

## EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO ABIERTO A LA COMPETENCIA: DE LA *PUBLICATIO* AL LIBRE ACCESO. COHERENCIA DE LAS VIEJAS TÉCNICAS CONCESIONAL Y AUTORIZACIONAL

Alejandro Vergara Blanco (\*)

**RESUMEN:** *Observa y explica el autor cómo opera el nuevo servicio público del Estado subsidiario con las mismas (sólo formalmente) técnicas concesionales y autorizacionales, depuradas del fumus regaliano y del "Estado del bienestar".*

*Señala que durante muchos años la publicatio fue la explicación adecuada para comprender las vías de acceso de los particulares a ciertas actividades declaradas previamente como servicios públicos, en un sistema que estaba basado en un alto grado de intervención estatal, y con un igual grado de discrecionalidad en el otorgamiento de titularidades privadas. Fue una explicación para la época del Estado del Bienestar. Pero ahora, en materia de actividades de servicios abiertos a la competencia, en un sistema basado en la intensa aplicación del principio de la subsidiariedad, en que la intervención estatal queda relegada a ser el sucedáneo de la preferente actividad privada, ya no cabe aplicar la figura de la publicatio del mismo modo que antes.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho administrativo - servicio público - Publicatio (publicación) - principio de subsidiariedad - concesión administrativa - autorización administrativa.*

### INTRODUCCIÓN

#### 1. UN CAMBIO DE ÉPOCA: DESDE UN "ESTADO INTERVENTOR" A UN "ESTADO REGULADOR".

A partir de la redefinición de la relación entre el Estado y los particulares en el área económica, a través de los nuevos principios del derecho público que consagra la Constitución de 1980, la ciencia jurídica chilena está enfrentada a la necesidad de reformular los conceptos jurídicos atinentes. En este trabajo me refiero, en especial, a aquellos que dicen relación con el acceso de los particulares a la prestación de los servicios

públicos; en sus dos perspectivas: *ex ante* (posibilidad de obtener el derecho, nuevo, *ex novo*, a prestar el servicio); y, *ex post* (posibilidad de ejercer esos derechos así reconocidos o creados).

a) Bajo la concepción regaliana y hasta la penúltima década del siglo XX, se creía y establecía que era función primigenia del Estado prestar los servicios públicos; y sólo secundaria y derivativamente se les permitía a los particulares realizar tales prestaciones, ya sea a través de contratos administrativos, delegación, o concesión. En otras palabras, el régimen jurídico en esa época ha podido describirse, por todos nosotros, durante muchos años, como resultado

(\*) Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Director de su Programa de Doctorado en Derecho, y de su Programa de Derecho Administrativo Económico. Director de la *Revista Chilena de Derecho* y de la *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Texto revisado de una conferencia del autor; de ahí la ausencia de aparato crítico y de las citas que corresponden a todo trabajo científico. Trabajo realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1040358.

de una previa *publicatio* de los servicios públicos, de lo que se deriva en seguida, *ab origine*, una titularidad estatal.

Se pudo plantear en tal época como hipótesis permanente (incluso durante muchos años la doctrina jurídica ha tenido que seguir sosteniéndolo así) que operaba armoniosamente, al servicio de esa realidad, la técnica concesional. Así, tradicionalmente, se entendió a la concesión como instrumento de creación de derechos *ex novo* por la Administración del Estado en beneficio de un particular, dada la publicación previa de la actividad, llamada por eso de servicio público, de lo que se derivaba una prohibición general previa, impidiendo la espontaneidad y libre iniciativa privada directa en estas áreas. El acceso de los particulares a tales actividades de servicio público se lograba por una decisión estatal con un amplio margen discrecional para la Administración. Se entendía verdaderamente que el particular sólo tenía un derecho de petición, sin exigibilidad frente a la Administración del Estado, esto es: sin un derecho público subjetivo.

b) A partir de la Constitución de 1980, en materia económica el Estado Administrador ya no tiene asignadas unas potestades tan discrecionales como las descritas, las que históricamente constituyeron la base de la teoría del servicio público. Ahora que se ha traspasado la iniciativa de tales actividades a los particulares, bajo esquemas de supervigilancia de mayor o menor intensidad, el Estado se ha transformado en un "Estado regulador". Es el principio de subsidiariedad, que limita la actividad del Estado, el que ha posibilitado esta transformación; ahora el sistema garantiza que la iniciativa económica corresponde esencial y originariamente a los particulares, reconociéndosela, en general, como espontánea; y sólo se regula el ejercicio de tal iniciativa en caso de peligro de afección a ciertos bienes jurídicos protegidos, para lo que se origina una "regulación".

Por lo anterior, cabe plantear la hipótesis de que el instrumento jurídico denominado *publicatio* opera hoy de un modo distinto: ya no

como una pretendida reserva estatal de servicios llamados "públicos" en una acepción cercana a lo estatal; hoy la *publicatio* opera como una especie de "prohibición general con reserva de autorización" en estas materias económicas.

## 2. ¿ANTIGUOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA NUEVAS REALIDADES?

Dada esta nueva realidad, es posible plantear como hipótesis que la concesión y la autorización, como técnicas del derecho administrativo, han sido crecientemente desnaturalizadas en este proceso de transición desde una concepción estatal regaliana/del Estado del bienestar a una concepción donde predomina la espontaneidad y libre iniciativa de los particulares; pero, las leyes, la jurisprudencia y la ciencia jurídica siguen operando con estos conceptos, formalmente idénticos, pero con un contenido que parece haber cambiado radicalmente.

a) Este trabajo tiene por pretensión ofrecer algunos antecedentes y perspectivas de esta transición conceptual, analizando las características y efectos de las concesiones y autorizaciones en materia de servicios públicos; y una de las hipótesis sobre la que se inicia es la siguiente: que en las llamadas "concesiones" de servicio público, la nueva realidad pareciera indicar más bien un concepto "autorizacional", en que la administración, más que crear un derecho nuevo, se limita, con una discrecionalidad casi reducida a cero, a "reconocer" unos derechos cuya creación y ejercicio ya vienen garantizados por el sistema jurídico.

b) Este estudio ofrece una explicación para la realidad jurídica actual, a partir de la Constitución de 1980, y cada vez intensificada por la dictación de leyes que confirman la fortaleza del derecho de los particulares a acceder a la prestación de servicios públicos, en una situación de amplia libertad, todo lo cual ha venido a ser reforzado con los nuevos estándares y garantías en los procedimientos administrativos, contenidos en la novísima ley N° 19.880, de 2003, que

establece Bases de los Procedimientos Administrativos.

Por lo tanto, y en esta perspectiva, cabe analizar teóricamente las dos técnicas más características y generalizadas del derecho administrativo económico: la autorización y la concesión; y estudiar los efectos de su utilización por el ordenamiento jurídico vigente, a propósito de la intervención administrativa y el acceso a la actividad económica por los particulares. Del análisis de cada caso (in ex.: concesiones de servicios eléctricos; de servicios sanitarios; de servicios de telecomunicaciones) se podrán obtener conclusiones tanto sectoriales (naturaleza jurídica de las instituciones implicadas: concesiones; autorizaciones; y derechos públicos subjetivos atinentes) como generales de derecho administrativo económico (naturaleza jurídica de los procedimientos reglados y discrecionales).

