

## LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. NOTAS PARA UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL EN EL DERECHO CHILENO

Eduardo Soto Kloss\*

SUMARIO: 1. Terminología. 2. Noción.

### 1. TERMINOLOGÍA

Lo primero que debe hacer un jurista al analizar un tema, si quiere llegar a término feliz en su estudio, es aquel que para un hombre de derecho en el medioevo era un imperativo inexcusable, y que para el moderno no pocas veces pasa inadvertido. Me refiero al aspecto terminológico, qué significan los términos que empleamos, y en este caso concreto, qué se entiende por concesión. Y concesión de servicio público.

A poco que se analice el punto, aparece que el término concesión está dotado de una significancia múltiple y variada, e incluso con contenidos muy diferentes<sup>1</sup>.

Si bien "conceder" significa otorgar, conferir, atribuir, algo a alguien que no lo poseía, y si bien aparece que el término lleva consigo cierta carga semántica de "gracia", "merced" o "don", esto es: algo que se da graciosamente y por la liberalidad de quien lo otorga, cuando este término se traslada al Derecho, y cuyo estudio, y ciencia que comporta, posee una terminología propia, técnica y especializada, adopta una significación específica con caracteres muy típicos.

\* Profesor de Derecho Administrativo. Decano Académico de Derecho. Universidad Santo Tomás.

<sup>1</sup> Es lo propio del Derecho y de muchos de sus conceptos fundamentales. Ya Paulo, el célebre jurista romano, decía que "*ius pluribus modis dicitur*" (*Digesto*, 1.1. 1); el ius (lo justo, es decir el Derecho) se dice de muchas maneras, en un sentido parcialmente diverso, pero también parcialmente igual; pero todas esas "maneras" forman una *unidad de orden*, en razón de un fin que actúa como principio ordenador. Cómo no ver aquí, ciertamente, la influencia de la filosofía griega en los juristas romanos, en especial de Aristóteles. Cabe recordar que "una cosa está ordenada cuando concuerda con su fin, pues el fin es su bien supremo y, por consiguiente, el principio de orden que debe regirla" (Santo Tomás de Aquino, *Suma contra gentiles*, Libro I cap. 1).

Y es que de concesión se habla o dice de muchas maneras en el Derecho, y especialmente en el derecho público administrativo. Como se advierte, se trata de un término "analógico", que si bien difiere en cada significado poseen todos ellos algo común, es decir, un "analogado principal" en el que todos convienen.

Así, hay "actos administrativos de concesión", como por ejemplo, de un premio (v. gr. Premio Nacional de Literatura, de Arte, de Historia, etc. DFL/Educ. N° 1/1988), de una subvención (v. gr. municipal, a una Corporación Cultural), de una pensión de gracia (v. gr. las de la ley N° 18.056), de becas (v. gr. Presidente de la República), etc., y también hay "contratos administrativos de concesión", como de concesión de obra pública (v. gr. DFL/Mop N° 164, de 1991, hoy DS/Mop N° 900, de 1996, texto refundido), de concesión de servicio público, que engloba o comprende muy variados tipos, concesión de bienes estatales (de los que habla la Constitución en su artículo 60 N° 10, y también leyes especiales como la N° 19.542, sobre modernización del sector portuario estatal), etc.

Y entre los "actos administrativos de concesión" o acto concesorios, los hay de "concesión de bienes" (v. gr. "bienes corporales" en la terminología de la Constitución, artículo 19 N° 24, como bienes fiscales, municipales e incluso nacionales de uso público, como los erróneamente llamados permisos municipales para ocupar veredas con puestos de venta al público, de diarios, golosinas, repuestos de artefactos domésticos, etc.), bienes concedidos para el uso y goce privativo del concesionario, y también los hay de "concesión de derechos" (esto es, de "bienes incorpóreos") como los señalados hace un instante en el párrafo anterior.

