jurídicas que la regulan, relacionándose además su acaecimiento como una causa por la que se puede extinguir ese nexo jurídico administrativo.

La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión es un motivo de extinción que se vincula directamente con el elemento objetivo de la relación concesional; y, como tal, tiene relación con la falta de objeto sobrevenida, que es otra situación que hemos dado como causal de cese de la concesión administrativa. Máxime si esa falta es una vía por la que se llega a la imposibilidad material de ejecución de la concesión.

Sin embargo, nosotros nos referimos a ellas como causas diferentes de extinción de las concesiones,⁷⁰⁴ pues entendemos que como supuestos de hecho difieren.

En la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión, por el evento que afecta la relación concesional no se pierde el sustrato o soporte material de la misma. En ella, el objeto de la concesión no llega a faltar, no desaparece, ni física ni jurídicamente, ni se agota; sino que mantiene su existencia. Lo que dicho evento produce, básicamente, es que, con el objeto subsistente, el concesionario se ve imposibilitado radical y definitivamente de efectuar las prestaciones a las que se había obligado en virtud de la concesión, pues hay un impedimento insalvable que no hace posible esa realización. En suma, la diferencia entre un supuesto y el otro estriba, en esencia, en la continuidad existencial del objeto sobre el que recae la concesión una vez acaecido el evento.

Con miras a un tratamiento consecuente de la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión como causa de terminación de la relación concesional, debe distinguirse la naturaleza de los eventos que pueden dar origen a esa imposibilidad. Para lo cual tomaremos como punto de partida la vinculación que dicho evento tenga con la voluntad de un ente público. En consecuencia, esa imposibilidad podrá darse por un hecho ajeno a la voluntad del concesionario y del concedente o será motivado por una decisión de una entidad pública.

De lo expuesto en el párrafo anterior se puede colegir que un primer camino para lograr esa imposibilidad es a partir de la acción, sobre la concesión, de un hecho exterior, no voluntario, con carácter imprevisto e inevitable o irresistible; o, lo que es lo mismo, mediante la acción de un evento de fuerza mayor.

Como ha puesto de relieve el imprescindible Gastón JÈZE:

“(...) tres condiciones son esenciales para que exista caso fortuito o fuerza mayor:

1^a) el hecho invocado debe ser *independiente de la voluntad del contratante*;

⁷⁰⁴ El mexicano Miguel ACOSTA ROMERO asumía bajo el subtítulo de *Falta de objeto o materia de la concesión* los siguientes casos: “Si se hace imposible la prestación del servicio público, o se agotan los minerales en la concesión minera, la consecuencia será que la concesión se extinga por falta de objeto o materia.” ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., p. 868.

- 2^a) el contratante no debe haber podido *prever*, ni *prevenir*, ni *evitar* el hecho invocado;
 3^a) debe colocar al deudor en la *imposibilidad absoluta* de cumplir sus obligaciones.”⁷⁰⁵

Bajo la rúbrica de *fuerza mayor*, se reúnen la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión y la falta de objeto sobrevenida, siempre que ambos estén provocados por un hecho de la índole del descrito con antelación.

En materia de concesiones, podemos encontrar autores⁷⁰⁶ que, al tratar el tema de las causas extintivas, analizan como una de esas causas el incumplimiento por fuerza mayor, sin mayores distinciones, unificando en ella todos los casos de ese supuesto. De la forma en que nosotros enfocamos los motivos de extinción de las concesiones administrativas, se apreciará que, metodológicamente, hemos preferido tratarlos a partir de otro criterio de sistematización diferente, que no engloba en una misma causa, precisamente, a todos los casos que configuran la fuerza mayor.

⁷⁰⁵ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 291; también JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo V, ob. cit., p. 23. Fue el *arrêt Compagnie des Tramways de Cherbourg*, del Consejo de Estado Francés, de 9 de diciembre de 1932, con conclusiones del comisario JOSSE, el fallo jurisprudencial que, con motivo de un litigio con la concesionaria del cual toma su nombre, redefinió la noción de fuerza mayor en relación con la contratación administrativa, señalando como condiciones: que se de un hecho exterior a la voluntad del contratante; que éste sea imprevisible; y que sea irresistible (objetiva o económicamente) para el contratante. En dicho *arrêt* se concluía: “*Cons. que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles des contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire.*” El fragmento reproducido lo hemos tomado de: LONG, M./ WEIL, P. y BRAIBANT, G., ob. cit., p. 211.

⁷⁰⁶ Por ejemplo: SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 81; y ÁBALOS, M. Gabriela, ob. cit., p. 459.

A la altura de estas líneas es oportuno precisar la distinción básica entre los supuestos configurativos de la fuerza mayor y los casos en que puede proceder la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya que por ciertas similitudes entre ambos pueden dar pie a equivocaciones.

La idea principal que no debe perderse de vista para distinguir correctamente esas dos circunstancias, es que la fuerza mayor no se traduce en una afectación patrimonial temporal que hace más onerosa la realización de la concesión (como lo es el presupuesto de la teoría de la imprevisión); sino en una afectación definitiva que hace materialmente inejecutable la concesión administrativa. El acontecimiento de fuerza mayor, al imposibilitar absolutamente la ejecución de la concesión, provoca que el concesionario no pueda mantenerse realizando la concesión. Además, el efecto fundamental que produce esa imposible ejecución es el de la extinción de la relación jurídica administrativa, comúnmente sin indemnización al concesionario por los daños y perjuicios sufridos, ni participación de la Administración Pública en las pérdidas económicas que sufre aquel por el hecho acaecido.

Ante la imposibilidad de la ejecución de la concesión por fuerza mayor, y después de que las partes hayan intentado sin éxito hacer las adecuaciones necesarias para salvar la realización de lo concedido por vía concesional, la letra del acto o las disposiciones legales legitiman a una u otra partes (concedente y concesionario) a declarar o interesar, en su caso, la extinción de la relación concesional. Como el evento que llevó a ese cese no es imputable a la Administración Pública, lo que quiere decir que ella no incurre en ningún tipo de responsabilidad, ni contractual ni extracontractual, de ordinario la extinción de la concesión por fuerza mayor no implica indemnización alguna a favor del concesionario.

El segundo camino por el que se puede llegar a la imposibilidad definitiva en la ejecución de la concesión es a tenor de la incidencia en ella de un acto emanado de un ente de poder público. Aquí estaremos en presencia de una imposibilidad sobrevenida por un *fait du prince*, es decir, por una decisión de carácter general e imprevisible de un ente de poder público (la Administración Pública u otra entidad) que repercute en el objeto de la concesión administrativa, aunque no le tenía a éste como objetivo principal. Por esta imposibilidad, igualmente se autoriza al concesionario a solicitar la extinción del vínculo o al concedente a declararla unilateralmente. Además de la terminación de la concesión, la situación que exponemos trae aparejada una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al concesionario. Dicha indemnización es consecuencia del principio de responsabilidad que

pende sobre las estructuras de poder cuando durante el desarrollo de su actividad los poderes públicos causan daños a los administrados.

E-) El mutuo acuerdo

El mutuo acuerdo⁷⁰⁷ como causa de extinción de las concesiones administrativas se configura cuando las partes que integran la relación concesional determinan de conjunto dar por terminado el vínculo antes del plazo fijado para la concesión. Es decir, cuando concurren o coinciden las voluntades del concedente y del concesionario en la decisión de finalizar la concesión administrativa de forma anticipada.

Esta causa extintiva es comúnmente aceptada por los distintos ordenamientos y puede originarse tanto a iniciativa del concesionario como del concedente.

Por la repercusión que puede traer para la colectividad la extinción anticipada de una concesión administrativa que se esté desarrollando sin traumatismos, especialmente en las obras o servicios públicos, y, sobre todo, porque una terminación por mutuo acuerdo del vínculo concesional puede constituir una vía de evadir o encubrir la exigencia de responsabilidad a un concesionario que haya incurrido en incumplimientos graves, es que se exige que la decisión de la Administración Pública en este sentido no puede ser libremente apreciada, sino que debe fundarse en razones de interés público que aconsejen la no subsistencia del vínculo concesional.⁷⁰⁸

En la opinión de Antônio Carlos CINTRA DO AMARAL, para la procedencia del mutuo acuerdo como causa extintiva de la relación concesional:

“Parece-me que o poder concedente deve tomar certas precauções: a) exigir uma motivação *aceitável para o pedido de rescisão por parte da concessionária*; b-) *verificar se é possível transferir para a nova concessionário o dever de indenizar a anterior*; e c-) *realizar*

⁷⁰⁷ Denominado también, según el ordenamiento de que se trate, como mutuo consentimiento, mutuo disenso, *mutuus consensus*, *mutuus disensus*, común acuerdo, distrato, resolución bilateral, amigable, convencional, por acuerdo de parte, por conveniencia recíproca, o rescisión o reciliación exclusivamente.

⁷⁰⁸ Ver: BERÇATIZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 371 y 372; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo I, p. 578 y ob. cit., Tomo II, p. 84; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 813; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión de servicios locales”, ob. cit., pp. 130 y 131, p. 222; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 254 y 255; MORELL OCAÑA, Luis, ob. cit., p. 317 y 318; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 340; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 309.

*licitação para a nova concessão e efetivá-la antes de rescindir a concessão anterior, afim de assegurar a continuidade da prestação do serviço.”*⁷⁰⁹

El mutuo acuerdo se convierte entonces en una causa de extinción de las concesiones administrativas de aplicación excepcional y con carácter subsidiario. Sólo ha de proceder cuando el concesionario no haya cometido incumplimientos de las obligaciones contraídas en virtud de la concesión, que puedan originar la extinción de la misma.⁷¹⁰

Las anteriores exigencias no son más que un mecanismo para garantizar el actuar transparente y la honestidad de los agentes de la Administración Pública en esta senda.

En relación con los efectos del mutuo acuerdo como causa de extinción de las concesiones administrativas, debemos apuntar que el mismo puede o no originar indemnización en favor del concesionario, en dependencia de si ello se estableció en la letra de la concesión o en la normativa que la regula o si se convino posteriormente por las partes.

F-) La cuestión de la renuncia del concesionario

El carácter constitutivo de la concesión administrativa, plantea, entre otros tópicos, el punto de la renunciabilidad o no de los derechos concedidos y si la renuncia puede operar como causa extintiva de la relación concesional.

La *renuncia* del concesionario al ejercicio de la concesión administrativa se traduce en la declaración unilateral de voluntad del concesionario, por la cual hace salir de su esfera subjetiva o de su patrimonio jurídico el derecho al ejercicio de la actividad administrativa otorgado por la Administración Pública y que le fuera atribuido en virtud del acto de concesión.

Es importante no confundir la *renuncia* como causal extintiva de la concesión administrativa, con aquella que pueda derivarse de las modificaciones sustanciales del contenido de la concesión o frente a incumplimientos graves del concedente.

⁷⁰⁹ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, *Concessão de serviço público*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, Ltda., São Paulo, 2002, p. 105.

⁷¹⁰ Ver, entre otros, a: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, ob. cit., Tomo I, p. 813; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión de servicios locales”, ob. cit., p. 222; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., pp. 254 y 255; COSCULLUELA MONTANER, Luis, ob. cit., p. 417; MORELL OCAÑA, Luis, ob. cit., ob. cit., pp. 317 y 318; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, ob. cit., p. 67.

Ambos supuestos parten de una instancia del concesionario para extinguir el vínculo concesional. Pero, en los casos de modificaciones del contenido de la concesión y de incumplimientos graves del concedente, se ha comprometido seriamente y de modo cierto el interés público por esas circunstancias, y hay una realidad no corregible por otras vías que permita la sostenibilidad del vínculo jurídico en cuestión. En la renuncia, esa afectación cierta del interés público no se da, puede pensarse en que este podrá verse potencialmente comprometido, pero al momento de configurarse la misma no ha de ser algo cierto.⁷¹¹

Por lo tanto, la operatividad de la *renuncia* en la concesión administrativa, como causal extintiva, ha de proceder cuando se excluyan supuestos de incumplimientos de las partes u otros que puedan derivar en responsabilidad contractual. Lo cual lleva a aplicar la *renuncia*, a configurarla como solución extintiva, cuando se excluya la aplicación de otros supuestos de extinción como los referidos.

La posición histórica mayoritaria en los estudios en relación con la renuncia y la terminación por esa vía de la concesión, es la de rechazar la idea de que la renuncia del concesionario pueda ser causa de extinción de las concesiones de servicio público y obra pública, una vez que comiencen a realizarse.

El recordado maestro argentino Rafael BIELSA, desde una perspectiva amplia de la concesión administrativa, apuntó:

“(…) es preciso hacer una distinción entre la concesión que se configura como mero acto unilateral, en el sentido de que sólo atribuye derechos al concesionario, y la concesión común, como acto bilateral que atribuye derechos y obligaciones al concesionario. Precisamente de esta clase son las concesiones de servicios públicos y las de obra pública, cuyo objeto esencial es el interés público (la prestación continua del servicio, la realización de la obra pública);

⁷¹¹ Según advertía Oscar R AGUILAR VALDÉZ, no debía ser confundida la extinción de la concesión que denominaba «rescisión por el concesionario» con la *renuncia*, “(…) en tanto que esta modalidad extintiva de carácter unilateral sólo puede ser predicada en aquellos contratos de atribución que se otorgan en interés inmediato del contratista y que, por tal razón, su ejercicio no compromete interés público alguno. (…)”. AGUILAR VALDÉZ, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Servicio público y policía*, El Derecho, Universitas S.R.L., Buenos Aires, 2006, p. 204.

y respecto de las cuales la renuncia no es admisible como forma de extinción.”⁷¹²

La argumentación base de este criterio es que estas concesiones son otorgadas directamente en interés de la colectividad, por lo que el concesionario no puede disponer libremente de sus derechos. Lo más que puede hacer es solicitarle a la Administración la extinción del vínculo, y ésta decidirá si ello es pertinente o no. Aquí se puede apreciar que la sola decisión del concesionario de renunciar a la concesión no producirá efectos extintivos de ningún tipo (en los casos de las concesiones de servicio público y de obra pública, que son los mencionados hasta ahora) si no está así expresamente establecido, por lo que tiene que concurrir para ello, obligatoriamente, la voluntad de la Administración Pública aceptando esa renuncia; y es esa voluntad, por demás, la que realmente determina o no si cesa la concesión.⁷¹³ En resumidas cuentas, como es necesario el pronunciamiento del ente público, lo que en verdad hay es una revocación o resolución (rescisión) por mutuo acuerdo por iniciativa del concesionario, al presentar la solicitud de cesación del vínculo, y no una renuncia suya.

Por añadidura, de aceptarse por sí sola y con efectos vinculantes de manera inmediata la renuncia del concesionario, como evento que produce la terminación de la relación concesional que versa sobre obras y servicios públicos, se estaría equiparando, en alguna medida, el interés particular del concesionario con el interés general. Además de otorgársele un poder de decisión sobre la posibilidad de afectar ese último interés, lo cual va más allá de las atribuciones del concesionario como sujeto de Derecho.

Por lo tanto, y basándonos en las razones antes expuestas, pensamos que la renuncia del concesionario, *per se*, no debe operar como causa de extinción de las concesiones administrativas de servicio público y de obra pública.

⁷¹² BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 140, y su *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 443. Refiriéndose a la concesión de empresa pública, Otto MAYER incluyó a la renuncia como causa de extinción de la concesión, pero especificaba: “(...) la renuncia a la concesión no es libre; con ella el concesionario sólo solicita se le libere de su obligación (...)”; MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 174. LENTINI, Arturo, ob. cit., pp. 601 y 606. En opinión favorable a la renuncia como causal extintiva de la relación concesional: GASCÓN Y MARÍN, José, ob. cit., p. 369; ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., pp. 869 y 870.

⁷¹³ Ver: SIMONCELLI, Domenico, ob. cit, p. 592.

Con respecto a la concesión de bienes de dominio público, la tendencia mayoritaria en la doctrina ha sido la de admitir la renuncia del concesionario como causa de extinción de la misma.⁷¹⁴

En este caso, y a diferencia de las concesiones de servicio público y obra pública, se acepta la renuncia del concesionario partiendo de que este tipo concesional no tiene una repercusión inmediata, de la forma en que sí la tienen aquellas otras, sobre los miembros de la colectividad y sobre el interés general. Por lo que la afectación que se puede producir en ese interés y en la colectividad si el concesionario renuncia a la concesión *demanial*, y esa renuncia adquiere por sí misma efectos vinculantes directos, no reviste la trascendencia directa que para la comunidad y sus integrantes pudiera tener si procediera esa renuncia en los otros dos supuestos.

En definitiva, el elemento fundamental que se ha manejado para considerar a la renuncia como causal extintiva de las concesiones de bienes públicos radica en que en ellas no está en juego directamente la satisfacción del interés colectivo, sino que, en su caso, tal interés se busca satisfacer de manera indirecta; o, lo que es igual, que la concesión de uso de un bien *demanial* se otorga en interés inmediato del concesionario y no de la colectividad. Aunque, en nuestra opinión, esta conclusión hay que observarla de manera matizada, pues el interés público no deja de operar en este supuesto como elemento determinante de la existencia de la concesión administrativa.

Siguiendo el planteamiento anterior, creemos que, en principio y si no existe disposición en contrario, atendiendo a la trascendencia misma que para la colectividad tenga la explotación del bien en cuestión – no debe olvidarse que las concesiones *demaniales* también se otorgan, primariamente, en interés público –, puede proceder la renuncia del concesionario en las concesiones *demaniales*. La misma debe ser expresa y para que pueda operar como tal renuncia no será necesaria la aceptación de la Administración Pública, por lo que una vez puesta en conocimiento del concedente y cumplidos los requisitos procedimentales al respecto, comenzará a surtir sus efectos.

Para nosotros, la renuncia tácita (que se manifiesta básicamente a través del abandono de lo concedido) no surte los efectos propios de la renuncia

⁷¹⁴ V. gr.: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo III, p. 259; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo IV, pp. 292 y 293; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad...*, ob. cit., p. 377; DEL SAZ, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1990, p. 279, desde el supuesto particular de las concesiones de aprovechamientos de agua; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 308.

y más bien ese abandono podría constituir un supuesto de incumplimiento de las obligaciones del concesionario y puede producir la caducidad de la concesión.