De ahí surgen las dos perspectivas centrales que no pueden olvidarse en este tema de los servicios públicos: a) respecto de la administración del Estado, la discrecionalidad administrativa y técnica con que le es posible operar; y, b) respecto de los particulares, los derechos públicos subjetivos que pueden al efecto invocar. En especial, cabe aplicar el desarrollo anterior a los casos del acceso de los particulares a la prestación de servicios públicos; verificando la posición de los particulares tanto en la fase de creación *ex novo* de sus derechos como en su ejercicio posterior.

3. LA NECESIDAD DE OBSERVAR LA COHERENCIA INTERNA DE UN ORDEN JURÍDICO QUE CAMBIA SUS PRINCIPIOS, PERO QUE FORMALMENTE SIGUE UTILIZANDO LAS MISMAS TÉCNICAS JURÍDICAS: CONCESIONES. PRINCIPIOS TRADICIONALES; CONCESIONES Y AUTORIZACIONES; Y, PUNIBILIDAD ADMINISTRATIVA.

Cabe plantearse como primera cuestión, y de carácter general, la explicación de la evolución, nuevo papel y actual aplicación práctica de las técnicas concesionales y autorizacionales, en materia económica; pues, como cabe presumir (lo que comprobaremos más adelante), al observar la

actual función de estas dos técnicas jurídicas, descubriremos el rediseño a que han sido sometidos estos dos conceptos jurídicos, lo que produce consecuencias jurídicas en su aplicación práctica ante la nueva realidad.

Entre otros temas, cabe preguntarse por los siguientes:

- 1º ¿Cuáles son las consecuencias de la actual operatividad de las concesiones y autorizaciones en los procedimientos administrativos, en especial, la discrecionalidad administrativa de frente a los derechos públicos subjetivos de los particulares? Cabe observar la actual operatividad de la discrecionalidad administrativa en esta área, y ante la nueva realidad, dado que en la regulación de los actuales procedimientos concesionales tal discrecionalidad ha ido quedando reducida a su mínima expresión.
- 2º La técnica de la “*prohibición general con reserva de autorización*”; y las demás técnicas que, junto a ella, pudiesen estar operando complementariamente o en reemplazo de las tradicionales, que ya podrían aparecer como arcaicas: del *ius ad rem*; de los derechos públicos subjetivos; de los derechos adquiridos; entre otras.
- 3º Cabe observar la nueva situación de las cláusulas de caducidad, tanto procedimentales como relativas a los derechos ya creados por las concesiones, técnica usual en la antigua realidad concesional, pero que difícilmente podrá subsistir en la nueva realidad garantística chilena, dada la posible operatividad de “derechos públicos subjetivos”.
- 4º Cabe observar la actual operatividad de los tradicionales principios de todo servicio público, hasta ahora en la mente de todo jurista (la regularidad, la continuidad, la obligatoriedad, la igualdad, entre otros).
- 5º Cabe observar, en fin, la nueva situación ante algunos poderes exorbitantes de la Administración, que parecieran tener por

finalidad recuperar algo del poder perdido del Estado, como es el caso de las potestades sancionatorias de la Administración.

En esta exposición, sin desconocer que existen otros problemas, sólo analizaré algunos de estos problemas: los más directamente relacionados con el actual desarrollo de los servicios públicos abiertos a la competencia, en el sistema jurídico chileno.

#### 4. ¿QUÉ METODOLOGÍA UTILIZAR EN UN TRABAJO DE ESTA NATURALEZA?

A partir de las hipótesis anteriores es posible elaborar simplemente un esquema de sistematización dogmática, tomando en consideración el cambio de realidad y de legislación actual, todo lo cual debe estar dirigido a crear, a su vez, modelos de solución de los actuales problemas de acceso de los particulares a derechos para prestar los servicios públicos. En especial, este último tema de los servicios públicos, debe ser comprendido en este contexto.

Es parte de nuestra responsabilidad de juristas, en la actualidad, proponer modelos de solución a los principales problemas relativos al acceso de los particulares a la prestación de servicios públicos, dado que es evidente que los legisladores siguen utilizando un antiguo instrumental jurídico: rancias técnicas jurídicas de carácter regalista, aparentemente incompatibles con los principios constitucionales vigentes. Cabe, entonces, ofrecer una explicación fenomenológica; reelaborando los conceptos teóricos que expliquen su naturaleza jurídica, cumpliendo el papel propio del llamado "sistema externo"<sup>1</sup>.

Cabe utilizar en esta materia no sólo los antecedentes históricos, sino también los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales surgidos en Europa y en Hispanoamérica. Principalmente, pues, como se ha puesto en

evidencia, todos estos países que comparten una misma tradición jurídica están siendo objeto de un fenómeno político-jurídico similar.

Siempre es necesario este análisis histórico-comparado, pues una observación dogmática, esto es, de la legislación vigente, realizada a través de una sistematización que se nutra de los orígenes de nuestros conceptos jurídicos puede abrir alguna luz para la solución actual y futura de conflictos en el área. Es ineludible en un tema como éste recurrir a los ancestros histórico-jurídicos. El derecho legislado a partir del siglo XIX, y durante el siglo XX, esto es, el propiamente chileno, recibió una fuerte influencia del derecho francés y alemán, tanto por la vía de la codificación como de otras obras epigonales, lo que es patente en la denominación misma de técnicas como la concesional, autorizacional, de servicio público y otras. Este pasado común es tópico, en el sentido que no es objeto de discusión doctrinaria y aparentemente no necesita pruebas desde el punto de vista científico.

En cuanto al manejo del método histórico en las categorías de derechos públicos subjetivos, servicio público, concesiones y autorizaciones, cabe señalar que, a pesar de ser estos conceptos jurídicos de amplio desarrollo por la doctrina moderna, en su formulación inicial hay elementos que seguramente fueron esenciales para el desarrollo de la intervención cada vez más amplia de la Administración, como titular de los servicios públicos y creadora de derechos concesionales, en una etapa hoy superada: la del "Estado benefactor/interventor", y ahora podremos constatar si tales elementos han desaparecido o se han transformado para el nuevo papel de la Administración, como titular de potestades regulatorias: a partir del existente "Estado subsidiario/regulador".

Así, hoy los sistemas jurídicos, y en especial el chileno, otorgan cada vez más importancia a la iniciativa privada espontánea y libre, incluso capaz de generar deberes en la Administración del Estado para garantizar el acceso de los particulares a la prestación de servicios públicos.

<sup>1</sup> Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1979; traducc. castellana: *Metodología de la Ciencia del derecho*, 1994, segunda parte, capítulo VI.

El gran problema histórico en muchas materias jurídicas es el tema de los conceptos que forman parte del núcleo de la disciplina, en este caso del derecho administrativo. Así, los conceptos de servicio público, de concesiones y autorizaciones (a pesar de todo el cambio de realidad político-jurídica, social, económica: en fin, de la realidad) siguen siendo ampliamente utilizados por la legislación, por la jurisprudencia y por la doctrina, pero cabe preguntarse si se tiene conciencia por los legisladores, jueces y juristas de que se trata de categorías históricas que fueron creadas para regir en otro contexto. Pero, para nuestras pretensiones de comprensión histórica, lo verdaderamente importante es que en cada época existe una diferente evolución de las instituciones jurídicas (públicas, sobre todo; por ejemplo la existencia anterior de un Estado de Bienestar, con un amplio tejido de “intervención”; y ahora un Estado subsidiario, de “regulación”), y, en cada caso, con una actuación estatal diferente, e, incluso, con una finalidad de actuación diferente, utilizando para ello instrumentos o técnicas formalmente similares, pero con contenido y principios diversos.

