

**Eduardo
Soto Kloss**

**Pontificia
Universidad
Católica de Chile**

esotok@uc.cl

Recibido: 30.05.19

Aceptado: 17.07.19

Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas

Principles and nature of administrative concessions

Resumen: Estas líneas son un intento de definir y aclarar el concepto de concesión por parte de la Administración, pues, como sucede con otros términos jurídicos, resultan poco claros e, incluso, confusos para expresar verazmente los actos jurídicos que pretenden indicar. Por otra parte, en Chile, en lo que se refiere a las concesiones y los actos propios, se han analizado y ejecutado —lo que paralelamente se ha transmitido a las cátedras de derecho administrativo— desde una óptica claramente estatista que otorga excesivo poder a la Administración. Parte del trabajo para impedir y revertir esta situación se apoya en dilucidar bien los conceptos y su significado, para lo cual es urgente indagar los fundamentos de los mismos y recordar el deber de sujetarse a la Constitución y la ley.

Palabras clave: Administración; concesión administrativa; gracia.

Abstract: This paper aims to define and clarify the concept of concession regarding Administration. As with other legal terms, this concept is imprecise to express effectively the legal acts it pretends to address. In Chile, on the other hand, concessions and the acts related to it have been analyzed and executed from a state perspective, which gives too much power to Administration and which has been transmitted accordingly in the courses of administrative right. Part of this work focuses on explaining the concepts and their meanings properly, so as to revert the situation described. To do so, it is urgent to look into the principles of these concepts, and to remember the duty of respecting the Constitution as well as the law.

Keywords: Administration; administrative concession; grace.

Para indagar y saber sobre los fundamentos de una determinada institución es preciso conocer, primero, qué es, o sea su noción, la idea que implica o, al menos, llegar a una descripción si no se llega a obtener un concepto, por ser huidiza su concreción en la práctica, tal como ocurre con este término de *concesiones administrativas*.

Aparece huidiza y, tal vez, hasta difusa, la noción de concesión administrativa porque, desgraciadamente, —como ocurre con otras nociones del derecho administrativo en Chile— no suele profundizarse en el uso de los términos empleados, explicando en qué sentido y con qué contenido se están usando. Aquí sucede exactamente lo mismo.

1. Noción y naturaleza de las concesiones administrativas: dilucidando equívocos terminológicos

Se usa el término concesión de muy diversa manera. Así, se suele usar (1) para referirse v. gr a una subvención (utilizo el término en su sentido más amplio de otorgamiento de sumas de dinero), es decir, se concede una subvención estatal (dineros) a un sujeto de derecho (natural o jurídico), o sea una ayuda económica, por ejemplo, para educación, como la beca Presidente de la República, y hay numerosos otros ejemplos, como los llamados fondos culturales, e incluso la muy conocida subvención a los establecimientos privados de educación; pero también ello puede referirse, (2) a un bien inmueble, y así se concede un terreno de playa para instalar, v. gr un restorán, piénsese el “Tierra del Fuego”, en la playa Acapulco, de Viña del Mar, destruido por el terremoto de 2010, reconstruido y luego inundado por las marejadas el 2018; (3) también, un terreno fiscal rural pero para instalar una escuela de enseñanza técnico profesional agrícola ejemplo en el cual se concede a un particular un inmueble para realizar una actividad, que no es propiamente estatal pero que tiene innegable efectos sociales de bien común. (4) Más aún, puede llegarse a atribuir a un particular — se concede— una actividad propiamente estatal que le corresponde a éste desarrollarla, actividad que nada menos consiste en la gestión de un servicio público, esto es prestarlo a la comunidad. Y esto del más variado tipo, en donde se pueden mencionar las concesiones de pasos ferroviarios, de señalización del tránsito en las vías públicas urbanas/semáforos, señalética de caminos públicos, de elaboración de comida para hospitales, cárceles, escuelas o universidades estatales/casinos, etc.

