
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 1, n.13, p.1-244, jul./set. 2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho <i>(in memoriam)</i>
Alice Gonzáles Borges	Marçal Justen Filho
Carlos Ari Sundfeld	Marcelo Figueiredo
Carlos Ayres Britto	Márcio Cammarosano
Carlos Delpiazzo	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Cármén Lúcia Antunes Rocha	Nelson Figueiredo
Celso Antônio Bandeira de Mello	Odilon Borges Junior
Clémerson Merlin Clève	Pascual Caiella
Enrique Silva Cimma	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Eros Roberto Grau	Paulo Henrique Blasi
Fabrcio Motta	Paulo Ricardo Schier
Guilherme Andrés Muñoz	Pedro Paulo de Almeida Dutra
Jorge Luís Salomoni	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Carlos Abraão	Rogério Gesta Leal
José Eduardo Martins Cardoso	Rolando Pantoja Bauzá
José Luís Said	Sérgio Ferraz
José Mario Serrate Paz	Valmir Pontes Filho
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Yara Stropa
Juarez Freitas	Weida Zancanner
Julio Rodolfo Comadira	
Lúis Enrique Chase Plate	
Lúcia Valle Figueiredo	

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta

Diagramação: Luis Alberto Pimenta

Revisora: Olga M. A. Sousa

Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região

© Editora Fórum Ltda., 2003.

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 - 0800 704-3737

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

www.editoraforum.com.br

Responsabilidad de la Administración por los Servicios Públicos Concesionados.

Bases para una Redefinición

Luis Cordero Vega

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Chile

I Introducción

En nombre del Instituto Chileno de Derecho administrativo, en particular de su Presidente el Prof. Rolando Pantoja Bauzá y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, agradecemos la invitación que se nos ha hecho a este nuevo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Se nos ha invitado a exponer sobre la responsabilidad del Estado a consecuencia de las concesiones de servicio público. Sin embargo, la aproximación que deseamos hacer proviene del establecimiento de tres supuestos, que es necesario despejar: la responsabilidad extracontractual de la administración, la naturaleza de las actividades de servicios públicos y por último, la redimensión de las personas o sujetos que colaboran con la administración.

Lo anterior, pues tradicionalmente la responsabilidad de los servicios públicos concesionados, se ha enfocado desde la perspectiva del riesgo o ventura en la ejecución del mismo. En efecto, se ha insistido de antiguo en esta circunstancia, pues como en la prestación del servicio el concesionario obra en su nombre y por cuenta propia, él es quien está obligado a indemnizar los daños o perjuicios que la gestión del servicio cause.¹ Pero esta construcción se ha realizado sobre la base, también de una tradicional forma de ver el servicio público, y como lógica consecuencia su concesión. Se ha afirmado que estamos en presencia de una concesión de servicio público o de un servicio público concedido cuando la administración encomienda a un particular, persona natural o jurídica, la explotación y funcionamiento de un servicio público por su cuenta y riesgo, recibiendo como remuneración el derecho a percibir de los usuarios del servicio una tasa o tarifa mientras dure la concesión.²

¹ BIELSA, R., Derecho Administrativo, T.I., El Ateneo, 1947, p. 435. En el mismo sentido, DROMI, J.R., Reforma del Estado y privatizaciones, T.III., p. 62.

² SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes, Edit. Jurídica de Chile, 1995, p. 222.

Esta forma de concebir el servicio público, supone necesariamente establecer que para que exista tal figura es necesario una publicatio previa, es decir, la atribución del ejercicio de una actividad, con carácter monopólico o no, a la administración, de manera tal que esta se establezca por la ley, en la que se indica el régimen jurídico de la misma y su concesión.³ Sin embargo, esta visión tradicional no se condice en nada con lo que se puede denominar hoy servicio público, y en particular no da cuenta de la múltiple cantidad de formas que puede asumir la participación de los particulares en la actividad administrativa y de la intervención de la administración en la sociedad.

Por ello, queremos hacernos cargo de los tres aspectos que inicialmente indicábamos.

II De nuevo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado

1 El origen de un debate

Pareciera que la discusión sobre la responsabilidad extracontractual del Estado fuera de nunca acabar, al igual que la que proviene de la discusión sobre el servicio público. Y es que después de más de 30 años de primacía de la tesis de responsabilidad objetiva absoluta, esta ha sido amenazada como argumento global de justificación de la responsabilidad para la administración del Estado.

En efecto, desde que el Decano de Burdeos, León Duguit, instalara en el derecho administrativo la tesis de la responsabilidad objetiva absoluta, buena parte de los desarrollos habidos al amparo del Estado de bienestar se diseñaron sobre la base de que el Estado debía ser responsable frente a las desgracias personales de sus administrados, cuando estos sufrieren una lesión, es decir, un daño que no tenían el deber de indemnizar. Se sostuvo que estábamos en presencia de una nueva era, que la responsabilidad de la administración debía enfocarse desde la perspectiva de la víctima, que nadie puede ser privado de lo suyo, en fin, que debía existir igualdad ante las cargas públicas y solidaridad. Esta visión de la responsabilidad se instaló en buena parte de la doctrina y la jurisprudencia iberoamericana, con más o menos énfasis. En el caso chileno, se tradujo en una afirmación de que el Estado debía responder siempre, independiente del antecedente normativo de la administración, cada vez que se producía esta lesión.