No parece adecuado desde el punto de vista metodológico (en esta materia, y en toda materia jurídica), que para explicar el ayer, se pretenda aplicar categorías doctrinales modernas, y viceversa, pues el acervo de conocimientos antiguos no conoció, por ejemplo, la vigencia simultánea del instrumento jurídico moderno de las potestades administrativas y de la discrecionalidad administrativa junto al principio de la subsidiariedad, y de la juridicidad que de tal contemporaneidad surge.

Entonces, una aplicación de elementos históricos para buscar fundamentos a una moderna explicación de lo que sea la naturaleza jurídica actual de las técnicas de concesión y autorización administrativas, y de los conflictos que se suscitan, es necesaria. La riqueza de la historia jurídica dice relación con la comprensión del fenómeno jurídico, pero ella no altera las definiciones de la legislación vigente ni de la realidad presente. Que tengamos en cuenta la

historia para verificar cómo ha ido evolucionando el vínculo del órgano social con ciertos bienes o actividades sí es altamente útil; pero este camino no podrá decirnos cuál es la actual naturaleza jurídica vigente de estas instituciones jurídicas; sólo nos dará constantes históricas, pero no una explicación actual.

La reflexión del jurista de hoy no ha de quedarse en el derecho de ayer; si bien es imprescindible conocer la evolución de los conceptos y textos jurídicos, para explicarnos cómo se ha llegado a las modernas categorías, pero éstas (en algunas ocasiones, como en nuestro tema) tienen una naturaleza jurídica que se compadece sólo con su contexto actual y no con el ayer; y en esto reside precisamente la riqueza de los principios que se hereda de antaño: en el acomodo eficaz que el jurista le encuentre; ayer el jurista moderno le dio al “servicio público” la explicación atinente a la época; la ciencia de hoy espera lo propio del jurista actual. Y a partir de esa explicación será posible ofrecer modelos de sistematización, de solución de problemas.

##### 5. CARACTERIZACIÓN Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ABIERTOS A LA COMPETENCIA.

El objetivo general de esta exposición es destacar que al caracterizar al nuevo servicio público, debemos conectarlo con la evolución, nuevo papel y actual aplicación práctica de las viejas técnicas del derecho administrativo: como la concesional y la autorizacional, las que no sólo han venido operando en materia económica. Además, inevitablemente, al haber ocupado el servicio público un lugar muy central en la disciplina, concurren a sus problemas actuales una serie de temas y técnicas del derecho administrativo, como las siguientes:

- a) ¿Cuán amplia es la operatividad que puede llegar a tener la técnica de la “prohibición general con reserva de autorización”, que alterará las bases de los procedimientos concesionales? ¿Qué ocurrirá con las

- demás técnicas que pudiesen haber operado tradicionalmente, como aquella del *ius ad rem*; de los derechos públicos subjetivos; de los derechos adquiridos; entre otras?
- b) ¿En qué sitio queda reducida la antigua y amplia discrecionalidad administrativa (muchas veces disfrazada de discrecionalidad técnica, con pretensiones de inmunidad)? En esta área, y ante la nueva realidad, dado que en los actuales procedimientos concesionales, podría haber quedado reducida a su mínima expresión.
- c) ¿En qué quedan aquellas viejas cláusulas de caducidad, tanto para extinguir derechos en medio de los procedimientos administrativos como derechos ya creados por las concesiones, usuales en la antigua realidad concesional? En verdad, difícilmente podrán operar, o al menos con la antigua discrecionalidad, ante la nueva realidad garantística, dada la cada vez mayor potencia de unos “derechos públicos subjetivos” operados a partir de la misma formulación regulatoria.
- d) ¿Cómo controlar un nuevo tentáculo de la Administración, como lo es el derecho administrativo sancionador? Ante la nueva realidad, este proporciona nuevos brazos de intervención para la administración; y, al menos en el caso chileno, en que el control judicial de la administración se encuentra en una fase de bajo desarrollo (inexistencia de textos articulados básicos de derecho administrativo, falta de tribunales contencioso-administrativos, no siendo esto sino mínimamente salvado por el particular “recurso de protección”, entre otras razones).

Todo lo anterior nos lleva a interesarnos por ofrecer un simple desarrollo, en primer lugar, del derrumbe de una vieja estructura, que daba sustento a la intervención administrativa: el servicio público (I); y, a su resurgimiento, intentando

mantener su antigua denominación, pero enfrentada a técnicas, si bien permanentes, que se ven afectadas en su núcleo y que deben reajustarse ante su nueva irrupción, como las concesionales, los principios clásicos del servicio público, y el derecho administrativo sancionador (II).

## I/ EL DERRUMBE (Y RENACIMIENTO) DE UNA VIEJA ESTRUCTURA DOGMÁTICA QUE DABA SUSTENTO A LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ÉPOCA DEL ESTADO DEL BIENESTAR: EL SERVICIO PÚBLICO.

Esta vieja idea tan poderosa y persistente del servicio público ha cambiado, conceptualmente, en sus bases en la actualidad, y ello está unido a la necesidad de alterar nuestra visión de su titularidad estatal y de la posición de los particulares de acceder a las actividades llamadas de “servicio público”.

### A. EXPLICACIÓN GENERAL.

#### 1. Derecho administrativo y derechos de los particulares en los procedimientos concesionales. El caso del servicio público.

La materia jurídico-administrativa tiene una singular historia y presenta como núcleo de su sistema relaciones jurídicas sustancialmente diferentes del Derecho privado, que se enlazan en un ordenamiento que la propia Administración contribuye a integrar con sus normas y en las que tiene una posición que, tradicionalmente, pareciera colocar al particular en un plano de subordinación jurídica. El Derecho Administrativo, entonces, tiene la misión de búsqueda permanente de equilibrio entre el interés público –representado por la Administración– y las garantías que el principio de legalidad le otorguen seguridad jurídica al particular.

Al revisar el origen y evolución del Derecho Administrativo, como orden jurídico interno, y como ciencia, adscribe regularmente su origen a la existencia de una Administración Pública y de los Servicios Públicos. Pero desde el momento histórico del Estado-policía y del

absolutismo al surgimiento del constitucionalismo (con la separación de poderes y de los derechos públicos subjetivos), y hasta hoy día, en que existe un sistema jurídico liberal y democrático, con el asentamiento de la técnica matriz del Estado de Derecho, la situación es diferente. Pero las técnicas jurídico-administrativas que surgieron para el servicio del derecho administrativo naciente, con una intensa intervención administrativa, por la vía de la publicación de servicios y bienes (en especial, la concesión) ya no pueden seguir cumpliendo las mismas funciones de antaño; aun cuando las legislaciones y la doctrina las siguen utilizando, bajo el mito de que podría tratarse de la misma situación y de los mismos efectos jurídicos.

Hoy el Derecho Administrativo ya no es sólo el derecho del Estado/Administración de antaño; hoy es, además, el derecho administrativo del principio de subsidiariedad y de la libertad de acceso a las actividades económicas por los particulares; ya no puede ser comprendido como el derecho de la discrecionalidad administrativa, o de la voluntad del agente administrativo, por bien intencionada que parezca ante los fines sociales, sino que el derecho administrativo de hoy, de frente a los servicios públicos, es el de los procedimientos reglados, con discrecionalidad reducida a cero; con unos "derechos subjetivos públicos" que ha diseñado la Constitución y que intenta recoger la legislación y la doctrina; pero con una terminología y una comprensión que se compadece con la antigua realidad de esta disciplina (por decirlo de algún modo, con los libros antiguos), pero que no entrega una completa respuesta o explicación dogmática a la nueva realidad concesional en los sectores de los servicios públicos abiertos a la competencia y al "mercado", como es el caso de la electricidad, de las telecomunicaciones, de los servicios sanitarios (del agua potable).