G-) La modificación de las condiciones de la concesión resultante del ejercicio extralimitado de la *potestas variandi* o por actos de poder público extraconcesionales

Por la prolongación en el tiempo, mayor o menor según se disponga, que alcanza el desarrollo de una concesión administrativa, ésta es propensa a recibir sobre sí los efectos de hechos o actos jurídicos, vinculados o no a la voluntad de la Administración Pública u otro ente público. Los que se manifiestan sobre la relación jurídico administrativa que nos ocupa provocando en ella diversas consecuencias.

La vía más importante que tiene la Administración Pública para introducir unilateralmente modificaciones en la concesión administrativa es a través de la expuesta potestad de modificación unilateral que ella ostenta en el marco de la relación concesional (*ius o potestas variandi*). Ese poder modificativo de la Administración Pública, como potestad al fin, no es, ni puede ser, de ejercicio ilimitado. De ahí que las disposiciones vigentes, de ordinario, le señalen límites como garantía formal del equilibrio de la ecuación financiera de la relación y de los derechos económicos del concesionario. Los referidos límites deben tomar en cuenta el rango de cambios que puede soportar la relación costo-ganancia de la actividad que ejecuta el concesionario, sin afectar a éste último, por cuanto él afluye al vínculo concesional por la razón de la obtención de beneficios económicos.

Antes de seguir en el análisis creemos procedente reflejar los distintos tipos de modificaciones que puede soportar la concesión, pues, si bien la *potestas variandi* es el mecanismo más importante, no es el único, ya que esta modificación puede originarse también tipificándose un *factum principis*.

En este punto seguiremos a Georges PÉQUIGNOT, quien reseñó esa distinción a tenor de los contratos administrativos.

El francés distinguía dos perspectivas de diferenciación: el modo en que se manifiesta esa modificación y el medio por el que se realiza la misma⁷¹⁵.

⁷¹⁵ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 395. “Desde estos puntos de vista, dos cosas son a considerar:

- en cuanto al modo según el cual el ataque se manifiesta, este puede ser directo o indirecto;

De esa forma y circunscribiéndose a la primera perspectiva, el francés calificó a las modificaciones en directas e indirectas:

“Nosotros consideramos como modificaciones directas los actos que directamente van en contra del contrato o de una disposición del contrato, sean que aumentan o disminuyen las obligaciones de las partes, sea que desconocen los compromisos contractuales, sea que transforman el modo de ejecución del contrato, sea que le ponen fin.”.

Para seguidamente añadir:

“Nos parece, al contrario, como modificaciones indirectas, los actos que no tienen por fin modificar el contrato, pero que están no obstante dirigidos a ejercer una acción sobre el contrato acarreado su ejecución más difícil, más onerosa o menos remuneradora.”.⁷¹⁶

Desde la segunda perspectiva PÉQUIGNOT dividió a las modificaciones en por acto individual (acto administrativo) y por acto general (ley, reglamento).

Y además diría:

“Las cosas son infinitamente más complejas para las modificaciones directas. Sin duda, estas puede ser realizadas por una orden administrativa netamente individual y determinada y no ofrece ninguna confusión posible con una ley o un reglamento propiamente dicho.”.⁷¹⁷

Ahora bien, las modificaciones que pueden manifestarse en la concesión administrativa, pueden ir más allá de los límites permisibles, haciendo eco en la ecuación financiera de la relación y motivando su desequilibrio. Lo que quiere decir que se hace más oneroso para el concesionario el desempeño de lo concedido. Se le eleva el costo de ejecución de sus obligaciones por encima de lo que económicamente puede soportar, afectándose negativamente la obtención de las ventajas económicas y dañando así el patrimonio del concesionario.

- en cuanto al modo por el cual el ataque es realizado, puede tratarse de un acto individual (o de una abstención) o de un acto general (que puede ser legislativo o reglamentario).”.

⁷¹⁶ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 395. Miguel Ángel BERÇATIZ (ob. cit., pp. 368 y 369) ha sido otro de los que ha recogido ésta distinción.

⁷¹⁷ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 400.

Frente a ese desequilibrio de la ecuación financiera de la concesión se encuentra el derecho del concesionario a que el mismo se restablezca, como medio para compensar su interés individual patrimonial ante los menoscabos patrimoniales sufridos por esa vía.

Sin embargo, en ocasiones las modificaciones introducidas por el ente público, directa o indirectamente, se manifiestan en la concesión administrativa con una intensidad y envergadura tales que provocan un desequilibrio definitivo e insalvable en la economía de la concesión; no resultando entonces suficiente una compensación al concesionario para satisfacer y garantizar su interés. Ante esa situación, la solución que se prevé entonces es la resolución o revocación (según el caso) de la concesión administrativa, tomando en consideración la imposibilidad de restablecer el equilibrio financiero del vínculo concesional. Lo que hace insostenible para el concesionario la nueva situación creada, pudiendo originar afectaciones al interés público de pretender sostenerse así la relación.

De lo anterior sacamos en claro que es posible encontrar tipificado como motivo de extinción del nexo concesional, en las disposiciones reguladoras de las causas extintivas de la concesión administrativa (ya sean de índole legal o plasmada en la letra del acto), a la modificación de las condiciones de la concesión por parte de la Administración Pública que rebase los límites impuestos y provoquen un desbalance definitivo e irreparable en la ecuación financiera de la concesión. Este motivo opera cuando no sea suficiente otro recurso que permita restaurar la economía de la concesión, satisfacer al concesionario por los menoscabos económicos sufridos y lograr el mantenimiento existencial de la relación.⁷¹⁸ Por ende, no toda modificación unilateral dará lugar a la extinción de la concesión, sino sólo aquéllas previstas en el acto o en la normativa vigente como generadoras de una acción de ese

⁷¹⁸ Resumía el argentino AGUILAR VALDÉZ que: "(...) cabe excluir – como principio – la procedencia de la rescisión por parte del concesionario o del licenciataria allí donde resulte procedente la aplicación de los institutos correctivos de los desequilibrios financieros entre las cargas y los beneficios y entre los derechos y las obligaciones que constituyen el núcleo obligacional que se anuda entre las partes, tal como ocurre, por ejemplo, en los supuestos donde se ha producido una alteración de los términos contractuales por parte de la Administración en razón del ejercicio válido de la *potestas variandi*, o bien, cuando el desequilibrio se produce por los hechos y condiciones que habilitan la procedencia del denominado "hecho del Príncipe" ("alea administrativa"). En tales casos, las garantías de igualdad ante las cargas públicas y de la inviolabilidad de la propiedad se encuentran protegidas por las compensaciones correctivas que se derivan de la aplicación de tales institutos." AGUILAR VALDÉZ, Oscar R., ob. cit., p. 204.

tipo; o, en su defecto, que desvirtúen el objeto de la concesión o desequilibren de una manera tal la ecuación financiera, que hagan más prudente para el interés público y el individual del concesionario terminar la concesión.

En la línea de amparar estos supuestos de extinción de la concesión que nos ocupa, ha razonado Georges PÉQUIGNOT desde la idea contractual administrativa:

“(…) El cocontratante ha consentido su colaboración con la Administración en vista de un objeto determinado. Esta colaboración, él la debe muy ampliamente para todo lo que, en los límites de este objeto, tiende a las necesidades del servicio público. Pero su obligación cesa en el límite del objeto sobre el cual se ha obligado a aportar sus concursos. Las necesidades del servicio irían más allá de lo que no podría ser constreñido a satisfacerlas.”⁷¹⁹

En relación con las modificaciones profundas y radicales en el objeto de los contratos administrativos, PÉQUIGNOT concluía:

“(…) el cocontratante ha consentido su colaboración con la Administración, es en vistas de un objeto determinado que corresponde a la Administración aumentar y modificar más o menos, pero no cambiar completamente.”⁷²⁰

También, ha podido decir Miguel Ángel BERÇATIZ que:

“El derecho a la rescisión en las hipótesis señaladas es lógico. El cocontratante ha consentido en colaborar con la Administración Pública para un objeto determinado y dentro de límites que sólo pueden variarse en una extensión razonable. Su obligación concluye, entonces, cuando el objeto se altera o desvirtúa fundamentalmente, o cuando los límites a los cuales ha ajustado razonablemente sus previsiones se exceden, colocándolo en la imposibilidad de prestar la colaboración que se le había pedido y que voluntariamente había ofrecido o aceptado prestar.”⁷²¹

Como se puede entender, el fundamento para justificar la extinción de la relación por esta causa, radica en que por las modificaciones unilaterales introducidas se trastoca sustancialmente el objeto sobre el que recae la

⁷¹⁹ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 410.

⁷²⁰ PÉQUIGNOT, Georges, ob. cit., p. 413.

⁷²¹ BERÇATIZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 368. Ver igualmente, entre otros: AGUILAR VALDÉZ, Oscar R., ob. cit., p. 204.

concesión (transformándolo radicalmente) o las condiciones económicas de ejecución de la misma por las que se obligó voluntariamente, más allá del rango de variación económicamente soportable previsto por el concesionario; surgiendo así nuevas condiciones en la concesión que no se encontraban dentro de las previsiones que consecuentemente debe realizar el concesionario. En consecuencia, si varían sustancialmente las obligaciones concesionales de este último, sin él consentir sobre ello, es justo que pueda solicitar que cesen sus obligaciones, pues en una relación consensual una parte no puede ser obligada a realizar prestaciones que están fuera del rango en que se manifestó el consentimiento y sobre las que no se consintió (como tampoco puede reclamar la realización de prestaciones sobre las que no se consintió).

Además, la Administración Pública no puede imponerle al concesionario, en nombre del interés público, el total sacrificio de sus derechos económicos. Por otro lado, al producirse el desequilibrio de la ecuación financiera de la concesión por modificaciones unilaterales del ente público y el concesionario no estar en condiciones económico-financieras para llevar la concesión hasta el cumplimiento de su término por esa causa, se hace necesario también, en función del interés público y del mantenimiento y continuidad en la realización de la actividad concedida (especialmente en el caso del servicio público), buscar un nuevo colaborador de la Administración Pública para esta empresa o que este ente lo realice directamente. Por lo que hay que dar por extinguido el vínculo con el concesionario para que así dicho colaborador o ella asuman esa función.

Junto a la extinción de la concesión por la causa que referimos, el otro efecto jurídico fundamental que acompaña a la misma es el de que la Administración Pública debe indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios ocasionados.

H-) El incumplimiento de las obligaciones por parte del concedente

Al ser la concesión un vínculo bilateral, en cuanto creador de derechos y obligaciones para los sujetos intervinientes, le impone al concedente obligaciones – lógicamente – que debe cumplir. Lo que se traduce en que si no cumple con ellas incurre entonces en responsabilidad (contractual).

Las obligaciones que adquiere la Administración Pública en virtud del vínculo concesional, repercuten sobre los derechos y las obligaciones del concesionario y su cumplimiento será una garantía para que este pueda desenvolverse en su tarea bajo las condiciones predeterminadas, como

requerimiento fundamental para el buen ejercicio de lo concedido y la obtención de las ganancias por parte de este último. Pero, más allá de ser una vía para garantizar el interés individual del concesionario, el cumplimiento de las obligaciones concesionales por parte del concedente es también un requisito esencialísimo para la satisfacción del interés general que subyace en la realización de la concesión, como condición necesaria para que el concesionario pueda ejecutar su actividad (mecanismo por el que se intenta alcanzar la satisfacción del referido interés).

Por lo tanto, de no cumplir el concedente con sus obligaciones, podría desatarse una afectación patrimonial para el concesionario, haciendo más gravoso u oneroso para él el desarrollo de la concesión. Situación ésta que, de sostenerse, puede repercutir negativamente en la ejecución de lo concedido y en la existencia de la relación concesional, al punto de que podría motivar el interesamiento de su extinción como solución para cesar las afectaciones al interés público que por esta vía se manifiestan.

A partir de esta idea, surge entonces la interrogante de qué puede hacer el concesionario frente a los incumplimientos de las obligaciones del concedente. Y no cabe dudas de que una de las posibilidades que se abre en este sentido es interesar, por la vía correspondiente y ante la autoridad competente, la terminación del nexo concesional.

Para ciertos autores franceses (desde la configuración contractual administrativa), la *résiliation* por incumplimiento de la Administración Pública figura como una sanción, la más grave o enérgica a imponer, ante los incumplimientos por ese ente de sus obligaciones contractuales.⁷²²

Ante las afectaciones que puede traer para la colectividad la extinción prematura de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del concedente, su relación con el carácter de sanción grave a imponer allí donde así se considera, y todas las implicaciones que puede tener la calificación de una situación como tal (incluido lo que puede esconder), se precisa que los incumplimientos de la Administración Pública concedente que pueden dar origen a la terminación de la concesión no serán, por supuesto, los meros incumplimientos, sino los que se consideren graves y sean relativos a las obligaciones que se le establezcan en la letra del acto o en la normativa vigente, y que expresamente se les señale esa consecuencia. La tipificación de los incumplimientos del concedente que pueden acarrear el cese del vínculo

⁷²² En este sentido: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., pp. 196 y 197.

concesional es consecuente con la idea de actuación conforme a Derecho y de certeza y seguridad jurídicas.

El uruguayo SAYAGUÉS LASO precisó refiriéndose al incumplimiento de la Administración:

“(...) En este caso, la mayoría de las veces el concesionario hallará satisfacción iniciando una acción de reparación patrimonial por los perjuicios sufridos; pero si ello no fuere bastante, puede solicitar judicialmente la rescisión del vínculo contractual de acuerdo con los principios generales.”⁷²³

Como se apreciará en las palabras reproducidas, a manera de ejemplo por todos los que así lo destacan, la extinción del vínculo concesional por incumplimiento de las obligaciones del concedente, como recurso al que se recurrirá como mecanismo para solucionar las afectaciones patrimoniales creadas por el incumplimiento de la Administración, y para que ésta cumpla con sus obligaciones, adquiere un carácter subsidiario, extraordinario, excepcional, frente a otras vías a las que se puede acudir para resarcir económicamente al concesionario y para que el concedente cumpla con sus obligaciones, sin llegarse a la terminación de la concesión por esa causa.⁷²⁴

Ese carácter subsidiario o extraordinario con el que procede esta causal extintiva de la concesión es entendible desde dos perspectivas: el hecho que con el mencionado incumplimiento el interés afectado inmediatamente es el individual del concesionario, el cual tiene un carácter económico, y como tal puede ser reparado en las pérdidas sufridas por otra vía, sin necesidad de acudir al cese de la concesión administrativa (el interés básico del concesionario es que se le reparen los daños y pérdidas ocasionadas y poder seguir obteniendo ganancias en los términos previstos); y la perspectiva de la necesidad del mantenimiento y continuidad de la actividad concedida (del servicio público esencialmente), de la subsistencia del vínculo concesional, y de evitar afectaciones al interés público con una terminación anticipada de la concesión por incumplimientos que habrán repercutido negativamente en el propio desarrollo de la actividad objeto de la concesión.⁷²⁵

⁷²³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 81.

⁷²⁴ En esta cuerda argumental puede verse también, lo que señalaron: el colombiano PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 81; y DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 198.

⁷²⁵ Al respecto enseñaba Francis-Paul BENOIT, a partir de la idea general de la contratación administrativa: “Lo que está en juego, en efecto, en caso de falta de la Administración a sus obligaciones, son únicamente los intereses financieros del particular con el cual ha

La extinción del vínculo concesional por incumplimiento del concedente procederá cuando no exista otra alternativa que permita restablecer el equilibrio económico inicial (roto por el no cumplimiento de la Administración Pública de ciertas obligaciones esenciales) y preservar la subsistencia de la relación mediante el cumplimiento de las obligaciones por el concedente, y luego que el concesionario haya requerido previamente y en la forma estipulada, sin éxito, a la Administración para que cumpla con las obligaciones quebrantadas.

Una cuestión medular que se presenta alrededor de esta causa extintiva de la concesión es la de la autoridad competente para declarar la resolución o revocación (según proceda cada forma de extinción) de ese vínculo jurídico administrativo. Donde más se ha desarrollado esa cuestión es entre los que se refieren a la concesión como contrato administrativo y normalmente se hace con motivo de las causas generales de extinción de los contratos administrativos, que, por ser considerada como tal, le son aplicables también a la institución que nos ocupa.

Un grupo de autores, especialmente los franceses, destacan a esta causa extintiva como un supuesto de *résiliation* (resolución, rescisión) judicial o jurisdiccional, por lo que, para ellos, quien puede determinar la extinción de la concesión por incumplimiento de la Administración es el juez.⁷²⁶

En definitiva, pensamos que la solución dependerá de los requerimientos normativos que se articulen en cada país en concreto, a partir de los diseños competenciales (administrativo o judicial) en ese sentido.

contratado. Estos intereses no pueden ciertamente considerarse desdeñables y es evidente que deben ser eficazmente protegidos; pero no es menos cierto que es mucho más fácil proteger los intereses financieros de un particular – cuando sobre todo su deudor, una colectividad administrativa, no puede ser insolvente – que lo era, anteriormente, asegurar el suministro a la Administración de la prestación objeto del contrato. Diferencias entre las reglas aplicables se imponen en los dos casos, y tanto más cuanto que la idea de protección del servicio público, siempre presente, conduce a rehusar al particular cocontratante la posibilidad de tener una acción cualquiera sobre el funcionamiento de este último, y, en consecuencia, prohíbe poner a su disposición medios de retorsión contra la Administración en caso de incumplimiento de ésta.” BENOT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, ob. cit., p. 756.

⁷²⁶ El francés André DE LAUBADÈRE fue bien concluyente cuando afirmó en relación con la *résiliation du contrat aux torts de l'administration*: “(...) la resiliación por culpa de la administración sólo puede ser pronunciada por el juez del contrato a solicitud del cocontratante; ella es exclusivamente una resiliación jurisdiccional”; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 197. Ver también: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 150; RIVERO, Jean, ob. cit., p. 144; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 81.

Junto a la extinción de los efectos de la concesión, la otra consecuencia jurídica fundamental que produce el cese del vínculo concesional por la causa que nos ocupa, es la de que la Administración debe indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios sufridos a raíz del incumplimiento en que incurrió.

Finalmente, no queremos dejar de decir que la configuración del incumplimiento de las obligaciones del concedente como causa extintiva de las concesiones administrativas, y el mecanismo que a su alrededor se crea para lograr su efectividad, es una evidente garantía formal para la defensa de los derechos patrimoniales del concesionario.

