

CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO Y CARACTERIZACIÓN DE LAS CONCESIONES MINERAS

Alejandro Vergara Blanco

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Minero

INTRODUCCIÓN *

I. LA CONCESIÓN MINERA EN LA HISTORIA JURÍDICA

La idea concesional siempre ha estado presente en el derecho minero, desde sus orígenes más remotos.

* Este trabajo forma parte, junto a otros, de una indagación destinada a probar cómo la trilogía dogmática (nacida del derecho administrativo) de 1) dominio público, 2) concesión y 3) derecho real administrativo (a los que se debe agregar, en un orden más general, la intervención administrativa), conforman los pilares básicos sobre los que se sustenta el derecho minero, tema que surge de nuestra tesis doctoral: *Reconstrucción histórica y dogmática del derecho minero* (Pamplona, 1988), 848 págs. De aquí surge nuestra visión de la disciplina.

Así, véanse, sobre dominio público, nuestros: *Teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho Público*, 114 (Madrid, 1989, págs. 27-58 [y en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, en prensa], y, vinculado a ello (por la discusión que se ha dado en Chile, revisando incluso los antecedentes de elaboración de la actual Constitución, la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras y el Código Minero): *El dominio eminente y su aplicación en materia de minas*, en *Revista Chilena de Derecho*, 15 (1988), págs. 87-110 y, más brevemente, *Sobre Crocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos* y *Las aporías del dominio eminente*, en *Revista de Estudios Políticos*, 64 (Madrid, 1989), págs. 337-346.

Si bien en el derecho romano clásico ello es difuso —ya que sólo es posible vislumbrar gérmenes—, en el derecho provincial romano existe perfectamente diseñado un procedimiento concesional, a través del cual se otorgaban a los particulares derechos reales de aprovechamiento: *ius occupandi* y *ius proprietatis*,

Sobre procedimiento concesional minero, nuestros: *Esquema del procedimiento concesional minero chileno*, en *Revista de Derecho* (Valparaíso, 1989), en prensa, y *Esquema del procedimiento concesional minero español*, en *Revista de Derecho Público* (Madrid), en prensa.

Sobre derechos reales administrativos, nuestro: *Los derechos mineros como derechos reales administrativos*, en *Revista de Derecho Público*, 115 (Madrid, 1989), págs. 473-493, y, con una referencia a la necesidad de su reconocimiento en Chile, como ponencia en la Comisión de Derecho Administrativo a las XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, octubre de 1989), cuyo texto se publicará en las correspondientes actas (Edeval), en prensa.

Sobre concesiones, en general, véanse en Chile: REYES RIVEROS, Jorge, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), págs. 210 y ss.; RETAMAL PINO, Manuel, *La concesión de bienes y su procedimiento* (Santiago, Editorial Universitaria, 1962), págs. 99 y ss.; y GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, *La concesión, acto administrativo creador de derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965), págs. 23 y ss., trabajos que por ahora sólo citamos.

para explorar y explotar, respectivamente. En el derecho romano postclásico el procedimiento se generaliza, produciéndose una variada terminología que hasta hoy no se uniforma, a partir de institutos como "registros", "licencias", "autorizaciones", "mercedes", etc. Pero a pesar de toda esta variada gama de términos, en definitiva ello se homogeneizaría (al menos en doctrina) en una única institución, en una única abstracción y precioso instrumento del derecho: la concesión minera.

Y, a partir de aquí, el papel de la concesión minera como centro nervioso o centro motor de todo el régimen jurídico de la minería no perderá jamás vigencia en toda la historia jurídica. Es ésta, pues (como lo pretendemos probar por lo demás en otros trabajos nuestros¹) una de las grandes constantes de la historia jurídica.

En efecto, un procedimiento concesional rigió en el derecho español medieval, a través de "licencias y mandados" y "mercedes", lo que en la época moderna se perfecciona a través de la introducción de los "registros". Estas ideas se trasladan al derecho minero indiano, donde desde un inicio se exige "licencia" para las exploraciones y explotaciones mineras, desembocando luego en los ordenamientos locales en un sistema concesional que exigía previos "registros", "pedimentos" y "manifestaciones", con una regulación y terminología que aún perdura en las legislaciones hispanoamericanas y especialmente en Chile.

En la última etapa de la evolución histórica reseñada, en el derecho contemporáneo, tanto en España como en Chile, el procedimiento concesional opera a través de tramitaciones administrativas (ya sea en sede propiamente administrativa, como en España, o en sede judicial, como ocurre actualmente, por regla general, en Chile) perfectamente diseñadas, pasando

a ser la única forma de obtener derechos mineros.

En suma, en derecho minero la institución más tradicional y persistente en su historia es la concesión minera, que a través de diversas terminologías siempre ha sido en esencia lo que hoy llamamos como tal.

2. *La concesión en el derecho minero*

Y esto es así, pues la concesión ha venido a encajar en el ordenamiento minero con una precisión técnica difícil de lograr. Es la concesión el gozne que permite articular —en pos de un interés público— estos tres elementos tan disímiles: 1) existencia previa de una *publicatio* sobre un sector completo de la economía, en otras palabras, la existencia de un dominio público sobre las minas, que sólo permite a la Administración su aprovechamiento por ella misma o entregar a los ciudadanos su aprovechamiento; el traspaso de las minas como tales no es permitido por la misma lógica del sistema, pues este dominio público es en esencia inalienable; 2) creación administrativa de un derecho real de aprovechamiento (dogmáticamente: un derecho real administrativo) a favor de los particulares, el que no involucra, jurídicamente, el traspaso del dominio estatal sobre las minas, ya que como se ha dicho es inalienable; y 3) la mantención del poder público con el objeto de tutelar, a través de la intervención administrativa, el cumplimiento de los fines de interés público. A la vez, recuérdese que en cada uno de estos elementos se encuentra una de las principales características del derecho minero.

Así, a través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para compatibilizar sus dos intereses propios: el interés del particular de adquirir un derecho de explotación y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público, permitiendo y promoviendo la explotación de las riquezas naturales sin menoscabo del interés común.

No obstante, con el fin de diseñar (desde el punto de vista jurídico y

¹ Véase nuestra serie: *Contribución a la historia del derecho minero*, cuyo cuarto capítulo se publica también en el presente número de esta Revista, y los anteriores capítulos, que en ese lugar son citados. En tales trabajos nos apoyamos para afirmar lo señalado en el texto.

usando los principios del derecho administrativo, disciplina de la cual se ha desgajado como sabemos el derecho minero²) una teoría de la concesión minera, debemos diferenciarla claramente de otras especies de concesiones. Como la evolución histórica ha sido diferente para los distintos tipos que comparten esta terminología común, revisaremos la teoría de la concesión administrativa en general, con la intención de, a la vez, ubicar los elementos distintivos de la concesión minera y su naturaleza jurídica.

3. *La concesión en el derecho administrativo*

Como idea básica debemos señalar que el estudio de la concesión, como figura típica del derecho administrativo que es, debe ubicarse dentro de lo que en derecho administrativo se ha llamado teoría general de la relación jurídico-administrativa.

Por otro lado, la concesión es una de varias figuras del acto administrativo, y ello es así pues si entendemos por acto administrativo un acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo³, analizando la declaración que contiene toda concesión llegamos fácilmente a dicha conclusión con las notas especiales que intentaremos perfilar.

Es importante también reconocer —desde un inicio— que, como se ha puesto de relieve, “pese a la importancia que la doctrina del acto administrativo tiene en la construcción del derecho administrativo, para muchos concepto troncal de nuestra disciplina, y pese a contar con una elaboración legal, jurisprudencial y científica que dura ya casi cien años o quizá algunos más, es lo cierto que todavía estamos ante una unidad jurídica de contornos no claramente perfilados”⁴.

² Cfr. VERGARA, *Formulación de principios para el derecho minero*, en *Revista de Derecho Público*, 41-42 (Santiago, 1987), en prensa.

³ Cfr. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Eunsa, 1988), 2, pág. 96.

⁴ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 3), 2, pág. 94. Esta misma idea de la ambigüe-

dad, véase en: J.M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo* (Civitas, Madrid, 1982), pág. 17.

4. *Limitaciones de este estudio*

Con las precauciones anteriores (y las limitaciones que señalamos más adelante) entonces entraremos en materia.