2. Debe señalarse que la enumeración de ejemplos dicha dista mucho de ser aproximada ya que hay muchos más “artefactos” que se dice que son concesiones o, más bien, que se les da este sustantivo para mentarlos. ¿Por qué ocurre esto? ¿Qué causa este maremágnum? Entremos en el tema.

3. Si se quiere hacer claridad, como decían y enseñaban los medievales, hay que atender a las palabras y qué se dice con ellas.

¿Qué es conceder? Si se atiende al término, se compone de ‘con’ y ‘ceder’, parece obvio. Significa no otra cosa que ceder algo a alguien, pero ceder algo que se posee a alguien que no lo posee. O sea, entregar algo que uno posee a otro sujeto que no lo posee pero que puede, por tanto, usarlo y gozar de su posesión aprovechándose de ello.

4. Se advierte de inmediato que hay en el vocablo concesión un ceder algo propio (en sentido amplio) sobre lo cual se tiene o un derecho o bien una potestad (caso de los organismos administrativos estatales) que le permite jurídicamente entregarlo a otro sujeto para bien de éste o también para bien de un tercero (como es el caso de la potestad que es un poder jurídico atribuido para el bien de una comunidad, sea privada (familia o cuerpo asociativo) o la política (que algunos llaman, impropriamente, la sociedad civil).

5. El concedente es dueño o poseedor de algo (un bien, sea corporal o incorporal), el concesionario no es ni dueño ni poseedor de ese algo, por lo cual lo que hace el concedente es un actuar positivo de “gracia” o de “merced” como se decía en el derecho castellano indiano.

6. Ahora bien. Esto calza muy bien con la idea vulgar, pero ¿funciona, igualmente, en el plano jurídico? Porque si es un acto de gracia, de merced y, en principio, gratuito (aunque pudiera agregarse un precio por su uso, pero en tal caso ¿no sería, acaso, un arrendamiento?), quedaría su extinción a la discreción del que llamamos “concedente” y el denominado “concesionario” carecería de derechos tanto para oponerse a esa extinción como para pretender perjuicios por esa remoción.

7. Detengámonos un instante para atisbar “por dónde van los tiros”. A fin de no caer en un laberinto conceptual hay que indicar que debe distinguirse muy claramente en derecho administrativo entre concesión acto y concesión contrato, porque no son lo mismo y tendrían, por consiguiente, un régimen jurídico diferente. La visión estatista —que tanto discuto y controvierto cada vez que puedo, por su perversidad, en cuanto trata a las personas como siervos de un poder totalitario—, da una conceptualización que suele ser usualmente aceptada sin mayor discusión y crítica por docentes y autores que se dedican a repetir lo que otros dicen. Y que es falsa.

8. En efecto, el Estado Administración en su misión de estar al servicio de las personas promoviendo el bien común a través de la satisfacción de las necesidades públicas, como lo establece la Constitución en su artículo 1.º inciso 4.º, lo puede hacer por vía unilateral a través de actos administrativos o por vía bilateral por medio de contratos administrativos. Aquí es en donde parte el equívoco del uso del término “concesión”, al no haberse distinguido esto suficientemente.

9. La “concesión-acto” suele haber recibido esa conceptualización de acto gracioso, de libre discreción de su emisión por parte de la Administración y de libre extinción, si bien desde hace varias décadas se ha ido dejando esta visión para lo que se ha dado en llamar permisos, que no concesión, si bien esa noción de

permiso no se adecua hoy a la Constitución en cuanto garantía de los derechos de las personas, pero este tema excede el propósito de este texto.

10. Respecto del acto concesorio o concesión-acto, no calza hoy de manera alguna esa visión estatista referida, y no sólo respecto de lo estatista sino, lo que es más fundamental, ni siquiera respecto de la noción misma de acto administrativo.