Si la actitud incumplidora del concedente es deliberada, hay un claro obrar de mala fe de su parte que contrariaría el principio de la buena fe que debe informar todas las relaciones jurídicas, atentando también contra la propia satisfacción, por esa vía, del interés público. De ahí que obligar al concesionario a que persista en la ejecución de lo concedido sin poder reclamar, bajo un comportamiento tal del otro sujeto, y hacer depender exclusivamente la terminación del vínculo de la voluntad de ese sujeto, sería contrario a Derecho, por ser un acto de arbitrariedad injustificada y de desprotección total de los derechos del perjudicado. El interés público debe satisfacerse, pero no sobre la base de abusos por parte de la autoridad pública y del sacrificio total e indiscriminado del interés individual que con ella colabora.

a-) Sobre la procedencia o no de la *exceptio non adimpleti contractus*

La cuestión del incumplimiento por parte de la Administración Pública concedente de sus obligaciones o de determinadas obligaciones en ese vínculo jurídico administrativo, trae a colación necesariamente la interrogante de si el concesionario puede dejar de cumplir las suyas amparado en ese incumplimiento correlativo de la Administración Pública concedente, supuesto que nos llega del campo contractual del Derecho Civil bajo el nombre de *exceptio non adimpleti contractus*.

Desde un inicio, la solución que se impuso es que el concesionario no puede, en principio, abandonar el cumplimiento de sus obligaciones aun cuando el concedente no cumpla con las suyas. A lo que lo legitima el incumplimiento de la Administración Pública, si es grave e irremediable, es a pedir a la autoridad competente la extinción de la concesión por ese motivo, debiéndose mantener en su realización hasta tanto no se pronuncie esa

extinción, so pena de incurrir en faltas y en responsabilidad. Esta circunstancia, sin dudas, tiene en miras directas la defensa del interés colectivo.

La doctrina que se ha ocupado de la contratación administrativa se ha mostrado dividida en cuanto a aceptar o no como regla la improcedencia de la invocación por parte del contratante de la Administración Pública de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Si en un inicio la aceptación de esa improcedencia cobró fuerza y se impuso, como en muchos casos dentro del propio Derecho Administrativo y del Derecho en sentido general, ese postulado se ha ido luego despojando de una posible funcionalidad absoluta, sobre la base de la perspectiva de que en nombre del interés común no debe darse cabida ilimitada a una circunstancia que puede generar un ataque injustificado y abusivo al derecho adquirido del contratante (por demás un colaborador de la Administración Pública), al punto de que por esa vía se ponga en peligro la existencia del patrimonio de este último. Para, finalmente, irse más hacia la tendencia de aceptar esa excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos.

Ahora bien, dentro de esas disquisiciones, a la concesión administrativa de servicio público (considerada desde ese enfoque contractual) se le ha dado un tratamiento especial, por sus implicaciones directas hacia los miembros de la colectividad, que no se encuentra exactamente así en otros tipos contractuales administrativos. Ante los efectos y trascendencia que trae para la colectividad la actividad que realiza el concesionario, y por las exigencias de prestación continua que le son propias a la ejecución del servicio público, es que se ha planteado mayoritariamente la cuestión de no aceptar, en principio, la posibilidad de que este haga uso de esa excepción.

Sin embargo, se ha tratado de abrir una brecha para que esa regla no revista un carácter absoluto y se han mostrado opiniones matizadas en este sentido.

La relatividad de esa regla ha sido sustentada con argumentos como que el concesionario puede hacer valer esa excepción y suspender sólo las prestaciones accesorias (no la principal que es la realización del servicio, para el caso de la concesión de servicio público) que no afecten la ejecución de la obligación principal.⁷²⁷

También se ha asumido esa posibilidad de que el concesionario cese en el cumplimiento de sus obligaciones concesionales, cuando el incumplimiento de las obligaciones proveniente de la Administración Pública desemboque

⁷²⁷ Vid.: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-B, p. 626.

en la imposibilidad para dicho concesionario de continuar realizando lo concedido.⁷²⁸ Varios de los que así se han pronunciado amparan este supuesto bajo el alcance objetivo de la *fuera mayor*.⁷²⁹

Otros autores, por su parte, se han expresado por la procedencia de esa posible suspensión de la prestación del servicio (que puede extenderse a los casos de obra pública y los bienes públicos, según proceda para estos últimos bienes) por parte del concesionario, cuando el incumplimiento del concedente es el resultado de un actuar doloso y de mala fe de su parte – de un comportamiento abusivo en virtud de su situación dentro del vínculo concesional – que se proyecta con consecuencias patrimoniales ruinosas para el primero.⁷³⁰

De otro lado, hay quienes opinan que tal proceder del concesionario es viable cuando del incumplimiento de la Administración Pública concedente resulte «una razonable imposibilidad» para que el primero pueda cumplir lo dispuesto en el acto de concesión de acuerdo con las condiciones preestablecidas.⁷³¹

Dentro de los argumentos que se mueven en la línea de aceptación aquí esbozada, no falta quienes admiten, como principio – específicamente desde

⁷²⁸ V. gr.: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 4.

⁷²⁹ Ver: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 194; VEDEL, Georges, ob. cit., p. 713; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 53.

⁷³⁰ Desde la óptica del ordenamiento jurídico español, ver lo que planteó: SÁINZ MORENO, Fernando, “La «*exceptio non adimpleti contractus*» en la contratación administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 16, enero-marzo, 1976, Editorial Civitas, S.A., Madrid, pp. 15 y 19.

⁷³¹ Así: CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato...”, ob. cit., p. 127; del mismo CASSAGNE, “En torno a la categoría del contrato administrativo. (Una polémica actual)”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 29; CASSAGNE, *El contrato administrativo*, ob. cit., pp. 45, 124 y sigs. y 358 y sigs. También: MERTEHIKIAN, Eduardo, “Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 278; del propio MERTEHIKIAN, “La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública”, en MERTEHIKIAN, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, División de Estudios Administrativos, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pp. 183 y sigs.; y “La excepción de incumplimiento contractual en el ámbito de la contratación administrativa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, I.E.D.A., Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 145 y sigs.

la técnica contractual pública -, la procedencia de la excepción de incumplimiento contractual por parte del concesionario, como mecanismo de garantía de sus derechos patrimoniales. Con la atenuación que, al respecto, le puede imprimir la extensión de efectos de ese vínculo a terceros, específicamente los usuarios del servicio público, sobre todo si estos han pagado – aparece también aquí la idea de mecanismo de protección, esta vez a favor del usuario – por la utilización o por los beneficios que se derivan para ellos de la actividad que gestiona el concesionario.⁷³²

Igualmente, se han dado pronunciamientos que transitan por la idea de que la operatividad de la *exceptio non adimpleti contractus* debe limitarse en función del interés público comprometido en la ejecución contractual (visto esto desde la figura del contrato administrativo), apareciendo con mayores limitaciones esa operatividad en el caso de la concesión de servicio público.⁷³³

En definitiva, la tendencia actual sobre esta cuestión se mueve en dirección de entender que existe una operatividad limitada – aunque aún así procede relativamente – de la excepción de incumplimiento contractual frente a incumplimientos de la Administración Pública concedente, resultado de una relativización del principio absoluto que anteriormente negaba esa procedencia. Lo que señala en esto un sentido de mayor garantía para el concesionario.

Los supuestos de hecho que darían lugar a esa previsión son difíciles de configurar *a priori*, y quedan al criterio del legislador o reglamentador en cada ordenamiento positivo, pues en ello juegan concepciones políticas y económicas específicas imperantes, que se mueven en uno u otro sentido, buscando ya mayores garantías para el interés público, ya mayor respaldo a la situación del concesionario.

⁷³² GARCÍA SANZ, Agustín A. M., “La *exceptio non adimpleti contractus* en la emergencia económica ¿es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?”, en GORDILLO, Agustín (Director) *et al*, *El contrato administrativo en la actualidad*, Suplemento especial de la revista jurídica *La Ley*, La Ley S.A., Buenos Aires, mayo, 2004, p. 173.

⁷³³ Ver el análisis de otro argentino: COMADIRA, Julio Pablo, “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo argentino”, en CIENFUEGO SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coordinadores) *et al*, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*, 1^{er} edición, Instituto de Estudios Jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2005, p. 131; también la versión de este trabajo que, bajo el mismo nombre, se incluye en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap s.a., Buenos Aires, 2007, pp. 700 y sigs.

Lo que sí nos queda claro, es que la posición final que se adopte no debe ser un pretexto para desconocer – o intentar socavar – por esta vía el interés público – sin dudas la zona más frágil de la concesión –, a partir del diseño de un espacio inconsecuente extraño a la idea de garantía del bien común en primera instancia y más propicio a apuntalar – también de manera inconsecuente – el interés particular del concesionario frente al de la comunidad.

I-) Razones de interés público

Tanto la doctrina, como la legislación y la jurisprudencia administrativas de los distintos países, tienen puntos de coincidencia en reconocer como causa de resolución o revocación (en su caso) de la concesión administrativa por la Administración Pública a determinados motivos de interés público (denominado también como desistimiento o resolución o revocación por razones de oportunidad o conveniencia).

En consecuencia, estamos en presencia de la resolución o revocación de la concesión administrativa por motivos de interés público, cuando la Administración Pública, fundándose en razones de esa naturaleza, decide unilateralmente dar por extinguida la concesión antes de que transcurra el tiempo fijado para la misma.

La existencia y procedencia de esta causal extintiva se fundamenta en el papel de garante de las necesidades públicas que tiene la Administración Pública, y su consiguiente misión de atender a las cambiantes circunstancias que determinan a las mismas.

Si durante el desarrollo de la concesión sobreviene un cambio en las necesidades públicas, que hace que la actividad concedida y esa forma de gestión en ese caso entren en contradicción con esas necesidades, al punto de que su mantenimiento influye negativamente en la satisfacción del interés público, afectándolo, la Administración Pública debe extinguir la relación en función de salvaguardar ese interés de las afectaciones que puede sufrir. En este caso, el interés público que se persigue con la concesión se hace incompatible con la persistencia de la relación concesional, debiendo ceder la subsistencia del vínculo a través de la terminación de la concesión, pues es lo más conveniente para el interés público.

Al dejar de existir la causa que originó el vínculo concesional y la finalidad a la que la misma respondía, es lógico que el nexo jurídico administrativo deba dejar de existir, pues ya no se ajusta a las exigencias para las que nació y su mantenimiento puede tornarse en un obstáculo para la satisfacción de las necesidades de la colectividad y su buena marcha.

La primera previsión que debe realizarse en relación con esta causal extintiva, es que la expresión *razones de interés público* resulta un concepto jurídico indeterminado, de contenido poco preciso, pero que aun así no legitima a la Administración Pública a hacer un uso ilimitado de ella, sino que, por el contrario, la operatividad de esa causa extintiva esté limitada en su procedencia.

En efecto, por lo indeterminado del alcance de tal expresión, por la repercusión que tanto para el interés público como para el privado tiene la terminación prematura de una concesión sin que el concesionario haya incurrido en incumplimientos de sus obligaciones, así como en función de proteger al concesionario en sus derechos ante actuaciones arbitrarias de los agentes públicos, es que creemos que no por cualquier razón en nombre del interés público el concedente puede dar por finalizada antes de tiempo la concesión. La apreciación de tales motivos por parte de la Administración Pública no puede ser arbitraria ni totalmente libre, sino que encontrará sus límites como apreciación discrecional dentro de la propia legalidad administrativa y en el interés público al cual debe responder esa decisión.

Según se ha manifestado Juan Carlos CASSAGNE:

“(...) el interés público en que se fundamenta la extinción del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades.”⁷³⁴

De resultas que no todo motivo es esgrimible para cesar la concesión por resolución o revocación por razones de interés público, sino sólo el que realmente permita observar una incompatibilidad de la persistencia de la ejecución del objeto de la concesión con los intereses de la colectividad. De esa forma, es frecuente que en la letra de la concesión o en las normas vigentes se determinen cuáles pueden ser esos motivos, sin perjuicio de que puedan concurrir otros más allá de los expresamente previstos, los que pueden ser apreciados por la Administración Pública determinando o no por ellos la terminación del nexo jurídico administrativo. De no limitarse en este sentido la actuación de la Administración Pública y darse la posibilidad de que se recurra indiscriminadamente a esa causal extintiva, se desprotegería al concesionario en sus derechos y se daría lugar a una atmósfera de pérdida

⁷³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 156.

de confianza en la Administración Pública; acarreado problemas para la atracción de inversionistas y afectando, por esa vía, más que protegiendo, el interés en función del cual debe actuar el ente administrativo.

En suma, la razón de interés público que motive la extinción de la concesión debe ser de una intensidad tal que haga más conveniente para la colectividad el cese del vínculo entre concedente y concesionario, que mantener su vigencia. No es suficiente que la Administración Pública apele genéricamente a las razones de interés público, sino que en aras de la seguridad jurídica debe precisar con exactitud en la motivación del acto resolutorio o revocatorio esas razones que han sobrevenido para provocar su decisión.

Hecha la salvedad contenida en el párrafo precedente, se impone precisar qué supuestos objetivos, propiamente, alcanza esta causal de extinción de las concesiones. Para lo cual se hace indispensable hacer algunas reflexiones en relación con la terminología con ella relacionada y la configuración del espectro fáctico que la misma alcanza.

Ante todo, no debe confundirse la *resolución o revocación por razones de interés público* con la *caducidad*, porque ambas figuras comportan supuestos de hecho diferentes y también distintas consecuencias jurídicas.

Aún así, algún autor, como el chileno SILVA CIMMA, ha afirmado en relación con la extinción de la concesión de servicio público:

“(...) Termina también por caducidad, que, (...), puede provenir ya de la decisión unilateral del Estado por razones de interés general, ya del incumplimiento del concesionario a las estipulaciones preestablecidas. En el primer caso se habla de revocación de ellas.”⁷³⁵

Por lo pronto, baste decir que la caducidad se impone como sanción más severa ante incumplimientos graves de las obligaciones por parte del concesionario, e imputables a él, y no lleva aparejada, por ello, indemnización a favor de este último. En la resolución o revocación por razones de interés público la extinción de la concesión no es resultado de incumplimientos del concesionario. La caducidad es una sanción que se le impone al concedente y la mencionada resolución o revocación no.

Tales presupuestos son los que determinan todo el régimen jurídico de una y otra, las que se configuran diferentes y diferenciables a partir de la dinámica fáctica que cada una involucra; más allá de que en ambos casos la terminación de la relación es dispuesta unilateralmente por la Administración

⁷³⁵ SILVA CIMMA, Enrique, ob. cit., p. 336.

Pública y que en última instancia la defensa del interés público es lo que lleva al concedente a sancionar al concesionario por sus incumplimientos declarando caduca la concesión administrativa.

Por otro lado, cuando nos acercamos a una parte de la bibliografía, general o monográfica, que toca, de una forma u otra, el tema de las causas de extinción de las concesiones administrativas, encontramos que no siempre se hace referencia a la resolución o revocación por razones de interés público bajo la denominación que aquí empleamos.

No pocos autores, en el tratamiento que hacen de las causas extintivas de la relación que nos ocupa (desde su óptica particular o desde la de las causas generales de extinción de los contratos administrativos), reúnen bajo la expresión *rescate de la concesión* a todos los supuestos en que por decisión del concedente, y fuera de la caducidad, se pone fin al vínculo concesional antes de que transcurra el espacio temporal previsto para ella, fundándose en razones de interés público.

Esa ha sido la posición típica de una parte de la doctrina francesa,⁷³⁶ que ha irradiado su influencia a administrativistas de otros países.⁷³⁷

Ese enfoque hace que sea el *rescate* la figura general que encierra en sí todos los supuestos de resolución o revocación de la concesión por motivos de interés público. Como a partir de él no se distingue propiamente entre rescate y la mencionada resolución o revocación, según lo hace otra parte importante de la doctrina, se le da al primero el rango de categoría genérica,

⁷³⁶ Así, por ejemplo, Gastón JÈZE definió el rescate como “(...) la decisión *unilateral* por la cual el concedente, *fuera del caso de caducidad*, pone fin a la concesión, antes de la fecha fijada para su expiración.”; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 368 y 369. *Vid.*, entre otros: ROLLAND, Louis, ob. cit., p. 130; BONNARD, Roger, *Précis...*, ob. cit., p. 582; LECOMTE, François, ob. cit., p. 15; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 183; RIVERO, Jean, ob. cit., p. 506; LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, ob. cit., p. 159.

⁷³⁷ Por ejemplo: MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., pp. 65 y 66. Rafael BIELSA escribió: “El rescate es substancialmente la revocación de un acto administrativo en razón de oportunidad, es decir, en razón del interés público. (...)”; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 452. Por su parte, Manuel María DIEZ escribía que si la revocación por razones de interés público se aplicara como forma de extinción al contrato de concesión de servicios públicos, llevaría el nombre de rescate; DIEZ, Manuel María, *Manual...*, Tomo I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, ob. cit., p. 336. En sentido similar Alejandro PÉREZ HUALDE, la terminación por razones de interés público adopta el nombre de rescate en el contrato de concesión de servicio público; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Ejecución de los contratos...”, ob. cit., p. 340. También: SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “El Derecho Público y los contratos de la Administración”, ob. cit., p. 114, y *Concesión...*, ob. cit., p. 315.

englobadora, que subsume en sí a todos los casos en que la Administración Pública, unilateralmente, determina cesar la vigencia del nexo concesional fundándose en que así lo requiere el interés colectivo.

En esta misma línea de pensamiento, también hallamos autores que sí reconocen expresamente que la resolución o revocación por razones de interés público es un supuesto de rescate.⁷³⁸

En relación con lo anterior, otro grupo de los estudiosos diferencia estrictamente entre *resolución o revocación por razones de interés público* y el *rescate*. Destacando que el segundo es una modalidad de la primera considerada en sentido amplio, signado por ciertas particularidades que concurren en él. De ahí que la resolución o revocación por razones de interés público se constituye en la expresión genérica.

Sobre la interrelación entre el *rescate* y esa resolución o revocación *por razones de interés público*, no nos parece ocioso recoger de antemano en este punto, y siguiendo a una parte de los estudiosos, que, para nosotros el rescate es una forma peculiar de resolución o revocación de la concesión por motivos de interés general, que adquiere dimensión singular por el hecho que la Administración Pública toma para su ejecución directa la realización de la actividad concedida.