## 2. Derechos fundamentales; libertades públicas y "derechos públicos subjetivos".

A lo largo del siglo XIX, las declaraciones de derechos y deberes de los ciudadanos fueron

redactadas en el texto mismo de las constituciones, adquiriendo condición de normas jurídicas fundamentales a las que se añadían otras leyes tendentes a la protección de los mismos y a afirmar las garantías del ciudadano consideradas como indispensables frente al poder del Estado.

Siguiendo una formulación usual, puede decirse que las categorías denominadas como 'derechos fundamentales' y 'libertades públicas' responden a orígenes diversos y a tradiciones culturales diferentes.

El concepto 'derechos fundamentales' apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania, donde, bajo el manto de los *Grundrechte*, se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado.

El concepto 'libertad pública' aparece también (y en singular), en Francia, siendo utilizado de forma expresa en las constituciones de 1793 y 1814. Las libertades públicas, en su formulación clásica, son de ámbito más restringido que los derechos fundamentales, con los cuales estarían en una relación de género y especie. Las libertades públicas presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer cierto número de actividades determinadas. Son libertades porque permiten actuar sin coacción; son libertades públicas porque corresponde a los órganos del Estado –titular de la soberanía– respetarlas y garantizarlas. Libertades que suponen una mayor autonomía para los ciudadanos, y al tiempo conllevan obligaciones del Estado; se definen las obligaciones negativas en cuanto implican por lo común un cierto deber de abstención, si bien en algunas ocasiones comportan obligaciones secundarias positivas.

Los derechos fundamentales son algo más. Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su 'teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos' (vid. su: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª. ed., 1905; retomado en su

*Allgemeine Staatslehre*, 2ª. ed., 1911). Esta doctrina puede resumirse de este modo: por razón de su pertenencia al Estado el individuo se encuentra inmerso en una pluralidad de estados que pueden ser los siguientes: como consecuencia de su subordinación al Estado, el ciudadano se encuentra en ‘estado pasivo’ o *status subiectionis*, que conlleva para este último una serie de deberes. A todo miembro del Estado pertenece –por otra parte– un rango en el cual es señor absoluto, una esfera libre del Estado, una esfera que excluye el *imperium*: el estado negativo también llamado *status libertatis*. A mayor abundamiento y en cuanto el Estado, en el cumplimiento de sus deberes, reconoce al ciudadano la posibilidad de aspirar a que el poder estatal sea ejercitado en su favor, en cuanto le concede la facultad de beneficiarse de las instituciones estatales, le está reconociendo el ‘estado positivo’ o *status civitatis*, que se presenta como el fundamento del conjunto de las prestaciones estatales hechas en interés del individuo. La actividad del Estado, por tanto, sólo es posible mediante la acción individual. En cuanto reconoce al individuo la capacidad de obrar por cuenta del Estado, lo promueve a una condición más elevada y cualificada, a la ciudadanía activa. Esta se corresponde con un ‘estado activo’, el *status activae civitatis*, por el que el individuo está autorizado para ejercer los llamados derechos políticos en su más estricto significado.

Se concreta así la teoría de los estados de Jellinek, de la cual surgen derechos subjetivos que, por corresponder al ciudadano respecto al Estado, se califican de públicos, de fundamentales y se dividen según la tradición del modo siguiente: derechos civiles –de ámbito personal, de la esfera privada–, derechos políticos y económicos, sociales y culturales.

Entonces, entre toda una larga enumeración de derechos que podría hacerse, en que sigo simplemente un desarrollo usual de derecho público, el Nuevo Derecho Administrativo debe responder: ¿cabe referirse, hoy, a un “derecho subjetivo público” a favor de los particulares para que, en aquellas actividades

y sectores declarados como “públicos” (no estatales), esto es, abiertos al público, puedan en condiciones de igualdad y seguridad acceder a tales actividades y aprovechamientos? Esta respuesta es una base teórica inicial en toda exposición de la materia; y a partir de ella será posible realizar la construcción de las técnicas que el ordenamiento jurídico ha desarrollado al servicio de estos “derechos subjetivos públicos”.

## B. LA PUBLICATIO.

Ha sido considerada hasta ahora categoría básica del Derecho Administrativo Económico. Dicha *publicatio* opera con relación a actividades económicas, publicándolas, es decir, situándolas fuera de la esfera de acción espontánea de los particulares; y sometiénolas a un régimen de derecho administrativo: sistemas concesionales, como es el caso de los servicios públicos (1), de donde surgen las posibilidades de acceso de los particulares a la prestación de un servicio público (2). Cabe explicar cómo operan estos mecanismos en medio de los actuales imperativos jurídicos, ya descritos.

### 1. Actual situación conceptual del servicio público.

La expresión “servicio público” tiene dos acepciones: ella designa a un organismo, a una estructura, por una parte; y, también, a una actividad. Aquella noción orgánica no es de nuestro interés, y sólo nos interesa la noción funcional de servicio público: la que dice relación con una actividad. Y, en especial ante el nuevo Estado Subsidiario, a aquella noción funcional relativa a ciertas actividades que si bien siguen llamándose de “servicio público”, ellas quedan abiertas a la competencia, esto es, a la concurrencia entre particulares, todos dentro de un sistema atomizado de toma de decisiones económicas, propio de un sistema de libertad económica, en medio del cual convive el Estado subsidiario.

Hay conceptos que seguimos utilizando, como es el de publicación: declaración legal de

una actividad como de “servicio público”. Si una actividad ha sido publicada, ella debe estar perfectamente descrita y delimitada en el orden jurídico, con algún detalle, en qué consiste, y no sólo mediante una declaración genérica; si bien, normalmente se simplifica toda exposición de la materia señalando que es tal actividad la publicada, deben ofrecerse unos lineamientos más precisos de la materia. Es, en realidad, la propia ley la que debe señalar con precisión la actividad en que consiste el servicio público; señalar, desde el punto de vista de técnica jurídica, un “tipo” de servicio público (así como existen tipos penales; de gravámenes, como las servidumbres, que por tal tipificación se les llama “legales”), pues toda otra actividad que no quepa en tal tipo no estará sujeta en tal condición. Y esto es cada vez más necesario, pues las tendencias legislativas actuales están dirigidas a publicar no actividades completas, sino muchas veces sólo fases o sectores de ellas. Por ejemplo, en el caso de la electricidad en Chile, sólo está publicada, como servicio público, la distribución y el transporte; y está completamente liberada la generación de energía eléctrica).

