

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0-xx-41) 352-1200

Fax: (0-xx-41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0-xx-11) 3991-2969

Fone/Fax: (0-xx-11) 878-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 5, 2000.

224 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00138

POTESTADES CONFERIDAS POR LA CONCESION Y SUS LIMITES

Ignacio M. Velez Funes¹

Durante el presente siglo que culmina en pocos días mas, el Estado moderno del mundo occidental se ha debatido en cruentas luchas y divergencias por la primacía entre el poder político o el poder económico, donde siempre los ciudadanos afectados han sido los sujetos pasivos de los grupos dominantes en esa relación traumática.

La división de funciones en la forma de gobierno del Estado democrático actual no ha asegurado siempre a los ciudadanos del exceso o abuso de poder cometido por los gobernantes a favor de un grupo, parcialidad o sector en detrimento del interés general o colectivo.

A principios de nuestro accidentado siglo XX, Maurice HAURIUO nos advirtió como estudioso del derecho público continental europeo, que los poderes político y económico pueden reunirse en las mismas manos y entonces la esclavitud de los súbditos puede ser espantosa.

También afirmó entonces el ilustre Decano de TOULOUSE que todo remedio contra el capitalismo que tienda a la supresión del Estado-poder público, y, bajo los nombres variados de socialismo, de colectivismo o de sindicalismo, trate de engendrar nuevamente una confusión del poder económico y del poder político entre las manos de una burocracia irresponsable, tiende, por lo mismo, a la supresión de la libertad, y no sólo de la económica,

(1) Universidad Nacional de Córdoba.

sino de la libertad individual en general. (Principios de Derecho Público y Constitucional, notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo, 2da. Ed. Reus, Madrid, 1927, p. 165-167).

Por su parte el constituyente norteamericano, después de la sanción de la Constitución de Estados Unidos en 1787, estaba preocupado por los derechos individuales de los ciudadanos y consagró numerosas enmiendas a partir de 1796 entre las cuales merece especial mención la n. XIV dictada en 1868 que en su sección primera estableció:

“...ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”.

En nuestro país la Constitución Nacional data de 1853, con una reforma sustantiva establecida en 1994 que no afectó o modificó la parte de declaraciones de derechos y garantías consagradas por el constituyente originario que se inspiró en la Carta Magna norteamericana a causa de la decisiva influencia de Juan Bautista ALBERDI.

En el párrafo 2do. del art. 19º de la Constitución argentina se ha enunciado el principio de legalidad cuando expresa “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Este principio de legalidad se asienta en dos postulados:

a) El único órgano que puede imponer obligaciones a los habitantes y especialmente cuando reglamenta los derechos individuales es el Congreso Nacional por medio de su expresión normal, en sentido formal, que es la ley general y abstracta.

b) El estado jurídico normal de los ciudadanos es el de la libertad individual y ella puede ser restringida solo mediante un acto legítimo del Poder Legislativo.

Como bien lo ha apuntado al respecto el constitucionalista argentino Miguel A. EKMEKDJIAN "...El principio atributivo de facultades jurídicas a los particulares es el de la capacidad, esto es, que las personas pueden haver todo aquello que no les esté prohibido expresamente; a diferencia del principio de competencia, que rige con relación a los órganos y entes del Estado, porque sólo tienen aquellas facultades que le han sido atribuidas especialmente en las leyes..." (Manual de la Constitución Argentina, Ed. Depalma, 4ta. Edición, p. 271, Bs.As. 1999).

Estas advertencias sobre la evolución y límites al poder del Estado en resguardo del ciudadano a través del tiempo, tienen plena vigencia en la actualidad cuando la Administración por intermedio de sus órganos de gobierno y en ejercicio de la función administrativa, formaliza contratos administrativos de concesión, sean de obra pública o de servicios públicos o de dominio público u otras modalidades.