Por ende, apoyamos la idea de que aquélla, globalmente considerada, es el género y aquél una especie de ella. Tómese en cuenta, además, que la expresión resolución o revocación por razones de interés público es ciertamente – desde la perspectiva lingüística- de alcance más general e indeterminado que la de rescate (el que semánticamente responde más a la realidad que con él quiere denominarse: la de tomar para sí la Administración la ejecución directa de una actividad de la que es titular y cuya realización entregó temporalmente a otra persona). Por lo que sirve más, desde la perspectiva de la nomenclatura, a la calificación del supuesto genérico.

A lo que hay que agregar a su favor que no toda terminación de una concesión por razones de interés público tiene por qué implicar necesariamente que la Administración Pública ejecutará luego directamente lo que había concedido. Pero sí toda terminación que implique esa ejecución se realizará

⁷³⁸ El argentino Osvaldo Ángel Felipe PRITZ planteaba: “(...) Aclaremos bien este aspecto terminológico, porque cuando hablemos de “revocación de acto por razones de oportunidad”, a nuestro juicio, se tratará de una de las hipótesis de rescate.” PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “Rescate: delimitación y efectos”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 66 y 67.

a partir de la apreciación al efecto del interés público por parte de la entidad administrativa concedente.

Puntualizadas las cuestiones precedentes, es indispensable acabar de determinar estrictamente qué supuestos quedan al amparo de la resolución o revocación de la concesión por razones de interés público como causa extintiva, que la vendrán a diferenciar propiamente del rescate de la concesión.

Así, cuando la Administración Pública pretende la supresión de la actividad objeto de la concesión, lo que procede es la resolución o revocación de la concesión por razones de interés público. Esa causa de extinción opera cuando la actividad gestionada en concesión está llamada a dejar de existir, ya porque se suprimirá objetivamente o porque su realización perderá el carácter público que hasta ahora tenía y pasará a un régimen diferente, de índole privada.

En resumidas cuentas, la resolución o revocación de la concesión por razones de interés público como causal extintiva se refiere al cese de la continuidad existencial del objeto concedido, desde la perspectiva material o desde la perspectiva jurídica (cambia el *status* o situación del régimen jurídico de su prestación).

Conjuntamente con la extinción de la concesión administrativa, el cese de la misma por razones de interés público trae aparejado como efecto el de indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios ocasionados. Dicha obligación nace porque el concesionario es privado de un derecho de carácter patrimonial, resultando lesionado su patrimonio. En este caso ocurre una expropiación de ese derecho que sufre el concesionario.

Sobre la expropiación y la resolución o revocación por razones de interés público, le son aplicables las conclusiones que exponemos en el epígrafe correspondiente al rescate, en relación con el propio tema de la expropiación forzosa o por causa de utilidad pública. Por lo que nos remitimos allí, para hacer extensivo aquí lo desarrollado en él.

En el supuesto que tratamos, ha ocurrido un actuar legítimo del Estado y el derecho a la indemnización es una garantía de la defensa y salvaguarda del patrimonio del concesionario, ante la pérdida de un derecho de carácter patrimonial que ha sufrido.

Para el argentino Tomás HUTCHINSON:

“Cuando el Estado responde por su conducta lícita, el fundamento del deber indemnizatorio descansa en la existencia de un sacrificio especial impuesto al particular. Este debe soportar la conducta lícita, pero no necesariamente todos los daños; excepto que sean los

considerados tolerables. Normalmente, no sería justo que alguien soportara todos los perjuicios en beneficio de la comunidad, de acuerdo al principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas.”.⁷³⁹

J-) El rescate

El *rescate* de la concesión tiene lugar cuando la Administración Pública, fundada en razones de interés general, extingue unilateralmente la relación concesional antes del vencimiento del plazo, para hacerse cargo directamente de la ejecución del objeto de la concesión.⁷⁴⁰

No pocas voces dentro de la doctrina han discutido sobre si el rescate es una forma de revocación o resolución (rescisión) de la concesión;⁷⁴¹ o si, por el contrario, la revocación o resolución y el rescate son dos figuras diferentes.⁷⁴²

⁷³⁹ HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en AA.VV., *Contratos administrativos*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 544. Ver al respecto lo dicho por: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 234.

⁷⁴⁰ Sobre el *rescate*, entre otros: BRESSON, Léopold, *Du régime et du rachat des chemins de fer*, Imprimerie Nouvelle (Association Ouvrière), Paris, 1882, en todo; LECOMTE, François, ob. cit., en todo; SILVESTRI, Enzo, *Il riscatto...*, ob. cit., en todo; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., pp. 656 y sigs.; MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción...*, ob. cit., pp. 262 y sigs.; PRITZ, Osvaldo A. F., “El rescate”, ob. cit., pp. 181 y sigs.; PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “Rescate: delimitación y efectos”, ob. cit., pp. 66 y 67; PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “El rescate”, en A.A.VV., *Contratos administrativos*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, pp. 243 y sigs.; VILLARRUEL, María Susana, “El rescate en los contratos administrativos”, AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho 2006, Ediciones Rap, s.a., Buenos Aires, 2007, pp. 449 y sigs.; MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Redescubriendo una institución escondida el rescate de las concesiones”, en VIGNOLO, Orlando (Coordinador), *Teoría de los Servicios Públicos*, Estratégica – Consultores & Asociados, Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L., Lima, 2009, pp. 72 y sigs.

⁷⁴¹ Así: ZANOBINI, Guido, *Corso...*, Volumen terzo, ob. cit., p. 315; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 345 y 346; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 82; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., pp. 135 y 136.

⁷⁴² Los más ilustrativos sostenedores de esta tendencia se han ubicado en una parte de los estudiosos italianos. Como ejemplo de las diferencias que se han planteado puede verse a: ALESSI, Renato, *La revoca degli atti amministrativi*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1942, pp. 82 y sigs; también en sus *Instituciones...*, ob. cit., p. 178. Del mismo ALESSI, Renato,

Para nosotros, el *rescate* no es más que una especie de revocación o resolución de la concesión que se cualifica especialmente a partir del hecho que el objeto de la concesión es asumido directamente por el concedente para su ejecución.

En definitiva, la *revocación o resolución por razones de interés general* y el *rescate* (que también tiene como fundamento dicho interés) comparten casi todas sus líneas básicas (actos unilaterales del concedente, motivados por interés público, extinguen la concesión antes del término establecido, generan indemnización en favor del concedente). Sus diferencias esenciales, que marcan que aquél se cualifique frente a aquélla, están en la continuidad existencial del objeto concedido una vez rescatado y la realización de éste por el concedente de manera directa, pues normalmente la revocación o resolución por motivos de interés público conlleva la supresión del objeto concedido. En esta última, el interés que conduce a la extinción de la concesión es el de suprimir lo concedido; en la primera, principalmente, es el de su continuidad, pero realizado directamente por la Administración Pública.

A la par de la distinción expuesta también se desarrolló una tendencia a identificar al rescate con una expropiación forzosa o por causa de utilidad pública.⁷⁴³

En palabras de Carlos S. DE BARROS JUNIOR, el rescate: “Es una forma especial de expropiación, con características propias y, como ésta, basada en principios de utilidad pública. (...)”.⁷⁴⁴

Dicha tendencia de asociar al *rescate* con una *expropiación*, encuentra una expresión normativa muy importante en los supuestos del procedimiento de indemnización por rescate que no estuviera previsto en la concesión o en las normas especiales, en el que comúnmente se remite al procedimiento general regulado para la indemnización por expropiación.

La responsabilità della Pubblica Amministrazione II, Parte speciale, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1941, pp. 218 y 219. Ver también, entre otros: LENTINI, Arturo, ob. cit., p. 600.

⁷⁴³ Ello puede constatarse, sin pretender agotar los ejemplos, en: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo IV, ob. cit., p. 248; FLEINER, Fritz, ob. cit., p. 282; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, ob. cit., p. 447; RIEFFOLO BESSONE, José F., ob. cit., p. 33; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., p. 65; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, ob. cit., p. 443; MANZANEDO, J. A./ HERNANDO, J. y GÓMEZ REINO, E., ob. cit., p. 970. MORELL OCAÑA, Luis, ob. cit., p. 337; PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “El rescate”, en A.A.V.V., *Contratos administrativos*, ob. cit., p. 251; el cubano LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 73.

⁷⁴⁴ DE BARROS JUNIOR, Carlos S., “La concesión de servicio público”, en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Volumen primero, Publicación dispuesta en homenaje al profesor RAFAEL BIELSA, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979, p. 233.

Sin embargo, esta idea ha tenido igualmente sus detractores, que constituyen un importante sector doctrinal.

En esta última acuerda argumental, aseveraba Otto MAYER, tiempo atrás, que:

“La legislación ordinaria sobre la expropiación no se aplica en nuestra hipótesis; ella sólo tiene en cuenta, en realidad, la privación de la propiedad inmobiliaria de derecho civil. Naturalmente, una ley especial podría también aquí hacerla posible.”.

Y a renglón seguido, el alemán afirmaba:

“El derecho se ejerce por una declaración de autoridad; esta declaración surte directamente el efecto de quitar el derecho. No es una compra en el sentido jurídico.”.⁷⁴⁵

Una gran parte de los escritores que no han aceptado al *rescate* como una *expropiación*,⁷⁴⁶ parten de considerar a esta última desde el punto de vista histórico tradicional, en el que ella sólo recae sobre bienes inmuebles. Empero, la concepción actual de la expropiación extiende su ámbito objetivo a todos los derechos patrimoniales que integran la propiedad privada de un sujeto determinado.

Desde esta perspectiva, el derecho del concesionario a la realización de la concesión es perfectamente expropiable, pues es un derecho patrimonial que se encuentra dentro de su patrimonio individual por el tiempo que se prevé en la concesión.

También puede verse que hay una similitud genérica entre expropiante y rescatador: es la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa. Así como que tanto una como otra acción son el resultado de una decisión unilateral y ejecutiva de ese ente.

Además, el efecto básico del rescate y el de la expropiación en general es idéntico: se sustrae del patrimonio del afectado la titularidad de un derecho (en el caso del rescate se particulariza porque se le priva al concesionario de la titularidad, no del servicio, la obra o el bien públicos, porque nunca la

⁷⁴⁵ MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 177.

⁷⁴⁶ Ver, por ejemplo, lo que expresaban: BERTHÉLEMY, H., ob. cit., nota 2, p. 617; LECOMTE, François, ob. cit., pp. 75 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 188; GRECA, Alcides, *Derecho y Ciencia...*, ob. cit., p. 228 y 229; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...*, ob. cit., p. 813. Matizada nos resulta la opinión de GARCÍA PÉREZ, Juan, *Régimen Jurídico del Transporte por Ferrocarril*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, p. 86.

tuvo, sino del derecho otorgado a la prestación del servicio, a la ejecución y explotación de la obra y a la explotación del bien *demanial*), extinguiendo así dicha titularidad y originándose la obligación por parte del expropiante y del rescatador de indemnizar al afectado por el menoscabo patrimonial sufrido. Igualmente, rescate y expropiación se justifican en el interés colectivo y constituyen medios para operar un cambio en el objeto sometido a rescate y a expropiación (el rescate es un mecanismo para transformar el régimen de realización de lo concedido y para poder realizarle modificaciones al objeto de la concesión).

Como se apreciará, ambas figuras comparten sus líneas estructurales fundamentales. Lo que nos impulsa a aceptar que el rescate se inserta dentro de esa figura más general que es la expropiación forzosa y que se individualizará a raíz del tipo de derecho patrimonial que afecta y el tipo de relación en la que actúa.

Por otro lado, no debe confundirse el *rescate* con la *caducidad*, como ha sostenido algún autor aislado,⁷⁴⁷ pues ésta es una sanción cuyo efecto fundamental es el de extinguir la concesión y encuentra su justificación en un incumplimiento grave de las obligaciones adquiridas por el concesionario. Además, de ordinario la caducidad no genera indemnización a favor del concesionario.

Tampoco, como se ha hecho por algún que otro estudioso, puede asociarse la idea de *rescate* con la de la *anulación* de la concesión administrativa,⁷⁴⁸ pues ambas figuras responden a supuestos objetivos diferentes.

Como institución jurídica, el *rescate* de las concesiones presenta varias modalidades. Por lo que se han distinguido diferentes especies del mismo a tenor de diversos criterios clasificatorios.

Tomando como base distintiva el hecho de que el rescate figure o no expresamente estipulado en el acto de concesión, se distingue entre el rescate explícito y el rescate implícito. El primero es aquel que expresamente se establece en la concesión; el segundo, en consecuencia, es el que no aparecerá establecido en la concesión, pero se entiende que está presente más allá de su expresión formal en la letra del acto en cuestión.

⁷⁴⁷ V. gr.: SILVA CIMMA, Enrique, ob. cit., p. 336.

⁷⁴⁸ Por ejemplo, el brasileño Carlos S. DE BARROS JUNIOR cuando apreciaba: “Otra forma de extinción de las concesiones es la llamada anulación o rescate. Es el derecho reconocido al concedente de retirarle al concesionario el servicio concedido, antes del término del contrato, mediante indemnización calculada en la forma contractual o legal.” DE BARROS JUNIOR, Carlos S., ob. cit., p. 233.

En una cuerda semejante, debe darse cuenta de un criterio clasificatorio que fue especialmente impulsado por los administrativistas franceses,⁷⁴⁹ a raíz de entender la naturaleza jurídica de la concesión como un contrato administrativo. Así, atendiendo a dónde se refrenda el rescate, este criterio distingue entre rescate contractual (o convencional), rescate no contractual (o unilateral) y rescate legal.

El rescate contractual es el que aparece expresamente fijado en el acto de concesión y procede según las condiciones precisadas en dicho acto.

El rescate no contractual es el que se realiza sin que esté dispuesto en el acto concesional y siguiendo el procedimiento general revocatorio o resolutorio o expropiatorio. Dentro de este tipo de rescate se pueden presentar dos situaciones bajo las cuales puede darse el mismo: que no exista en la concesión una cláusula de rescate (rescate implícito) o que haya una cláusula que establezca que durante cierto período de tiempo no se podrá realizar el rescate de la concesión.

El rescate legal es el que viene dispuesto en una norma jurídica especial y se aplica sólo a las concesiones que dicha norma regula.⁷⁵⁰

Atendiendo al momento o período en que se lleva a cabo el rescate tenemos que puede ser anticipado o no.

En la letra del acto de concesión puede incluirse una cláusula que establezca que no podrá ejecutarse el rescate durante un período de tiempo determinado. Si dentro de ese intervalo fijado se ejecuta el rescate, estaremos ante el llamado rescate anticipado, en contraposición con el que se efectúa luego de transcurrido aquel. Por lo que hemos analizado hasta ahora, este tipo de cláusula no es válida en su sentido literal y su trascendencia debe verse desde la perspectiva económica, en lo correspondiente a la indemnización del concesionario.

Como claramente precisó Gastón JÈZE, refiriéndose a la cláusula según la cual la Administración sólo podrá ejercer el rescate una vez transcurrido el período temporal que se fije en ella:

⁷⁴⁹ En este sentido remitimos, como ejemplos ilustrativos, a las explicaciones de: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 369 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 188 y sigs.; DE COUDEVYLLE, Andrée, ob. cit., pp. 145 y sigs. Ver también: CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., p. 551.

⁷⁵⁰ Sería interesante que también se viera la clasificación del rescate en *propio* e *impropio* que reflejaba COMADIRA, Julio Rodolfo, “El Derecho Administrativo como régimen exorbitante...”, ob. cit., pp. 38 y sigs., “Servicios públicos y regulación económica en la Argentina”, ob. cit., pp. 153 y sigs., y en “Servicio público y regulación”, ob. cit., p. 725.

“El principal motivo de esta estipulación se refiere al *cálculo de la indemnización del rescate*. Sólo al cabo de cierto tiempo la explotación se desarrollará completamente y los resultados serán suficientemente productivos para asegurar a los capitales invertidos una remuneración razonable. La indemnización de rescate no sería justa si se calculase según los resultados obtenidos antes del completo desarrollo de la explotación. Es por ello que, a veces, se declara el rescate *contractual*, posible *en cualquier época*; pero para el cálculo del monto de la indemnización, el contrato distingue según que la facultad de rescate se ejerza antes o después que ha transcurrido determinado número de años.”⁷⁵¹

Dentro de la senda distintiva del rescate, también se puede presentar un rescate temporal (no definitivo) o un rescate definitivo.

El rescate temporal, que generalmente tiene carácter excepcional, se presenta cuando la Administración asume directamente lo concedido sólo por un tiempo y luego lo vuelve a entregar al mismo concesionario de manos de quien lo rescató.

Es importante no confundir el rescate temporal con la sustitución temporal del concesionario (llamada también *secuestro*, *ejecución necesaria* o *intervención*), pues la segunda es una sanción ante el incumplimiento de las obligaciones del concesionario; no así el rescate no definitivo, que es un acto motivado por el interés público y no constituye una sanción. Además, entre otras consecuencias, en el caso de aquella sanción, y mientras dure, la realización directa de la actividad por la Administración o por otra persona

⁷⁵¹ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 376 y 377. Ver también: LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, ob. cit., p. 159. Bajo esta idea es que puede entenderse la cláusula de exclusión del rescate en un tiempo determinado dentro del transcurso de la concesión, por lo que no podemos dejarnos llevar por la literalidad de planteamientos como el de Carmelo ABELLÁN (ob. cit., p. 876): “(...) Y tampoco existe inconveniente legal en que en el contrato se fije límite de tiempo para ejercitar esta facultad de rescate, o sea, quedando vedado el rescate hasta tanto se cumpla dicho plazo (...).” Según enseñaban ROUGEVIN-BAVILLE, DENOIX DE SAINT MARC y LABETUELLE, en relación con el *poder de resiliación en el interés del servicio* que ostenta la Administración Pública en los contratos administrativos: “Este poder de resiliación en el interés general hace, por una otra parte, que una estipulación contractual que obstaculice su ejercicio sea nula, como incompatible con las necesidades de funcionamiento del servicio público (6 de mayo de 1985, sociedad Eurolat, Rec. Lebon, p. 141).”; ROUGEVIN-BAVILLE, Michel/ DENOIX DE SAINT MARC, Renaud y LABETUELLE, Daniel, ob. cit., p. 203. Ver también, por ejemplo: ZANOBINI, Guido, *Corso...*, Volume terzo, ob. cit., p. 316, nota 33; CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., p. 552.

seguirá por cuenta y riesgo del sancionado; en el rescate temporal el concedente, como ejecutor directo, correrá con los gastos del ejercicio del objeto rescatado.