No obstante que aquí nos ocuparemos en general de precisar los conceptos básicos de la teoría concesional, hay dos criterios básicos o limitaciones en nuestro tratamiento que se deben tener en cuenta:

— En primer lugar nos ocuparemos sólo de la concesión de dominio público en general, y en especial de la concesión minera y de los efectos que en ella ocasiona —o puede ocasionar— esa teoría general, teoría que hoy, como veremos, se nos presenta un tanto ambigua dada la confusión doctrinal (en la que aún nos sentimos incluidos, obviamente) y legislativa sobre la materia; y,

— En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, esto supone dejar fuera los demás tipos más caracterizados de concesiones⁵. Así, no se verán aquí las concesiones de servicio público, de obra pública, ni las consecuencias de tal teoría general en las concesiones sobre otras especies de dominio público distintas de las minas. Sólo se usarán como conceptos generales⁶, en ocasiones, para hacer más patentes o distinguibles algunas características de las concesiones de dominio público y especialmente de las mineras.

⁵ Según la clasificación tripartita aceptada por la doctrina más autorizada, Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 3), 2, pág. 202, quien distingue entre: concesiones de servicio público, concesiones de obra pública y concesiones de dominio público.

⁶ Una exposición de la aplicación de estas diferentes especies a un ámbito específico, el local, véase, para España, en: José A. LÓPEZ PELLICER y José L. SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976), 402 págs.

I. TEORÍA DE LA CONCESIÓN

Se desarrollará en esta breve y primera incursión del autor al importante tema de las concesiones administrativas (frente a las mineras), en primer lugar, la teoría de la concesión de dominio público en general. Luego, brevemente también, y utilizando las ideas básicas de esta teoría, se procurará una definición de lo que sea dogmáticamente la concesión minera.

1. La técnica concesional

¿Qué tipo de acto administrativo es la concesión? Los actos administrativos, como hechos jurídicos voluntarios que son, contienen una declaración, la que puede ser de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio⁷. Pues bien, las concesiones son de aquellos actos en que se contiene una declaración de voluntad. Para algunos, esta declaración de voluntad incluso es negocial⁸, lo que como veremos no es aceptado generalmente por la doctrina.

Pero como hay muchos tipos de actos administrativos que pueden significar una declaración de voluntad y no sólo la concesión, la doctrina ha propuesto una serie de clasificaciones para su exposición dogmática, entre las cuales la más satisfactoria —para nosotros— es aquella que distingue entre:

- actos que amplían la esfera jurídica de los administrados;
- actos que modifican o resuelven relaciones jurídicas; y,
- actos que restringen la esfera jurídica de los administrados.

La concesión, como demostraremos, es de aquellos actos que amplían los derechos del administrado, pues la palabra misma —concesión⁹— indica que la Ad-

ministración entrega alguna facultad o derecho —poder, en fin¹⁰— al interesado. Por lo tanto, el concesionario en su virtud siempre adquiere un derecho *ex novo*, el que antes no formaba parte de su patrimonio.

De este modo surge aquí la justificación del uso de esta técnica, que no es sino un modo más del sistema general de las intervenciones administrativas sobre las situaciones jurídicas privadas¹¹, y es desde esta perspectiva como se comprenderá mejor lo que hemos dicho *supra* sobre los elementos que armoniza la concesión: a) el dominio público; b) la creación de un derecho *ex novo*; y, c) la intervención administrativa subyacente. Estos elementos, por lo demás, incardinados en torno a la concesión como están configuran dogmáticamente todo el sector minero desde el punto de vista jurídico¹².

Las medidas de intervención de actividades privadas por la Administración pueden alcanzar grados muy intensos mediante esta técnica específica: la eli-

desde el punto de vista técnico-jurídico, por lo demás muy correctamente, así: "otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local".

¹⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Emsa, 1987), 1, pág. 548, al exponer las razones del nacimiento de estas relaciones jurídicas, señala que pueden nacer porque surge una relación de poder o porque surge una relación de deber, e incluye a la concesión entre los casos en que nace un poder (pág. 549). Del mismo modo, GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 233, habla de entrega de poderes.

¹¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo* (2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1981), 2, pág. 131.

¹² Cfr. nuestra *Formulación de principios* (n. 2).

⁷ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 3), 2, pág. 98, con un gráfico análisis de su génesis: de las funciones del espíritu.

⁸ Cfr. J.A. GARCÍA-TREVIJANO, *Los actos administrativos* (Madrid, Editorial Civitas, 1986), págs. 232 y ss.

⁹ El *Diccionario de la Lengua Española* (ed. 1987), pág. 352, define "concesión"

minación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública¹³, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional.

Así, la libertad queda sustituida por una concesión administrativa otorgada por el poder que configura facultades pero también configura, a la vez, el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine. La Administración, en este caso, no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita. Y esto es muy importante, pues no se trata la concesión de una técnica que limite derechos, que supondría su existencia previa y su contenido "normal", sino de algo en esencia distinto de una "delimitación" originaria de los mismos que surgen como tales originariamente de la acción administrativa¹⁴.

En definitiva, para que la Administración pueda disponer de estos poderes configuradores de derechos privados ha de apoyarse en una titularidad previa y exclusiva sobre un sector de actividad (como es el caso del sector minero, existiendo previamente en él una dominicalidad pública absoluta) y desde dicha titularidad funda un régimen concesional de actuación privada en ese sector¹⁵.

No debe perderse de vista que, como se ha puesto de manifiesto¹⁶, la concesión permite: a) elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público conven-

ga (posibilidad que —agregamos— no siempre, sin embargo, aprovecha la legislación); b) tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende; c) imponer, a la vez, el ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y d) en fin, reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados o de un rescate de los mismos o de una reversión a tiempo establecido, en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y se apoya todo el proceso interventor descrito y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas, o bien a una explotación directa ulterior de la propia Administración, o bien a una nueva distribución concesional a favor de nuevos titulares (todo ello, es obvio por lo demás, previa expropiación y pago de la indemnización correspondiente).

A partir de estas ideas sobre la técnica interventora es posible efectuar cualquier desarrollo dogmático ulterior sobre cada sector en que esté configurada. Nosotros, obviamente, la desarrollaremos sobre el sector minero a través del planteamiento dogmático que sigue, no sin antes precisar algunos conceptos sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa en general, género del que es especie la concesión minera.

2. *Naturaleza jurídica de la concesión administrativa*

La naturaleza jurídica de la concesión administrativa ha sido un aspecto muy debatido en el derecho administrativo¹⁷, llegándose incluso a afirmar (en conso-

¹³ Es el caso, obviamente, de la dominicalización pública (o *publicatio*) previa de las minas. Cfr. el texto del art. 19 N° 24 inc. 6° de la Constitución: "El Estado tiene el dominio (...) de todas las minas...".

¹⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), pág. 132.

¹⁵ Vid., en este sentido: Gaspar ARUÑO ORTIZ, *Tres lecciones sobre servicio público* (Alcalá de Henares, ENAP, 1971), págs. 53 y ss.

¹⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), pág. 133.

¹⁷ Cfr. en este sentido, los antecedentes en: ENZO SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative* (Milán, Giuffrè editore, 1954), pág. 8; y posteriormente en: SILVESTRI voz *Concessione*, en: "Enciclopedia del diritto" (Milán, Giuffrè editore, 1961), 8, pág. 373.

nancia con nuestra advertencia señalada *supra*) que el término "concesión" sería uno de los más vagos del derecho administrativo¹⁸, lo que no es sino consecuencia de esta misma discusión doctrinal y del hecho innegable que en la terminología del derecho público la palabra "concesión" se emplea con frecuencia en sentidos diferentes, lo que provoca fastidiosas confusiones¹⁹, como asimismo (y este es el caso más frecuente, en general, en la legislación) el hecho de que a la figura abstracta concesión (acto que crea derechos *ex novo*, en síntesis, a nuestro juicio) se le otorga con frecuencia otras denominaciones por la propia ley (ya "permiso", ya incluso, confundiendo *genus*, "autorización", etc.), cuando su naturaleza corresponde precisamente a la de concesión²⁰.

¹⁸ Cfr. Georges VEDEL, *Droit Administratif* (París, Presses Universitaires de France, 1980, 7ª edición), quien comienza así el tratamiento de la materia: "*le terme de 'concession' est l'un des plus vagues du droit administratif...*" (pág. 1047). En traducción española a la 6ª ed. francesa: VEDEL, *Derecho Administrativo*, (Madrid, Aguilar, 1980), pág. 708.

¹⁹ Cfr. León DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, en: "Las transformaciones del derecho (público y privado)" (trad. castellana, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1975), pág. 84.