Nos importa ahora procurar explicar cuales son las cuotas o límites del poder el Estado concedente que pueden ser transferidos o delegados al concesionario de un servicio público o de una obra pública; con la finalidad de visualizar los criterios o pautas que deben tenerse presente para que subsista el razonable equilibrio entre la soberanía política del gobernante en ejercicio de su legítimo poder o mando con los derechos y garantías individuales del ciudadano como tercero destinatario en esa relación contractual.

Las potestades estatales que necesariamente se confieren al concesionario de una obra pública o un servicio público tienen que tener límites en la relación contractual de derecho administrativo que se ha suscitado con la Administración concedente; sin que ello implique para el órgano de gobierno concedente la renuncia o desistimiento a sus atribuciones de control e inspección que le son propias respecto del contratante y menos desembarazarse del tercero, como usuario beneficiario o afectado, en esa trilogía de la relación contractual.

Es necesario evitar que se produzca en la ejecución de la concesión un sometimiento sin límites al usuario por parte del concesionario o que las libertades y garantías de aquél sean

desconocidas o lesionadas por parte de la Administración concedente por olvido o menoscabo del interés general que debe asegurar durante la vigencia del contrato administrativo de concesión, como también respecto de propio interés particular.

Singularidad del contrato administrativo de concesión.

Destacamos nuestra alineación ideológica por las ideas que pregonan la subsistencia y utilidad de la figura del contrato administrativo en base a reconocer la especialidad de este régimen contractual en el ámbito del derecho público argentino y del derecho comparado.

La pretendida concepción de la inutilidad del contrato administrativo efectuada por algunos autores, especialmente por la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas u otros caracteres que tornarían peligroso al mismo, no es materia del tema que se expone.

Sin embargo es conveniente hacer la aclaración precedente porque las ideas que ahora se exponen no pueden quedar limitadas o acotadas, según se expida uno por la validez o no del régimen del contrato administrativo de concesión de obras públicas o servicios públicos.

*Sobre esta cuestión que ha suscitado debate entre Héctor A. MAIRAL y Juan Carlos CASSAGNE en el ámbito académico argentino, nos remitimos a sus respectivas exposiciones. (Ver **El rechazo de la figura del contrato administrativo**, Juan Carlos CASSAGNE en **El Contrato Administrativo**, Ed. Abeledo-Perrot, p. 189-227, Bs.As., 1999 y **De la peligrosidad o inutilidad de una teoría del contrato administrativo**, Héctor A. MAIRAL, *Revista El Derecho*, Bs.As.).*

Lo antes dicho es a propósito de los efectos jurídicos respecto de terceros que producen particularmente los contratos administrativos de concesión de servicios públicos y de obras públicas, cualquiera sea su fuente de regulación (ley, reglamento o contrato).

Porque como bien señala CASSAGNE, "...Aun haciendo abstracción de las diferentes explicaciones y fundamentos que se han

dado en la doctrina para justificar este principio no se puede desconocer que se trata de un principio radicalmente opuesto al establecido en el artículo 1195 del Código Civil argentino, que no admite la existencia de efectos sustantivos, constantes y permanentes sobre terceros ajenos al vínculo contractual...” (op. cit., p. 211).

Nosotros reivindicamos el contrato administrativo de concesión como una modalidad jurídica de transferencia del poder limitado del Estado concedente al concesionario particular, cuyo objeto y destinatario es necesariamente el bienestar común de los ciudadanos en general y del usuario en particular.

Nos permitimos discrepar con el catedrático español de la Universidad de Cantabria, Luis Martín REBOLLO, que en el contrato de concesión del servicio público, la relación entre concesionario y usuario queda regulada por el derecho privado; como también que esta modalidad de contratación sea incompatible con la libertad de empresa que garantizan los textos constitucionales.

También reivindicamos este singular modo de contratación administrativa por cuanto ha permitido avanzar fluidamente en la “Reforma del Estado” en la República Argentina, especialmente a partir de la vigencia de la Ley de Emergencia Administrativa y Reestructuración del Estado n° 23.696 ocurrida el 28 de agosto de 1989, donde particularmente puso de relieve que las privatizaciones que ella regula pueden ser – entre otras modalidades de contratación – por la concesión y que ellas “...deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión...”.