Pero sucede, que, a nuestro juicio, esta forma de ver la responsabilidad extracontractual del Estado implicó e implica, reducir la actividad administrativa a hacer de esta una actividad que por definición es generadora

³ PARADA VÁSQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, T.I., Marcial Pons, 2002, p. 354.

de riesgos, y que en definitiva debe asegurar la indemnidad de los patrimonios de todos los habitantes del Estado. Esta forma de ver la responsabilidad de la administración es a nuestro juicio insostenible, por varias razones.

2 Qué buscamos en un sistema de responsabilidad

La responsabilidad reposa sobre la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses de los administrados (víctimas), que tienden a una reparación y los de la administración (responsable), que suponen una indemnización.⁴ En efecto, la modulación que podamos hacer de la responsabilidad administrativa, y las variaciones a las cuales da lugar la definición del equilibrio de intereses víctima – administración, reenvían así a la multiplicidad de funciones que llena el régimen jurídico correspondiente; es decir, los objetivos perseguidos a través del compromiso de esta responsabilidad. A esto trataremos de acercarnos a continuación.

Los problemas fundamentales que debe resolver todo ordenamiento sobre responsabilidad reside en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos de una persona y la libertad de comportamiento. Es decir, en una colisión entre al menos dos esferas jurídicas con motivo de la lesión que el titular de una de ellas ha sufrido en uno o varios de sus derechos fundamentales (vida, integridad física y psíquica, honor, intimidad, propiedad, patrimonio...) como consecuencia de la conducta o actividad del titular de la otra. Desde esta perspectiva puede afirmarse que quien pretende una reparación por los perjuicios que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, ya que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado.⁵ La responsabilidad implica la forma y modo en que se distribuyen los infortunios en una sociedad. Cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él) o si puede esperar algo de los demás y, mejor, si tiene derecho a ello.⁶ Si la respuesta a la interrogante abierta fuera esta última, tendríamos que movernos todavía entre las dos alternativas

⁴ PAILLET, M., La responsabilidad administrativa, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 71.

⁵ REGLERO CAMPOS, F., Tratado de responsabilidad civil, Bosch, 2003.

⁶ DIEZ – PICAZO, L. Derecho de Daños, Civitas, 1998, p. 40.

que han quedado desdibujadas: o se acude a un sistema de auxilios o de ayudas, lo que a su vez oscila entre la beneficencia y la seguridad social; o se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el importe en que se valore el daño. Sólo en este último caso puede hablarse, en rigor, de indemnización, de derecho a la indemnización, y por consiguiente de responsabilidad.⁷ Esto exige, entonces, determinar las funciones de la responsabilidad y determinar si esa funcionalidad es compatible con un sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a la administración del Estado.

3 Funciones de la responsabilidad extracontractual del Estado

Creemos que la responsabilidad extracontractual del Estado no sólo cumple una finalidad reparatoria sino que también una de prevención o control y otra demarcatoria. Resulta lógico que la responsabilidad de la administración cumpla y deba cumplir una función preventiva.⁸ Parece saludable considerar la responsabilidad civil conjuntamente con otros instrumentos de responsabilidad, tales como la penal o administrativa, con el objeto de evitar daños causados por los órganos administrativos y sus funcionarios, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer lo que representa una indemnización. La institución de la responsabilidad de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y debe ser contemplada, también, desde la perspectiva de la posición constitucional de la administración y de la gestión de los servicios públicos. Desde esta perspectiva, la responsabilidad extracontractual de la administración aparece como un principio de orden, como un instrumento más de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve para la eficiencia de la administración. La responsabilidad es, entonces, un instrumento idóneo para configurar, modelar y modular la actuación administrativa, que enseña a la administración cómo debe actuar y cómo no, si quiere evitar tener que indemnizar, y ayuda, en última instancia a evitar daños derivados de la acción pública.⁹ La institución de la responsabilidad

⁷ SALVADOR CODERCH P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, 1997, p. 101 – 177; en el mismo sentido DIEZ – PICAZO, op. cit., 42-46.

⁸ DESDENTADO DAROCCA, E., Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del análisis económico del derecho, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 108/ 2000, p. 546.

⁹ REBOLLO MARTÍN, L., *Ayer y Hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración*, en *Revista de Administración Pública* N° 150 / 1999, p. 363. Precisamente indica que en este escenario la responsabilidad coadyuva al buen funcionamiento de la administración y conecta así, al derecho con la política. El problema es, a su juicio, si se trata de verificar el buen funcionamiento, la cuestiones quien y como se definen esas pautas.

civil de la administración puede y debe servir para controlar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Ésta es una función que no se debe malograr y conviene potenciar. Sobre todo teniendo en cuenta que la administración, a diferencia de los particulares está en manos de la colectividad, es una organización instrumental, que se explica y justifica únicamente por el servicio que presta a los ciudadanos y que por ello se encuentra cometida, por definición a control.¹⁰