Se advierte, pues, que el vocablo "concesión" tiene múltiples significados, pero en todos subsiste algo común —el denominado en lógica como "analogado principal"<sup>2</sup>— y ese algo 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)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Es el caso de la llamada "analogía de atribución intrínseca", que es aquella en la que existe un *analogado principal*, que realiza perfectamente la cualidad atribuida, y que en razón de esto es causa de los analogados secundarios o inferiores, o sea de todos los que por participación, si bien imperfectamente, realizan esa cualidad. Recuérdese a Aristóteles en su *Metafísica*, libro Z, primera frase (libro XI): "El ser se dice de muchas maneras".

<sup>3</sup> A las conocidas llamadas concesiones de servicio público (y que no son tales según veremos) como de distribución de energía eléctrica, de agua potable y alcantarillado, de gas (de cañería y de gas natural), de telecomunicaciones/teléfonos, deben agregarse también las llamadas concesiones v. gr. de radiodifusión, de televisión, de desvíos ferroviarios, de mantención de caminos, de aeropuertos, de explotación de zona franca de Iquique, las municipales de recolección de desechos domiciliarios, de aseo, de mantención de áreas verdes, de parquímetros, de estacionamientos subterráneos, de transporte urbano comunal o intercomunal, etc.

Para diferenciar en el Derecho Administrativo la "concesión", especialmente, de otro término, se la contrapone con la llamada "autorización", la cual implica un derecho preexistente en el sujeto y cuyo ejercicio la Administración permite ("autoriza"); una vez comprobado por ella el cumplimiento de determinados requisitos que la ley ha impuesto a aquél para que pueda ser ejercido. Como se ve, "autorizar" es permitir el "ejercicio" de un derecho preexistente, "conceder" —en cambio— es otorgar un derecho a un sujeto que no lo poseía, ampliando así su esfera subjetiva.

Expuesta, así, la terminología, veamos ahora qué es una *concesión de servicio público*, cuya naturaleza de contrato administrativo es, en general, aceptada por la doctrina y los ordenamientos jurídicos modernos de los países civilizados, incluido Chile, ciertamente.

## 2. NOCIÓN

Como es sabido, no existe en Chile una ley de contratos del Estado, como las hay en otros países<sup>4</sup>, ni una regulación jurídica general sobre los contratos de concesión de servicio público, razón por la cual no existe una definición legal sobre lo que ha de entenderse por tal. Pero ello no obsta a que por vía de revisar la legislación —muy escueta, por lo demás— pueda llegarse a una noción más o menos precisa al respecto.

En efecto, si se atiende a la legislación municipal —Ley N° 18.695, de 31.3.1988, y modificaciones— y especialmente a su artículo 6° inciso 3°, puede advertirse que la concesión de servicio público presenta ciertas características, a saber:

- a) Ha de tratarse de la prestación de un servicio público que la ley ha puesto a cargo de un determinado organismo público estatal, del orden administrativo, es decir de un organismo integrante de la Administración del Estado, v. gr. las municipalidades. Es lo que en doctrina del derecho público se denomina *publicatio*, o sea la publicación de la actividad que hace el legislador cuando estima que debe ser satisfecha una necesidad colectiva por un órgano estatal, reserva hecha, cierta-

---

<sup>4</sup>V. gr. en Colombia, ley N° 80, de 28.10.1993, sobre contratos de las entidades estatales; en España, la ley de bases de contratos del Estado, decreto legislativo de 8.4.1965 y modificaciones de 17.3.1973 y 1986, hoy la ley N° 13/1995, de 18.5.1995; en Alemania, la ley de 25.5.1976, sobre procedimiento administrativo, cuyos parágrafos 54 a 61 se refieren a los contratos administrativos (*Verwaltungsvertrag*); en Francia, el llamado "Code des marchés publics", decreto de 16.7.1964, con modificaciones en 1992 y 1993, también la ley de 29.1.1993, sobre prevención de la corrupción y de 8.2.1995, sobre obras públicas y delegación de servicios públicos; en Uruguay, decreto N° 194, de 10.6.1997, texto ordenado de contabilidad y administración financiera, cuyos artículos 33 a 67 tratan "De los contratos del Estado"; también en Argentina, entre muchos otros países.

mente, de la primacía de la iniciativa privada y del principio de subsidiariedad reconocidos de modo expreso por la Constitución (artículos 1º incisos 4º y 3º, 5º inciso 2º y 19 N° 21, etc.)<sup>5</sup>.