Con lo antes indicado por el derecho positivo vigente en Argentina, resulta la primera regla general de límites a las potestades conferidas por el contrato administrativo de concesión, fincada especialmente en el precio, tarifa o canon que debe abonar el usuario o contribuyente de mejoras al concesionario de obras o servicios públicos.

Es de importancia significativa el precio que paga el usuario como la utilidad razonable que obtenga el concesionario, porque de otra manera, necesariamente existirá desequilibrio en la ecuación económica financiera y resultará deliberadamente afectado el plan de inversiones y mantenimiento del servicio u obra pública por parte del co-contratante, cuando esté expirando el plazo de la concesión. Incluso al mismo Estado concedente no le interesará el rescate o la caducidad o expiración de la concesión por la significativa indemnización o valor de reposición que deberá efectuar aumentando el gasto público.

Concesión y relaciones con el usuario.

Los procesos de privatización que en la última década se han producido en la Argentina y otros países, han significado una "transferencia de competencias" del Estado a particulares (personas físicas o jurídicas) mediante el uso de figuras o tipos jurídicos concesionales.

El jurista argentino Rodolfo Carlos BARRA a este fenómeno de delegación de un órgano o ente público en beneficio de un administrado lo denominó "delegación trasestructural de cometidos" que sale fuera de la estructura de la Administración pública; mientras que Miguel S. MARIENHOFF a esta delegación la entendió como un "desprendimiento de un deber funcional".

*Los que se delega son determinados cometidos estatales confiados o propios de la Administración en virtud de la **publicatio** y las notas que caracterizan al instituto son las siguientes:*

*1) La delegación debe estar permitida, en razón del principio de competencia, por una norma expresa del legislador y reconocer que la actividad transferida tiene por objeto su privatización por medio del contrato administrativo de concesión, porque el Estado conserva la **titularidad estatal** de la concesión.*

*2) La norma expresa del legislador deberá precisar estrictamente los alcances de la delegación y fijar su **núcleo central** respecto de las condiciones básicas en las cuales el sujeto delegado realizará su actividad, modalidades de prestación del contrato*

administrativo, inversiones, régimen tarifario, precios o canon y atribuciones frente al usuario o contribuyente.

3) El Estado a través de sus órganos o entes establecidos por la norma conserva el **control e inspección del concesionario** y ejerce su poder de policía respecto del mismo; como también en cuanto al usuario o beneficiario del servicio público o la obra pública mantiene su autoridad estatal.

4) El Estado delegante podrá **retomar el cometido estatal delegado** al concesionario ejerciendo atribuciones discrecionales (rescate o caducidad con indemnización) o ejerciendo las atribuciones de competencia funcional y regladas que le son propias (revocación por incumplimiento del concesionario delegado).

5) Existencia de un **régimen de derecho público** en la relación entre el órgano estatal delegante y el concesionario delegado, en particular respecto del objeto o núcleo central de la delegación.

6) Previsión contractual o legal de un **mecanismo de reversión de los bienes o servicios afectados** al núcleo central de la delegación en la concesión con especial referencia a la incidencia económica.

7) Finalmente una expresa regulación legal previa o contractual entre el delegante y el delegado, respecto a la relación jurídica que se suscita necesariamente entre el usuario como **tercero administrado entre el concesionario y el concedente**, por los efectos jurídicos que lo alcanzarán en la concesión sea como usuario, beneficiario o ninguno de ellos.

8) Las relaciones entre el delegado y los usuarios, en la medida estricta del objeto de la concesión del servicio público o de la obra pública, serán regidas por el derecho administrativo.

9) Por su parte las relaciones entre órgano delegante y sujeto delegado que no se refieran o afecten el núcleo central de la delegación y del objeto de la concesión, quedarán **regidas por el derecho privado**.