Por otro lado, a la responsabilidad administrativa es posible aplicarle la función demarcatoria de la responsabilidad civil. El sistema normativo aplicable a la responsabilidad extracontractual del Estado debe entenderse como un sistema, pues de lo contrario sería posible que tuviera fundamento en normas oscuras, y lo que es más grave, inconexas, lo que francamente es incociliable con el fundamento constitucional de la responsabilidad. Esto implica que es el sistema el que demarca, delimita con relativa claridad y precisión qué actuaciones de la administración generan un deber indemnizatorio y cuales, por exclusión no. Las normas sobre responsabilidad a la administración le deben servir para definir con claridad el ámbito de actuación libre (de carga indemnizatoria) de la Administración. Esta función, fundamental en todo sistema de responsabilidad civil se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad por seguridad jurídica, imprescindible tanto para el interés general, como para el correcto funcionamiento de los servicios públicos como para los propios ciudadanos.

4 Un adecuado sistema de responsabilidad exige ciertas ponderaciones en el ejercicio de la actividad administrativa

Teniendo en consideración las prevenciones anteriores, podemos señalar las siguientes conclusiones.

a) No tiene sentido un absoluto y único sistema de responsabilidad

Resulta evidente, que en la mayor cantidad de las ocasiones la aplicación de un sistema de responsabilidad objetivo absoluto no va a llevar consigo una reducción de los costos de los accidentes que genera el Estado, entre otras razones, porque no va a producir, ni los ciudadanos quieren que se produzcan, una disminución del nivel de accidentes ocasionados por la administración, ya que ésta, como hemos dicho, satisface intereses generales. El

¹⁰ MIR PUIGPELAT, O., La responsabilidad patrimonial de la administración, Civitas, 2002, p. 147.

efecto que se produce en tales casos, es única y exclusivamente un incremento de reclamaciones y de los costos de indemnización, es decir, un encarecimiento sustancial de la actividad de la administración, que finalmente es financiada por los propios ciudadanos.

En otros términos, si la responsabilidad tiene, un efecto de prevención y control de la actividad administrativa, es necesario que los costos no los externalice la administración y, en consecuencia, no queden enteramente separados de las actividades en las cuales ésta sea responsable. En otros términos si los costos de cualquier accidente aún los fortuitos o provenientes de fuerza mayor fueran asumidos por la administración, estaríamos en el peor de los mundos posibles, pues la administración no tendría incentivos de actuación correcta o de conformidad al estándar real o normativo, y los costos de los daños serán pagados por la comunidad en general, lo que implica incentivar, como hemos dicho, brechas de ineficiencias inaceptables para el Estado.

b) La objetivización absoluta de la responsabilidad es una paradoja para el funcionamiento de la administración

Los costos de los sistemas de responsabilidad objetiva de la administración no se detienen sólo en los procedentes del hecho y el daño que se ocasiona, sino también existe un fuerte aumento de los costos terciarios.¹¹ En efecto, es necesario considerar que el aumento de reclamaciones que lleva consigo todo sistema de responsabilidad objetiva, particularmente indefinido como el nuestro, no se ve compensado por un descenso de los accidentes ocasionados por la administración, debido a la disminución de su actividad, pues tal disminución sencillamente no tiene lugar, por la naturaleza de la función administrativa, que tal como lo exige la Constitución y la ley, imponen un comportamiento activo y permanente. Lo anterior implica una paradoja, pues si lo que se busca con la responsabilidad objetiva es reducir la actividad dañosa, no es precisamente a la administración a la que se le puede exigir tal reducción de actividad, pues el costo social de esa reducción puede terminar siendo infinitamente mayor.

Sin embargo, esta expectativa generada por la teoría de la responsabilidad objetiva absoluta genera un aumento de demandas, lo que es evidente pues carecemos de un modelo de solución extrajudicial de las

¹¹ La distinción de costos primarios, secundarios y terciarios se debe a la obra de CALABRESSI. Los primarios, se traducen en la pérdida de utilidad a consecuencia de los daños ocasionados a la víctima; los secundarios son los costos de prevención, que tienen implicancia en la pérdida de bienestar social; los terciarios, corresponden a la liquidación y distribución de los daños producidos (investigaciones, seguros, juicios, abogados, pruebas, etc.). Op. cit., p. 99.

mismas, aún en los casos más flagrantes de negligencia estatal. Esto implica que se asumen costos terciarios irracionales de parte de los afectados y del Estado. Por un lado, porque trasladan al afectado los costos de su demanda, incluso los de su defensa judicial, la prueba, y el costo alternativo de la demora judicial. Por el otro, para el Estado, implica un aumento costos, por los mismos títulos, lo cual particularmente en el caso de las defensas fiscales genera por razón obvia, que estos costos contribuyen a reducir la eficiencia y eficacia de la actuación de la administración.

5 No tiene sentido distinguir entre sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva

En virtud de lo dicho, no tiene sentido distinguir entre responsabilidad objetiva y subjetiva, es decir, seguir hablando de responsabilidad por riesgo o por culpa de la administración.