²⁰ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* (6ª ed. Madrid, Tecnos, 1987), 2, igualmente con teste con la complicación del tema, señala como causas: el hecho de ser la concesión un típico acto unilateral; que puede ser de servicio como de dominio público, dando nacimiento a un posible derecho real en este último caso; y que la situación jurídica del concesionario se regula tanto por las cláusulas específicas de la concesión como por preceptos reglamentarios (pág. 306). En realidad, pensamos que éstas no son más que aspectos de la relación concesional y no causas objetivas de la complicación dogmática del tema.

En esta actual confusión, ya de fondo, ya terminológica, han colaborado tanto la doctrina como la legislación. La doctrina, a través de su frecuente disconformidad en cuanto a la naturaleza jurídica (muy natural, por lo demás), aspecto que trataremos seguidamente. La legislación, a través de un distanciamiento terminológico de los avances doctrinales, introduce nuevos polos de tensión al tratar de encasillar en un mismo contenido intrínseco diferentes denominaciones.

Pues bien, en doctrina se han formulado tres teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión: a) la concesión como acto unilateral, tesis de origen predominantemente italiano; b) la concesión como acto bilateral o como contrato de derecho público, tesis de origen predominantemente francés y con alguna acogida en la antigua doctrina española; y, c) como un reflejo de la anterior: la teoría del *cató mixto* (por lo que las estudiaremos conjuntamente).

Por tratarse de una discusión del derecho público moderno suficientemente conocida (y teniendo nosotros mismos ya una clara posición al respecto, pues consideramos a la concesión como un "acto" unilateral, según habrá quedado claro en diferentes alusiones realizadas en el texto *supra*), sólo nos referiremos a ella en sus aspectos sustanciales.

Entonces, las tres teorías señaladas son:

a) *Las teorías contractualistas*

Estas teorías contractualistas fueron adoptadas desde un inicio por la doctrina francesa y están fundadas en la idea central de que en toda concesión existe una base contractual indisolublemente ligada a ella misma.

aa) *La concepción contractual originaria*

Desde el siglo XIX y hasta comienzos del actual la concesión fue considerada por la doctrina francesa como un contrato puro y simple, en virtud del cual (como un contrato privado más, pero con los aspectos diferenciales que se acontaban) un particular se obligaba con la Administración a una determinada prestación siempre de carácter público. Los

autores que propugnaban esto unían inseparablemente el carácter convencional de la concesión con la presencia del servicio público²¹; ellos no podían concebir que un acuerdo bilateral no fuese otra cosa que un contrato. Por lo tanto, la concesión de servicio público era analizada como un contrato que comportaba una obligación de poder público para los efectos de ocupar el dominio público y de percibir las tasas sobre los usos del servicio respectivo²².

bb) *Crítica y abandono de la concepción puramente contractual: el acto mixto*

Criticada ampliamente por los grandes autores del derecho administrativo moderno francés²³, esta concepción puramente contractual ha sido abandonada desde hace largo tiempo por la doctrina. Las razones de este abandono, según André de Laubadère²⁴, son: de una par-

te, la situación de los terceros beneficiarios que al no ser mencionados produce una desfiguración en la teoría de la estipulación por otro; y, de otra, en las relaciones entre el concedente y el concesionario el acuerdo de voluntad no puede ser considerado como contractual en razón del objeto sobre que recae el acuerdo. Este objeto es la organización y funcionamiento de un servicio público del que la Administración debe conservar constantemente la dirección; una material tal escapa —obviamente— al dominio contractual en virtud del principio fundamental según el cual la organización de los servicios públicos es de la competencia unilateral y exclusiva de los poderes públicos.

Por estas razones se comienza a elaborar en Francia fundamentalmente una concepción más moderna para explicar la naturaleza jurídica de la concesión: la teoría del acto mixto. Si la concesión no es pura y simplemente un contrato, ello no significa que no pueda serlo de algún punto de vista. La concesión es, en efecto, para la naciente nueva doctrina francesa y predominante hoy en día un acto mixto, una mixtura: mitad reglamentario, mitad contractual (*mi-réglamentaire, mi-contractuel*)²⁵. Esta idea, que es hoy unánimemente admitida en Francia²⁶, puede ser comprendida en dos sentidos diferentes, pero que en el fondo dicen relación con una idea fundamental: el acto mixto. Siempre se parte de la presencia en el acto concesional de un aspecto reglamentario y de otro contractual y, según los casos, normalmente serán de carácter reglamentario todas las condiciones que afecten directamente al servicio público, y contractuales las que determinen relaciones entre ambas partes.

²¹ Recuérdese que es precisamente el "servicio público" el criterio central y único de la acción administrativa, según el derecho administrativo francés decimonónico.

²² Así pensaban, entre otros: LAFERRIÈRE, DELELLEAU, AUGER, BÉRTHELEMY, MOREAU, AUCOC, DALLOZ y el propio HAURIUO en sus primeros tiempos. Vid., por todos: M. HAURIUO, *Précis de droit administratif* (París, Edit. L. Larose et Tenin, 1893), pág. 357.

²³ Sobre todo a partir del conocido comentario de M. HAURIUO a una sentencia del *Conseil d'Etat*, de 1904. Vide su: HAURIUO, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal de Conflicts, publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1929* (París, Sirey, 1929), 3, pág. 81. En esta misma línea, cfr.: León DUCURT, *Traité de Droit Constitutionnel* (París, Ancienne Librairie Fontemoins y Cie., éditeurs, 1930), 3, pág. 448; Gastón JÉZE, *Principios generales de derecho administrativo* (trad. cast., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1941), 3, págs. 361 y ss.; y André de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8ª ed. (París, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1980), 1, pág. 642, etc.

²⁴ DE LAUBADÈRE (n. 23), pág. 641.

²⁵ Cfr., por todos, en Francia: DE LAUBADÈRE (n. 23), pág. 642.

²⁶ Vide, en Francia: DE LAUBADÈRE (n. 23), pág. 642. En España: Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales* (Madrid, Aguilar, 1960), pág. 516.

b) *La concesión como acto unilateral*

Las teorías unilateralistas son propugnadas por aquellos que estimando inadmisibles la figura del contrato de derecho público y considerándolo fuera del sistema de los actos administrativos, estiman que estos actos (entre los que se ubica la concesión) sólo pueden concebirse como resultado de la voluntad unilateral de la Administración.

En síntesis, para llegar a tal conclusión se parte de la base de que tanto en su origen como en su desarrollo el concepto de "interés público" ejerce una eficacia decisiva, frente al cual cualquier manifestación de índole contractual queda desvirtuada por la absoluta preeminencia de aquel elemento. Ello impide, obviamente, la aplicación de cualquier principio de derecho contractual²⁷.

Dentro de esta corriente, merecen una atención particular (por ser, en el fondo, el origen de toda esta reflexión) los escritos juveniles de Oreste Ranelletti, sobre la autorización y la concesión administrativa, pues fue el gran renovador de los planteamientos que hasta esa fecha se hacían (con mucha acogida, sobre todo por la gran influencia continental de las doctrinas contractualistas francesas, vistas *supra*, letra a), y, en fin, las soluciones contenidas en sus escritos han condicionado notablemente gran parte de la doctrina sucesiva²⁸. Ranelletti se aboca al estudio de la autorización y de la concesión, con el fin de construir una teoría parcial del acto administrativo²⁹, que el autor realiza siguiendo

un método estrictamente inductivo, partiendo de los varios tipos regulados por el derecho positivo y del examen de la doctrina y de la jurisprudencia. Su construcción mira directamente a la concesión; la dogmática de la autorización es enteramente derivada de aquélla.

¿Cómo desarrolla su tesis? El problema de fondo sobre la naturaleza jurídica de la concesión dice relación con el hecho de si de la relación concesional subsisten obligaciones recíprocas para las dos partes, en particular obligaciones del concesionario³⁰. Algunos sectores de la doctrina italiana y francesa habían considerado al acto fuente de obligaciones para el concesionario, como contrato (vid. *supra*, letra a), resultante de la voluntad del concesionario mismo y de la aceptación de la administración; o bien como declaración unilateral del privado formando contrato con el acto de concesión (*idem.*, vid. *supra*, *teoría mixta*). Para resolver el problema, Ranelletti aplica la indicación ya de la doctrina unilateral de lengua alemana, ya de la prevalente doctrina italiana, inspirada en la línea de "*pubblicitizzazione*"³¹, trazada por Mantellini y Orlando, anteriormente, en Italia.