Atendiendo al alcance del rescate con respecto al objeto de la concesión, este puede ser total o parcial. El rescate total es el que recae sobre todo el objeto concedido; mientras que el rescate parcial sólo afecta a una parte de ese objeto y no a su totalidad.

Un sector de la doctrina, en función de la concesión como unidad y del mantenimiento del equilibrio económico de la relación concesional, ha rechazado el rescate parcial.⁷⁵²

Así, por ejemplo JÈZE exponía:

“El rescate de la concesión de servicio público debe, en principio, comprender todo el servicio público concedido. La concesión representa un conjunto, en el que se ha tenido en cuenta a todas las partes, al fijarse la remuneración del concesionario. No es posible privar al concesionario de una parte de la concesión, que puede ser la más ventajosa, y dejarle la parte más onerosa. El equilibrio financiero de la concesión se rompería. Sin duda, se pagaría una indemnización al concesionario, pero la ecuación financiera no se restablecería fácilmente por el pago de una indemnización (anualidad o suma entregada de una sola vez). Todo el mecanismo de la concesión se alteraría con un rescate parcial.”⁷⁵³

Para también decir:

“La solución más equitativa es la del rescate total de la concesión: con esta solución no se corre el riesgo de comprometer el buen funcionamiento del servicio público concedido.”⁷⁵⁴

Sin embargo, otros estudiosos, fundándose en el propio interés general, lo aceptan. En esta línea, Osvaldo Ángel Felipe PRITZ, hubo de acoger:

“Si bien la doctrina no admitía el rescate parcial (porque la concesión es un conjunto y por la posibilidad de romper el equilibrio

⁷⁵² Vid., entre otros: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 382; MALLOL GARCÍA, José, ob. cit., pp. 66 y 67; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., Tomo III-A, p. 577; AGUILAR VALDÉZ, Oscar R., ob. cit., p. 204.

⁷⁵³ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 382

⁷⁵⁴ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 382.

económico rescatando lo más rentable), nos inclinamos a admitirle, porque dependía del interés público justificante.”⁷⁵⁵

Sobre este punto pensamos que si bien el rescate parcial repercute sobre la ecuación financiera de la concesión y que puede afectar con ello al concesionario, hay que tener en cuenta que si el interés colectivo (al que debe subordinarse el interés individual del concesionario) impone la necesidad de un rescate parcial, éste podrá realizarse, con una consecuente indemnización del afectado o una reorganización de las condiciones económicas de la concesión.

Tradicionalmente, el ejercicio del rescate se ha configurado como discrecional por parte de la Administración concedente.⁷⁵⁶ Sin embargo, la evolución de la institución concesional y de la vida y políticas económicas ha ido cerrando el marco de apreciación discrecional del concedente, y ha reunido bajo la rúbrica genérica de *motivos de interés general* que hagan necesario que la Administración Pública asuma directamente la realización del objeto de la concesión administrativa, las distintas razones por las que se puede rescatar una concesión.

Sobre esta cuestión se ha dicho, con acierto:

“El interés público motivador del rescate debe ser especificado. No bastará alegarse, repitiendo la ley, “motivo de interés público”. Será necesario decir cuál, específicamente en cada caso, es el motivo de interés público determinante del rescate.”⁷⁵⁷

Ese cierre del marco de apreciación discrecional en la procedencia del rescate, marca un claro sentido garantista a favor del concesionario y, por qué no, a favor de la colectividad.

Es necesario destacar, que entre los administrativistas se ha sostenido que no procede como motivo de rescate la posterior sustitución del concesionario por el interés de sustraerle el ejercicio de una concesión que le resulta provechosa económicamente.

En este sentido se pronunció Gastón JÈZE:

⁷⁵⁵ PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “El rescate”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, ob. cit., p. 246.

⁷⁵⁶ V. gr.: MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 177; JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 370; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 658; ABELLÁN, Carmelo, ob. cit., p. 876.

⁷⁵⁷ CINTRA DO AMARAL, António Carlos, ob. cit., p. 102.

“Entre los motivos del rescate no debe figurar la voluntad de privar al concesionario de una explotación lucrativa, y dejarle la explotación sólo cuando ella es mediocre o aún deficitaria (...).”⁷⁵⁸

JÈZE, citaba a COLSON⁷⁵⁹ quien reflexionaba a su vez:

“El rescate no debe ser, como se lo imagina demasiado frecuentemente, una forma de privar al concesionario de las ganancias que se esperan de su concesión, el día en que se las juzgue excesivas; ninguna compañía sería aceptaría una concesión, desde el momento en que ella supiese que el negocio quedará a su cargo si es malo, y que se le privará de los beneficios, si es bueno.”.

Con independencia de opiniones de ese tipo,⁷⁶⁰ no se ha dejado de valorar la posibilidad de considerar al cambio de concesionario como motivo que hace procedente el rescate.⁷⁶¹

En esta última dirección, el argentino Osvaldo Ángel Felipe PRITZ aseveraba:

“En efecto, creemos que la cuestión depende del interés público que motiva el rescate y si el mismo consiste en alguna característica referida al prestador, debe admitirse el cambio del mismo. Concretamente, mencionaremos los siguientes casos:

- a) Conflicto con una nación extranjera o cualquier caso de interés público en el cambio de nacionalidad del prestador del servicio o explotador de la obra.
- b) Necesidad de desmonopolizar un servicio o la obra; se rescatará de uno o unos pocos para entregar a varios.

⁷⁵⁸ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 371.

⁷⁵⁹ *Cours d'écon. politique*, libro VI, 2ª ed., 1910, p. 420.

⁷⁶⁰ V.gr.: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 192; COUDEVYLLE, Andrée, ob. cit., p. 147; LINOTTE, Didier y ROMI, Raphaël, ob. cit., p. 139. Igualmente, SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 83, en la nota 1; LÓPEZ PELLICER, José A., “La concesión de servicios locales”, ob. cit., p. 207; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento...*, ob. cit., p. 374; MORELL OCAÑA, Luis ob. cit., p. 337.

⁷⁶¹ Por ejemplo: BONNARD, Roger, *Précis Élémentaire...*, ob. cit., p. 352 y *Précis de Droit Public*, ob. cit., p. 348; GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal, *Derecho Administrativo General*, 7ª edición, Ediciones Abogados Librería, Medellín, 1997, p. 211; y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, 1ª edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999, p. 266.

- c) Conveniencia pública de monopolizar o reunir en un solo prestador o explotador un servicio u obra que es prestado o explotado inconvenientemente por varios sujetos.
- d) Inconveniencia de las condiciones contractuales, en las que el concesionario cumple el contrato, pero no se satisfacen las necesidades públicas actuales. (...).
- e) Conversión de una obra o servicio que, originalmente, era «autónoma», en «accesoria». (...), lo cierto es que puede darse el caso de una obra o servicio que pasa a ser accesorio de otro, en cuyo caso puede analizarse la posibilidad de rescatarlo del primer concesionario para entregarlo como accesorio a otra concesión.”⁷⁶²

En principio, la autoridad competente para declarar el rescate es la misma que otorgó la concesión (el concedente) u otra que se disponga en la normativa vigente.

En cuanto a los efectos sobre la concesión, debemos decir que su consecuencia fundamental es la extinción del vínculo concesional; y excepcionalmente la suspensión de ese nexo cuando se realiza el rescate temporal o no definitivo.

Otro efecto del rescate radica en la posterior realización directa por parte de la Administración de la actividad anteriormente concedida. Por lo que el objeto concedido sale del régimen de concesión y entra en el de ejecución directa (la *régie* de los franceses).

Con respecto a los bienes involucrados en el rescate de la concesión (y como vimos en otro epígrafe) debemos distinguir dos grandes grupos: los bienes públicos (si alguno de ellos se otorgó) y los bienes propiedad del concesionario (incorporados por éste ante las exigencias de la actividad que despliega en la concesión). Y dentro de la segunda categoría de bienes, que es la más rica en situaciones, se erigen tres grupos fundamentales: los llamados bienes de retorno (*biens de retour*), los bienes de recuperación (*biens de reprise*) y los bienes que permanecen en propiedad del concesionario o bienes propios (*biens demeurant la propriété du concessionnaire* o *biens propres*).

En principio, y siempre que así se disponga expresamente en la normativa reguladora del acto concesional o en la propia letra de la concesión, con el rescate de la concesión también pasan al concedente aquellos bienes que revisten un carácter necesario para poder seguir realizando el objeto de la

⁷⁶² PRITZ, Osvaldo Ángel Felipe, “El rescate”, en ob. cit., pp. 252 y 253.

concesión. Pero el tratamiento que se le da a cada uno de esos grupos debe ser diferenciado.

Los bienes de retorno son los que revierten o retornan de pleno Derecho al concedente, normalmente de forma gratuita, si al tiempo del rescate ya se ha amortizado la inversión que en ellos realizara el concesionario. Estos *biens de retour* se singularizan además porque generalmente son de condición inmobiliaria y porque su adquisición por la Administración es frecuentemente obligatoria.

Los bienes de recuperación, que a diferencia de los de retorno tienen de ordinario un carácter mobiliario, son aquellos que su adquisición por el concedente reviste una condición comúnmente facultativa (aunque también puede ser obligatoria en ciertos supuestos) y éste debe pagar por ellos un precio o indemnización. Al igual que los bienes de retorno, éstos son entendidos como necesarios para la explotación del servicio, la obra o el bien públicos.

Los bienes que permanecen en propiedad del concesionario son considerados en sentido negativo o residual, es decir, serán aquellos no incluidos en las categorías *biens de retour* y *biens de reprise* y que no presentarán un carácter necesario para la realización de la concesión. Si el concedente desea adquirirlos deberá pagar a su propietario (el concesionario) un precio por ellos.

Como en virtud del rescate el concesionario es afectado en el ejercicio de su derecho, pues es privado prematuramente de la realización del objeto concedido, le es expropiado su derecho, el concedente debe indemnizar a este sujeto por el menoscabo patrimonial sufrido. Los términos de la indemnización serán los establecidos en el acto de concesión o en la normativa vigente.

Después de planteadas las cuestiones anteriores, queremos dedicar unas reflexiones a la denominación de *rescate de las concesiones* y su alcance.

Según el belga ORIANNE:

“(...) Es la existencia de (...) - el derecho del concesionario a la indemnización - lo que explica la fortuna del término «rescate» para designar lo que no es en suma sino un derecho de resiliación unilateral (...).”⁷⁶³

Para afirmar a renglón seguido:

⁷⁶³ ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 291.

“La administración no «rescata» evidentemente el servicio, pues ella no lo ha vendido jamás. Ella indemniza simplemente al concesionario del perjuicio resultante para él de la expiración anticipada de su concesión”.⁷⁶⁴

Por su lado, Rafael BIELSA fue uno de los que se opuso al uso de la expresión *rescate*. Para este argentino:

“Por de pronto no puede hablarse de rescate de concesiones, porque el Estado no rescata concesiones, ya que no enajena su poder de prestar el servicio directamente cuando lo juzgue conveniente.”.

Y continuaba diciendo:

“El término rescate (que posiblemente ha sido tomado a la ligera de la legislación francesa) se aplica cuando la explotación la hace el concesionario con bienes del concedente; por eso, al vencimiento del término o extinción de la concesión, en cualquier forma, esos bienes son rescatados. Se rescatan bienes; pero no derechos no transmitidos (...).”⁷⁶⁵

De hecho, en algunos autores podemos encontrar la idea de *rescate* de las concesiones administrativas asociada esencialmente a los bienes otorgados en la concesión.⁷⁶⁶ Ilustrativo en este último sentido puede ser el mexicano ACOSTA ROMERO:

⁷⁶⁴ ORIANNE, Paul, ob. cit., p. 291.

⁷⁶⁵ BIELSA, Rafael, “El proyecto de régimen legal del servicio telefónico”, en BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 647; también en sus *Principios...*, ob. cit., p. 145. El propio BIELSA escribía: “En realidad las expresiones “rescate” y “expropiación” son conceptos referidos al régimen jurídico de los bienes (cosas o créditos) afectados al servicio concedido, y no al derecho de prestar el servicio público, que es inalienable, por ser un poder jurídico de la Administración pública, según la definición ya dada de la concesión. (...)”; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 452. Por su parte, el cubano MARINO LÓPEZ BLANCO (ob. cit., p. 81) escribía: “Estimamos que resulta impropio hablar de rescate en materia de servicios públicos, concepto implicador de recobro de cosa perdida, de reclamo a quien usurpa, un tanto confuso y nada esclarecedor de la posición jurídica respectiva del concesionario y concedente.”; LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 81.

⁷⁶⁶ En una noción inexacta, desde nuestro punto de vista, de lo que es el rescate, el suizo ANDRÉ GRISEL al señalarle entre los motivos de culminación de la concesión le refería como “(...) la retoma de las instalaciones del concesionario por el concedente, mediante una indemnización, durante la duración de la concesión. (...)”; GRISEL, André, ob. cit., p. 149. Por su parte, el argentino DANIEL ANTOKOLETZ escribía: “(...) El rescate puede figurar como cláusula expresa del contrato de concesión, fijando de antemano la individualización, o

“(...) el rescate es un acto administrativo, mediante el cual la autoridad administrativa, recupera los bienes que había concedido previamente, por causa de utilidad pública; (...)”.⁷⁶⁷

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar de planteamientos como los sostenidos al efecto por BIELSA.

Como tantas veces hemos dicho, por la concesión se entrega al concesionario el ejercicio de una esfera de actuación propia del concedente, limitándose este último sujeto respecto a esa esfera durante el tiempo en que el primero realiza lo concedido. No debe perderse de vista que lo anterior no significa que el concedente se desvincula totalmente de aquélla, sino que se limita a no realizar por sí mismo lo que entregó a otro.

Ahora bien, con la esfera de competencia transmitida, el concedente puede entregar o no – según se requiera por el tipo de actividad a realizar – determinados bienes públicos que serán el soporte material para desarrollarla. Por ello, lo que realmente rescata la Administración es la realización de la esfera concedida, volviendo a «sus manos» (de donde, por cierto, jurídicamente nunca salió) con los bienes entregados también, pero los últimos vuelven como consecuencia de que retorna lo concedido.

El hecho de circunscribir el rescate a los bienes del ente público entregados al concesionario, se debe, según nuestra creencia, al análisis exclusivo de la parte visible de lo que el concedente traspasa a su contraparte; olvidándose así lo principal: los derechos transmitidos.⁷⁶⁸

Además, BIELSA señalaba que la Administración no rescata concesiones porque no enajena el poder de prestación del servicio (refiriéndose especialmente a ese tipo de concesión), idea que igualmente no compartimos; porque ella tampoco enajena los bienes que entrega, sólo otorga su uso y disfrute.

por acto posterior. Siendo una apropiación de bienes particulares afectados a un servicio público, se requiere previa indemnización. (...)”; ANTOKOLETZ, Daniel, *Manual teórico y práctico de Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Librería y Editorial “La Facultad”, Buenos Aires, 1939, p. 134.

⁷⁶⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel, ob. cit., p. 865.

⁷⁶⁸ En una orientación concordante con la que aquí sostenemos, el belga Jacques DEMBOUR observó: “En la medida en que la cláusula de «rescate» pretenda los bienes de dominio público, el empleo del término es impropio, pues el poder concedente no puede «rescatar» lo que no ha dejado de pertenecerle.”; y continuaba: “En realidad, el «rescate» implica esencialmente los derechos de crédito acordados al concesionario y, si el pliego de condiciones lo prevé formalmente, sobre los bienes que le pertenecen.” Ver de DEMBOUR, *Les moyens...*, ob. cit., p. 211, y *Droit Administratif*, ob. cit., p. 424.

El rescate no puede enmarcarse exclusivamente en la noción de enajenación, pues entonces nunca podría recurrirse a él, al ser la concesión incompatible con todo intento de enajenación. Ese último vocablo conlleva traspaso de propiedad o titularidad, y el concedente no traspasa en propiedad o en titularidad nada al concesionario, excepto el derecho de realizar lo concedido por el tiempo estipulado.

K-) La caducidad

Cuando en un momento anterior nos referíamos a las medidas sancionadoras que la Administración Pública concedente podía imponerle al concesionario por razón del incumplimiento de sus obligaciones concesionales, dejábamos enunciada como una de ellas la extinción del *vinculum iuris* que le une a él. Es esa la sanción más grave que se le puede imponer al concesionario y, en materia de concesiones (de actos y contratos administrativos, en general), dicha sanción recibe el nombre de *caducidad* (*déchéance* en la terminología francesa y *decadenza* en la italiana) o *sanción resolutoria* (*rescisoria*) o *revocatoria*, desde la arista global.⁷⁶⁹

Tal como hemos ilustrado en epígrafes anteriores, en un sentido que tal vez pudiéramos calificar como extendido o amplio, podemos encontrar escritores que se han referido a la caducidad de la concesión tanto en el supuesto de extinción (normal) de la concesión por el vencimiento del plazo de duración fijado para ese vínculo (caducidad de la concesión por transcurso del plazo) y como en el de la sanción extintiva de la concesión que se le aplica al concesionario (caducidad sanción).⁷⁷⁰ Como se apreciará, aquí el término caducidad resulta genérico y engloba dos supuestos de hecho

⁷⁶⁹ Hay quien, muy impropriamente desde la arista técnico-jurídica, ha llamado a esta figura como «destitución del concesionario». Es el caso de: FERNÁNDEZ DE PUJOLS, Andrea, *El contrato de concesión de servicio público en la República Dominicana*, Impreso en los Talleres Gráficos de HAD Publicaciones, Santo Domingo, 2002, p. 61.

⁷⁷⁰ Esto puede apreciarse en una parte de la doctrina española, por ejemplo, ver: ROYO VILLANOVA, Antonio, ob. cit., p. 138; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., pp. 79 y sigs.; VILLAR PALASÍ, José Luis, quien en su importante trabajo “Concesiones administrativas”, ob. cit., denominaba a un acápite (pp. 746 y sigs.) “Teoría de la caducidad-sanción” y a otro (pp. 754 y sigs.) “Teoría de la caducidad por transcurso del plazo”; también de VILLAR PALASÍ, *Apuntes...*, ob. cit., p. 426; CARRETERO PÉREZ, Adolfo, ob. cit., p. 425; contemporáneamente: BLANQUER, David, *Curso...*, ob. cit., p. 467. Fuera de España, se aprecia en autores como: RIEFFOLO BESSONE, José F., ob. cit., p. 33. En Cuba: ALFONSO Y CABALLERO, Mario, ob. cit., pp. 8 y 61 y sigs.

distintos, cuyo denominador común es el de provocar la extinción de la concesión administrativa.