11. Conforme a la Constitución vigente, el acto administrativo no es simplemente una decisión unilateral que decide por sí la autoridad estatal y que pueda invalidar, revocar, caducar, derogar, retirar o como se diga, a su arbitrio. Muy por el contrario, con la actual Constitución, con más de cuarenta años de vigencia y aplicación constante por los tribunales de justicia, un acto administrativo en primer lugar no lo puede dictar un órgano administrativo sino en la medida que la Constitución y usualmente la ley (y ésta debe estar en conformidad con ella), le otorgue previa y expresamente la potestad jurídica correspondiente (artículos 1.º inciso 4.º, 5.º inciso 2.º, 6.º inciso 1.º y 7.º incisos 1.º y 2.º). Además, tiene el deber de actuar cuando se produzca el hecho/necesidad pública que debe satisfacer: su omisión e incluso su actuar tardío o ineficiente, si produce daño a una víctima origina *ipso iure* la responsabilidad del Estado y de su órgano deficiente (artículos 6.º y 7.º incisos 3.ºs., y 38 inciso 2.º de la Constitución y Ley N° 18.575, artículos 2.º, 4.º y 44/42). También el contenido del acto, incluso si la ley ha conferido al órgano que lo dicte un margen de apreciación frente al hecho que debe resolver, debe ser adecuado y proporcionado al fin de satisfacer la necesidad pública de que se trate y, por último, no debe contener diferencias arbitrarias, es decir debe ser racional y no arbitrario (artículos 19 N° 2 inciso 2.º y 20 inciso 1.º de la Constitución y Ley N° 18.575, artículos 2.º y 3.º).

12. Pero hay más. Como acto jurídico que es el acto administrativo, produce una relación jurídica entre autor y destinatario, con derechos para este si se trata de un acto de beneficio y obligaciones si el acto es de gravamen o sanción, y para la autoridad emisora produce deberes de obrar u omitir en el primer caso respecto del destinatario y poderes de exigir frente al destinatario

si se trata de acto de gravamen o sanción. En otros términos, según se trate de actos de beneficio o de gravamen/sanción, ambas partes de la relación jurídica pueden encontrarse en situaciones jurídicas de acreedor o deudor, respectivamente. Esto se contrapone de raíz con la visión estatista del acto administrativo que se ha enseñado durante décadas en Chile y otras latitudes y que me he encargado de controvertir y hoy parecería que está siendo admitido normalmente por los tribunales de justicia, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de las personas frente a la Administración.

13. Y es que todo acto administrativo produce efectos jurídicos (para ello es que se otorgan potestades a los órganos de la Administración y para ello es que se dictan) y esos efectos son bienes, que se incorporan al patrimonio de sus destinatarios y constituyen derecho de propiedad, según lo reconoce la propia Constitución (artículo 19 N° 24 inciso 1.º). Son los llamados derecho adquiridos, sobre los cuales el autor del acto administrativo no puede pasar sobre ellos o avasallarlos sin que caiga en violación directa de la Constitución (artículo 7.º inciso 3.º) ya que carece de tal potestad.

14. De allí que el acto administrativo, incluido, por cierto, el acto concesión, dista sideralmente de ser un acto de gracia, una merced, que otorga libremente la Administración a quien quisiere y como quisiere, con un contenido libre y pudiendo extinguirlo a su arbitrio. Ello no es así en nuestro derecho chileno.

15. Aquí hay, sí, que hacer una distinción para ser precisos, especialmente en cuanto a la extinción del acto de concesión y especialmente respecto de la concesión de dineros y de bienes inmuebles. En cuanto a lo primero, como una subvención, habrá que distinguir a su vez de qué subvención se trata porque las hay de muy variado tipo —siempre según lo dispone la ley— y así encontramos las que otorgan beneficio a familias de escasos recursos o a personas ancianas que no pueden subsistir con lo que tienen, subvenciones que pueden ser anuales o por el tiempo que la autoridad lo determina, comprobándose la situación de necesidad; pero otras, son del tipo por una sola vez y con plazo determinado y, aún otras, como los premios nacionales que son de por vida (y que pueden ser equivalentes a una pensión, por

méritos en la actividad que han desarrollado durante su vida) y los cuales se otorgan por concurso público previa presentación de los propios candidatos, sea por sí o por grupo de amigos. Y varias otras que existen.