En la ley orgánica constitucional de municipalidades se establecen funciones privativas (artículo 3º) y entre ellas "el aseo y ornato de la comuna" (letra d), que le es atribuida a ellas de modo exclusivo y excluyente; así, también, su artículo 4º prevé funciones concurrentes en distintas materias, respecto de las cuales pueden las municipalidades desarrollar en el territorio de su comuna, directamente, solas, o con otros órganos de la Administración del Estado, v. gr. en materia de deportes y recreación, transporte público, cultura, capacitación, etc. En tales casos puede asumir esa función de prestación de servicios la misma entidad municipal, pero puede, asimismo, hacerlo por la vía de la "concesión de determinados servicios municipales" (artículo 6º inciso 3º cit.). Y así, podrá conceder a un tercero —persona natural o jurídica— el servicio en cuanto será este tercero quien se hará cargo de tal servicio por cuenta de la Municipalidad, como si fuera ésta respecto de los usuarios.

- b) Una segunda característica es la búsqueda y elección del concesionario por medio de un procedimiento administrativo —precontractual— llamado *licitación*, que habrá de ser pública a fin de asegurar la imparcialidad de la selección, su transparencia, y la igualdad de los proponentes. Sólo por excepción tal licitación pública podrá ser obviada, en atención al monto involucrado si éste es inferior a determinadas sumas, caso en el cual se seguirá el procedimiento de la "licitación privada", para lo cual la ley siempre exigirá precisos requisitos o exigencias; y sólo si no hubieren interesados podrá llegarse a una contratación directa, cosa, por lo demás, no muy frecuente<sup>6</sup>.
- c) Desde que se trata de prestar un servicio público que la ley ha atribuido e impuesto a un determinado organismo de la Administración de

<sup>5</sup> Sobre la "primacía de la iniciativa privada" vid. nuestro *Derecho Administrativo* (Editorial Jurídica de Chile, 1996), tomo 2º, 11-19; I. Aróstica, *Derecho Administrativo Económico*, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2001, 71-86; y sobre principio de "subsidiariedad", vid. tomo 1º, 130-146; para su concreción en Chile, véase M. Viñuela, *El principio de subsidiariedad en las Actas de las Sesiones de la Comisión Constituyente y su consagración en la Constitución de 1980*, Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989; también M. S. Salinas, *El principio de subsidiariedad del Estado en las garantías constitucionales y su historia fidedigna*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1995; últimamente, I. Covarrubias Cuevas, *El principio de subsidiariedad, en 20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Universidad Finis Terrae, Editorial Conosur Ltda, Santiago de Chile, 2001, 69-91.

<sup>6</sup> La Ley N° 18.575, de 5.12.1986, según la modificación introducida por la ley 19.653, de 14.12.1999, consagra en su artículo 8º bis la regla según la cual: "Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley" (inciso 1º); "La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir a trato directo" (inciso final).

Estado, que es el único que ha de desarrollarlo, resulta que otra característica típica de la noción de concesión de servicio público es la de ser *monopólica*, es decir presenta tal prestación un carácter monopólico. Únicamente se concede a un solo y único concesionario la gestión o funcionamiento de ese servicio, ya que no resulta pensable que un mismo servicio sea prestado por dos concesionarios<sup>7</sup>. Si le corresponde al Estado originariamente esa prestación de servicio, porque el legislador así lo establece, no se concibe que un mismo servicio lo preste el Estado por dos organismos suyos distintos; de allí que si la ley habilita al Estado con competencia para que conceda su gestión o funcionamiento a un tercero, por cuenta de él, sea concedido a un solo sujeto o concesionario, que, como decimos, actúa por cuenta y a nombre del Estado. Por lo tanto, lo asume con carácter monopólico.