Pensamos que este alcance amplio de la expresión *caducidad* puede mover a imprecisiones, pues si bien en ambos supuestos el efecto básico es el cese de la concesión, ellos, como supuestos fácticos, difieren sustancialmente entre sí; así como también en el régimen jurídico aplicable a uno y otro.

En el caso del transcurso del término de la concesión, la terminación de la misma es una consecuencia natural del decurso del tiempo y de la sujeción del acto en cuestión a un término resolutorio. En el otro, esa extinción es totalmente anormal; representa una sanción contra el concesionario y, por ende, su régimen y consecuencias jurídicas se tornan esencialmente distintos de aquél.

A raíz de esa realidad, y en aras de buscar un poco más de precisión terminológica y técnica, preferimos circunscribir estrictamente la figura de la caducidad de las concesiones, conjuntamente con la gran mayoría de los estudiosos, sólo al supuesto en que se constituye una extinción anticipada de la concesión administrativa por incumplimientos obligacionales imputables al concesionario.

Desde otra perspectiva, igualmente se aprecian planteamientos doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que han pretendido ver a la caducidad como la expresión genérica de la extinción unilateral de la concesión por la Administración Pública, tanto por razones de interés general, como por incumplimientos del concesionario de las estipulaciones preestablecidas.⁷⁷¹ Algo que tampoco nos parece procedente y ajustado a la mejor técnica jurídica.

Asimismo, se ubican administrativistas que recogen que la caducidad, además del supuesto estricto de incumplimientos imputables al concesionario que tradicionalmente se señala, opera en otros casos no vinculados a la culpabilidad de aquel,⁷⁷² como son el de extinción del concesionario o

⁷⁷¹ A esta vertiente responde la posición de: SILVA CIMMA, Enrique, ob. cit., p. 337.

⁷⁷² El profesor español GARRIDO FALLA, a partir de una lectura del Derecho positivo de su país entonces vigente, ha sido de los que advertía sobre «la equivocada conclusión que la caducidad es siempre una medida punitiva que se impone a la vista de una conducta culpable del concesionario»; para enfatizar: “Por lo pronto, la conducta culpable (con las precauciones con que este último término debe utilizarse, referido a una situación como la del concesionario, que es al mismo tiempo reglamentaria y contractual), no es sino una entre las varias causas que pueden dar lugar a la declaración de caducidad.” GARRIDO FALLA, Fernando, “Efectos económicos...”, ob. cit., pp. 231 y 232.

quiebra sobrevenida de él, o ambos; o cuando se produce la desaparición del objeto de la concesión o sus condiciones varían posteriormente provocando la imposibilidad de su ejecución;⁷⁷³ o, incluso llegan a incorporar dentro de aquella a la renuncia del concesionario.⁷⁷⁴

En una cuerda de este tipo, Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN precisaba que:

“(…) existen, como bien claramente lo señalarán también la jurisprudencia y el Consejo de Estado, dos tipos o clases de caducidad. La caducidad se emplea como sinónimo de extinción anticipada, cualesquiera que sean los motivos: éstos pueden ser por incumplimiento del concesionario, o imposibilidad de cumplimiento sin culpabilidad.”⁷⁷⁵

Según hemos observado, se reúnen aquí situaciones de hecho que responden a causas diversas y, por ello, tienen consecuencias jurídicas diferentes,

⁷⁷³ Por ejemplo: BERTHÉLEMY, Henry, ob. cit., p. 620; LENTINI, Arturo, ob. cit., p. 601; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., pp. 79 y 80, y *Los contratos administrativos*, ob. cit., pp. 203 y 204; PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 418; VARAS CONTRERAS, Guillermo, ob. cit., p. 296; SARRÍA, Félix, ob. cit., p. 300; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 347 y 348; LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., pp. 102 y sigs.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1993, pp. 93 y sigs.; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho Administrativo. Teoría General*, Tomo II, *Actos y contratos administrativos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982, p. 395; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicio públicos municipales*, ob. cit., pp. 192 y 193. Para Cuba, GOVÍN Y TORRES, Antonio, ob. cit., p. 218.

⁷⁷⁴ Así: COLMEIRO, Manuel, ob. cit., p. 174, reseñaba entre las causas de la caducidad de las concesiones mineras a la renuncia del concesionario. Por su lado, Carlos PUYUELO, en relación con la concesión minera y su caducidad, escribía: “Ahora bien, ¿por qué razones podrá declararse esa caducidad? Esto podría ocurrir: 1º Por renuncia voluntaria; 2º Por el transcurso del tiempo por el que se otorgó, si no lo fue a perpetuidad; 3º Por incumplimiento por parte del concesionario de las condiciones impuestas, entre ellas la inexplotación de la misma durante cierto plazo; 4º Por falta de pago del canon o impuesto minero, expresión del dominio eminente del Estado.”; PUYUELO, Carlos, ob. cit., p. 119.

⁷⁷⁵ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento...*, ob. cit., p. 473. Años antes, el colombiano Jairo E. DUQUE PÉREZ escribía: “Dos clases de hechos dan lugar a la caducidad. Y son a) Hechos **relativos** al co-contratante; y b) Hechos **imputables** al mismo. Entre los primeros enumera la doctrina como principales: incapacidad sobreviniente, el fallecimiento si se trata de una persona física, o su extinción o disolución, si es persona jurídica.” (Las negritas son del original); DUQUE PÉREZ, Jairo E., “La caducidad de los contratos administrativos”, en *Estudios de Derecho*, Año XXI, Segunda Época, Volumen XIX, No. 57, Marzo, 1960, Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, p. 25.

más allá del denominador común de un cese anticipado de la concesión. La extinción del concesionario, su incapacidad sobrevenida, la extinción del objeto de la concesión o las circunstancias que sobre éste incidan posteriormente y que influyan en su idoneidad, conforman causales extintivas diferenciables del incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, propiamente considerado. Aquéllos pueden ser presupuestos de tal incumplimiento, donde no se manifiesta una intencionalidad o culpabilidad del concesionario al incurrir en el mismo, mientras que la caducidad sí presupone esa culpabilidad. El tratamiento jurídico que se les da a aquellas causas es normalmente diferenciado, a partir de la inexistencia del elemento intencional o culpabilidad en las afectaciones que pueden originar el incumplimiento de las obligaciones concesionales por el concesionario. Lo que permite que se erijan en motivos de terminación de la concesión con identidad propia, separadas estrictamente, en el plano técnico-jurídico, de la idea generalizada que impera sobre la caducidad.

En definitiva, la caducidad en el marco de las concesiones administrativas es posible definirla como la declaración unilateral de la Administración Pública por la que se da por terminada la concesión administrativa antes de que se cumpla el plazo fijado, por motivos de incumplimientos graves por parte del concesionario de las obligaciones asumidas por él en la relación.

Vista así, la *caducidad* resulta un tipo de sanción a imponer – la más extrema en la escalada de intensidad del espectro de posibles sanciones – por incumplimientos graves del concesionario frente a la Administración Pública concedente.

De la definición aportada se podrá colegir que la caducidad es una forma de resolución o revocación (según se configure la naturaleza jurídica del acto concesional) unilateral de la concesión por la Administración Pública, que se cualifica porque está motivada por una violación agravada, culpable e imputable al concesionario de sus obligaciones concesionales.⁷⁷⁶

Hay que señalar que la configuración de hecho de uno de los supuestos de caducidad en la concesión administrativa no implica que la misma se extingue inmediata o automáticamente, porque dicha extinción se subordina a la declaración que de esa caducidad haga la autoridad competente. En consecuencia, el acto de declaración de caducidad por parte de la Administración

⁷⁷⁶ Interesante resulta lo que destacaba: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 66 y sigs., donde además criticaba (pp. 67 y 68) la distinción que realizara BLONDEAU (ob. cit., pp. 255 y sigs.) entre la *rescisión por culpa del concesionario* y la caducidad propiamente dicha.

Pública deviene en un acto declarativo, que viene a constatar o refrendar una situación de hecho que se configura con anterioridad al mismo (el incumplimiento por parte del concesionario) y cuyo efecto fundamental como acto es el de producir la extinción del vínculo concesional.

Es una conclusión mayoritaria entre los científicos del Derecho Administrativo la de considerar a la caducidad como una medida de carácter sancionatorio que se le aplica al concesionario. Línea que nosotros seguimos, pues la caducidad resulta una consecuencia jurídica que aparece tipificada ante una acción u omisión del concesionario también tipificada como falta (en la letra del acto concesional o en la normativa que lo regula). Ella se aplica como resultado de una conducta infractora del concesionario de sus obligaciones concesionales.

La caducidad no actúa sólo como vía para que la Administración Pública se desligue de un vínculo obligacional en el que la contraparte no cumple sus prestaciones, sino que es un medio de reacción frente al concesionario por sus incumplimientos, privándolo de los derechos adquiridos vía la concesión administrativa y, con ello, de la percepción de las ganancias económicas (que es el móvil principal del concesionario en el referido nexo) sin compensación. A lo que hay que sumarle que lleva aparejado otras consecuencias que refuerzan la idea sancionadora como es la de la pérdida de la fianza que el concesionario constituye como garantía de la ejecución de lo concedido o como el hecho que el incumplidor puede perder la aptitud para hacerse de otras concesiones que posteriormente se quieran otorgar, por ejemplo.

Por otro lado, la presencia de la posibilidad de declaración de la caducidad de la concesión opera también como un mecanismo que tiende a prevenir, bajo amenaza de su aplicación, que el concesionario incurra en incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de ese acto en cuestión.

Sin embargo, la realidad que rodea a la figura de la caducidad no puede verse con miras estrechas, pues la finalidad de su aplicación no es exclusiva ni primariamente la de castigar o sancionar al concesionario, sino que, por las implicaciones de toda actividad objeto de concesión, con la posibilidad de aplicar la caducidad se busca, especialmente, prevenir que no se produzcan, o eliminar, las perturbaciones ocasionadas al interés general por los incumplimientos del concesionario. De esa manera, la caducidad, por sobre el papel sancionador que juega, es un claro mecanismo de defensa del interés público y de prevención ante las perturbaciones que este último puede sufrir por tales incumplimientos.

A partir del planteamiento de que la principal finalidad que se busca con la declaración de caducidad es la protección del interés público, a través del aseguramiento de la continuidad de la actividad concedida (especialmente del servicio público) mediante el cese de la relación con el concesionario, es que se ha observado que la institución que nos ocupa es una sanción, mas no una pena.⁷⁷⁷ Con lo cual quiere destacarse que su fin primario y esencial no es el castigo del sujeto incumplidor, ni, como bien dice JÈZE, “(...) imponerle sacrificios que excedan el perjuicio que ha causado con su falta (...)”.⁷⁷⁸

Incluso, tenemos el caso de la española María Mercedes LAFUENTE BENACHES, quien se mostraba contraria a calificar como una sanción a la caducidad, expresándose en los siguientes términos:

“Ni la caducidad tiene finalidad sancionatoria, ni consecuentemente el acto que declara es un acto sancionador. Si la caducidad es una forma de resolución del contrato de concesión adoptada en defensa de su finalidad pública, el acto que la declara trata de impedir que el estado de cosas contrario a esa finalidad pública se perpetúe. La declaración de caducidad pretende tutelar el interés público que llevó a la Administración a otorgar la concesión y a mantener al concesionario en su disfrute. Cuando la satisfacción de ese interés público se imposibilita, bien por hechos o situaciones imputables al concesionario, bien por hechos o situaciones ajenos a su voluntad, debe declararse caducada la concesión, pero no con el fin de sancionar al concesionario, aunque el hecho o situación que justifica la declaración de caducidad le sea imputable, sino para evitar que pueda mantenerse por más tiempo un estado de cosas contrario al interés público.”⁷⁷⁹

⁷⁷⁷ V. gr: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 95; PAREJA, Carlos H., ob. cit., p. 416; BOTASSI, Carlos Alfredo, “Potestad sancionatoria en la contratación administrativa”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 268. Georges PÉQUIGNOT (ob. cit., pp. 346 y 347) es de los que apoyó que la caducidad es una pena, a pesar de que su finalidad básica no era simplemente represiva.

⁷⁷⁸ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 95.

⁷⁷⁹ LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., p. 144 y “La declaración de caducidad en las concesiones de dominio público marítimo-terrestre”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 63, Julio- Septiembre, 1989, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 401.

En el párrafo siguiente observaba:

“La declaración de caducidad de la concesión es por ello una manifestación del poder general de resolución que tiene por finalidad la defensa o protección del interés público objetivo de la propia concesión y esta finalidad no tiene por qué tener matices sancionadores.”⁷⁸⁰

Desde nuestro punto de vista, la posición negatoria que sostiene LAFUENTE BENACHES sobre la calificación de la caducidad como sanción, viene en parte influida y determinada por la idea más extendida que ella acoge del instituto en cuestión. Donde, además del supuesto típico del incumplimiento grave y culpable del concesionario, recoge en el alcance fáctico de la caducidad otros supuestos en los que tal gravedad y culpabilidad están ausentes y contra los que en verdad pugnaría inconsecuentemente la consideración genérica de dicha institución como un acto de índole sancionadora.

La caducidad se nos presenta como una combinación y especificación del ejercicio de la potestad sancionatoria y del de la potestad de extinción anticipada, que ostenta la Administración Pública concedente dentro del contenido de la relación concesional. Es también manifestación del principio de autotutela que informa el funcionamiento administrativo de la Administración Pública, a los fines de la defensa del interés público al que atiende la concesión administrativa.⁷⁸¹

De ahí que no nos parezca atinado sostener – como han querido hacer ver algunos autores – que la caducidad se fundamenta en un acuerdo de voluntades.⁷⁸²

⁷⁸⁰ LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, *La concesión...*, ob. cit., p. 144.

⁷⁸¹ Al decir de Massimo Severo GIANNINI: “(...) *l'amministrazione ha il potere di declaratoria di decadenza per grave inadempimento del concessionario*; (...) *La configurazione più esatta di tale diritto sembra sia quella di un diritto potestativo di natura pubblica (quindi non un recesso dal contratto di servizio; l'atto con cui si esercita è provvedimento amministrativo e non negozio), manifestazione di uno jus poenitendi, avente ad oggetto l'assunzione o la riassunzione del servizio (salvo però il potere di riaffidarlo in concessione)*. (...)”. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, ob. cit., p. 434.

⁷⁸² V. gr.: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo IV, p. 267: “(...) La caducidad se fundamenta en un acuerdo de voluntades, expreso o tácito. (...)”; igualmente DUQUE PÉREZ, Jairo E., ob. cit., p. 24. Para Carlos Alfredo BOTASSI (ob. cit., p. 261): “(...) La potestad sancionatoria contractual nace por efecto del acuerdo de voluntades (Arts. 1.137 y 1.197 del Cod. Civil) y aún cuando las infracciones y sus penas no se encuentren expresadas en el convenio escrito y aparezcan establecidas en las leyes y reglamentos que regulan cada tipo de contrato, su fuente es *convencional* ya que adquieren virtualidad cuando el

La caducidad es una figura jurídica que no depende, en el por qué de su existencia, de la voluntad conjunta del concedente y el concesionario (como tampoco lo son los poderes de dirección y control, de interpretación, de modificación y de terminación de la concesión), porque la posibilidad de declararla la ostenta la Administración Pública en virtud del orden positivo, por la finalidad que cumple y por su relación con lo concedido. Un acuerdo de voluntades lo más que podría hacer es señalar a cuáles incumplimientos puede aplicársele, sin perjuicio de otros que se regulen legalmente y las posibles condiciones del ejercicio de la caducidad.

En consonancia con ello, se ha configurado a la caducidad como una sanción de orden público, indisponible por la voluntad de las partes, cuya existencia es de principio, aunque no se exprese en la letra de la concesión.⁷⁸³

De ahí que JÈZE destacara que una cláusula de la concesión no podría prohibir la caducidad en forma general, ni el concedente puede renunciar a ella, porque:

“(...) Esto sería contrario al orden público; equivaldría a una cláusula de irresponsabilidad del concesionario y a una declaración de la Administración concedente, desinteresándose del problema.”⁷⁸⁴

Para nosotros, en función del propio interés público, de la seguridad jurídica, de la protección de los derechos del concesionario ante posibles

particular, voluntariamente, contrata con el Estado y se somete no sólo a lo expresamente contratado (contenido de pliegos, anexos, circulares aclaratorias, actos del procedimiento licitatorio e instrumento contractual propiamente dicho) sino también al régimen legal del tipo de contrato de que se trate. (...); más adelante, BOTASSI enfatizaba (p. 265): “(...) Insistimos pues: las sanciones contractuales que aplica la Administración no derivan de un poder específico que posee el Estado en relación al particular contratante sino del sometimiento voluntario de este a un régimen que las contempla.”

⁷⁸³ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 73 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., pp. 134 y sigs.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 931; BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 141 y su *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 445 y sigs.; CAVALCANTI, Themistocles Brandão, ob. cit., p. 451; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 79; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 348. Según Rafael BIELSA: “(...) en principio la declaración de caducidad no puede ser renunciada ni por convenio, pues ello implicaría la renuncia de un poder que debe ejercer la Administración pública en defensa del interés público, y por consiguiente, por consideraciones extrañas al interés del concesionario, que debe subordinarse al interés del concedente, (...)”; BIELSA, Rafael, “La continuidad de los servicios públicos y el sentido políticosocial del interés público”, en BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Volumen I, *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 558.

⁷⁸⁴ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 74.

actuaciones arbitrarias de los agentes públicos y siendo consecuentes con el carácter de sanción que reviste la caducidad y su condición de medida excepcional, ésta sólo debe proceder ante aquellos incumplimientos que estén expresamente tipificados como faltas en el contenido de la concesión o en la legislación que le rige y que también de manera expresa la tengan aparejada como sanción aplicable.

Creemos que abrir un cauce de legitimación para que los agentes de la Administración Pública apliquen la caducidad fuera de los casos directamente previstos, es abrir una vía para lesionar el principio de legalidad administrativa y es permitir, con respaldo normativo y amparándose en el bien público (como concepto comodín), que se pueda incurrir en actuaciones arbitrarias que en nada beneficiarían a este último y que pueden desvirtuar, así, el fin por el que se hace presente la posibilidad de declarar la caducidad en una concesión.