Un caso muy especial es el de las llamadas subvenciones a la educación que propiamente no son actos de concesión sino de autorización, pero analizarlo excede este trabajo. Se habla también de concesión para el caso de v. gr. la distribución de agua potable, de recolección de aguas servidas, de distribución de gas de cañería/gas natural, de servicios de telecomunicaciones (radiodifusión, televisión) y otras, pero ¿son concesiones? Propiamente no lo son, sino verdaderas autorizaciones, actos autorizatorios, lo que veremos cuando hablemos de las concesiones de servicio público, noción que éstas no cumplen desde su base.

16. Respecto del acto de concesión de bienes inmuebles hay también otro campo de discusión porque si bien son de libre atribución, su régimen suele ser bien reglado en cuanto a derechos y obligaciones recíprocos y en cuanto a su extinción, por lo cual se podría utilizar la analogía de los cargos públicos que pueden ser de libre designación (cumplidos, obviamente, los requisitos señalados en la ley) pero de remoción reglada.

17. De lo dicho hasta aquí, si algo resulta claro es que el tema es harto difuso y poco claro, si no se hace el esfuerzo de profundizar con rigor sobre la base de los principios constitucionales que rigen los actos administrativos teniendo a la vista la casuística que no es precisamente homogénea dado el muy escaso tecnicismo del legislador.

Tratando de hacer luz y claridad, debe decirse (1.º) que tratándose de actos de beneficio de los destinatarios hay que distinguir (a) en actos de concesión de dineros, actos administrativos que son propiamente concesiones en cuanto se concede un bien a un particular sobre el que éste no tenía ningún derecho, y que viene a ser un acto de gracia (no confundir algunas denominadas subvenciones que no son concesiones sino autorizaciones, recordar subvenciones a la educación particular) y (b) actos administrativos que son propiamente autorizaciones y no concesiones por cuanto es la ley la que confiere

directamente un derecho a un beneficiario, el cual sólo podrá ejercerlo y obtener el beneficio que conlleva una vez que la Administración compruebe que cumple con los requisitos que la ley ha exigido para ello; solo una vez comprobado por la Administración dicho cumplimiento, deberá dictar el acto correspondiente mediante el cual autoriza el ejercicio de ese derecho, que ha sido la ley la que lo ha otorgado. Tal ocurre, entre otros casos, por ejemplo, en la llamada concesión de radiodifusión sonora en el cual la ley entrega a la Administración (Subsecretaría de Telecomunicaciones) la gestión del espectro radioeléctrico y el particular tiene el derecho a solicitar una frecuencia en él (habiendo disponibilidad, obviamente) que la Administración concederá provisoriamente debiendo el solicitante cumplir los requisitos que la ley indica en un plazo fijado al efecto, y cumplidos ellos la autoridad otorga la concesión definitiva a través de un acto administrativo. Pero aparece claro que no es un acto de gracia, propiamente concesorio sino de autorización del ejercicio de un derecho habiéndose cumplido las exigencias impuestas por la ley para tal ejercicio.

Y (2.º) actos de concesión de bienes inmuebles los cuales estando ellos previstos en la ley, la concesión a particulares de su uso y goce emana de un acto administrativo que puede estar reglado su otorgamiento (incluso por vía de licitación) o simplemente a solicitud de interesado debiendo la Administración comprobar la pertinencia de esta concesión. Es necesario aquí indicar que a veces puede tratarse de un contrato administrativo propiamente tal como podría ser una concesión de servicio público como un aeródromo en un terreno fiscal.

18. Al llegar a este punto de la exposición resulta necesario señalar que no aparece acertado formular reglas generales porque la casuística es abundante y además muy heterogénea, y para acertar en el régimen jurídico que corresponda es preciso, a veces, hilar muy fino a fin de no errar ni dar soluciones falsas.