De este modo, entonces, la controversia sobre el sistema de responsabilidad extracontractual de la administración no puede resolverse en una disputa entre responsabilidad por culpa versus responsabilidad objetiva, como se ha enfrentado hasta hoy. En efecto, es posible la conveniencia de ambos sistemas de responsabilidad. En el derecho de daños, no existe nadie que seriamente sostenga que en todos los sectores de la vida social, o aún, que en todos los sectores o ámbitos de una actividad socioeconómica pueda existir un régimen de responsabilidad objetiva global, porque ello es lógicamente insostenible. Y en el mismo sentido, nadie razonablemente niega que en los casos de responsabilidad por culpa, no sea necesaria la existencia coetánea de un modelo o criterios de responsabilidad objetiva.¹² Esto implica, dotar a los jueces de márgenes de apreciación mayores, que permitan calificar, ante la ausencia normativa el carácter riesgo de una actividad o hecho.

En efecto, los jueces cuando fundamentan de forma manifiesta en él régimen de responsabilidad por culpa y, con frecuencia, ello se realiza conforme a idénticas consideraciones normativas, lo que es como hemos demostrado particularmente sintomático en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Esta concepción en bloque del derecho de la responsabilidad civil se construye desde un punto de vista teleológico mediante un argumento que es decisivo para superar la dogmática división actual del derecho de daños en dos o más regimenes de responsabilidad. Los tribunales no sólo debe preguntarse si el causante del daño a actuado de forma adecuada

¹² Cfr. JANSEN, N., Estructura de un derecho europeo de daños, en *Indret* N° 2 / 2003, Barcelona.

¹³ JENSEN, N., op. cit., p. 8.

sino además quien debe asumir determinado riesgo.¹³ Si consideramos las sentencias que hemos estudiado, se puede comprobar que aquellas que han resultado casos de responsabilidad extracontractual de la administración en base a criterios de culpa, con carácter de general, consideran elementos propios de la responsabilidad por riesgo desde el punto de vista dogmático. El derecho de daños o de la responsabilidad debe resolver con carácter de general quién debe asumir un determinado riesgo.

6 Es necesario determinar los parámetros de normalidad y anormalidad en el derecho de daños de la administración

Por eso creemos que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, no tiene sentido, desde el punto de vista teleológico, diferenciar entre las circunstancias de responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Un caso de responsabilidad extracontractual de la administración se fundamenta en un gran número de criterios que pueden y deben ser ponderados. Es posible, como veremos a continuación que conductas riesgosas y en apariencias lícitas, sean consideradas falta de servicio o funcionamiento anormal.

Por ello es clave determinar cuales son las concretas normas de diligencia o cumplimiento de obligaciones que es posible exigirle a la administración. En otros términos, cuál es el modelo de conducta que permite identificar (negativamente) a dicho funcionamiento anormal de los servicios públicos y distinguirlo del funcionamiento normal. No cabe duda que los modelos de conducta de la administración son lo que determine el legislador, o incluso la propia administración, peor que son evaluados por el juez.

Por ello las alternativas son múltiples: una de ellas es establecer un catálogo exhaustivo y pormenorizado de normas de diligencia específicas que se señalen con precisión como deberá comportarse la administración, cuestión que hoy ciertamente no sucede cuando el legislador renuncia cada vez más a contenido regulativos precisos, encomendándoselos a la administración. Otra opción es prescindir de dicho catalogo pormenorizado y limitarse a enunciar una cláusula general de diligencia o comportamiento del órgano respectivo, que regularmente a nuestro juicio debe estar condicionado por la obligación o naturaleza que justifica la existencia de dicho órgano administrativo.

Lo concreto es que esta materia nos exige mirar las obligaciones y deberes de los órganos administrativos como estándares o parámetros de

comportamiento adecuado, con el cual es posible medir el comportamiento adecuado o no de los órganos de la administración. Esto implica considerar que ese parámetro o criterio de comportamiento no es el mero cumplimiento de las obligaciones legales, sino el cumplimiento adecuado de las mismas. En otros términos si la administración tiene la obligación de suministrar servicios médicos operatorios, lo hará de modo que no baste la mera operación para que la obligación se encuentre cumplida, sino que se respeten ciertos parámetros de higiene y seguridad, que es probable que no se encuentren en la obligación legal expresa, pero es evidente que de ella emanan.

La falta de servicio o el funcionamiento anormal, es posible que sea evaluada desde la perspectiva del estándar de cumplimiento de la actividad administrativa. Lo que sucede es que como ese estándar por regla general no está determinado explícitamente, es obligación del juez construirlo, con criterio de razonabilidad. Esto significa que al momento de resolver un caso de responsabilidad, deberá considerar cual es el estándar exigido a la administración. Frente a esto tendrá dos alternativas: una medir el estándar de manera objetiva y abstracta, contrastando con la naturaleza de la obligación o diere de la administración; o bien establecer un criterio de medición subjetiva, es decir, que considere las condiciones en que el servicio funciona.

Resulta esta posición, es decir, el Estado sólo responde frente a anomalías, incluidos los riesgos, es necesario hacernos cargo ahora de la cuestión sobre el servicio público.

III Sobre la crisis supuesta o no del servicio público

Para hacernos cargo completamente del asunto que se nos ha encomendado reflexionar, es necesario que indiquemos algunas cuestiones regularmente vinculadas a las transformaciones que el estado y la tesis del servicio público han implicado.