Con esa afirmación nos distanciamos de la operatividad absoluta de conclusiones como la de Gastón JÈZE, que sustentaban (o sustentan) que por su carácter de orden público, no es necesario mencionar expresamente la caducidad en el acto de concesión, ni de preverla en una ley o reglamento.⁷⁸⁵

La sola mención de la idea de que la caducidad es la sanción más severa que se le puede imponer al concesionario por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la concesión, nos debe alertar de que dicha institución no puede tener como presupuesto de hecho cualquier incumplimiento. Efectivamente, ante las implicaciones que produce la caducidad, especialmente el de la ruptura definitiva y anticipada del vínculo concesional, ella debe basarse en incumplimientos muy graves por parte del concesionario (y no en un simple incumplimiento). Los que sin dudas se referirán, en principio, a obligaciones esenciales, que son las que soportan en buena parte el desarrollo y existencia misma de la actividad concedida.

En relación con lo anterior, este incumplimiento grave debe ser reiterado y dañar seriamente y de forma irremediable, definitiva, el desenvolvimiento de la concesión por ese concesionario, poniendo en peligro, por esa vía, la satisfacción del interés público.

⁷⁸⁵ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 74. En igual sentido: DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 164; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 931; RIVERO, Jean, ob. cit., pp. 137 y 138; BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 141 y su *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 445 y sigs.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo IV, p. 269; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo II, p. 79; BERÇAITZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 348; ÁBALOS, M. Gabriela, ob. cit., p. 460.

Tal como expresaron claramente Paul DUEZ y Guy DEBEYRE:

“(...) La caducidad principalmente exige, para ser pronunciada, una falta de una particularidad importante que supone una incapacidad permanente del concesionario. El futuro de la concesión se compromete definitivamente. (...)”.⁷⁸⁶

De lo contrario, las afectaciones que se produzcan pueden ser remediables con otro tipo de medida y no necesariamente habría que acudir a la terminación del vínculo. Por otro lado, tiene que existir una relación directa de causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación y las consecuencias negativas originadas en la concesión.

Igualmente, el mencionado incumplimiento debe serle imputable al concesionario o, como también se ha dicho, que implique culpa de su parte. Este último elemento, que se refiere a una vinculación entre la voluntad del incumplidor y el origen del incumplimiento acaecido, es importante porque si el segundo es el resultado de hechos externos a aquella voluntad, no se configura esa falta (que requiere necesariamente de esa imputabilidad y culpabilidad), ni procede entonces una sanción, dando lugar así a que proceda otra causa de extinción diferente a la caducidad.

Ahora bien, aún condicionando la caducidad a una falta grave, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, llaman a la cautela y a la prudencia a los fines de su procedencia.

En consonancia con ello, de ordinario se exige previamente a la declaración de caducidad, y en la mayoría de los casos con carácter obligatorio, que la Administración Pública haya requerido, notificado, preavisado o realizado una intimación al concesionario para que corrija su conducta,⁷⁸⁷ so pena de ser considerada esa declaración sin validez. Sin dudas, este requerimiento

⁷⁸⁶ DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, ob. cit., p. 931.

⁷⁸⁷ Vid.: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 90 y sigs.; DE LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., p. 166; VEDEL, Georges, ob. cit., p. 713; MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, p. 175; ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 175; CAETANO, Marcello, *Manual...*, ob. cit., p. 560; PAREJA, Carlos H., ob. cit., pp. 416 y 421; BIELSA, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 141; SAYAGUÉS LASO, Enrique, ob. cit., Tomo I, p. 527 y ob. cit., Tomo II, pp. 78 y 79; DUQUE PÉREZ, Jairo E., ob. cit., pp. 30 y 31; ALBI, Fernando, *Tratado...*, ob. cit., p. 598; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, *El acto administrativo*, 10^{ma} edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, p. XIII-17 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., pp. 396 y 397; ÁBALOS, M. Gabriela, ob. cit., p. 460; AGUILAR VALDÉZ, Oscar R., ob. cit., p. 192. En Cuba: LÓPEZ BLANCO, Marino, ob. cit., p. 79.

cumple una doble finalidad: la protección del interés público y la de servir de garantía formal para los derechos del concesionario.

La primera de las dos finalidades viene determinada porque el interés central de la Administración Pública es que la actividad concedida se desempeñe adecuadamente en su ejecución, como vía para lograr el fin público que con su realización está en juego. Saldo que para nada se alcanza extinguiendo anticipadamente la concesión, ni obteniendo una indemnización del concesionario por los daños ocasionados con sus incumplimientos. El interés de la Administración sólo puede lograrse a través de la realización de la actividad objeto de la concesión y no con la terminación del vínculo concesional, pues la caducidad no es un medio para la satisfacción de intereses públicos, sino un mecanismo para eliminar determinados escollos que afectan irremediablemente la ejecución de dicha actividad y ponen así en peligro la satisfacción de las necesidades de la colectividad por esa vía. En pos del reforzamiento de esa idea asiste el hecho que, aún configurándose el presupuesto fáctico ante el que procede la caducidad, es común que se disponga con carácter excepcional la posibilidad de que la Administración Pública no la declare si, a pesar del incumplimiento grave, conviene más a los intereses públicos el mantenimiento de la relación con el concesionario y no su terminación.

Atendiendo al interés público y por los efectos que despliega la caducidad, se acoge unánimemente su catalogación como medida o recurso excepcional.

De un lado, su excepcionalidad aflora porque se acude a la caducidad en última instancia y cuando no existe otra manera de proteger los intereses públicos involucrados en la concesión – es decir, la realización continua y regular de la actividad concedida - que no sea destruyendo la relación concesional. Por otro lado, su uso excepcional está también marcado por los efectos que despliega. En tal sentido una declaración de caducidad trae importantes implicaciones que van desde la propia extinción prematura del vínculo, pasando por que la Administración Pública tiene que asegurar la continuidad de la actividad sometida a concesión cuando esto sea indispensable, mientras no se otorgue nuevamente a otro concesionario. Hasta otros efectos que recaen sobre este último sujeto y que se refieren a ciertas pérdidas económicas que debe sufrir (cese de los derechos adquiridos, pérdida del derecho a recibir indemnización por la extinción anticipada, pago de una indemnización por los daños ocasionados, etc.), pudiendo incluso llegar a verse afectado en su aptitud para alcanzar posteriormente otras concesiones

o, con mayor alcance, en su condición de colaborador de la Administración Pública.⁷⁸⁸

En relación con los bienes del concesionario, si expresamente no se dispone que por la caducidad éstos pasarán a la Administración concedente de forma gratuita, en caso de que se utilicen para continuar prestando la actividad (por otra forma de gestión o por un nuevo concesionario), debe pagarse a éste el valor de los mismos y si no se utilizan quedan en propiedad de dicho concesionario; pues con la caducidad lo que se quiere es privar al infractor de los derechos que la concesión le otorgaba y no infringirle sacrificios patrimoniales más allá de lo que sus incumplimientos representan (que de ocurrir serían jurídicamente injustificados).⁷⁸⁹

Es importante no perder de vista que los efectos jurídicos de la caducidad se manifiestan hacia el futuro (*ex-nunc*) y no, como ha pretendido algún que otro autor, que ella pone término a la relación jurídica producida entre concedente y concesionario, restituyendo las cosas, *ipso iure*, al estado anterior al otorgamiento de la concesión.⁷⁹⁰ Lo que, de ser así, nos parece que significaría que la misma tendría efectos retroactivos (*ex-tunc*) y vendría a operar como una nulidad del acto en cuestión, algo que no se aviene como la realidad que rodea a la situación en cuestión.

La proyección hacia el futuro de los efectos de la caducidad aparecen bien claros si tomamos en cuenta que por ella se busca que el concesionario no continúe en el goce de los derechos adquiridos por la concesión; que a partir de su declaración él no siga ejecutando más la actividad concedida; y no que se deshaga una situación como si no hubiera producido consecuencias. Los efectos de la caducidad son *ex-nunc*, no hay en ella retroactividad. Ellos se manifiestan hacia delante y no hacia atrás. Una vez declarada la caducidad, la situación no puede restituirse al estado anterior al otorgamiento,

⁷⁸⁸ Sobre las consecuencias de la caducidad puede verse: JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 95 y sigs.

⁷⁸⁹ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 104 y 105; MAYER, Otto, ob. cit., Tomo IV, pp. 175 y sigs.; PAREJA, Carlos H., ob. cit., pp. 424 y 425; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo VI, pp. 171 y 172; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 626. Un análisis detenido dentro del Derecho español, sobre la reversión de instalaciones a la Administración en virtud de la caducidad de la concesión y la posibilidad de que esta se produzca de forma gratuita o no, puede verse en: ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, ob. cit., pp. 42 y sigs. Este autor encuadraba las soluciones que ofrecía el ordenamiento español en tres grupos: solución indemnizatoria, solución sin indemnización, y solución con indemnización eventual.

⁷⁹⁰ *Vid.*: VARELA CABALLERO, Alex, ob. cit., p. 194.

pues eso se traduciría entonces en que la concesión, mientras duró, no produjo efectos válidos. Lo que es totalmente falso, ya que por ser un acto que no tuvo ninguna irregularidad o vicio en la conformación de sus elementos esenciales, por ser un acto válido, sí tendrá validez todo lo que aconteció en su desarrollo. Además, al hacerse efectiva la caducidad, la situación jurídica de las partes de la relación dista de poder regresar a la que presentaban antes del otorgamiento; no cabe restitución alguna entre las partes, porque el concesionario debe responder por el daño ocasionado con su incumplimiento.

VI.4-) Nulidad de las concesiones administrativas

Para que un acto jurídico pueda desplegar válidamente y en toda su extensión las consecuencias jurídicas particulares para él previstas en el Derecho objetivo, el ordenamiento positivo establece una serie de exigencias o requisitos que necesariamente deben concurrir al momento de constituirse o conformarse dicho acto y de los cuales hace depender su existencia y validez.

Los actos (entendiéndose aquí esta expresión en un sentido muy general) que se cobijan al amparo del Derecho Administrativo no escapan a la realidad apuntada, por lo que deben cumplir en sus orígenes con los elementos que el Derecho objetivo exige con un carácter esencial (necesario), para que puedan tener vida jurídica plena como tales actos o negocios jurídicos administrativos.

La concesión administrativa, como acto tutelado por las normas del Derecho Administrativo, debe ajustarse al requerimiento de que en ella concurren determinados elementos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico para que pueda nacer válida y eficazmente.

En materia de actos y contratos administrativos, pero especialmente en los primeros, se nos presenta ante nosotros una vieja polémica doctrinal en atención a cuáles son los elementos esenciales de estos. Al respecto, y durante muchos estos años, se han planteado disímiles opiniones en el marco de diferentes ordenamientos jurídicos, pero sin poder llegarse, en el plano teórico, a una conclusión unánimemente acogida o reconocida de cuáles son, final e invariablemente, esos elementos esenciales que debe reunir el acto o contrato administrativos. Por lo pronto, el saldo preliminar de esa situación es una pluralidad de postulados más o menos aceptados.

En resumidas cuentas, entendemos como elementos esenciales de toda concesión administrativa a: los sujetos, el objeto, la causa, el fin o finalidad y la forma. Finalmente, hay que agregar que, de ordinario, el elemento

accidental que de manera casi invariable aparece en las concesiones administrativas es el término o plazo.

El tema de los elementos necesarios exigidos por el ordenamiento jurídico para que un acto jurídico cobre vida válidamente a los efectos del Derecho, comporta como correlato la interrogante de qué ocurre entonces cuando falta uno de esos elementos esenciales, o cuando alguno de ellos no se presenta según todas las exigencias del referido ordenamiento. En otras palabras, qué respuesta o sanción prevé el propio ordenamiento jurídico cuando en el acto en cuestión falta uno de sus elementos esenciales o alguno de ellos presenta un vicio, irregularidad o patología que lo convierte en inidóneo para cobrar vida válida o desplegar a plenitud sus efectos a la luz del Derecho. Ante tales interrogantes se nos dibuja frente a nosotros la denominada *teoría de las nulidades de los actos jurídicos*; que debe llevarse aquí al campo de los actos y contratos y, en particular, al de la concesión administrativa.

Cuando el interés por las cuestiones que origina la invalidez de los actos administrativos cobró fuerza definitiva en el Derecho Administrativo, la doctrina que de ello comenzó a ocuparse recibió del Derecho Civil el influjo de la teoría en él desenvuelta sobre la nulidad de los actos jurídicos. Teoría que a su vez no estaba exenta de polémica ni presentaba un acabado total desde el punto de vista jurídico civil.

En consecuencia, se nos dibuja ante nosotros un interesante campo de estudio con una riqueza científica que, de por sí, rebasa los límites más precisos que nos hemos propuesto en este acápite; y que para el caso específico de la rama administrativa (como es dable pensar lógicamente) se presenta con singularidades propias que no deben llevar a identificar, en toda su línea, la teoría de las nulidades que se desarrolla en el Derecho Administrativo para los actos administrativos con la proveniente del Derecho Civil para los actos jurídicos de esa índole.

En relación con los tipos de invalidez de los actos administrativos (tipos de nulidad o sanciones que impone el ordenamiento jurídico ante un acto de esa índole que contenga vicios o defectos), desde el Derecho Civil nos han llegado dos tendencias fundamentales, que han encontrado eco entre los administrativistas en uno u otro sentido, que pretenden agrupar los supuestos de invalidez de los actos jurídicos ya en torno a tres figuras básicas, ya alrededor sólo de dos.

En el Derecho Administrativo no se ha dejado de señalar la presencia de esas dos tendencias reseñándolas como tesis o sistema tripartito y tesis o sistema bipartito.⁷⁹¹

Por el primero, los supuestos de invalidez del acto administrativo pueden clasificarse en tres: la inexistencia, la nulidad absoluta (radical, de pleno Derecho, invalidez absoluta) y la nulidad relativa (anulabilidad, invalidez relativa).⁷⁹² Mientras que por el segundo, esa clasificación se circunscribe a dos supuestos: la nulidad absoluta y la nulidad relativa.⁷⁹³

Finalmente, y en relación con lo anterior, tenemos observaciones como la del argentino Agustín GORDILLO, quien escribía:

“Por un criterio de claridad o comodidad, podrán adoptarse las denominaciones usuales en este tipo de cuestiones (inexistencia, nulidad, anulabilidad), tratando de adoptar los nombres que por su uso anterior en otras disciplinas presentan ya una familiaridad y una identificación genérica con el grupo de consecuencias jurídicas de que se trata; *pero es necesario advertir que no debe darse a esos términos y significados familiares rigor dogmático alguno*; no debe partirse, por lo tanto, de casilleros en los cuales habrá forzosamente que encajar el de los actos administrativos, ni de principios doctrinarios a priori que puedan incidir en la apreciación objetiva

⁷⁹¹ Vid.: GARRIDO FALLA, Fernando, “Los motivos de impugnación del acto administrativo (Nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo)”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 17, Mayo-Agosto 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 14 y sigs. y *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., pp. 587 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., pp. 264 y sigs.; BUJ MONTERO, Mónica, “El acto administrativo: nulidades”, en FARRANDO (h.), Ismael – MARTÍNEZ, Patricia R. (Directores) et al, *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión de la 1^{era} edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 215 y 216; FARRANDO (h.), Ismael, “Teoría sobre los elementos, vicios y nulidades del acto administrativo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo – IX. El procedimiento administrativo en la República Argentina*, Ediciones Diké – Foro de Cuyo, Mendoza, 2003, p. 263.

⁷⁹² Como seguidor de esta idea, que ha tenido en Francia un fuerte apoyo, podemos señalar, por todos, a: JEZE, Gastón, *Principios...*, Tomo I, ob. cit., pp. 85 y sigs.

⁷⁹³ Para el español Fernando GARRIDO FALLA: “La teoría de la invalidez se agota en el estudio de dos categorías jurídicas: nulidad absoluta y anulabilidad. La hipótesis de la «inexistencia», o está pensando en supuestos en que realmente no hay acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto vicioso), o presupone, al menos, la *existencia material* de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene por qué diferenciarse de la nulidad absoluta.”; GARRIDO FALLA, Fernando, “Los motivos...”, ob. cit., pp. 24 y sigs. y *Tratado...*, Volumen I, ob. cit., p. 592. Asimismo puede verse la crítica de CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., pp. 271 y sigs.

de dichas circunstancias y desvirtuarlas. Se tratará de ver qué consecuencias se aplican a ciertos actos, pues esto es lo principal y no discutir sobre la denominación que luego podrá asignársele.”⁷⁹⁴

Por lo pronto, lo más importante a saber es que el tipo de consecuencia que el ordenamiento jurídico prevé cuando concurra cierto vicio, defecto o irregularidad en el acto o contrato administrativos, estará en proporción directa con la intensidad o gravedad con la que se manifiesta esa irregularidad en el acto en cuestión; y que toca establecer, en principio, al orden positivo ese criterio de intensidad para los vicios de los actos administrativos, así como la sanción que en cada caso procede. La gradación que se establezca en el sistema de nulidades o invalidez del acto o contrato administrativos, en cuanto a las respuestas que el Derecho objetivo predetermina frente a los vicios de dicho acto, dependerá directamente de la gradación que se establezca entre esos vicios.

Ante tal panorama, y allí donde se prevean según el sistema (bipartito o tripartito) que al respecto se siga, las consecuencias jurídicas que pueden operar frente a tales supuestos pueden ir desde la inexistencia (ausencia de uno de los elementos esenciales), la nulidad absoluta (cuando hay ausencia de los elementos esenciales o el vicio se manifiesta con una mayor intensidad o gravedad), la nulidad relativa (anulabilidad), hasta la presencia de ciertas irregularidades que se manifiestan con una fuerza menor, al punto de que el ordenamiento jurídico entiende que no llegan a provocar la invalidez del acto administrativo (irregularidades no invalidantes).

No se hace difícil visualizar que el Derecho Administrativo, como regulador de determinado conjunto de relaciones sociales, involucra en su espectro objetivo una realidad en la que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho Privado, se manifiestan intereses en sí mismos cualitativamente diversos, cuando se vinculan jurídicamente y en el ámbito administrativo la Administración Pública y los administrados. La tutela jurídica que se le dispensa a esa vinculación, devela la importancia que, desde las perspectivas social y jurídica, adquiere la consecución de tales intereses, por lo que las posibles afectaciones que pueden sufrir deben ser enfocadas, previstas y sopesadas en sus consecuencias, de una manera tal, que permitan valorar adecuadamente cada supuesto que se presente y brindar una respuesta consecuente y coherente con las necesidades puestas en juego. Es sólo a través de cierta flexibilidad en la operatividad de las consecuencias jurídicas que se

⁷⁹⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, Tomo III, ob. cit., p. XI-3.

prevén para tales casos, que puede lograrse esa coherencia y esa actuación consecuente con los intereses involucrados.