Me parece que solo ahondando en lo que es un acto administrativo es que se puede hacer luz en el tema y es a lo que me he dedicado desde hace varias décadas, contribuyendo a una noción de acto administrativo que supere el formalismo positivista la que atiende para su conceptualización (1) al solo autor del acto (un órgano de la Administración) y (2) a su emisión unilateral, noción enteramente insuficiente por incompleta y que no da cuenta de la realidad normativa (especialmente Constitución) porque en cuanto a lo primero hay actos administrativos que emanan de particulares (v. gr. un concesionario de obra pública, o un Directorio de una Asociación de Canalistas) y respecto de lo segundo, lo unilateral hace referencia únicamente a su emisión ya que los efectos que produce son bilaterales, efectos que son el tema fundamental del acto administrativo como acto jurídico que es, como hemos visto más arriba.

19. Como se advierte, hablar de concesiones administrativas no es nada simple si no se comienza por despejar la terminología, la cual encubre realidades distintas y con régimen jurídico muy diferente. Sin proceder a ello se da una realidad imposible de explicar con exactitud, y que obedece, insisto, a una visión estatista que hoy en Chile no tiene asidero constitucional; efectuar esa clarificación es la única manera de impedir el avasallamiento de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración. Nunca debe olvidarse que “el Derecho existe en razón de los hombres” (como tan sabiamente sentenciaba Hermogeniano), existe en razón de las personas y para su bien, porque es un instrumento de justicia no de dominación de unos sobre otros, y mucho menos del gobernante de turno sobre los miembros de la comunidad que gobierna, desde que su misión es de servicio a ellos y no servirse de ellos.

2. La concesión administrativa contrato administrativo

Al hablarse de concesiones hoy en nuestro país, normalmente se está refiriendo a las concesiones contratos, y como usualmente se dice —en una visión igualmente positivista— un acuerdo de voluntades entre el Estado Administración (v. gr. fisco) y un particular, para que la Administración se provea de un bien, por ejemplo, inmueble y el particular lo construya y lo mantenga, lo conserve, lo repare, v. gr. las llamadas concesiones de obra pública.

Digo visión positivista porque lo propio del contrato y ello desde la época griega (Aristóteles), romana (piénsese en los juristas clásicos) y cristiana (recuérdese los postglosadores, los humanistas/v. gr. Domat), y los grandes teólogos juristas de la escuela salmantina del siglo de oro español, no es su aspecto meramente genético/origen sino su carácter primeramente de ser un intercambio de bienes, y un intercambio justo, porque de no ser así se transforma en un simple aprovechamiento del más fuerte, vivo o experto, sobre el más débil y, en último término, en un engaño, fraude o estafa. De allí que el contrato no puede quedar conceptualizado sólo en su aspecto puramente formal —que tanto gozo produce a los positivistas— sino ha de atenderse a su contenido, desde que en el Derecho el principio fundamental es el de finalidad, esto es obtener una relación de alteridad justa.

Y al hablar de contrato de concesión, v. gr. de obra pública, de tanto auge en Chile, desde su planteamiento en el gobierno del Presidente Pinochet Ugarte y su posterior desarrollo en el gobierno Lagos, y hasta hoy mismo, de nuevo encontramos un equívoco. Pareciera que nuestro derecho administrativo está condenado a este tipo de oscuridades conceptuales, que no pocas veces se debe a adoptar nociones o visiones extranjeras que no calzan con la realidad normativa nuestra. Es cierto que resulta entretenido para nosotros que nos dedicamos al estudio y enseñanza de esta disciplina el tratar de desbrozar el terreno y atisbar o encontrar la luz que ilumine el campo de estudio, pero para aquellos que sólo se dedican a la práctica profesional es más bien

una tortura intelectual o un fracaso en la defensa de sus clientes.