Las actividades que no se contengan en la definición legal de una actividad declarada servicio público, quedan sujetas a la regla general de la libre iniciativa económica espontánea establecida en el art. 19 n° 21 de la Constitución Política. En efecto:

- por un lado, la regla general de la iniciativa económica en nuestro vigente sistema constitucional es la espontánea iniciativa económica, en todas las actividades en que el emprendimiento económico sea posible y se desee; y,
- por otro, una regla especial, en materia económica, es el caso de actividades sujetas a regulaciones especiales, en que la iniciativa económica no puede ser espontánea: y este es el caso de las actividades previamente publicadas, tipificadas como servicio público. En la actividad económica de servicio público no es que esté prohibida la

actividad privada, sino sólo que la iniciativa no es espontánea, y está regulada a través de técnicas especiales de acceso, como lo es la vía concesional.

a) *La explicación dogmática de los servicios públicos abiertos a la competencia.* Intentaré ofrecer una explicación dogmática de la actividad de servicio público abierta a la competencia, la que puede ser desarrollada por los particulares por la vía de las concesiones acorde con el actual estatuto jurídico contenido en el art. 19 n° 21 de la Constitución Política, y en aplicación del principio de subsidiariedad recogido en varias disposiciones de tal Constitución (arts. 2 y 19 n° 22). La explicación dogmática del Derecho administrativo durante muchos años fue distinta, como se ha dicho. Se pensaba que estas actividades de servicio público debían ser desarrolladas *ab initio* por un órgano de la Administración, el cual podía “delegar” tal función en los privados a través de un “contrato de concesión de servicio público”, lo que es claramente arcaico en nuestro estado actual de derecho.

Hoy, en Chile, a partir del estatuto jurídico que se desprende de la Constitución, no hay nada que delegar, pues los particulares *ab initio* pueden desarrollar estas actividades de servicio público; y si bien el legislador puede tipificar algunas actividades económicas como “servicio público”, al mismo tiempo, no puede impedir el ejercicio de la garantía de la libre iniciativa económica, y debe establecer los marcos regulatorios atinentes y concordantes con esta forma especial de ejercer tal garantía; pues, la libertad económica no desaparece en los supuestos de servicio público.

En otras palabras, en el actual esquema constitucional chileno las actividades de servicio público con carácter industrial o económico (salvo aquellos casos de servicios públicos esenciales: justicia, fuerzas armadas, orden público, y otros; los que no tienen el carácter de actividades industriales o económicas) pueden y deben ser desarrolladas *ab initio* por los particulares, en aplicación del principio de subsidiariedad. Ya no existe esa concepción antigua que hacía paralelos

los conceptos orgánico y funcional del servicio público (entidad estatal sumada a una actividad estatal), cambio que ha operado desde el inicio de la vigencia de la Constitución Política de 1980, y que fue llevado a la práctica en el proceso de privatizaciones de empresas estatales que llevaban adelante actividades empresariales, sean o no servicios públicos, a partir de esa década de 1980. Así, las actividades económicas, sean o no servicio público, que antes que nada corresponde, de un modo prioritario, llevarlas adelante a los particulares, y sólo en subsidio, a falta de interés o posibilidades de los particulares, por el Estado.

Así, la garantía de la libre actividad económica no pierde su vigencia en los supuestos de servicio público, ni en ninguna actividad publicada. Más bien, implica una condición especial de ejercicio de tal garantía económica.

Por lo que, de esa garantía, pueden distinguirse dos supuestos distintos:

- (i) las actividades económicas privadas o privatizadas completamente, no publicadas, que pueden llevarse adelante por los particulares de manera espontánea, sin más requisitos que los que establezcan las leyes del país, pero pudiendo iniciar tales actividades o dejar de llevarlas adelante por su propia voluntad; además, pudiendo acceder a tales actividades sin título habilitante alguno, dada su condición de actividad de estatuto privado; y,
- (ii) las actividades económicas llevadas adelante por privados pero que, a la vez, están sometidas total o parcialmente a títulos habilitantes, dado su carácter de interés público o de servicio público; o dados los posibles efectos de tales actividades. Estos títulos habilitantes pueden consistir, en general, en "autorizaciones" (por ejemplo, autorizaciones relativas al medio ambiente; o para desarrollar la actividad económica bancaria), o en "concesiones" (en la mayoría de los casos en que las actividades

han sido tipificadas como de "servicio público"). Este último es el caso de la actividad económica de "distribución" en materia de servicios eléctricos; y de los supuestos relativos a las aguas potable y servidas: se necesita un título habilitante para llevar adelante tales actividades, pero eso no implica la plena vigencia de la garantía de la libertad de empresa contenida en el art. 19 n° 21 de la Constitución Política; garantía ésta que opera plenamente en el supuesto de servicio público, sólo que de un diferente modo.

*b) Las actividades económicas lícitas se clasifican en espontáneas y reguladas.* A partir de lo anterior, y con distintas intensidades o grados de regulación o intervención, es posible desde el punto de vista jurídico, clasificar las actividades económicas en: espontáneas y reguladas. Ambas pueden ser desarrolladas libremente, bajo el manto protector de la garantía señalada; sólo que su estatuto jurídico es distinto; en el caso de las "espontáneas", la normativa es menos interventora; en las "reguladas", la intervención de la Administración es evidente, a través de "marcos regulatorios" y "órganos reguladores" especiales, sobre lo cual no podemos profundizar aquí, sino para señalar que algunas de estas "regulaciones" implican publicar una actividad, declarándosela legalmente como un "servicio público"; actividad que puede (y debe, en primer término, según el principio de la subsidiariedad) ser llevada adelante por un agente económico privado.

Ya no existe en Chile en materia de actividades económicas un monopolio legal al respecto, que originaba la dualidad señalada: órganos estatales usualmente llamados "servicios públicos" (acepción orgánica), en que sólo ellos, dada su condición estatal, podían llevar adelante los "servicios públicos" (acepción funcional, de actividad). Ese concepto de que los servicios públicos por regla general son una actividad que le corresponde al Estado, y que sólo por

“delegación” (a través de un “contrato” de concesión de servicio público) pueden llevarlos adelante los privados, ya no corresponde a nuestra realidad jurídica, como se señaló. Por lo que en estas materias de concesiones de servicios públicos seguir refiriéndose a “contratos administrativos” o a “delegación”, es arcaico; pues hoy no es el Estado el que “contrata” o “delega” a un privado la posibilidad de realizar estas actividades de servicio público: por garantía constitucional a ellos les corresponde prioritariamente.

2. El libre acceso de los particulares a las actividades de servicio público abiertas a la competencia: derechos públicos subjetivos y discrecionalidad casi reducida a cero.

Varios conceptos jurídicos (ya revisaremos con mayor detalle el caso de la concesión y la autorización; de los clásicos “principios” del servicio público) de antigua raigambre; los que, con sus rancias estructuras, han tenido un difícil acomodo a la nueva realidad jurídica, surgida en las últimas décadas en los ordenamientos jurídicos de inspiración liberal y democrática, en los que se ha alterado la acción del antiguo “Estado interventor” al nuevo “Estado regulador” en materia económica; realidad ésta que al incorporar los principios de subsidiariedad y de libertad de empresa en materia económica, sitúa jurídicamente de un modo nuevo a los particulares y al Estado/Administración.

Enseguida, en conexión con lo anterior, surge la necesidad de aclarar las actuales consecuencias jurídicas de las declaraciones generales que sigue ofreciendo el ordenamiento jurídico en orden a que ciertas actividades son de “servicio público”, las que antiguamente daban la idea de tratarse de actividades de gestión primigeniamente estatal, y que, en ambos casos, por la vía de una “delegación” se trasladaba a los particulares la posibilidad de tales gestiones o actividades. Tal función “delegatoria” la cumplía la concesión otorgando derechos *ex novo*, a los particulares, de los que, antes de la acción

administrativa, carecían. Por lo que, en tal escenario clásico, no operaba ni podía operar en medio de las publicaciones de corte antiguo, la figura de la autorización, pues su papel de mera remoción de obstáculos (en la tradicional formulación de Mayer), para el ejercicio de derechos ya existentes, no permitía tal creación de derechos; imprescindible en los fenómenos de “servicios públicos”, donde se subentendía que antes de la acción creadora de la Administración, el particular nada tenía.