Dentro de esas posibles afectaciones, a las que nos hemos referido sólo de forma genérica, se enmarcan también las derivadas de una irregularidad presentada en un acto o contrato administrativos. Lo que igualmente implica que, al tiempo de sancionar jurídicamente esa irregularidad, debe estar articulado un mecanismo que posibilite la conciliación y consideración armónica de las posibles respuestas del ordenamiento jurídico previstas ante ese fenómeno, con los intereses de los sujetos relacionados con sus efectos, para que la respuesta predeterminedada en el orden positivo como procedente ante esa irregularidad, esté en la misma línea de acción que la situación que se manifiesta cuando tales intereses entran en el nexo jurídico-administrativo originado por ese acto.

En consonancia con ello, la solución que debe preverse positivamente en materia de invalidez de actos y contratos administrativos se perfila con una expresión más flexible (menos rígida) en su procedencia, que la que el Derecho Civil avizora en materia de invalidez de los actos jurídicos. De ahí que se reconozca hoy de forma extendida, y prácticamente de manera pacífica, como la regla general procedente en caso de que se manifieste algún vicio con efectos invalidantes sobre tales actos, a la anulabilidad y a la nulidad absoluta como la excepción.

Gastón JÈZE advertía en su momento, a tenor de las consecuencias que produce la irregularidad de un acto jurídico:

“Conviene, primeramente, poner bien de relieve los intereses en juego. Una buena teoría de las nulidades debe conciliar el *interés general*, el *interés de los patrimonios individuales o administrativos afectados* por los actos jurídicos, y por último, el *interés de los terceros*.”⁷⁹⁵

La concesión administrativa, quizás como ninguna otra figura dentro de la variada gama de instituciones que el Derecho Administrativo abarca, es la fiel expresión sintetizada y típica, llevada al plano de las relaciones jurídicas administrativas que generan efectos concretos e individualizados, de la confluencia en una misma relación jurídica administrativa de los intereses varios que afloran y que subyacen cuando la Administración Pública y los

⁷⁹⁵ JÈZE, Gastón, *Principios...*, Tomo VI, ob. cit., p. 74.

administrados se vinculan jurídicamente desde el ámbito administrativo, extendiendo los efectos de ese vínculo de manera directa.

Desde nuestra perspectiva, la *nulidad* o *anulación* de la concesión administrativa es una forma de extinción de ese acto que tiene como presupuesto característico la presencia de irregularidades invalidantes en los elementos esenciales que la conforman.

Y calificamos a la nulidad como una forma extintiva de las concesiones administrativas en sí misma, y no como una causa de extinción de ese instituto, porque, en su caso, la causa de la extinción la constituye la ausencia de uno de los elementos esenciales de ese acto en cuestión o el vicio o irregularidad invalidante que se manifiesta en uno de esos elementos.

Dando un paso más en la búsqueda de una mejor precisión de la idea que encierra la noción de nulidad (anulación) de la de concesión administrativa, debemos destacar que, dentro de la teoría jurídica administrativa, se ubican autores que realizan una distinción de la nulidad de los actos administrativos tomando como criterio el momento en que se produce el vicio o defecto invalidante en el mismo. De tal forma, dividen a la invalidez o nulidad (anulación) de los actos administrativos en originaria y sobrevenida o ulterior.⁷⁹⁶

La primera especie se configuraría cuando las irregularidades invalidantes que afecten al acto se presentan desde la propia conformación del mismo, desde su origen. Lo que quiere decir que dicho acto nace ya defectuoso (viciado).

La segunda especie se dibujaría a partir del planteamiento de que el acto administrativo nace perfectamente válido (sin vicios o defectos en sus elementos esenciales), pero su invalidez se produciría durante su etapa de vida efectiva (en el período posterior a su formación), en la que se encuentra desplegando sus efectos característicos, a raíz de ciertos cambios sobrevenidos que afectan los presupuestos esenciales de la relación jurídica administrativa en cuestión, al punto de generar la extinción de esa relación.

Dentro de la contratación administrativa, también encontramos afirmaciones que consideran a la falta de capacidad sobrevenida, por ejemplo, como una de las causas de anulación del contrato por razones de legalidad⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Vid.: ROMANO, Santi, *Corso...*, ob. cit., p. 266; RANELLETTI, Oreste, *Teorie degli atti...*, ob. cit., p. 104.

⁷⁹⁷ Así, VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes...*, ob. cit., p. 445. En una obra posterior, suscrita por el propio VILLAR PALASÍ de conjunto con José Luis VILLAR EZCURRA, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 356 y 357, se recogía que la incapacidad sobrevenida del contratante

o que reconocen dentro de las causas de resolución del contrato administrativo a la nulidad sobrevenida.⁷⁹⁸

La figura de la nulidad o invalidez sobrevenida de los actos administrativos, en su aceptación o no, tampoco ha estado de espaldas al debate científico en torno a una u otra posición; esto es, en relación con su aceptación⁷⁹⁹ o su rechazo como figura jurídica.⁸⁰⁰

Por lo pronto, a nosotros nos parece más acertado decir, haciendo coro con aquellos que así lo plantean,⁸⁰¹ que la nulidad (anulación) del acto o contrato administrativos presupone un vicio, patología o defecto originario en los elementos esenciales que lo conforman. Esto es, que para que se configure la nulidad del acto administrativo, el acto en cuestión debe presentar desde el momento de su nacimiento (conformación) el defecto generador de su invalidez en uno o varios de sus elementos esenciales (ausencia o vicio).

Lo que implica entonces que los posibles cambios que sobrevengan y que afecten a la eficacia de un acto administrativo válidamente constituido en su origen, los entendemos como causales de revocación del acto administrativo o de resolución si se está frente a un contrato administrativo.⁸⁰²

y la extinción de su personalidad eran causas de resolución del contrato de gestión de servicio público.

⁷⁹⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis, ob. cit., p. 417.

⁷⁹⁹ Uno de los principales sostenedores de la figura de la invalidez (nulidad) sobrevenida de los actos administrativos lo podemos cifrar en el italiano: ROMANO, Santi, "Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi", trabajo publicado originalmente en *Scritti in onore de G. Vacchelli*, Milano, 1937 y luego en *Scritti Minori*, Volume secondo, *Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1950, p. 335 y sigs.; ver del mismo Santi ROMANO, *Curso...*, ob. cit., p. 266. En sentido favorable también RANELLETTI, Oreste, *Teorie degli atti...*, ob. cit., pp. 104 y sigs.

⁸⁰⁰ En contra de la admisión de la figura de la invalidez (nulidad) sobrevenida de los actos administrativos, pueden verse, por todos, a: DE VALLES, Arnaldo, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1917, pp. 66 y 67; ZANOBINI, Guido, *Curso...*, ob. cit., pp. 403 y sigs.; y ALESSI, Renato, *Instituciones...*, ob. cit., p. 325.

⁸⁰¹ V. gr.: DE VALLES, Arnaldo, *La validità...*, ob. cit., pp. 66 y 67: "Il concetto di validità si riferisce al momento iniziale dell'atto, il quale determina la nascita del rapporto, cui esso intende; (...)". Guido ZANOBINI (*Curso...*, ob. cit., p. 404) razonaba: "(...) La invalidez deriva siempre de un vicio del acto administrativo y el vicio no puede ser más que una irregularidad inherente a su formación. El sobrevenir de hechos nuevos no puede influir en la validez del hecho, sino sólo en la irregularidad de la relación jurídica que en él ha tenido origen. No el acto, sino la relación puede decirse que se ha convertido en contraria al derecho o a la conveniencia administrativa." ALESSI, Renato (*Instituciones...*, ob. cit., p. 325): "Ateniéndose a un elemento estructural del acuerdo, la invalidez no puede ser sino originaria. (...)".

⁸⁰² Para el caso específico de la concesión administrativa, Francesco Pantaleo GABRIELI precisaba: "(...) *In tutte concessioni è implicita la riserva della revoca che, a differenza dello annullamento, opera ex nunc in quanto è legittimata da evento sopravvenuti e*

Vistas las cuestiones preliminares, podemos finalmente definir a la nulidad como forma extintiva de la concesión administrativa, diciendo que la consideramos como la declaración por la cual se produce la extinción del acto concesional motivada por la presencia de defectos o vicios originarios invalidantes en sus elementos esenciales.

Aplicando a la concesión administrativa las clasificaciones que se han planteado en torno a la nulidad de los actos y contratos administrativos, podemos tener puntos de vista diversos desde los que se enfoca el fenómeno.

Así, se puede hablar de nulidad de la concesión interesada por el concesionario o promovida por la Administración Pública concedente (nulidad de oficio), según sea el sujeto que promueva la declaración de la nulidad.

También puede dividirse en nulidad de carácter administrativo (o en sede administrativa) y nulidad de carácter judicial o jurisdiccional (o en sede judicial), siguiendo el criterio distintivo que toma como base el ente al que se le puede atribuir la competencia para realizar la declaración de nulidad de la concesión; y que puede ser la propia Administración Pública o el tribunal en la vía judicial o jurisdiccional.

Asimismo, tenemos la nulidad parcial y la nulidad total, división que atiende a si el acto en cuestión es invalidado sólo en alguna de sus cláusulas o disposiciones o en su totalidad.

Para el caso de la nulidad parcial, ésta vendrá a ser tal si el segmento declarado nulo no es esencial para la subsistencia de la concesión y éste puede continuar desplegando sus efectos sin la parte anulada. De lo contrario, estamos frente a un caso de nulidad total del acto.

Circunscribiéndonos al tema particular de la concesión administrativa, hay que decir que la situación descrita precedentemente (caso de nulidad parcial) acontecerá, por ejemplo, mientras las cláusulas anuladas no repercutan irremediabilmente en el desequilibrio de la ecuación financiera de la relación concesional, pues, de otra forma, se llegaría a la extinción de dicha relación, implicando entonces esa acción una nulidad total de la concesión.

Como ya adelantábamos en los inicios de este acápite, la nulidad de los actos administrativos se distingue también tomando en consideración el tipo de defecto, patología o vicio que afecta a dicho acto. Lo que da lugar a los supuestos más importantes que puede revestir esa nulidad: el acto inexistente (allí donde se reconoce su vigencia como categoría), la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

insindacabilmente valutati dalla stessa P. A. (...)?. GABRIELI, Francesco Pantaleo, ob. cit., p. 213.

En líneas generales, la nulidad absoluta de la concesión administrativa está ligada a la presencia en los elementos esenciales de esta última, de un defecto o vicio calificado como muy grave, que por representar una violación de tal envergadura de las exigencias que el ordenamiento jurídico establece para que la concesión administrativa exista válidamente a efectos del Derecho, que se condena al acto así viciado a que no produzca efecto alguno en la vida jurídica.

De ahí las consecuencias retroactivas (*ex-tunc*) que genera la declaración de nulidad absoluta; su efecto general o *erga omnes*; la posibilidad de que no prescriba la acción para reclamar la nulidad absoluta; la imposibilidad de sanear el acto así viciado por confirmación o convalidación; entre otras consecuencias que trae aparejado el régimen jurídico propio de este tipo de nulidad. Es necesario apuntar que, por las características propias del Derecho Administrativo, esas consecuencias se ven matizadas en ciertas cuestiones.

Por su parte, la anulabilidad o nulidad relativa se asocia a la presencia en los elementos esenciales de la concesión administrativa de defectos o vicios catalogados en su intensidad como menos graves, que, por ser una violación menos severa de los requerimientos establecidos en el Derecho objetivo para que aquella cobre vida válida jurídicamente, se determina por el propio ordenamiento jurídico que no es necesario condenar al acto así viciado a la ausencia de efectos jurídicos desde su mismo origen, sino sólo desde el momento en que es declarada la anulabilidad, dejando subsistentes las consecuencias jurídicas por él generadas hasta ese instante.

De ello se desprenden los efectos *ex-nunc* de la anulabilidad (se manifiestan hacia el futuro); la limitación de los efectos de ese tipo de nulidad a la parte afectada (no produce ineficacia general o *erga omnes*); la prescribibilidad de la acción para procurar la nulidad relativa; y la posibilidad de remediar los defectos o vicios manifestados, a través de la confirmación o convalidación del acto o contrato defectuoso o viciado; entre otras implicaciones derivadas del régimen aplicable a esta especie de nulidad.

Entrando a precisar los efectos que acarrea para la concesión administrativa la declaración de su nulidad, hay que reconocer como el efecto jurídico principal de la misma a la extinción del acto concesional. Extinción entendida como anticipada y anormal, si tomamos en cuenta que se produce antes del vencimiento del término fijado para la vigencia de la concesión y por circunstancias (su ilegalidad) que alteran el ciclo vital que todo acto jurídico debe cumplir corrientemente. A fin de cuentas, lo ajustado a la lógica de la vida jurídica – y con ello la situación normal – es que todo acto cumpla en

su nacimiento con los requisitos exigidos para él y que despliegue en toda su extensión los efectos jurídicos previstos.

En cuanto a este efecto extintivo, es necesario distinguir si el tipo de nulidad que se declara es la absoluta o la relativa, pues en el primer caso dicha consecuencia se manifiesta desde el momento mismo del nacimiento de la concesión (efectos retroactivos o *ex-tunc* de la nulidad), y en el segundo se manifiesta desde que se realiza esa declaración de anulación y hacia el futuro (efectos *ex-nunc*).

Al considerarse con carácter retroactivo los efectos de la nulidad de pleno Derecho de la concesión administrativa, la interpretación propia de esa circunstancia, en principio, es que el acto concesional declarado nulo no debió producir efecto jurídico válido. Por lo que las partes deben pasar a la restitución mutua de lo obtenido en virtud de la concesión (para colocarse en igual situación que la que se encontraban antes del otorgamiento concesional); y si esa restitución no fuera físicamente posible, entonces lo que debe restituirse es el valor económico de las cosas recibidas.

En el plano particularizado de la concesión administrativa, no es nada infrecuente encontrarnos que la acción del concesionario conlleva necesariamente la realización de obras e instalaciones que servirán de soporte material para la explotación del servicio público, del bien demanial y de la obra pública (que en sí misma no es más que el resultado de la actividad constructiva y transformadora del entorno – natural o construido – que ejecuta el concesionario). Lo que quiere decir que no resulta extraño encontrar una transformación física u objetiva de la realidad a partir de la ejecución de lo concedido. Muchas de tales obras e instalaciones revisten la condición de inmuebles, que no pudieran ser retiradas sino a través de su destrucción; destrucción que en ocasiones el interés para su utilización y aprovechamiento posterior no aconseja realizar, sino que ese interés determina todo lo contrario.

En el tema de los efectos extintivos de la declaración de nulidad absoluta de la concesión administrativa (especialmente en lo referido a los servicios públicos) entran también a tener influencia en su operatividad el interés público y la dinámica propia que envuelve a la institución concesional. No olvidemos que toda concesión administrativa se otorga en beneficio del interés colectivo y que ella involucra en su objeto actividades (servicio público, obra pública, explotación de un bien público) que tienen una repercusión directa o indirecta en las necesidades de la colectividad y en la de sus miembros. De ahí que la destrucción inmediata y retroactiva de los efectos de la relación establecida al amparo de la concesión viciada de nulidad radical,

puede, más que restablecer de una vez el orden jurídico quebrantado, causar trastornos o perjuicios a esa colectividad.

A raíz de esa idea, operando la protección de los intereses generales, es posible que el propio ordenamiento positivo disponga con carácter excepcional que, a pesar de haberse declarado la nulidad absoluta de la concesión administrativa, ésta puede continuar desplegando los efectos establecidos en la normativa que la regula y en su letra, durante el período necesario para que la Administración Pública articule el mecanismo conducente a enfrentar y rechazar las posibles repercusiones perjudiciales al interés público, que puede generar la extinción anticipada y anormal por la vía de la declaración de la nulidad radical de la concesión administrativa.

Sobre los efectos de la declaración de nulidad en la concesión administrativa, hay que agregar que se ha llegado a sostener que la extinción por nulidad o anulabilidad no hace nacer en las partes, específicamente en el concesionario, el derecho a exigir indemnización.⁸⁰³ Negativa está sustentada esencialmente en la idea de que en la concesión viciada ha habido un quebrantamiento de la ley, por lo que el acto en cuestión es ilegal, y al consentir sobre él en esas circunstancias las partes han pasado por alto el deber de observancia de la ley. Lo que lleva aparejado que no haya justificación jurídica para que una de las partes interese la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la extinción, por ese mecanismo, de la concesión.

Sin embargo, un sector de la doctrina reconoce que si el vicio que llevó a la nulidad de la concesión es imputable a una de las partes, y la otra obró de buena fe, entonces es posible que la parte sobre la que no pesa la culpa por la existencia de ese vicio, en especial el concesionario, pueda exigir del responsable la indemnización por los daños y perjuicios producidos por la nulidad de la concesión administrativa.⁸⁰⁴

⁸⁰³ Ver los términos en que se expresaban, por ejemplo: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, ob. cit., Tomo IV, p. 291; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes...*, ob. cit., p. 447; ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., p. 461; LOPES MEIRELLES, Hely, ob. cit., p. 381.

⁸⁰⁴ V. gr.: KNAPP, Blaise, ob. cit., p. 170; ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos administrativos*, ob. cit., pp. 103 y 104; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes...*, ob. cit., p. 447 y 448; VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios...*, Tomo III, ob. cit., p. 294; PAREJO ALFONSO, Luciano, en PAREJO ALFONSO, Luciano/ JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, *Parte General*, 5ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998, p. 770; MORELL OCAÑA, Luis, ob. cit., p. 367; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob. cit., p. 237; RUIZ-ELDRIDGE RIVERA, Alberto, *Manual de Derecho Administrativo. Temática Esencial*, 1ª reedición, Cultural Cuzco, S.A., Editores, Lima-Perú, 1992, p. 194.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de septiembre de 2018
en los talleres gráficos de
Editora Jurídica Internacional EJI, S. R. L.
Tel.: (809) 412-8616
Santo Domingo, Rep. Dom.