En efecto, durante el último tiempo han sucedido una significativa cadena de hechos externos e internos al Derecho Administrativo que implican transformaciones sustanciales respecto de lo que había sucedido hasta ahora.

Son hitos significativos de la reestructuración de la mentalidad pasada, que ha operado en la actualidad, la libertad, velocidad y consiguiente aumento cuantitativo de las relaciones entre los agentes económicos, productivos y comerciales; la enorme capacidad de información que la informática y la

telemática ofrecen en forma abierta, fácil y expedita a quien desee acceder a ella, y la asombrosa facilidad de intercomunicación a nivel planetario, que sobre la base de estas disponibilidades disipa cualquier distancia, facilitando enormemente el diálogo de las nacionalidades y el conocimiento y comprensión de todo tipo de realidades.¹⁴

La apertura de las fuentes de conocimiento y la facilidad de la intercomunicación han llevado a ver con otros ojos al Estado, levantando numerosas críticas en contra suya.

En los últimos años hemos asistido a un sorprendente proceso de privatización del Estado. Sobre la base de una búsqueda de eficacia se abandonan formas que han presidido tradicionalmente la actuación de la Administración pública; se busca la asimilación a la empresa privada, se laboraliza la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado. De modo especial se ha postulado dicho acercamiento en la empresa pública, en todos sus aspectos: objetivos, "status" jurídico, régimen de personal, autonomía empresarial, régimen patrimonial y financiero, etc. ... Se quiere con ello "despolitizar" la empresa, convertirla en una empresa de verdad, lo que exige la "privatización" de su régimen jurídico.

Todo ello forma parte de un fenómeno más general, que podríamos llamar de consideración "empresarial" del Estado que lleva a una privatización general de éste. La verdad es que esto no es nada nuevo. La novedad del fenómeno radica a finales de los ochenta y a principios de los noventa, en la generalización de lo que se denominó la "huida", con la deslegalización que ello supone de la vida del Estado.

Esta crisis que ha estado experimentando el Estado, dice por ejemplo, Ramón Cotillero,¹⁵ no hace más que "acentuar las críticas que venían haciéndose desde antes o después, desde distintas perspectivas, al Estado de bienestar, con lo que en muchos casos se puso especialmente de relieve su inadecuación a la realidad. Evidentemente, en este momento es posible que el Estado ya no pueda garantizar, como hasta la fecha, el desarrollo de las fuerzas productivas, de democracia política y los derechos civiles, ya que en esta ambigüedad es donde se concentra la amenaza que las crisis económicas significan para los órdenes políticos democráticos. La crisis

¹⁴ PNUD, Desarrollo Humano en Chile. Más sociedad para gobernar el futuro, Capítulo I "la reorganización de la sociedad", p. 24 y sgts, Santiago de Chile, Marzo 2000.

¹⁵ PANTOJA BAUZÁ, R., La caracterización del Derecho Administrativo, en Revista Gobierno y administración del Estado, N° 79, Febrero de 2000, Edit. Jurídica Conosur, p. 83.

económica sitúa al Estado social de derecho en una situación de crisis de legitimidad sin salida que ha de resultar muy difícil que no se transforme en algo mucho peor de lo que es”; se hace preciso superarle en “términos concretos y realistas”, de manera de eliminar aquellas deficiencias que hacen del Estado de bienestar un Estado molesto”.

Este tipo de argumentos ha permitido que desde dentro del Estado, fueran determinantes las experiencias desencadenadas por el tatcherismo y la reaganmanía en la década 1970-1980, pues demostraron ser un signo de los tiempos, antes que simples decisiones de un gobierno signado por una determinada tendencia política, que marcaría una tendencia mundial, postulando una actitud renovadora que habría de conducir a ese gran movimiento conocido como Modernización del Estado, que descartó y reemplazó a la Reforma Administrativa anterior.

Como consecuencia de esta posición del Estado y ante el Estado se concretaron numerosas iniciativas, que fueron establecidas como supuestamente correctivas al Estado. Entre esas medidas fueron relevantes la desregularización jurídica, para evitar la saturación normativa y la inercia de los formalismos; la enajenación de activos prescindibles, para privilegiar la eficiencia mercantil; la utilización de la capacidad instalada de la industria privada en ámbitos que no guardaran relación estricta con el ejercicio de las funciones públicas, como servicios de aseo, reparación y pintura, transportes, reproducción de documentos, etc.; la privatización de sectores, actividades o servicios que se estimara conveniente fueran realizados por particulares.¹⁶

El caso chileno es particularmente ilustrativo al respecto. El proceso privatizador emprendido desde 1974 en adelante se realizó en etapas: La primera etapa desde 1974 a 1983: el objeto preciso de esta etapa fue reducir a conciencia la intervención del Estado en diversas áreas de la sociedad; La segunda etapa desde 1984 a 1989: cuyo objetivo fue fortalecer una sociedad