Pero, al parecer, la actual situación de algunos servicios públicos (que es el caso de la electricidad, que se puede considerar como paradigmático) no permite ser explicada llanamente por tales los conceptos clásicos de concesión (que es la terminología que sigue mencionando su legislación especial).

Pareciera que ya no se trata la potestad de la Administración de un otorgamiento con amplio margen discrecional de los derechos de los particulares a prestar tales servicios públicos; y que ya no es posible hablar de una mera delegación, en especial en los servicios públicos, “contratada” con los particulares; y más bien, pareciera existir en la realidad jurídica vigente una especie de “derecho a llegar a ser concesionario”, que la sola cláusula del art. 19º 23 Constitución no explica del todo, y que es necesario indagar en el esquema general de los derechos públicos subjetivos (*subjektiven öffentlichen Rechte*).

Esta formulación, ya centenaria, pareciera que hoy puede aplicarse a dicho fenómeno, previa indagación de otras formulaciones más próximas a la doctrina nacional: de los “derechos adquiridos”/“situaciones jurídicas” o de un posible “*ius ad rem*” (a raíz del citado art. 19º 26 CP).

Una observación previa de la realidad jurídica actual chilena, en los procedimientos concesionales, pareciera que el sistema jurídico vigente descansara en una prohibición general previa a realizar espontáneamente la prestación de los servicios públicos, pero sujeta tal posibilidad de llevar adelante tales prestaciones de servicios a unos procedimientos administrativos reglados, en

los cuales la discrecionalidad ha quedado casi totalmente reducida. Ello hace dar vuelta la mirada a la explicación alemana en que, ante una situación similar, se dice que la discrecionalidad queda reducida a cero; a una sola resolución posible (*Ermessensreduzierung auf Null*, en la formulación alemana: vid. Weller, *Das Bundesberggesetz*, 1984, en materia minera; y Stober, *Wirtschafts-Verwaltungsrecht*, 1989, en derecho administrativo económico general).

Pues, en general, en estos procedimientos administrativos la Administración se ha visto forzada a aceptar que su papel está siendo reducido cada vez más a verificar el cumplimiento íntegro e igualitario de los requisitos que fija la ley, a evitar perjuicios a terceros (*salve iure tertii*) y a que se respete la prioridad (*prior in tempore, melior in iure*), sin posibilidad de actuar de un modo discrecional, sino absolutamente reglado, lo que pareciera corresponder al sistema de la "prohibición preventiva con reserva de autorización" (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), más bien familiar a sistemas jurídicos, como el alemán, en que la concesión no tiene ese carácter creador de derechos que, al parecer, ya no sería la realidad jurídica completa en Chile. Por tal razón, pareciera que el esfuerzo investigador puede ir dirigido, antes de analizar la realidad chilena, en verificar la operatividad de este fenómeno en Alemania, para lo cual la dogmática ha ofrecido los conceptos que se señala más arriba; y luego intentar comprender la actual realidad chilena, al parecer similar fenomenológicamente, pero dispar en el manejo de conceptos algo alterados: como la concesión y la autorización, en su sentido clásico.

En suma: ¿sigue teniendo la "concesión" el carácter constitutivo, de creadora de derechos, a prestar servicios públicos, o es simplemente el reflejo de lo que podría ser una verdadera "autorización" de frente a un "derecho subjetivo público" previo de los particulares, dirigido a proteger la posibilidad jurídica de "llegar a ser concesionario"?

La doctrina y la jurisprudencia, a raíz de cláusulas constitucionales y legales expresas ya ha

ido manifestando su perplejidad; y cabe ofrecer una explicación, y una sistematización para comprender la nueva situación, pues los conceptos clásicos ya, por sí solos, con su clásica formulación, no parecen ofrecer una explicación razonable, íntegra de la realidad.

La evolución de las instituciones jurídicas está ligada esencialmente a los cambios y evoluciones sociales y políticas en las cuales se insertan. A partir de la consolidación del modelo de Estado subsidiario en la Constitución de 1980, nuestra ciencia del derecho debe reformular, en la práctica, las tradicionales categorías y conceptos de derecho administrativo desarrollados en una concepción distinta sobre las funciones del Estado, que se caracterizaban por una centralización y amplia discrecionalidad en la toma de decisiones económicas, y una iniciativa pública muy significativa en materia de servicios públicos.

## II/ LA RECONSTRUCCIÓN (O REFORMULACIÓN) DE VIEJAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS QUE DAN SUSTENTO A LA NUEVA POSICIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ÉPOCA DEL ESTADO SUBSIDIARIO EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. CARACTERES Y PROBLEMAS ACTUALES.

### A. LA EXPLICACIÓN DE LAS ACTUALES TÉCNICAS APLICABLES AL SERVICIO PÚBLICO.

Sin pretender abarcar todo el fenómeno, que claramente es mucho más amplio, y refiriéndome al caso de los servicios públicos, como es obvio que el Estado de Bienestar no podía dejar de lado ni impedir que la Administración siga interviniendo en la actividad de los agentes económicos, por libres que estos sean en su actuación, pues si hay algo que es permanente en la subsistencia de los Estados de Derecho y democráticos, es la búsqueda del bien común y la servicialidad del Estado, y estos fines no pueden ser olvidados por la Administración del Estado.

En tal perspectiva:

1º Cabe ofrecer alguna precisión más (adicional a las ya ofrecidas en los párrafos anteriores, sólo en la posición de “acceso” de los particulares a las prestaciones de servicio público) sobre las técnicas de la concesión y de la autorización, que siguen enquistadas en nuestros ordenamientos jurídicos, quedándonos cada vez más claro que son técnicas moldeables y reajustables para la nueva realidad, y que nacieron como tales no sólo al servicio de un tipo de intervención estatal, sino como goznes acomodables incluso ante cambios tan radicales de la intervención del Estado.

2º Cabe señalar cómo lo que antiguamente llamamos los principios de los servicios públicos, no sólo ya han cambiado de perspectiva, sino que se han especificado hacia los objetivos últimos que propiciaron su cambio: hacia la búsqueda de eficiencia, de calidad. Por cierto que lo anterior es posible afirmarlo, dando por supuesto que hay algunos principios jurídicos nuevos que permiten comprender la actual posición de los agentes económicos ante la prestación de los servicios públicos, los cuales han sustituido al Estado en su antigua (y hoy derrumbada) titularidad: son ellos los que por aplicación del principio de subsidiariedad han de llevar adelante, prioritariamente, estas actividades; principio éste del cual se derivan otros relevantes principios del servicio público (que han sido puestos en evidencia, por ejemplo, por Ariño, 1997), como son la libertad de entrada; el libre acceso al mercado, esto es, a las redes, a las infraestructuras; la libertad de contratación y de formación competitiva de precios; y otros, dirigidos a permitir el amplio ejercicio de la libertad económica por los agentes que prestan el servicio público.