1. En efecto, se llama concesión de obra pública pero la concesión, es decir el aspecto concesional, sólo existe en lo referente a la mantención del servicio, v. gr. de la autopista que, si bien se analiza, esta mantención es propiamente una concesión de servicio público, que no dice relación con la construcción de ella, que es propiamente un contrato de construcción de obra pública. Lo mismo ocurre con lo que se llama concesión de obras públicas referida a cárceles, hospitales, aeropuerto, etc., en que, por ejemplo, en el caso de cárceles lo que se dice concedido puede ser la mantención del establecimiento carcelario, o de su aparato de seguridad, u otro tipo de servicio, lo mismo en el caso de hospitales. De allí que otra vez es necesario esclarecer lo que se quiere decir con los vocablos utilizados.

2. Se habla, pues, de contratos administrativos y de concesión, pero hay que indagar con mayor rigor el tema porque lo que se dice contrato de concesión lo que hay de concesión no es la construcción de inmueble sino de la concesión de servicio público, que en estos casos puede recaer sobre o la gestión mismo del inmueble, o del servicio que se presta allí, o más modestamente, algún servicio específico, como podría ser la alimentación de los internos/cárceles o pacientes/hospitales públicos.

3. También hemos visto que se llama concesión a la entrega de un bien inmueble por parte del Estado Administración a un particular, para su propio beneficio privado, pero en que éste debe pagar por ese uso y goce una determinada suma de dinero; pero ello ¿es realmente una concesión administrativa? ¿No sería, más bien, simplemente, un contrato de arrendamiento, sujeto, eso sí a las normas del derecho público?

Pero ese mismo inmueble, imaginemos fiscal, atribuido por un órgano de la Administrativo a un particular puede serlo con el objeto que éste lo administre como una escuela agrícola para internos de cárceles que por su

excelente conducta postulen a cumplir el resto de su condena en esa especie de granja de rehabilitación y allí aprendan los oficios agrícolas y luego puedan reintegrarse a la sociedad plenamente rehabilitados y con un oficio para sustentar su futuro. Ello puede ser un típico ejemplo de concesión de servicio público y que es propiamente un contrato administrativo en que el particular realiza una actividad de prestación de servicios que le corresponde al Estado Administración, sea por vía propia o bien por asumir una función por vía subsidiaria (según veremos en seguida al indagar sobre los fundamentos de las concesiones administrativas).

4. Si se hiciera una enumeración de lo que se suele llamar concesiones administrativas-contratos en la práctica diaria, se pueden señalar la mantención de autopistas, la gestión de establecimientos de estacionamiento subterráneos (municipales), concesiones portuarias, de acuicultura, marítimas, aeronáuticas, de transporte público, turísticas, ferroviarias e, incluso, de casinos de juego, de zonas francas y las municipales (como de baños públicos, de mantención de áreas verdes, de parquímetros, de aseo/calles, y de recolección de desechos domiciliarios sólidos/basura).

5. Pues bien, si se analiza cada una de ellas se verá que se trata, en general, de concesiones que inciden en bienes inmuebles, sean fiscales, municipales o bienes nacionales de uso público, pero ¿son ellos contratos? y ¿de concesión?

Hay algunos en que a través del uso y goce de esos bienes por un particular lo que hay es un contrato de concesión de servicio público, como es el caso de la mantención de una autopista, de un camino público, de una obra pública (lo que típicamente le corresponde al Estado hacerlo); igual ocurre en el caso de la gestión de los estacionamientos subterráneos (municipales), en las concesiones portuarias, en las que se concede la gestión de un molo de atraque en un puerto determinado (obra pública), del mismo modo en las turísticas (en áreas silvestres protegidas del Estado) y en la de transporte público, si bien aquí sólo desde 1992, año en que se publicó dicho servicio, hasta ese momento privado, simplemente por decreto supremo y no por ley como

correspondía hacerlo, lo que constituye su vicio de origen aún vigente. Igualmente sucede con las concesiones de casinos de juego en que se concede su operación, la cual está reservada al Estado, pero que la ley permite su concesión a particulares según un régimen jurídico específico. Podrían agregarse aún las de zonas francas, que en su gestión (administración y explotación) puede concurrir la concesión de ese servicio, que propiamente está entregado a un organismo estatal como es una sociedad del Estado.