Así, la *causa obligationis* del concesionario es diferente a la que persigue la administración: la "utilidad pública"; el "interés general"³². Y cuando el fin directo de la actividad administrativa es el cuidado del "interés público", la Administración "obra como *autoridad*, según la norma de derecho público: todo esto revela la calidad de *acto de imperio* del acto de concesión"³³. De aquí Ranelletti concluye—con lógica irrefutable— que si tal acto es de imperio, no es concebible que en su formación

²⁷ Vid. exposición, aun cuando él no preconiza tal teoría en el valioso libro: ALBI (n. 26), pág. 514.

²⁸ Cfr., por todos, Marco D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni* (Nápoles, Jovene editore, 1981), págs. 89 y ss.

²⁹ Oreste RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en: "Giurisprudenza Italiana" (1894), IV, col. 11. Este, y los siguientes trabajos de Ranelletti que citaremos, constituyen, sin duda, importantes tratados del derecho público italiano

de fines del siglo pasado. El solo impacto de su doctrina lo demuestra.

³⁰ Cfr. Marco D'ALBERTI (n. 28), pág. 92.

³¹ Cfr. D'ALBERTI (n. 28), pág. 92.

³² O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, (n. 29), col. 60.

³³ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, (n. 29), col. 62 (subrayado en el original).

participe el privado concesionario, "que por su condición no puede comportarse como autoridad", y no es posible la unión de dos voluntades y de actos de naturaleza diversa³⁴.

En definitiva, para Ranelletti, en las concesiones que comportan obligaciones para el concesionario, hay fundamentalmente dos negocios jurídicos distintos: a) de un lado, la declaración de voluntad del privado, que se expresa en la solicitud y en el acto de obligación, del cual derivan, como efecto jurídico, obligaciones para el concesionario y derechos para la administración concedente. Este es un "*negozio unilaterale di diritto privato*", que no forma con tal aceptación un contrato, pues la aceptación de la administración en cuanto dirigida al cuidado del interés público, es un acto unilateral de imperio o preparatorio de la concesión, y, como tal, no tolera fusión con declaraciones de voluntad privada³⁵; y, b) de otro lado, el acto de concesión es un "*atto amministrativo unilaterale d'impero*", del cual derivan obligaciones para la administración y derechos para el privado concesionario.

De esta construcción dogmática resultarían importantes consecuencias para la institución concesional, vinculando definitivamente a la concesión con el acto de imperio, que en derecho público es siempre acto administrativo, y, por lo tanto, la imposibilidad del engendro "contrato de derecho público" entre el Estado y el súbdito, aspecto que desarrollaría el mismo Ranelletti en trabajos posteriores³⁶.

³⁴ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, (n. 29), col. 63.

³⁵ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, (n. 29), col. 65.

³⁶ Nos referimos a sus trabajos: RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", Torino, vol. XVII, fascículo I, (1894), págs. 3 - 100, y págs. 315 - 372; y, Ranelletti, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", publicado en las siguientes partes:

Esta misma línea seguiría más tarde Ugo Forti³⁷, quien (a pesar de su deseo de mantener a toda fuerza la terminología de "contrato de derecho público", más que nada —pensamos— como el fruto de un compromiso con la tradición doctrinal), intenta una ligazón más íntima entre los actos autónomos del interesado y la administración, de cuyo resultado nace la concesión. Incluso, el "fondo contractual" de su doctrina³⁸ impide señalar con claridad su posición; no obstante, por señalar al acto de concesión, en definitiva, como un acto de imperio (aun cuando ésta tenga un "fondo contractual", a su manera de ver), lo ubicamos aquí, por seguir esta importante línea de pensamiento iniciada, en este sentido, por Ranelletti. Posteriormente, tal tesis pasó a adquirir carta de ciudadanía en la doctrina italiana, a partir de los trabajos de Zanolini, que se suscribió por la idea de la concesión como un acto administrativo unilateral³⁹.

1) vol. XIX, (1895), págs. 3-107; 2) vol. XX, (1895), págs. 255-337; 3) vol. XXI, (1896), págs. 77-172; 4) vol. XXII, (1896), págs. 350-379; y 5) vol. XXII, (1896), págs. 177-277. La "*facoltà create*" de la concesión es, como hemos dicho, un derecho real administrativo, cuya naturaleza jurídica es desarrollada, desde el punto de vista dogmático, tempranamente por Ranelletti. Vide su: *Facoltà create*, (esta n.), vol. XXII, (1896), pág. 251.

³⁷ Ugo FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, "Giurisprudenza Italiana", vol. 52 A, (1900), parte IV, cols. 396-429.

³⁸ FORTI (n. 37), col. 396.

³⁹ Cfr. Guido ZANOLINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en: "Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano", dirigido por V.E. ORLANDO, (Milán, Società editrice Libraira, 1897), vol. 2, parte III, pág. 428 (indudablemente, junto con los trabajos de RANELLETTI, una brillante teorización sobre el instituto que estudiamos); y, posteriormente, en su: ZANOLINI, *Corso di diritto Amministrativo*, (Milán, Giuffrè editore, 1947) 1, pág. 201.

Del mismo modo, gran parte de la doctrina italiana sigue tal predicamento ⁴⁰.

En Alemania también sigue esta opinión Mayer ⁴¹, para quien es muy claro que la concesión es un acto administrativo, y que la única razón que explica todos estos esfuerzos doctrinales, "todos esos rodeos que sólo sirven para confundir las cosas más simples", es el hecho que no hay todavía una idea bastante clara y precisa del acto administrativo ⁴². En definitiva, para él se trata de un acto jurídico de derecho público, en virtud del cual se crean derechos y deberes ⁴³.

En España, en esta misma línea, incluso García-Trevijano ha llegado a señalar que la concesión es el acto administrativo por antonomasia ⁴⁴.

En conclusión, de acuerdo a esta tesis que, en el fondo, es abiertamente anticontractualista ⁴⁵, la concesión surgiría, en esencia, de un acto constituido de la sola voluntad de la Administración. Entonces, las dos declaraciones de voluntad que, sin embargo, concurren (aquella de la Administración y aquella del interesado), se concretan en dos actos distintos y unilaterales. Uno asume la posición de acto principal y por eso mismo

operativo de la relación; mientras que el otro —el del privado—, según si interviene antes o después del acto de concesión, asumiría el relieve de simple presupuesto o de condición de eficacia del mismo.

c) *Cuatro ideas fundamentales son las que conforman el concepto de concesión*

La idea global de concesión debería, a nuestro juicio, estar conformada de cuatro ideas fundamentales: a) de la vinculación estrecha de la idea concesional a su evolución histórica; b) de la dificultad de elaborar un concepto unitario, común a toda concesión (minera, de aguas o, en general, de dominio público, o de obra pública, o de servicio público) como resultado de involucrar, dogmáticamente, una idea única; c) estrechamente vinculado a la discusión sobre la naturaleza jurídica de que se dio cuenta *supra*, que toda concesión es siempre un acto administrativo; y, d) a partir del acto constitutivo, instrumental, surge una relación jurídica concesional.

A partir de estas cuatro notas trataremos de configurar lo que nosotros entendemos, en general, por concesión administrativa; concepto del cual desgajaremos un tipo específico de concesión: la concesión minera, que es el objeto de nuestro desarrollo posterior.

1º La evolución histórica

Primeramente, y en relación con la pervivencia histórica de la idea concesional, como ha puesto de manifiesto Villar Palasi ⁴⁶, con intención general (por un lado y, por otro, también respecto de las mineras, como hemos podido comprobar en nuestro desarrollo histórico de la primera parte), la concesión administrativa no sólo ha pervivido a los cambios de orientación política, sino que se ha ido ajustando flexiblemente a las nuevas exigencias del tiempo; en efecto, de

⁴⁰ Así: CAMMEO, VITTA, D'ALESSIO, GULLO, PRESUTTI, OTTAVIANO, etc., pudiendo, asimismo, encontrarse una completa reseña bibliográfica, en lo que a Italia respecta, en: SILVESTRI, *Concessione* (n. 17), págs. 385-386.

⁴¹ OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Ediciones Araya, 1954, trad. castellana de la ed. francesa) 4, págs. 161 y ss.

⁴² Debe considerarse que esto lo dice este autor en el año 1906, año de edición de su obra (este tomo 4) en francés: *Le droit administratif allemand*, París, 1906, de que es traducción la edición castellana que seguimos. La edición original en lengua alemana es de 1895. En todo caso, hoy han cambiado las cosas, y hay bastante más claridad, dentro de lo aceptable, en lo que se refiere al acto administrativo.

⁴³ MAYER (n. 41), pág. 162.

⁴⁴ GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), p. 240.

⁴⁵ Así: SILVESTRI, *Concessione* (n. 17), pág. 374.