- d) Por último, una cuarta característica de la concesión de servicio público es la existencia de una *tarifa*, esto es de una contraprestación en dinero que paga el usuario al concesionario, y a través de la cual éste se remunera por el servicio que él presta y que le ha sido concedido. Se dice también que es típico en este aspecto el que la tarifa sea fijada por la autoridad concedente, ya que es a ella a quien la ley le ha confiado la satisfacción de la necesidad pública, y si bien también ha previsto que conceda esa gestión a un tercero, ello no obsta que tal autoridad fije el valor o precio de ese servicio que debe pagar el usuario. No ha de olvidarse que el concesionario actúa, se dice, "por cuenta de" dicha autoridad pública, pero más que "por cuenta", es "por" la autoridad, no "como si" fuera ésta, sino que es ésta; de allí que frente al usuario el concesionario "es" la autoridad concedente.

De ello se sigue que no todo lo que la legislación llame concesión de servicio público o con un término o expresión semejante, sea propiamente tal institución jurídico-administrativa, dándose el caso en Chile que las más conocidas con dicho nombre, como son las de distribución de energía eléctrica (DFL/Minería N° 1, de 1982), de distribución de agua potable (DFL/Obras Públicas N° 382, de 1989), de distribución de gas de cañería y transporte de gas natural (DFL/Interior N° 323, de 1931 y Ley N° 18.856, de 1989) y de telecomunicaciones (Ley N° 18.168, de 1982), *no son propiamente concesiones de servicio público*, aunque en sus disposiciones empleen esta expresión desde que no reúnen los caracteres propios de ella.

---

<sup>7</sup> Lo dicho no obsta a que en el territorio de una comuna se "sectorice" o divida, por ejemplo, la concesión de servicio público de recolección de desechos domiciliarios (basura), entre dos concesionarios, pero cada uno en un sector o territorio distinto de dicha comuna, y en el cual cada uno es "monopólico", o sea, sólo exista un solo concesionario. Ello es exigido, además, por expresa disposición de la ley N° 18.575, de bases generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 5° inciso 2°, expresamente dispone que los órganos de la Administración del Estado deben evitar "la duplicación o interferencia de funciones".

Y no lo son porque ninguna ley ha establecido la *publicatio* respectiva, requisito que es esencial e ineludible, *sine qua non*, para que se dé en la realidad dicha concesión; todas las actividades que se desarrollan en ellas corresponden a los particulares, siguiéndose el principio constitucional de la primacía de la iniciativa privada en materia económica (artículo 19 N° 21 incisos 1° y 2°), que hace excepcional la actividad empresarial del Estado (*ídem*), y del principio "base de la institucionalidad", que es la primacía de la persona humana (artículo 1° incisos 1°, 4° y 5°; y artículo 5° inciso 2° de la Constitución), la consecuencial servicialidad del Estado (artículo 1° inciso 4° cit.), y la subsidiariedad de éste (artículo 1° inciso 3° y artículo 5° inciso 2°)<sup>8</sup>.

Tan cierto es lo que señalo que respecto de la ley eléctrica (que es la ley modelo de todas las posteriores, especialmente en su régimen tarifario, DFL/M N° 1/82 cit.) se ha reconocido expresamente que se trata de "autorizaciones" y no concesiones de servicio público, y que se dejó este término en la ley para no innovar tan drásticamente, tanto más que se trataba de modificaciones a la ley de servicios eléctricos vigente a esa época, como era el DFL/Hacienda N° 4, de 1959<sup>9</sup>. Y "autorizaciones" porque son concordantes con la Constitución de 1980, que privilegia la iniciativa privada, de las personas, que son el "alma" de la comunidad política, y sujeto, principio y fin de toda sociedad, de todo Estado y de todo el Derecho.

Por eso es que venimos enseñando desde hace años, que todo este tipo de llamadas concesiones no son tales sino "pseudo concesiones", puesto que carecen de los elementos que configuran la concesión de servicio público propiamente tal, tal como ha sido concebida como institución jurídica a fin de satisfacer el Estado las necesidades que el legislador califica como públicas, esto es que han de ser satisfechas por el Estado, sea directamente por sus propios órganos que desarrollan la función administrativa, sea indirectamente por medio de concesionarios, que asumen, así, por el Estado, pero bajo una regulación de fuente legal, y bajo su fiscalización, la gestión y funcionamiento de esa prestación de servicios al público.