10) El tercero administrado, respecto a la relación entre delegante y delegado en la concesión, tendrá derecho a recurrir

ante el la autoridad competente del Estado delegante por los actos o hechos del concesionario delegado, cuando haya ejercido **funciones administrativas** en su condición de concesionario, a los fines de resguardar el principio de legalidad.

11) **Derecho del administrado de responsabilizar al concesionario delegado y al Estado delegante**, en forma conjunta o indistinta, por los actos u omisiones del concesionario delegado que hayan afectado la relación de usuario o beneficiario en forma directa y personal, sin obligación de haber tenido que soportar el daño, perjuicio o falta de servicio producida.

12) **Posibilidad de delegar en el concesionario la facultad de ejercer limitadamente actos de autoridad en representación del Estado delegante a los fines de asegurar el mantenimiento de la obra pública o asegurar la normal prestación del servicio público** (v.g. imponer una multa por exceso de peso de un transporte en infracción a las leyes de tránsito) coincidentemente se expidió Augusto Durán MARTÍNEZ sobre la facultad del concesionario de "...ciertos poderes jurídicos con relación al usuario, ilawese de policia o disciplinarios... aun sin necesidad de texto que los prevean an la medida que resulten indispensables para la organización y funcionamiento del servicio..." (Dictamen 15.03.95 – Caso Gralado S.A. v. Empresas Transportistas que usen la Terminal de Onnibus – **Casos de Derecho Administrativo**, vol. I, p. 21 – Ed. Jusranusi. Montevideo, 1999).

Sin perjuicio de lo antes expresado, considero que resulta imprescindible que la ley, reglamento o contrato que regule la concesión establezca debidamente la relación entre el concesionario con el usuario destinatario de la obra pública o servicio público.

Para garantizar los mecanismos de participación ciudadana en la gestión de gobierno, también es conveniente que el Estado reglamente la **iniciativa particular de creación o supresión de servicios públicos** o incluso autorizar a los particulares o usuarios afectados a recurrir al Estado por la inactividad de la administración por la inexistencia o falta de prestación adecuada de un servicio público o necesidad de una obra pública.

Incluso debe autorizarse reglamentariamente a los particulares o entes públicos no estatales (comunidades, consorcios camineros, cooperativas o asociaciones civiles) a constituirse en promotores y gestores de concesiones de obras de infraestructura urbana o de servicios públicos necesarios para estimular la iniciativa y solidaridad social, siempre bajo el control y vigilancia del Estado nacional, provincial o municipal según el caso.

Limites al concesionario.

La intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos no debe limitarse sólo a lo cometidos estatales esenciales (seguridad, salud, justicia, defensa, educación y seguridad interior), sino que la subsidiariedad del Estado debe complementar la actividad de los particulares también en aquellos servicios u obras que resulten necesarios por exigencias o demandas de la gente.

Bien ha señalado no hace mucho Daniel Edgardo MALJAR que "...Las necesidades públicas no son satisfechas únicamente mediante la actividad de prestación a cargo de entidades administrativas: también se alcanza aquella finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada. El interés público de estas actividades se hace patente y el Estado termina por convertirlas en especial objeto de su atención...". (ej. servicio de bomberos voluntarios o consorcios camineros).

Son los "servicios de interés público" que se diferencian de los auténticos servicios públicos porque éstos pertenecen a la titularidad de un ente estatal (Nación, Provincia, Municipio o entidad autárquica) mientras que aquellos son actividades propias de sujetos institucionalmente no públicos o particulares (La intervención del Estado en la prestación de servicios públicos, Ed. Hammurabi, p. 259, Bs.As. 1998).

Sin embargo aunque se trate de concesionarios del Estado o de particulares que realicen un servicio u obra pública de interés público y general, deben existir límites en sus respectivas prestaciones a los fines de que el Estado mantenga plenamente la titularidad del ejercicio de su autoridad de control, fiscalización y responsabilidad pública en ejercicio del legítimo poder y mando.