⁴⁶ JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, *Concesiones Administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1952) 4, pág. 687.

las antiguas concesiones de la época romana a las más modernas hay, por lo tanto, "no sólo una mera comunidad genérica remota, sino un común origen de trayectoria y un parentesco histórico" ⁴⁷.

Por lo tanto, así como lo hemos comprobado nosotros respecto de la idea concesional en materia minera, Villar Palasi lo constata respecto de las otras especies de esta institución que, desde la primitiva cesión vectigal, hasta la moderna "concesión industrial" ⁴⁸, lo que no es sino, efectivamente, la muestra de la "energía potencial tremenda" (en la expresión de Villar Palasi) de la idea concesional, adaptable entonces, agregamos nosotros, a cualquier tiempo y Estado u organización social, y que, en su noción matriz, ha sobrevivido a veinte siglos de historia jurídica.

2º La búsqueda de un concepto unitario: la transmisión de funciones

En segundo lugar no podemos olvidar que esta misma razón es la que deja en evidencia la necesaria búsqueda de unas ideas comunes, aun cuando ya parece claro que, en el estado actual de cosas, es muy difícil la elaboración de un concepto unitario, lo que ha inducido a gran parte de la doctrina a dejar de lado tal tarea.

Según esta posición, en esta materia debiera ya pensarse en la misma relatividad conceptual que, con mucho realismo, y con evidente fruto, ha propugnado González Navarro ⁴⁹, tanto para el concepto de personalidad jurídica (don-

de habla de la escala de personalidad pública), como para el concepto de dominio (idem, de la escala del dominio público). Seguimos esta idea, y pensamos que es perfectamente posible de propugnar en esta materia, por ejemplo, una escala concesional o autorizacional, pero siempre separando géneros, los cuales (pues es la única forma de entenderlos: creando unidades jurídicas, tal como señala también el mismo González Navarro) deben siempre partir de una idea básica. Por lo tanto, la labor consiste en publicar la existencia de una idea central de concesión, la cual (dentro de su género) puede tener efectivamente gradaciones, pero ello no puede significar confundirla con el género autorizacional.

Por otro lado, si la concesión ha aparecido (o, más correctamente, se ha mantenido) persistentemente a través de toda la historia jurídica, desde su aparición en el derecho romano, ya no sólo en el sector minero, sino que en general, es posible pensar que ella debe obedecer a una idea común, a una sola idea central.

Así, la posibilidad abstracta de configurar esta noción única puede ser posible. Como lo inquiera Villar Palasi ⁵⁰, es posible, *a limine*, no sólo aclararlo sino también afirmarlo. Esta base común recoge el elemento más característico y notorio, como ya lo hemos dicho *supra*: el desgajamiento de una función de la Administración que se entrega al concesionario. De aquí parte una idea común, una idea matriz: la transmisión de funciones (en fin, una transmisión de poder ⁵¹); a partir de esta idea es posible identificar las más diversas especies de concesiones: todas tienen esta raíz común.

⁴⁷ VILLAR PALASI (n. 46), pág. 687. Agrega que el progreso de cada forma específica de concesión ha ido esfumando esta comunidad genérica, mas es evidente que pese a tales diferencias, no hay necesariamente que renunciar a la construcción de una idea unitaria, basada en la comunidad genérica y de génesis de las formas concesionales de la actualidad (pág. 687). Idea que compartimos, y desarrollamos en el texto.

⁴⁸ Concepto creado por VILLAR PALASI (n. 46), pág. 687.

⁴⁹ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 10) 1, pág. 591.

⁵⁰ VILLAR PALASI (n. 46), pág. 696.

⁵¹ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 10) 1, pág. 548, y GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 233, quienes creen ver aquí, en el fondo, una transmisión de poder por parte de la Administración (*vide*, además, *supra ab initio*). En contra: Celestino A. CANO TELLO, *La hipoteca de concesiones administrativas* (Madrid, Editorial Montecorvo, 1973), pág. 39.

Pues bien, si ya tenemos identificada a la transmisión de funciones como la idea que otorga unidad conceptual a las concesiones (ya de dominio público —entre las que se ubican las mineras—, ya de servicio público, ya de obra pública), es necesario señalar hasta dónde llega tal homogeneidad, y dónde comienza la diferencia que, por sentido común, percibimos en cada una de las diferentes especies de concesiones respecto a las otras.

Pero antes de fijar nuestra atención en ciertos rasgos diferenciadores, no podemos olvidar otra idea que quizá nos ayude a reforzar esta concepción unitaria. Toda concesión, además de trasladar un derecho al concesionario, origina un rasgo común⁵²: en toda concesión el concesionario es, en el fondo, un colaborador de la Administración en cuanto a la explotación del dominio público o la gestión de un servicio público, por ejemplo. Es por ello que este traslado que implica colaboración hace surgir otro rasgo: una relación duradera entre concesionario y Administración.

Es muy acertada la afirmación de CANO TELLO en el sentido de que habría profundas diferencias entre las distintas nociones de concesión⁵³. En la concesión de dominio público el interés público sería sólo reflejo, teniendo una pura eficacia interna, en tanto que en la concesión de servicio, la eficacia se da frente al público en quien se concreta *uti singuli* el interés de la prestación. La diferencia esencial entre ambas suertes de concesiones, en definitiva, la constituye la creación del derecho real del que es título la concesión de dominio público, en especial la minera (y no es la concesión misma la que se crea, como erróneamente se indica en muchas ocasiones.

De las ideas anteriores fluye con claridad que no se trata de todo concesionario adquiera un poder o una función estrictamente pública (aunque el sentido común a veces así pueda percibirlo), sino que se trata de la adquisición *ex*

novo de un derecho del que antes no se gozaba, ni podíase gozar, pues sólo puede otorgarlo la administración, en virtud de la previa *publicatio* a que se ha sometido la actividad —la minería— que dice relación con tal derecho. Todo esto deja muy clara la íntima vinculación de los siguientes institutos administrativos frente al tema: el dominio público (*publicatio*); concesión (acto de la Administración que crea derechos y que es, por tanto, un título); derecho real administrativo, de aprovechamiento en materia de minas (derecho creado); e intervención administrativa (ámbito de la potestad administrativa que justifica todo lo anterior y que, en sustancia, permanece siempre vigente, con el fin de que se cumplan los fines de interés público).

Creemos que así queda resumida perfectamente la forma en que se armonizan estas instituciones en el sector concesional minero y, por tanto, de la importancia que ha tenido la historia jurídica para la creación de un concepto unitario de esta llave maestra (la concesión), que posibilita el juego de la intervención administrativa y del derecho real creado en una parcela del dominio público.

3º La concesión es un acto administrativo

El tercer y último aspecto individualizado por nosotros es la calidad de acto administrativo de la concesión: ésta es su naturaleza jurídica, en definitiva. Ello ha quedado claro desde el comienzo mismo de nuestra exposición sobre la naturaleza de este instituto y es hoy la posición que ha aceptado la doctrina casi unánimemente, por ejemplo, en España⁵⁴. Por lo tanto, en el estado actual ya no es

⁵⁴ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), 1, pág. 532; GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), págs. 233 y ss.; VILLAR PALASI (n. 46), pág. 703. No obstante, CANO TELLO (n. 51), pág. 43, parece confundir ésta, su naturaleza, con el derecho real que en su virtud se crea.

Esta confusión es generalizada en Chile y es posible encontrarla en la propia legislación minera. Así, el art. 2 del Código de Minería señala que "La concesión minera es un derecho real...". La doctrina

⁵² Así, entre otros: VILLAR PALASI (n. 46), pág. 707, y GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 244.

⁵³ CANO TELLO (n. 51), pág. 43.

necesario abundar más en un aspecto claro para los cultivadores del derecho administrativo. Nosotros hemos justificado históricamente esta afirmación⁵⁵, por lo que la nuestra no es una aceptación acrítica de tal naturaleza jurídica: nos ha parecido la única posible para la concesión minera⁵⁶, sobre todo por el interés público que preside todo el instituto y que, como tan bien lo señala la Constitución de 1980, "justifica el otorgamiento de la concesión" (art. 19 N° 24 inc. 6°).

4° *La relación jurídica concesional*

Una última idea que nos parece fundamental es que, a nuestro entender, a par-

también suele confundir estos dos institutos jurídicos, así, por todos: OSSA BULNES, Juan Luis, *Derecho de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), pág. 53.

⁵⁵ Véase nuestros trabajos citados en n. 1.