No es que ya carezcan de importancia las antiguas “leyes” o “principios” del servicio público (como la igualdad, la continuidad, etc.), por un lado; ni que carezcan de relevancia estos nuevos principios de la actividad (como la libertad de entrada, el acceso al mercado, etc.) sino que dado que tales prestaciones las llevan adelante ahora los

particulares, pareciera que todo se ha concentrado en buscar caracteres únicos, como la calidad de tales servicios, que fue en definitiva el impulso de la liberalización de tales actividades de servicio público; si la Administración del Estado ha sido excluida no sólo de la titularidad sino también de la gestión, salvo casos excepcionales, de los servicios públicos, fue por una búsqueda de calidad y eficiencia, y ello parece que está en el centro de los nuevos “principios” del servicio público, en la perspectiva de su gestión. Será analizado en primer lugar, en el caso específico de la electricidad, cuya liberalización económica se ha producido en Chile desde principios de la pasada década de los ‘80. Esta es, además, una de las nuevas funciones estatales ante los nuevos servicios públicos; la regulación de la calidad, lo cual es particular ante cada actividad.

3º En seguida, existe otro papel que ha ido asumiendo cada vez con mayor énfasis el Estado, o más bien los órganos reguladores de la Administración, íntimamente conectado con la calidad de los servicios públicos, y que, al menos en la realidad chilena, cabe destacar como un aspecto que ha ido produciendo cada vez más complejidad y problemas: las potestades sancionatorias dirigidas a castigar las supuestas faltas a la calidad de los servicios públicos; o, en otras palabras, los quebrantos a los principios de la gestión del servicio público. Se trata de una nueva tarea de la Administración, la que si bien ahora no tiene a su cargo las prestaciones de servicio público, se solaza exigiendo a los particulares o a los agentes económicos la calidad de servicios que, en su interpretación, establece el ordenamiento jurídico, lo que es comprensiblemente esperado por la sociedad, ante lo cual estos organismos sólo pueden tener dividendos económicos ante la ciudadanía, pero que puede terminar por cercenar en su base el incentivo económico de los privados por llevar adelante estos servicios, que es lo que en alguna medida ha ocurrido en Chile en los últimos años, en que por el exceso de aplicación del *ius puniendi* administrativo, las empresas argumentan que han dejado de invertir en nuevas centrales hidroeléctricas, existiendo un grave riesgo de

déficits de energía; ante lo cual no sólo un jurista sino cualquiera se puede preguntar lo siguiente: ¿de qué sirven altos estándares de calidad, y altas exigencias si hay riesgo futuro de que los particulares ya no produzcan la suficiente energía eléctrica? Este es un tema muy particular de la actual coyuntura del ordenamiento jurídico chileno, y dice relación con el acogimiento constitucional, legal y jurisprudencial de los principios del derecho administrativo sancionador, que por ahora no analizamos.

#### B. CONCESIÓN Y AUTORIZACIÓN. VIEJOS Y NUEVOS CONCEPTOS.

Cabe ahora realizar un análisis teórico de la actual estructura y principios con que están operando, en materia de acceso a la prestación de los servicios públicos competitivos por agentes privados, las dos técnicas más características y generalizadas del derecho administrativo económico: la autorización y la concesión. Lo cual será necesario para los efectos de la comprensión de su utilización por el ordenamiento jurídico vigente, a propósito de la intervención administrativa y en especial para los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales que deberá producirse a propósito de la novísima Ley Nº 19.880, de 29 de mayo de 2003, de Bases de los procedimientos administrativos.

En tal situación, se podrán obtener conclusiones tanto sectoriales (naturaleza jurídica de las instituciones implicadas: concesiones, autorizaciones, y derechos públicos subjetivos atinentes) como generales de derecho administrativo económico (naturaleza jurídica de los procedimientos reglados y discrecionales; situación jurídica de los servicios públicos en su actual formulación).

De ahí surgen las dos perspectivas centrales del estudio de esta materia: 1º respecto de la administración del Estado, la discrecionalidad administrativa y técnica con que le es posible operar; y, 2º respecto de los particulares, los derechos públicos subjetivos que pueden al efecto invocar.

En especial, se aplica el desarrollo anterior, no sólo al tema del acceso de los particulares a la prestación de servicios públicos, sino que, además, verificando la posición de los particulares tanto en la fase de creación *ex novo* de sus derechos como en su ejercicio posterior.

#### 1. La técnica concesional de frente a la técnica autorizacional.

Actualmente, en virtud de la ambigüedad doctrinal existente en la materia, no hay una clara diferencia entre la concesión y otras figuras afines, como ocurre con la autorización; situación ésta que, entre otras razones, ha sido provocada por la actitud vacilante y, en ocasiones, contradictoria de la propia legislación.

La ambigüedad que se ha derivado en la construcción de la categoría concesional es, en nuestra opinión, manifestación de una larga crisis conceptual, aún no solucionada totalmente por la actual dogmática, y es fruto de la moderna y creciente intervención estatal en amplios sectores de la actividad privada. Por lo tanto, así como Sandulli, en 1957, visualiza una crisis conceptual de la categoría de la autorización administrativa, muy vinculada se encuentra esta otra crisis de la categoría de la concesión administrativa; y en tal grado vinculada que es precisamente la confusión (o la no exacta delimitación de cada cual) entre concesión y autorización lo que ha provocado en gran parte esta crisis conceptual. Entonces, delimitaré a continuación, lo más breve y claramente posible, las diferencias entre la concesión y la autorización (incluyendo dentro de este género, el permiso, la licencia, etc.), por constituir esta última la figura con la que más suele confundirse.

Bajo tal perspectiva de las funciones del Estado, la concesión se ha configurado como una técnica administrativa que posibilita al Estado a entregar a un particular, derivativamente, una actividad de obra pública, servicio público o el aprovechamiento de bienes nacionales.

Así, la concesión presenta características propias claramente identificables: (1º) La publicación previa del bien o actividad

económica (declaración de bien público/obra pública /servicio público). Esto cierra la posibilidad de libre iniciativa privada directa, constituyendo una prohibición general. (2º) Se radica en el Estado la función primigenia de realizar la actividad o aprovechar el bien. (3º) Se posibilita a los privados, sólo derivativamente, aprovechar el bien público o realizar el servicio público, ya sea a través de contratos, delegación o concesión (concepción regaliana). (4º) La concesión crea derechos reales, *ex novo*, para posibilitar el uso o prestación privada de un bien o servicio público. Previo a esta creación del derecho, nada tiene el particular, ni aun la mera expectativa. (5º) La administración otorgará la concesión luego de un procedimiento en que se acredite, al menos, que no existen perjuicios a terceros ni al interés nacional. (6º) Durante el ejercicio del derecho creado por la concesión, la Administración mantiene una función de supervigilancia y control sobre el privado. (y, 7º) Existe potestad de revocar el acto concesional en caso de interés superior.

Por otra parte, constituyendo una antinomia del derecho público, tenemos las autorizaciones, como un acto que remueve un obstáculo previo: la "prohibición de policía con reserva de permiso" (Mayer), que es una autorización previa establecida para ejercer algún tipo de empresa o actividad. No se trata de la creación de nuevos derechos a favor de los individuos, ni de una previa *publicatio* de un sector de actividad por la Administración, sino simplemente de la comprobación de que el ejercicio de dicha empresa no produzca ninguna perturbación en la cosa pública.

Además, la técnica autorizacional no dota a la Administración de facultades de supervigilancia ni de revocación. También ha sido configurada la autorización como un acto destinado a remover límites de policía administrativa a derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad (Ranelletti). Así, supone en el sujeto autorizado la preexistencia de un derecho verdadero y propio, y que la autorización sólo permitiría su ejercicio.