Se impone que el concesionario tenga límites en la potestad delegada por el Estado o reconocimiento del servicio de interés público desplegada por los particulares.

Entre los límites destacables se pueden enunciar;

- *Plazo de ejecución de la obra o de prestación del servicio público;*

- *Prohibición de ejercicio de actos de autoridad, salvo los expresamente autorizados y delegados para la mejor prestación del servicio o realización de la obra pública;*

- *Prohibición de transferencia del contrato de concesión a terceros o autorización de prestación del servicio de interés público;*

- *No discriminación de usuarios para asegurar la vigencia de los caracteres del servicio público y uso de la obra pública (igualdad, uniformidad, regularidad, generalidad, accesibilidad);*

- *Facultad de intervención preventiva del Estado por la falta de servicio o de mantenimiento de la obra pública delegada al concesionario;*

- *Amplia facultad de vigilancia, inspección y control del Estado en la ejecución y mantenimiento de la obra pública o del servicio público concedido en concesión;*

- *Facultad de exigir cláusulas de progreso al concesionario en ejercicio de las atribuciones exorbitantes del Estado contratante delegante;*

- *Mantenimiento de retornos de tasas, precios, tarifas o canon razonable a favor del concesionario;*

- *Vigencia del poder de policía como ejercicio del poder genérico y ordenador del Estado respecto del concesionario para hacer que los derechos constitucionales de los usuarios o beneficiarios sean ejercidos en forma armónica y compatible con los de los demás, resguardando la razonabilidad, legalidad e intimidad personal (MALJAR, op. cit., p. 118);*

- *Control administrativo y/o judicial final del Estado por los actos de autoridad del concesionario respecto del usuario o beneficiario durante la concesión en ejercicio de funciones administrativas expresa y limitadamente delegadas para el cumplimiento del cometido estatal (multas, prohibición de circulación, inhabilitación, exigencia de pagos por contribución de mejoras u otros);*
- *Deber de asumir los riesgos del concesionario por el servicio público prestado u obra pública dentro de las condiciones y exigencias del contrato administrativo;*
- *Interpretación restrictiva de las cláusulas del contrato de concesión;*
- *Regulación del estado de los denominados "servicios públicos impropios" (taxis, turnos de farmacias, educación privada, servicios fúnebres, actividad bancaria, seguridad privada etc.);*
- *Inexistencia del reconocimiento de servicios públicos virtuales fuera del régimen de la concesión a los fines de no transferir el ejercicio de potestades coactivas del Estado a favor de particulares o erigir en servicio público cualquier actividad privada;*
- *Reconocimiento de estabilidad de los derechos concedidos durante el plazo establecido en la concesión, sin perjuicio del rescate o caducidad con indemnización al concesionario.*

En definitiva, el régimen de la concesión con sus virtudes y defectos es un sistema de promoción y transferencia al sector privado de parte de la actividad no esencial del Estado que ha facilitado al reforma actual del Estado, sin perjuicio de que muchas veces sea confundida la figura con el permiso o la autorización para acordar derechos subjetivos plenos al concesionario durante la vigencia del contrato.

La seguridad jurídica a favor del concesionario surge del respeto a la estabilidad contractual por el Estado concedente y facilita la inversión de capitales de riesgos por particulares coadyuvando con la actividad administrativa del Estado, quien regula, controla y fiscaliza en resguardo del interés colectivo para asegurar el bienestar común de todos los ciudadanos.

El ejercicio de facultades discrecionales del Estado como delegante de sus potestades siempre debe estar limitado por el principio de legalidad o de juridicidad que regulan los principios del derecho público en la relación contractual.

No existe una regla fija o límite exacto entre el concedente, el concesionario y el usuario en la relación triangular del contrato de concesión, sino que el prudente arbitrio del Estado por intermedio de su órgano de gobierno que ejerce la autoridad pública deberán coexistir la razonabilidad, conveniencia y oportunidad para la interpretación del contrato, ley o reglamento de regulación.