⁵⁶ No obstante, hay opiniones diversas, sobre todo para el caso particular de la concesión minera. Así: Luis Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR, *Génesis y evolución del Derecho Público de Minas en España (1825-1986)* (tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1987, inédita), pág. 1310, señala que "la concesión minera ha tenido siempre y tiene naturaleza contractual —quizás comparable a los contratos de adhesión—", opinión que no podemos compartir, y que demuestra la errónea penetración de conceptos civilistas en la disciplina del derecho minero, donde no cabe hablar ni de contratos, ni de una especie de ellos. Por otro lado, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *El derecho de aguas en la historia y ante el Derecho comparado*, en: GALLEGO ANABITARTE y otros, *El Derecho de aguas en España* (Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986), 1, pág. 355, por su visión diferente de la naturaleza jurídica del "dominio" que el Estado tiene sobre las minas, habla de "resolución" o "contrato", según si se trata de terrenos francos o reservas donde se conceda el derecho al particular. Opinión que tampoco compartimos, por las mismas razones anteriores.

tir del acto constitutivo de la concesión (que como tal acto es un mero instrumento), surge una relación jurídica concesional, un especial tipo de relación jurídico-administrativa⁵⁷.

En el caso de las especiales relaciones que surgen a partir de la concesión minera, por ejemplo, vislumbramos un indudable y recíproco "entrelazamiento de poderes y deberes" (según la expresión de González Navarro⁵⁸) y, obviamente, en su centro mismo, el derecho real administrativo que ha surgido de la concesión como título de derecho. Estamos en presencia entonces de un conjunto relacional complejo, en el que hay incluidas potestades (de la Administración), deberes (de la Administración y del concesionario) y derechos (en nuestro caso, el más importante: el derecho real de aprovechamiento, especie de derecho real administrativo, alrededor del cual giran los demás). Por último, según la clasificación ofrecida por la doctrina para este caso, podría tratarse de un conjunto relacional estatutario, por partir de todo un complejo normativo que lo establece.

Y este concepto importantísimo, a nuestro juicio, de la relación jurídica concesional es lo que explicará con una fluidez insospechada la especial conformación del derecho de aprovechamiento minero, en que se entrelazan facultades y obligaciones (o derechos-deberes) de su titular, lo que se produce precisamente por estar imbuido este derecho minero en medio de una relación jurídica-administrativa.

Por lo tanto, pensamos que es de suma importancia un mayor desarrollo de estos conceptos (sobre todo en esta materia de derecho minero, en otras parcelas donde existan este tipo de relaciones, como en el derecho de aguas y en especial en los

⁵⁷ Sobre el concepto de relación jurídico-administrativa, tan poco explorado en el derecho administrativo, pero que su completa construcción abrirá indudablemente no pocas y fructíferas sendas, véase: GONZÁLEZ NAVARRO (n. 10), 1, págs. 535 y ss., y sobre su estado bibliográfico en pág. 536, n. 1.

⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO (n. 10), 1, pág. 543.

demás tipos concesionales que ofrece el derecho administrativo). De este modo se podrán evitar también ambigüedades, pues actualmente suele emplearse la voz "concesión" para designar estos dos aspectos: a) el acto constitutivo de la relación jurídica concesional, esto es, el acto administrativo; y, b) la relación jurídica concesional a que hemos hecho mención. Si a ello agregamos que en ocasiones incluso se suele confundir "concesión" con el derecho real que a partir de ella nace, otorgándosele a ella misma la naturaleza de derecho real, hace aún más patente la necesidad de una clarificación de estos conceptos.

Por último, creemos que es ésta una institución puramente administrativa, y en su construcción no se deben confundir dogmas del derecho civil (aun cuando tengan una gran riqueza jurídica) sin una previa criba, como ha ocurrido desde largo tiempo en esta disciplina. Obviamente, a menos que se trate de conceptos generales del derecho que hasta ahora ha venido utilizando sólo el derecho civil.

3. CLASIFICACIONES

De esta idea común que hemos señalado a ciertos actos administrativos, esto es, que crean derechos *ex novo* a favor de particulares y que se trataría en el fondo de funciones desgajadas de la Administración, es preciso escindir diversas clases de concesiones. Distinguiremos entonces las diferentes clasificaciones que es posible realizar sobre el género concesión, su naturaleza y, en definitiva, verificar la ubicación de las concesiones mineras.

a) División según la existencia de interconexión entre concesiones

La distinción más tradicional de las concesiones fue, partiendo de la de servicio público (idea que en un principio fue la base de la estructura concesional en Francia, pero con la quiebra de la noción de servicio público ya no fue posible basar el concepto de concesión en aquella noción), incluir en la categoría

a aquellas de dominio público⁵⁹ (*demaniales*, como erróneamente a nuestro entender denomina la doctrina, en un uso ya tan extendido que por lo mismo parece irreversible) y luego a las de obras.

Luego se fueron produciendo interconexiones entre estos tipos de concesiones (especialmente entre concesiones de servicio y de dominio público⁶⁰) basadas en el hecho histórico de que el dominio ha sido la base de la concesión de servicios públicos⁶¹, pues la intervención administrativa se legitimaba en base al uso privado del dominio, ejemplo de lo cual fueron los ferrocarriles.

Así, las interconexiones entre ambos tipos de concesiones podrían ser las siguientes⁶²:

1) Concesión de servicios con otras, u otras, de dominio público subordinadas. Ejemplo: ferrocarriles;

2) Concesiones de dominio público con otra de servicio subordinada. El ejemplo más claro es la concesión de aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones. Prevalece aquí la concesión de aguas (de dominio público), ya que sin ella el servicio desaparecería, y no por falta de base física, como ocurriría obviamente en el caso anterior, sino porque falta el objeto de la misma concesión;

3) Concesiones de dominio público subordinadas a otras de dominio público de mayor importancia. Toda concesión dominical suele llevar anexa la del domi-

⁵⁹ Cfr., por todos, Ugo FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, en: "Giurisprudenza Italiana", vol. LII (1900), parte IV, col. 377-378, criterio hoy ya ampliamente aceptado.

⁶⁰ Por la naturaleza de las cosas, es muy difícil pensar en una suerte de interconexión entre concesiones de dominio público y de obra pública, por ejemplo, por ser tan diferentes sus objetos, fuera del caso de una obra en terrenos de dominio público, en donde había sólo una concesión: la de obra pública.

⁶¹ Cfr. GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 237.

⁶² Cfr. GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), págs. 237 y ss.

nio público necesario para su puesta en práctica. Ejemplo de ello es la concesión de aguas que comporta el dominio público necesario para la derivación; y,

4) Las concesiones de dominio público puras o dominicales puras⁶³. En este tipo no hay ninguna interconexión y su ejemplo más claro es precisamente (lo que justificó entonces la exposición de esta clasificación) la concesión minera.

Por lo tanto, luego de verificar este tipo de clasificación y sus interconexiones (y como lo diremos más adelante), podemos decir que la concesión minera es una concesión de dominio público o dominical que carece en principio de toda interconexión con otro tipo de concesión, razón por la cual se le ha incluido con razón entre aquellas denominadas "puras".

b) Según la situación jurídica creada

Otro criterio de entendimiento de las diversas clases de concesiones que derivan del género común es la propuesta por Cino Vitta⁶⁴. Según él, hay diversos tipos de concesión en relación a la situación jurídica subjetiva de la que el privado deviene titular, que serían las siguientes:

1) Aquellas que confieren un *status*, es decir, que dan lugar a una capacidad jurídica general la cual vale respecto a todo otro sujeto de derecho, incluso la autoridad concedente⁶⁵. En otras palabras: *erga omnes*. Los ejemplos más claros que entrega Vitta son: la concesión de ciudadanía (la llamada naturalización) y el reconocimiento de personalidad jurídica;

2) En lugar aparte se encuentran aquellas concesiones en que la Adminis-

tración pública atribuye a un particular el ejercicio de un servicio público o de una empresa pública (que no analizaremos, obviamente, por no decir relación con nuestro tema); y,

3) En tercer lugar se encuentra la concesión que atribuye al interesado un derecho subjetivo. Ejemplos de ello son los cambios de nombre, los premios al mérito, las medallas al valor, los títulos nobiliarios, pensiones de gracia, los títulos *honoris causa*, etc. Entran en esta última categoría también la concesión de un derecho al particular al ejercicio de una determinada profesión, las autorizaciones para llevar a cabo la caza, etc.

Según Vitta, constituyen atribuciones de derechos singulares asimismo las concesiones de uso sobre bienes⁶⁶, siendo el caso más frecuente la concesión de uso de los bienes del dominio público, dentro de los que incluye (aunque en Italia forman parte del llamado "patrimonio público indisponible") a las concesiones mineras⁶⁷.