¹⁶ *Ibid.*, p. 83 y 84. El mismo Pantoja señala que “En la actualidad, señala el profesor Luciano Vandelli, los países europeos evidencian un proceso de transformación administrativa que es semejante en todos ellos, y que se encuentra “acentuada por las importantes similitudes económicas, sociales y culturales” que se dan en esos países. Estas tendencias son, para él: “la subsidiariedad entre los distintos niveles de Administración, la redefinición de los ámbitos de intervención pública y de la esfera privada, la privatización de empresas públicas, la revalorización del sector non profit, las técnicas de reclutamiento y nombramiento de los altos funcionarios, las relaciones de éstos con los órganos políticos, el cambio en el papel de la ley a favor de normas más flexibles como los reglamentos, la creciente penetración en la función pública de principios e instituciones del derecho laboral, la difusión de las autoridades administrativas independientes, los valores de transparencia y acceso a los documentos administrativos, la regulación legislativa del derecho a la intimidad, el reforzamiento de las garantías, de los derechos de la defensa y de la participación en los procedimientos, el complicado camino hacia la simplificación administrativa y, por último, la introducción de técnicas de gestión basadas en la eficacia y la productividad y la correlativa transformación de los sistemas de control”.

¹⁷ HACHETTE DE LA FUENTE, D., Privatizaciones: Reforma estructural del Estado pero inconclusa, en “La Transformación económica de Chile, Centro de Estudios Públicos, 2000, p. 117.

supuestamente libre, basada en la economía de mercado, el aumento de la eficiencia de la empresa en general, establecer los modos de traspasos de la empresas pública y fomentar la propiedad y la subsidiariedad del Estado.¹⁷

Esta situación se ha enfrentado con el pasado y su nostalgia. Muchas veces se ha escrito que el derecho administrativo nació como una forma de garantía frente al poder: garantía de los ciudadanos frente a las Autoridades y funcionarios que en cada momento ocupan el Estado y disponen de la riqueza pública. Frente al derecho privado, que es el reino de la libertad (autonomía de la voluntad, libertad de disposición, el derecho público está presidido por la sujeción, la vinculación a la norma, la predeterminación de las conductas por el contenido de los dispuestos en las leyes y reglamentos (principio de legalidad, tipicidad del acto administrativo), por el principio de igualdad, por la exigencia de control y rendición de cuentas ante órganos y según procedimientos establecidos. Esta es la esencia del derecho administrativo, que es así, una mezcla de privilegio y de garantías (ambos en defensa del interés público y de los derechos de los ciudadanos).

Pues bien, frente a todos esos principios inspiradores del derecho público, se han levantado en las últimas centurias un huracán de reformas al régimen jurídico tradicional de las instituciones administrativas, que ha venido a relajar ese sistema de garantías, ante el postulado de la eficiencia. En el seno del mismo derecho administrativo, se produjo un abandono o rechazo de esos principios tradicionales del Derecho Público,¹⁸ que históricamente se habían considerado esenciales para el sometimiento a Derecho de la actuación pública.

En particular, sobre la base del concepto de servicio público, se ha afirmado que el paso de una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, más igualitaria, más prospera, con mayor esperanza de vida y tantas cosas más. El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Se ha afirmado que cumplió su misión y hoy hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi a la

¹⁸ Vid. CALDERA DELGADO, H., "la crisis del dogma del servicio público", en Revista de Derecho Público, N° 59, 1996, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 207.

¹⁹ ARIÑO ORTIZ, G., Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación), en El nuevo Servicio Público, Marcial Pons, 1997, p. 22-23.

inversa. Son los hechos los que mandan más que la ideología o la política, y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales –también políticos y culturales– sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente.¹⁹

Sin estar de acuerdo con esta última afirmación, si creemos que es necesaria una redefinición material del concepto de “Servicio Público”. En efecto, la expresión “servicio público”, dada su polivalencia y, en ocasiones, su ambigüedad, ha terminado teniendo acepciones diversas y ha de aceptarse su debacle terminológica.²⁰ En efecto, se alude al servicio público tanto para significar el centro de gravedad sobre el que se ha intentado construir el Derecho administrativo como para referirse a técnicas específicas de intervención administrativa. Por ello, como forma de actividad administrativa, es preferible aludir a lo que se ha dado en llamar actividad de prestación de la Administración. No obstante lo cual, es preciso señalar con carácter previo que en muchas de las normas que regulan los ámbitos sobre los que se extiende el Derecho administrativo social se califica la actividad como de “servicio público”, lo que no implica siempre una concreción en actividades de prestación. Así ocurre, en general, en los ámbitos de la sanidad, la educación o los servicios regulatorios y sociales, cuyas normas reguladoras, tras calificar la correspondiente actividad de servicio público, pasan a amparar también actividades de limitación, e incluso de fomento de la acción de los particulares que se admite en concurrencia con la actividad de prestación pública.²¹

Hay quienes de una manera majadera han insistido en la muerte del servicio público, como lo hemos señalado precedentemente. Sin embargo, como se ha señalado²² dicha muerte es nada más que imaginaria. La muerte del servicio público no resulta cierta desde el punto de vista jurídico, pues aún subsisten y se refuerzan las funciones y fines de la Administración. Ello

²⁰ MIGUEZ MACHO, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 104.

²¹ SILVA CIMMA, E., *La Administración Pública en el Siglo XX, intervención de clausura en el cincuentenario de la Revista de Administración Pública*, Madrid, marzo, 2000.

²² MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado*, Civitas, Madrid, 1998, p. 17.