Pero la realidad ha demostrado ser más compleja que lo que las construcciones de Mayer y Ranelletti permitan sospechar. De tal modo que la distinción no es tan simple, y permite efectivamente hablar, con la entrada en escena de nuevas y cada vez más complicadas figuras de la intervención administrativa, pues los derechos del particular normalmente ya no serán tales, sino consistirán en ciertas facultades genéricas al libre desenvolvimiento, sirviendo la autorización como título de concreción; en tal situación, como dicen García de Enterría y Fernández, se hace "cada vez más ilusoria (la) imagen de un derecho preexistente".

Hay aspectos en los que insistentemente se producen acercamientos entre las concesiones y las autorizaciones, tanto que la doctrina ha llegado a pensar en figuras "híbridas". Este es el caso de las llamadas "autorizaciones concesionales" (García Trevijano), o de la denominada "autorización *ut facies*" (De Valles). Estos acercamientos son dos: por un lado, como se ha dicho, la nota del derecho preexistente ya no es posible seguir sosteniéndola sino en un tipo de autorizaciones (aquellas de carácter reglado), existiendo en las otras cierto derecho antes inexistente; por otro lado, con la irrupción definitiva de las autorizaciones en el campo económico (y ya no sólo en su ámbito propio del orden público, en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función de lo cual fue pensado su esquema inicial), ya no se puede hablar de un desentendimiento posterior de la Administración en lo que dice relación con la actividad o función autorizada, pues, por el contrario, con la creciente intervención del poder en dicho campo, en muchos casos se sigue manifestando una relación tan estrecha y permanente como en el campo concesional.

Por lo tanto, la diferencia fundamental que sigue siendo útil a los efectos dogmáticos para diferenciar ambos *genus* o técnicas administrativas (esto es, la concesión de la autorización), es el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre las actividades que se consideran como propias de los particulares (que sería el

campo de la técnica autorizatoria); y la intervención a través de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos (que sería el campo de la técnica concesional).

## 2. La actual dificultad terminológica y de naturaleza jurídica.

El legislador nacional no ha sido consistente con una u otra línea conceptual, utilizando técnicas normativas ambiguas o equívocas, conservando la calificación de “concesión” o “autorización” por razones de inercia histórica antes que por coherencia conceptual. En otras palabras, sea cual sea la terminología que adopte la legislación, ello no escapará a que el jurista pueda enmarcar, dogmáticamente, la situación respectiva dentro de una técnica u otra.

Más aún, instituciones en las que tradicionalmente se usó una u otra técnica de habilitación, han sufrido significativa evolución respecto de la posición del Estado-Administrador frente al privado, que ha pasado a ocupar una función subsidiaria frente a la iniciativa del último, siendo requerida su intervención sólo para certificar y garantizar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos en vistas al bien común.

Así por ejemplo, en materia de aprovechamiento de minas y aguas, que históricamente han sido conducidas bajo los principios concesionales, a partir de 1981 la Administración pierde la potestad de determinar a quién asignará los recursos. Está obligada a entregar “concesiones” de aprovechamiento a quienes se lo soliciten y cumplan los requisitos procedimentales (formales) que la ley señala. No se establecen requisitos ni exigencias de destinación económica, trabajo efectivo, u otros relativos al fin primario del aprovechamiento. Esta “concesión obligatoria reglada” es incluso exigible ante Tribunales en caso que la Administración la deniega por otros motivos que no sean vicios procedimentales. Así, el particular cuenta con un derecho subjetivo, dotado de acción, a que se le otorgue la concesión.

También pierde la potestad de revocar tales “concesiones” por razones de utilidad pública o interés superior. Estos derechos pasan al régimen de bienes privados, siendo transferibles y extinguiibles según las reglas generales del Derecho Civil. Lo anterior es sintomático de la consolidación del principio de libre iniciativa de los particulares y subsidiariedad del Estado.

Bajo una Carta Fundamental como la de 1980, donde los principios de autonomía privada y subsidiariedad del Estado forman la base de las relaciones Estado-ciudadanos, los presupuestos conceptuales sobre los que se deben desarrollar las técnicas administrativas señaladas nos llevan efectivamente a verificar la pérdida de vigencia de los conceptos tradicionales de publicación, concesión, y autorización.

En este sentido, el principio de subsidiariedad limita la actividad del Estado, pues se entiende que estas corresponden primigenia y originariamente a los privados, y este sólo podrá realizar aquellas no desarrolladas por ellos.

En segundo lugar, se garantiza el derecho a llegar a obtener la habilitación para aprovechar los bienes o prestar los servicios públicos, con el sólo requisito de cumplir condiciones preestablecidas e igualitarias, esencialmente formales, donde la Administración no podrá discrecionalmente calificar a un solicitante por sobre otro si ambos cumplen igualmente tales requisitos. Este derecho adquiere exigibilidad a través de las acciones constitucionales, fundamentalmente de protección y de nulidad de derecho público. También ha sido acogido a través de recursos administrativos y por jurisprudencia de Contraloría General de la República.

## CONCLUSIONES

1° Estamos, obviamente, ante un nuevo escenario: en el sistema jurídico de la subsidiariedad las viejas estructuras se mantienen en su formulación más básica (seguimos hablando de concesión, de autorización, de servicio público, de discrecionalidad, en fin, de potestades

administrativas), pero notoriamente su contenido se ha debido ajustar. Nuestra misión de juristas es observar y explicar cómo opera el nuevo servicio público con las mismas (sólo formalmente) técnicas concesionales y autorizacionales, depuradas del *fumus regaliano* y del “Estado del bienestar”.

2° Debemos reconocer nuestra perplejidad, que ha durado algún tiempo. Desde nuestro primer trabajo científico de más largo aliento nos acogimos con entusiasmo a la explicación tradicional (que en su época fue ciertamente revolucionaria) de la *publicatio* (surgida del ingenio de Villar Palasí). Durante muchos años hemos utilizado con el mismo contenido primigenio dicha formulación doctrinaria: la *publicatio* como explicación y sinónimo de estatización de actividades, luego delegadas por la vía concesional a los particulares. Pero, ahora, cabe mantener la coherencia de esa figura con la desestatización de las actividades como reflejo del principio de la subsidiariedad. Antes, al origen de la tesis, la *publicatio* se entendió como una actitud “estatal”, como un sucedáneo regaliano: de la antigua regalía a la *publicatio*. Por cierto, esta última fue un gran avance en la

explicación tan “patrimonialista” de las regalías; pero es que en la figura de *publicatio* siempre quedaba el Estado como el gestor de la existencia de unos servicios publicados, los cuales podía ampliar, restringir o ser su prestador y asumir una actividad económica.

3° Así, la *publicatio* fue la explicación adecuada para comprender las vías de acceso de los particulares a ciertas actividades declaradas previamente como servicios públicos, en un sistema que estaba basado en un alto grado de intervención estatal, y con un igual grado de discrecionalidad en el otorgamiento de titularidades privadas. Fue una explicación para la época del Estado del Bienestar. Pero ahora, en materia de actividades de servicios abiertos a la competencia, en un sistema basado en la intensa aplicación del principio de la subsidiariedad, en que la intervención estatal queda relegada a ser el sucedáneo de la preferente actividad privada, ya no cabe aplicar la figura de la *publicatio* del mismo modo que antes. Hay tonos y semitonos que alteran la sinfonía. Y este es el problema para el jurista de hoy al intentar explicar teóricamente el nuevo servicio público, para lo cual por ahora apporto estas reflexiones.