Respecto de las concesiones referidas como marítimas, de acuicultura, o aeronáuticas, ¿son contratos? No podemos extendernos aquí sobre ello, pero bien vale la pena meditarlo para hacer luz a su respecto.

6. Yo he llegado a la conclusión que contrato de concesión administrativa viene a ser solamente el contrato de concesión de servicio público, esto es aquel en cuya virtud un organismo de la Administración del Estado, previa y expresamente habilitado por la ley, conviene con un particular un intercambio justo para que éste realice la prestación del servicio público que a aquélla le compete, mediante una remuneración en dinero, usualmente una tarifa, que paga el usuario del servicio, bajo un régimen de derecho público, en el que principio fundamental es la equivalencia de las prestaciones. Ciertamente el pago del concesionario puede sufrir modificaciones, porque puede darse el caso de no haber tarifa sino precio, que paga directamente la autoridad concedente al concesionario, precio estipulado expresamente en el contrato respectivo.

7. Dado que el tema que estamos tratando es el de la naturaleza de las concesiones, no nos corresponde abordar aquí las características del contrato administrativo, sino haber distinguido necesariamente las concesiones-acto y las concesiones-contratos, distinción esencial para comprender la forma diferente de satisfacer las necesidades públicas la Administración del Estado en su misión de promover el bien común, como le encarga expresamente la Constitución en sus Bases mismas de la Institucionalidad (artículo 1.º inciso 4.º). Y esta distinción es básica desde que no son lo mismo jurídicamente una y otra.

3. Fundamentos de las concesiones administrativas

Este tema da para extenderse de manera muy amplia ya que toca por qué existe este instrumento o artefacto jurídico denominado concesión administrativa, lo que conduce a la finalidad que trata de perseguir, o sea el para qué.

1. Dada la amplitud que esto comporta, indicaré aquí sólo las ideas centrales que están en la base de las concesiones-actos, que tienen una base constitucional muy precisa en nuestro Derecho, y que incide en el principio de subsidiariedad, pilar fundamental del ordenamiento político de una sociedad libre (y tan vilipendiado por la ideología colectivista que azotara la primera mitad del siglo XX tanto en Europa como en nuestra América), y más breve en lo que se refiere a las concesiones contratos, que inciden en lo organizativo de la Administración, si bien con una finalidad de prestar el mejor servicio a la comunidad que toca a ella por la ley.

2. El fundamento de las concesiones administrativas-actos que consisten v. gr. en entregas de sumas de dineros (1.º) a determinadas personas, e incluso personas jurídicas que no persiguen fines de lucro, no es otro que proveer al ejercicio de la justicia distributiva que compete a la autoridad estatal respecto de ellas, al encontrarse en situaciones de necesidad o incluso de menesterosidad, incluyéndose aquí los llamados bonos y los programas (no siempre debidamente justificados, por desgracia) pero, también, (2.º) proveer a la actividad estatal de fomento, esto es la actividad que le compete en cuanto ayudar a la promoción de actividades de particulares que persiguen fines de interés general, o comunitario, y que éstos no se encuentran en condiciones de hacerlo por sus propios medios económicos o técnicos.; es la aplicación de la llamada subsidiariedad positiva, que es en puridad, la subsidiariedad propiamente tal. Pero no sólo lo indicado, sino también (3.º) ayudas en dinero para promover actividades de tipo cultural o científico, a través de concursos en que participen todos aquellos que tengan interés en progresar en su formación intelectual como también ayudas que tengan un carácter de promoción

de la ciencia y de la cultura, tales los premios, o las becas de estudio, o estímulos para la creación artística o la innovación tecnológica, tan de moda por estos días.