²³ El artículo 3º, expresa que “ La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones del alcance nacional, regional y comunal”.

“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedio de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas a realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

lo demuestra entre nosotros la ley 19.653, que modificó la Ley N° 18.575, quien en su artículo 3º, nuevo, eliminó toda fundamentación a dicha muerte.²³

En efecto, abundan en el mundo en los últimos años, frente a la ola de privatizaciones y desregulaciones, las reivindicaciones de la idea material de Servicio público.

Así sucede, en primer lugar con el “Rapport Public” de 1994, del Consejo de Estado Francés, que dedicó dicho reporte exclusivamente al servicio público. Dicho informe señala que “Europa no instruye un proceso a los servicios públicos, hace peor: ignora ampliamente la noción de servicio público y la existencia de los servicios públicos, y tiene una tendencia a no identificar ninguna zona intermedia entre los servicios regalianos y sociales y las empresas ordinarias”.

Por su parte la entonces Comunidad Europea, frente a la relación con los tratados constitutivos, ha tenido que llegar inmediatamente a la conclusión de que las regulaciones de los Tratados no son incompatibles con los servicios públicos. Postulan, en mayor parte de los casos, adecuar a un entorno concurrencial las reglas de organización y funcionamiento de los servicios públicos, pero en modo alguno reclaman su desaparición.^{24 25}

En tercer lugar, los defensores del servicio público no sólo no se han conformado con el cambio de actividad de los agentes y agentes europeos, sino que, además, han propiciado la elaboración de un proyecto de Carta de Servicios Públicos, de 14 de febrero de 1994. Aunque referida principalmente a los servicios de carácter industrial o comercial, se apoya en la idea de mercado no es indiferente a los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad. También en que es necesario corregir el libre funcionamiento del mercado para que sean atendidos algunos intereses generales que resulta imposible satisfacer con el exclusivo juego de las fuerzas del mercado.²⁶

Enseguida la Comisión ha señalado que “la solidaridad y la igualdad de trato en contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la comunidad europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios

²⁴ MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 35; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., La actividad de la administración y el servicio público, Comares, Granada, 1998, p. 249.

²⁵ En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., El reconocimiento de los derechos sociales en la Comunidad Europea, en Las estructuras del Bienestar en Europa, de MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO, GONZÁLEZ SEARE (Directores), Civitas, Madrid, 2000, p. 420.

²⁶ MIGUEZ MACHO, Op., Cit., p. 102 y 103.

²⁷ Los servicios de interés general en Europa, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 26 de septiembre de 1996, núm. C-281/3.

de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad”.²⁷

Por último, y tal como señala “el Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos”, documento oficial de la Administración Española, lejos de suprimir al servicio público establece expresamente que “constituye uno de los compromisos de la modernización de la Administración: servicios públicos de calidad. Dicho compromiso abarca: establecer compromiso de calidad de los servicios con los ciudadanos, promover la evaluación de la calidad de atención al ciudadano, impulsar en la Administración el aprendizaje organizacional y premiar la excelencia de la Administración”.²⁸

Resulta por tanto que existe una tendencia, mundial, en el proceso de globalización, de no abominar del servicio público, sino simplemente de ajustarlo a un entorno de competencia. Todo ello será un nuevo reto para el servicio público, pero no supondrá su liquidación; ni siquiera será un reto nuevo. Una de las interpretaciones del servicio público, en la lógica Duguitana, fue la autolimitación del Estado.

Desde esta perspectiva, entonces, no es cierta la tesis de la muerte del servicio público, pero tampoco es cierto que ella pueda seguir subsistiendo sobre la base de la visión tradicional. Esto implica que es necesario redimensionar la concesión de servicio público, y por lo tanto es necesaria también la redimensión de su régimen de responsabilidad.

IV Sobre la redimensión de la concesión

1 La explicación tradicional

La primera afirmación que debiéramos hacer sobre la concesión es que se trata de un acto administrativo favorable, pues es de aquellos actos que amplían los derechos del administrado. La palabra misma -concesión- indica que la Administración entrega alguna facultad o derecho 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.

La concesión, enseguida, es un título de intervención de la autoridad administrativa sobre situaciones jurídicas privadas. Sin concesión, los particulares pueden actuar libremente. Pero, con una concesión que configura facultades, también se establecen deberes para ejercerla en un determinado

²⁸ Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos: Una Administración al servicio de los ciudadanos. Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 2000, p. 143, 144, 145 y 146.

sentido y siempre con la extensión que la Administración determine. Con la concesión, la Administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas, sino que las crea, las configura, las delimita.

Por ello, la concesión no es una técnica que limite derechos. Ello supondría su existencia previa y su contenido “normal”. En la concesión hay una “delimitación” originaria de los derechos. Estos surgen como tales de la acción administrativa, de la concesión.

De ahí que para que la Administración puede disponer de los poderes configuradores de derechos privados que implica la concesión, ha de apoyarse en una titularidad previa y exclusiva sobre un sector de actividad. Necesita de la “publicación”. Sólo desde esta titularidad puede fundar un régimen concesional de actuación privada en el sector reservado.