Dar precisión a los conceptos es deber esencial de la doctrina, a fin de evitar confusiones y la consecuencial afectación de los derechos de las personas. De allí que sea necesario iluminar al legislador para que en sus tareas no incurra en equívocos ni asuma errores conceptuales, que a la larga entorpecen la aplicación de la ley y perturban no sólo la actividad de la Administración sino sobre todo la de los particulares.

<sup>8</sup> Vid. mi *Derecho Administrativo* cit. tomo 2°, 11-19, y 145-154, y tomo 1°, 83-96, y 130-146.

<sup>9</sup> Véase al respecto *Soluciones privadas a problemas públicos* (editor C. Larroulet). Instituto Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile, 1991, y el reconocimiento expreso de cuanto decimos en el texto, que hace quien fuera secretario de la Comisión Nacional de Energía, don S. Bernstein L., en "Sector eléctrico", 175-214; la cita en 196, en concordancia con 188 (N° 2) y 197-201.

Llámesese, pues, *concesión de servicio público* a lo que realmente cumple con los caracteres, elementos y requisitos que posee esta institución, desde tiempo inmemorial<sup>10</sup>, restaurada especialmente desde el siglo XIX en el Chile republicano, y renovada a partir del gobierno del Presidente Pinochet Ugarte.

Así, los particulares, la Administración y hasta los Tribunales de Justicia podrán tener la certeza intelectual de designar algo que todos comprenden en igual sentido, cosa que permita seguridad en el tráfico jurídico, justicia en la solución de los problemas que se susciten y la satisfacción de las necesidades de las personas, de modo equitativo y eficaz.

<sup>10</sup> De la *época romana clásica* constan las concesiones de servicio de la percepción de tributos, a través de los llamados "publicanos", propiamente *redemptores vectigalium* (recuérdese al apóstol de Jesús y evangelista San Mateo, *Levi* en su nombre hebreo, y que él mismo se describe en su *Evangelio*, 9, 9-13; también Zaqueo, jefe de publicanos en la ciudad de Jericó, y que San Lucas refiere en su *Evangelio*, 19, 1-9; incluso la famosa parábola del fariseo y del publicano, en San Lucas 18, 9-14). También las concesiones de bienes, como el *ager publicus*, la explotación de las minas de sal (de tanta importancia en la época e incluso medio de pago, de allí "salario"), de minas de oro, de puentes y caminos con el concebido "peaje", etc. Vid. para el punto, A. Fernández de Buján, *Derecho público romano* (3ª. edición). Civitas. Madrid. 1998, 187-194 y recientemente, A. Mateo, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*. Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander. 1999, y S. Castán Pérez-Gómez, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*. Dykinson. Madrid. 1996.

*En el Chile indiano*, vid. v. gr. la percepción del impuesto de "alcabalas", concedida en tiempos del gobernador Ibáñez de Peralta (1700-1709), y que originara con posterioridad un célebre motín; vid. C. Gay, *Historia física y política de Chile* (8 vols.). Imprenta de Fain et Thunot. Paris. Vol. 3 (1847), 337; F. Silva Vargas y P. Estelle M., *El último siglo colonial*, en Villalobos, Silva, Silva y Estelle, *Historia de Chile* (4 vols.). Editorial Universitaria. Santiago. 1974, vol. 2, 240-243, y Silva Vargas cit., *El motín de las alcabalas en 1776*, en Boletín de la Academia Chilena de la Historia 86 (1972) 13-37; en D. Barros Arana, *Historia general de Chile* (16 vols.). Editorial Nascimento. Santiago de Chile, vol. 7 (2ª. edición 1933) 358-364, espec. 359-363; en F.A. Encina, *Historia de Chile* (20 vols.). Editorial Nascimento. Santiago de Chile, vol. 5 (2ª. edición 1952), 417-423, espec. 419.