Debe indicarse para no confundir, que estamos refiriéndonos a esas ayudas que la Administración concede propiamente tal y que están previstas como sumas de dinero en la ley de presupuesto de la nación, en el organismo de ella que se indica, No caben aquí esas ayudas que son bonificaciones o beneficios en dinero que determinadas leyes o preceptos de ellas, contienen para promover esas actividades, y que, como decíamos en otro punto, son propiamente actos administrativos autorizatorios que no de concesión. Ello, sin duda, se incluye en la actividad estatal de fomento, pero en tales casos ha sido la ley la que ha atribuido un derecho sobre ellas en la medida en que el beneficiario de tal ayuda cumpla los requisitos que la ley indica y frente a lo cual la Administración cumple únicamente el papel de comprobar ese cumplimiento.

3. Ya respecto del fundamento de las concesiones-contratos administrativos es más bien prosaico, más modesto, porque se encuentra en un modo de organizar la actividad administrativa del modo más eficiente y eficaz a fin de proveer a un mejor servicio en la satisfacción de las necesidades públicas que le ha sido conferida por la ley.

En efecto, en lugar de satisfacer directamente la necesidad pública de que se trate por sus propios medios organizativos, la Administración —habilitada expresamente para ello por el legislador— conviene con un particular (hoy usualmente con una empresa o un consorcio, esto es un sujeto constituido como persona jurídica) que la prestación de satisfacer dicha necesidad la realice éste con su propia organización, sobre la base de las cláusulas que la propia Administración establece, remunerándose por el usuario que directamente le paga una tarifa u otro mecanismo, en un régimen de derecho público, que asegure el intercambio justo, esto es la

equivalencia de las prestaciones, y ello durante toda la vigencia del contrato.

4. Este régimen jurídico implica, en consecuencia, una sujeción estricta a las Bases del contrato, la aplicación del principio en cuya virtud el contrato es una ley para las partes pero una legalidad dinámica, esto es con plena aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que tiene en cuenta el cambio de las circunstancias que afectan al contrato en cuanto es de largo duración, la aplicación de la llamada cláusula de progreso, del principio de la estabilidad del contrato, y siempre teniendo en cuenta que es al Estado a quien le corresponde prestar el servicio pero lo hace a través de un tercero/concesionario, el cual deviene más que una contraparte en un verdadero colaborador de la función pública estatal.

5. Pero para entender bien lo que es la concesión de servicio público es preciso recordar que ha de tratarse de una actividad que la ley ha establecido que sea realizada por el Estado a través de un organismo de su Administración, esto es lo que suele denominarse como su publicación, *publicatio* en latín, pero que se autoriza que lo haga no por sus propios medios organizativos

sino por medio de un tercero. Como la realiza el Estado, se trata, obviamente, de una actividad monopólica, y en la que el concesionario no recibe dineros de la Administración (salvo regulaciones legales especiales) sino en la que se aplica una tarifa que paga el usuario que utiliza el servicio, y en que el particular/concesionario es seleccionado por la Administración a través de un concurso llamado licitación (normalmente pública, sin perjuicio, en casos especiales, pueda ser privada o incluso, en casos extremos, por trato directo). Estas son las características clásicas de la concesión de servicio público, que, por cierto, pueden variar, en el caso de la tarifa, porque puede haber precio y no tarifa, y que pague directamente el concedente al concesionario, como ocurre, v. gr., en algunas concesiones municipales, como las de aseo y también de ornato de áreas verdes, como plazas y parques (sin perjuicio que en el caso de parques pueda existir tarifa, que paga el usuario al ingresar a un parque).

Entrar en otros aspectos, nos parece que es invadir el tema de la contratación administrativa, que no es la materia que se me ha encomendado.

Referencias

Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edición). Abeledo-ThomsonReuters. Santiago de Chile.2012, pp. 277-291 y 547-571.