En todas estas concesiones (de dominio público, entre las que Vitta, como hemos dicho, ubica a las concesiones mineras) el particular adquiere un derecho (subjetivo) que conlleva también para él obligaciones, pues el uso concedido no es completamente gratuito: está sujeto al pago de un canon, normalmente en proporción a la utilidad recibida, no pudiendo el privado usarlo o no según su arbitrio, sino que —a su juicio y con razón— se le impone el deber de usar el bien que el Estado le ha concedido, bajo pena que la concesión sea revocada. Todo ello es así, pues según Vitta⁶⁸ la utilización conveniente de los bienes concedidos está determinada por la utilidad pública; y si el concesionario no lo usa, es oportuna la revocación para otorgar el uso a otro que demuestre ser más meritorio.

⁶³ O, como las llama la doctrina, utilizando este italianismo erróneo para nuestra lengua, como hemos dicho: "demaniales puras": GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASI, y otros.

⁶⁴ Cfr. Cino VITTA, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, en: "Novissimo Digesto Italiano" (Turín, UTET, 1959), 3, págs. 919-930.

⁶⁵ Cfr. VITTA (n. 64), pág. 920.

⁶⁶ Cfr. VITTA (n. 64), pág. 921.

⁶⁷ Cfr. VITTA (n. 64), pág. 921.

⁶⁸ Cfr. VITTA (n. 64), pág. 921. Prestamos atención a este planteamiento pues, como se verá, es lo que defendemos para el caso de la concesión minera tanto en España como en Chile, a pesar de la diferente base legislativa.

Y aquí es precisamente que entroncan las concesiones mineras y nuestra concepción (*vide supra*) de las mismas. No debe olvidarse que las concesiones ya no se consideran, como antaño, una forma de traspaso de algo así como una "propiedad" de los bienes cual acto privado. La doctrina moderna, a partir de Mantellini⁶⁶, considera la concesión como un acto unilateral de derecho público (*vide supra*), en que el pago de la tasa y el compromiso de cumplir las obligaciones por parte del concesionario tienen carácter accesorio de frente a la voluntad expresa de la Administración pública.

c) *Concesiones constitutivas y traslativas*

Hay una clasificación que distingue, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo de aquellos otros supuestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes virtualmente y en potencia tenía su existencia en manos de la Administración.

Se distingue, así, entre concesiones constitutivas y traslativas⁷⁰. No se debe pensar que sólo las primeras son creadoras de derechos, pues por provenir de un mismo género (*vide supra*) ambas son creadoras de derechos. La distinción hace referencia más bien, como lo señala con acierto el mismo Villar Palasi, a un *plus* inherente a las segundas y de que las primeras carecen.

4. LA CONCESIÓN Y LAS FIGURAS AFINES

Actualmente, en virtud de la ambigüedad doctrinal sobre la que venimos insistiendo desde un inicio, no hay una clara diferencia entre la concesión y otras figuras afines (por ejemplo, la autoriza-

ción)⁷¹, situación que entre otras razones ha sido provocada por la actitud vacilante y en ocasiones contradictoria de la propia legislación.

a) *Confusión a consecuencia de una crisis conceptual*

El "embrollo terminológico" y conceptual⁷² que se ha derivado en la construcción dogmática 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 administrativa en amplios sectores de la actividad privada. Por lo tanto, así como Sandulli, en 1957⁷³, visualiza una crisis conceptual de la categoría de la autorización administrativa⁷⁴, muy vinculada se encuentra esta otra crisis de la categoría de la concesión administrativa; y en tal grado vinculada que es precisamente la confusión conceptual (o la no exacta delimitación de cada

⁷¹ Vid., sobre el tema de la diferenciación de la concesión con otras figuras con las que usualmente se la confunde, entre otros: VILLAR PALASI (n. 46), pág. 696; ZANOBINI, *L'esercizio* (n. 39), pág. 430; ZANOBINI, *Corso* (n. 39), 1, (ed. 1947), págs. 194 y ss. y 3 (ed. 1955), pág. 385; GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), págs. 240 y ss.; D'ALBERTI (n. 28), págs. 330 y ss.; SILVESTRI, *Concessione* (n. 17), pág. 371. La génesis de muchas de estas reflexiones se encuentra en el trabajo de RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 36), especialmente en cuanto al punto señalado, "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", vol. XXII, fasc. 1^o (1986), págs. 251 y ss.

⁷² Cfr. ALBI (n. 26), pág. 512.

⁷³ Aldo M. SANDULLI, *Notazione in tema di provvedimenti autorizzativi*, en: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VII (1957), pág. 785.

⁷⁴ Idea retomada luego en España por L.J. MELAN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)*, en: *Revista de Administración Pública*, n. 71 (1973), pág. 80.

⁶⁶ Cfr. Giuseppe MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile* (Firenze, C. Barbèra, editore, 1882), 2, pág. 506; y ahora, por todos, el mismo VITTA (n. 64), pág. 921.

⁷⁰ Cfr. VILLAR PALASI (n. 46), pág. 699.

cual) entre concesión y autorización lo que la ha provocado en gran parte.

Mas, no es éste un tema en el que aquí podamos profundizar sin perder el hilo conductor de nuestras ideas; baste lo dicho para justificar al menos una diferenciación de la figura concesional con aquellas más afines y con las cuales pudiera confundirse (como la propia legislación lo hace frecuentemente) en alguna ocasión.

Entonces delimitaremos a continuación, lo más breve y claramente posible, las diferencias entre la concesión y la autorización (y, dentro de este género, con el permiso, la licencia, etc.), por constituir estas últimas las figuras afines con las que más suele confundirse.

b) *Distinción con el género "autorización"*

Frente al sistema concesional, que es una técnica adoptada por la Administración en las ocasiones que hemos señalado al comienzo de este trabajo (Vid. *supra*: "la técnica concesional"), y dentro del mismo ámbito de incidencia de la acción administrativa sobre las situaciones jurídicas del administrado, existe la técnica autorizatoria⁷⁵.

Como hemos adelantado, sólo respecto de Italia, fue en el siglo pasado cuando se construyó dogmáticamente el concepto jurídico de autorización, con el objeto de englobar en él toda la suerte de intervenciones autorizatorias que se arroga la Administración, a través de las obras de dos grandes autores del derecho público, uno alemán y otro italiano: Mayer y Ranelletti.

Para Mayer⁷⁶ la institución de la au-

⁷⁵ Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), 2, págs. 93 y ss., dentro de esta rúbrica común, estudian, como *genus* distintos entre sí: la técnica concesional, por un lado, y la técnica autorizatoria, por otro.

⁷⁶ Vid.: OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, trad. castellana de la ed. francesa de este tomo de 1904. Año edición alemana: 1895), 2, págs. 59 y ss. (§ 21. "El permiso policial").

torización se desarrolla como un acto que remueve un obstáculo previo: la "prohibición de policía con reserva de permiso", que es una autorización previa establecida para ejercer algún tipo de empresa⁷⁷. Para Mayer 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.

La construcción de Ranelletti⁷⁸ (sobre la cual ya hemos abundado con anterioridad), ampliamente difundida en Italia⁷⁹ y aun en España⁸⁰, configura a la autorización como un acto destinado a remover límites de policía administrativa a derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad. Así, supone en el sujeto autorizado la preexistencia de un derecho verdadero y propio y que la autorización sólo permitiría su ejercicio⁸¹.

Pero, como lo han puesto de manifiesto García de Enterría y Fernández⁸², la realidad ha demostrado ser más compleja que lo que las construcciones de Mayer y Ranelletti permitían sospechar. De tal modo que la distinción no es tan simple⁸³, y permite efectivamente hablar, con la entrada en escena de nuevas y

⁷⁷ Cfr. MAYER (n. 76), 2, pág. 59.

⁷⁸ Vid.: RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 29); RANELLETTI, *Capacità e volontà* (n. 36) y RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 36), *passim*.

⁷⁹ Véase, entre otros, los autores citados en n. 71.

⁸⁰ Cfr. VILLAR PALASI (n. 46), pág. 696; y ahora último, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), 2, pág. 121.

⁸¹ Cfr. RANELLETTI, *Concetto e natura* (n. 29), col. 55; RANELLETTI, *Capacità e volontà* (n. 36), págs. 6 y ss. y pág. 327, y RANELLETTI, *Facoltà create* (n. 36), [vol XX (1895)], págs. 328 y ss.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso*, T. II. cit., pág. 121.

⁸³ Como parecen acogerlo: VILLAR PALASI (n. 46), pág. 696, y MELÁN GIL (n. 74), pág. 81.

cada vez más complicadas figuras de la intervención administrativa⁸⁴, 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 todo caso, y a pesar de la agudización de la crisis de la idea tradicional de la autorización, ella sigue siendo a nuestro juicio distinguible, en esencia, de la concesión (al menos en doctrina)⁸⁵.

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 que podemos llamar "híbridas". Este es el caso de las llamadas "autorizaciones concesionales" (García-Trevijano)⁸⁶, o de la denominada "autorización *ut facies*" (De Valles)⁸⁷. Estos acerca-

mientos 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 inicial⁸⁸), 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).

Por lo tanto, aun cuando los elementos anteriores también siguen siendo útiles en algunos casos (derecho preexistente en la autorización y creación de derechos en la concesión; levantamiento de una prohibición simplemente en la autorización y relación permanente en la concesión), la diferencia fundamental para distinguir dogmáticamente, en nuestra opinión, entre una técnica y otra es el aspecto apuntado: por un lado, mera prohibición de una actividad particular cuyo obstáculo es removido en la autorización y, por otro, previa *publicatio* en la concesión.

⁸⁴ O, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), 2, pág. 121, de la "cada vez más ilusoria imagen de un derecho preexistente".

⁸⁵ Esta dificultad ha sido visualizada ya para un caso específico: las concesiones de aguas, por: Fernando FUENTES BODELÓN, *Autorizaciones especiales y concesiones menores en materia de aguas públicas*, en: "Estudios en homenaje al profesor López Rodó" (Madrid, Universidad de Santiago de Compostela-Universidad Complutense-CSIC, 1972), 2, pág. 453, el que a pesar de las matizaciones que efectúa llega a nuestra misma conclusión: la necesidad de buscar criterios diferenciadores entre las autorizaciones y las concesiones (pág. 454). En este interesante trabajo se denunciaba para España (lo que es predicable en general para Chile) la dispersión normativa y la falta de rigor técnico del legislador, lo que sólo se percibe cuando se realiza un análisis detallado de los diferentes tipos de concesiones (o "autorizaciones") que contiene un régimen jurídico, como se hace en ese trabajo, respecto de las aguas.

⁸⁶ GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 243.

⁸⁷ Arnaldo DE VALLES, *I servizi pubblici*, en: "Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano", vol. VI, 1ª parte (Milán, Società editrice Libreria, 1930), pág. 616.

⁸⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (n. 11), 2, pág. 121.

En otras palabras, sea cual fuere la terminología que adopte la legislación ello no escapará a que el jurista pueda con su ojo avizor enmarcar dogmáticamente la situación respectiva dentro de una técnica u otra. Siempre el jurista —que maneje adecuadamente los conceptos *ius* administrativos— podrá decir en rigor ante qué técnica se está presente, aun cuando la ley haya equivocado su camino en cuanto a terminología se refiere.

No entraremos aquí en la innecesaria (y no siempre útil) matización entre los diversos tipos de autorizaciones⁸⁹, pues nuestro interés estriba en la técnica concesional, única posible en materia minera, ya que existe aquí una *publicatio* previa innegable: la declaración de todo el sector (materialmente, en su objeto: los minerales) como parte integrante del dominio público. Lo reiteramos: en materia minera entonces sólo cabe hablar dogmáticamente de concesiones. Ni más ni menos administrativas, cualquiera sea la sede en que reciban tramitación y, por último, ya sea que se las llame “judiciales” o simplemente administrativas (vid. art. 19 n° 24 incs. 6° y 10: Constitución).

II. CARACTERIZACION DE LAS CONCESIONES MINERAS

A la hora de analizar dogmáticamente lo que sean las concesiones mineras, como corolario podemos decir entonces que la concesión administrativa es el género del específico tipo “concesión minera”,

Las clasificaciones que hemos revisado *supra* nos permiten identificarla y diferenciarla de otras categorías de concesión con las cuales, como hemos dicho, a pesar de estar incluidas en el mismo género, guardan grandes diferencias. En el entendido de tratarse de una concesión de dominio público, en contraposición (haciendo uso de una de las más célebres clasificaciones en esta materia cuyo análisis, como lo hemos dicho, lo hemos

omitido aquí) a las concesiones de obra pública o de servicio público:

1° Es una concesión de aquellas denominadas “puras”, pues no tiene interconexión necesaria con ninguna otra.

2° Es de aquellas en cuya virtud se crea un derecho subjetivo en favor del concesionario.

En efecto, de acuerdo a la clasificación de Vitta (estudiada *supra*) es correcta en el sentido que venimos propugnando y ubica a la concesión minera entre aquellas que conceden al concesionario un derecho subjetivo (en este caso, real administrativo, sobre todo por la materia en que recae; o de aprovechamiento, por su finalidad), lo cual se encuentra de acuerdo con el más moderno desarrollo doctrinal en este aspecto.

En suma: de acuerdo a dicha clasificación, la concesión minera es de aquellas en que otorga la Administración un derecho subjetivo (real administrativo, de aprovechamiento); sujeto a obligaciones: pago de impuestos y trabajo efectivo, entre otras, por la utilidad pública envuelta en su otorgamiento.

3° En virtud de lo anterior y a la vista de aquella clasificación que distingue entre concesiones traslativas y constitutivas (Villar Palasi) debemos hacer alguna precisión.

En lo que a nosotros concierne esta clasificación no nos ayuda de gran manera, pues engloba en una sola especie —traslativa— tanto a las concesiones de servicio como a las de dominio público, ya que en ambos casos existe la creación de un derecho a favor del privado, sobre la base de alguna función o alguna actividad de que la Administración (ya sea a través de la *publicatio* o de otro modo) se arroga monopolísticamente. De ahí que sea necesario encontrar una nueva división que diferencie sustancialmente estas dos formas de crear derechos.

Villar Palasi cree encontrar la diferencia esencial entre ambas suertes de concesiones en la calificación de derecho real que a la concesión de dominio público (y, por lo tanto, a la minera) afecta, “por su proyección fundiaria”, que hace que al carácter excluyente o privativo (eficacia *erga omnia*) se añada la idea de inmediatez, provocando así el

⁸⁹ Vid.: GARCÍA-TREVIJANO (n. 8), pág. 243. Véase una crítica a esta variedad terminológica, en: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (n. 11), 2, pág. 119.

surgimiento de un derecho real inmobiliario⁹⁰.

En definitiva: la concesión minera entonces es una concesión traslativa, cuyo *plus* es la creación de un derecho real administrativo.

Creemos que de este modo queda perfectamente identificada la concesión minera dentro de los demás tipos de concesiones de dominio público. Por lo demás, no debe olvidarse que la concesión minera es la principal institución de una disciplina autónoma: el derecho minero. Esto último (la autonomía del derecho minero) es también, por lo demás, entre otras, una clara consecuencia de las particularidades de la concesión minera.

CONCLUSIONES

1º La idea global de concesión, a nuestro juicio, está conformada de cuatro ideas fundamentales (sobre las cuales es necesario iniciar las respectivas líneas de investigación en un trabajo que por cierto recién comienza): a) la vinculación estrecha de la idea concesional a su evolución histórica; b) la necesidad y la dificultad de elaborar un concepto unitario; c) toda concesión, en cuanto a natura-

leza jurídica, es un acto administrativo; y d) a partir del acto constitutivo, instrumental, mera técnica, surge una relación jurídica concesional.

2º Recalcamos la importancia de considerar a la concesión como un acto administrativo. Es ésta su naturaleza jurídica y no otra. La concesión es mero instrumento, puro procedimiento, mera técnica, y no se le puede confundir en ningún caso (como ha ocurrido en Chile en materia minera) con el derecho que en su virtud se crea *ex novo*.

3º Estimamos fundamental en este sentido considerar la idea de relación jurídica concesional (a partir del concepto más genérico de relación jurídico-administrativa). Así, a partir del acto constitutivo de la concesión (insistimos: que como tal acto es mero instrumento) surge una relación jurídica concesional en la que se entrelazan las potestades de la Administración con derecho-deber del concesionario. Este es, en el caso de las concesiones de dominio público, un derecho real administrativo. En el caso de las minas, el derecho de aprovechamiento minero.

4º Además de estas ideas caracterizamos a las concesiones mineras como de aquellas denominadas "puras", en virtud de la cual se crea un derecho subjetivo público: el derecho de aprovechamiento minero.

⁹⁰ VILLAR PALASI (n. 46), pág. 702.