En la concesión la autoridad actúa resguardando el interés general que justifica la publicación de un sector. Cuando la Administración entrega una concesión, su fin directo es el cuidado del “interés público”.

De ahí que la Administración, cuando otorga una concesión, actúe como autoridad, según normas de derecho público. Todo ello revela la calidad de acto de imperio del acto de concesión.

Como acto de imperio, no es concebible que en su formación 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 diversa.

En este sentido, la concesión es un acto unilateral.

A partir del acto constitutivo de la concesión, surge una relación jurídico-concesional, un especial tipo de relación jurídico-administrativa, altamente compleja.

En efecto, la concesión genera un indudable y recíproco entrelazamiento de poderes y deberes. En el hay incluidas potestades (de la Administración), deberes (de la Administración y del concesionario) y derechos.

2 La redimensión

Por lo general, cuando las actividades económicas se declaran de servicio público, o las empresas precisan para desarrollar sus propias actividades la utilización del dominio público, el acceso a la prestación de los servicios correspondientes por parte de empresas privadas, debe hacerse mediante concesiones administrativas. Si, por el contrario, se trata de actividades que no están vinculadas a una obra, servicio público o al dominio público, la

técnica administrativa de intervención es ordinariamente la autorización administrativa.

A la concesión siempre se le ha reconocido un carácter contractual. Sin embargo, a medida que las intervenciones administrativas en diferentes sectores económicos se han hecho más complejas y se han ido perfeccionando los modelos de privatización y desregulación, la figura de la concesión se ha flexibilizado acogiendo múltiples manifestaciones que se diferencian mucho entre sí.

Buen ejemplo de este proceso de diversificación es lo acontecido en Francia con la figura concesional. En efecto, inicialmente fue la indiscutible técnica dominante, aplicada siempre a todos los casos en que la Administración reclamaba la colaboración de empresas privada o de particulares para el desarrollo o gestión de los servicios públicos. Ulteriormente, sin embargo, las características básicas de la concesión se desdibujaron. Y, al lado de la misma, la Administración comenzó a emplear otras técnicas de habilitación a los privados para que prestaran servicios públicos o actividades de interés general intervenidas por la Administración: los arrendamientos, los conciertos, las empresas de capital mixto o, finalmente, las simples autorizaciones administrativas.

Las autorizaciones administrativas, por su parte, han conocido un proceso semejante de diversificación. Al margen de una primitiva disputa doctrinal sobre la naturaleza de la autoridad, que forma parte de los debates clásicos del Derecho público, en el sentido si la autorización es una operación de remoción de límites o, por el contrario, si consiste en la habilitación del ejercicio de una actividad, existen en la actualidad tantos tipos de autorizaciones administrativas que resulta difícil reconducirlas todas a una misma categoría.

En unos casos, la Administración se limita a verificar la adecuación a la legalidad de la actividad de los privados; y en otros, sin embargo, la somete a tantos condicionamientos, intervenciones ulteriores, potestades de vigilancia, control y sanción, que no resulta fácil distinguir el régimen de estas autorizaciones, de los principios clásicos de las concesiones.

Cabe señalar que con la reciente legislación francesa en materia de telecomunicaciones (constituida por las leyes de 25 de junio de 1996 relativas a la reorganización del sector), se abandonó totalmente el concepto de concesión como título habilitante. Es decir, en la patria del concepto de servicio público, se abandonó la técnica principalmente empleada para la

incorporación de particulares a la gestión de los servicios.

Este abandono se justificó por dos razones: En primer lugar, la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación francesa han reconocido, desde hace años, que aunque la concesión dominara por mucho tiempo el panorama del derecho administrativo francés, como la técnica más idónea para permitir la colaboración privada en la gestión de los servicios públicos, dicho protagonismo ha caducado, por la pérdida de coherencia y progresiva.

Bajo la delegación de servicio público, como confusión de la técnica de concesión un concepto global, se agrupa, desde luego, aunque no como técnica preferente, la concesión misma. Pero también la autorización o la licencia, los arrendamientos, la gerencia, y otras formas de interesamiento societario, al lado de una gama enorme de fórmulas innominadas de colaboración particular en la prestación de los servicios públicos con las que se ha enriquecido el derecho público francés en los últimos decenios.

Es interesante subrayar que en normas como las leyes de telecomunicaciones francesas, la técnica predominante es la autorización, que desplaza a la concesión aun en los casos en que las actividades privadas se califican, total o parcialmente, como de servicio público o de interés general, y también en los casos en que necesitan apoyarse en la utilización del dominio público.

Pero se completar la unilateralidad característica de la técnica autorizatoria, con algunos elementos procedentes del régimen de los contratos, que permiten a la Administración establecer las condiciones a las que la actividad autorizada debe someterse en todo caso, se ha hecho imperativo.

Para tal propósito, el instrumento técnico en que se establecen todas estas circunstancias que delimitan el ejercicio de la actividad autorizada, es el pliego de condiciones. Este es el lugar donde se determinan de modo específico las obligaciones y se fijan, incluso, las medidas de control e intervención sucesiva para que la Administración actuante puede adoptar.

La segunda razón de la crisis de la distinción tradicional entre concesiones y autorizaciones, ha venido dada por los procesos de liberalización de la economía y la transformación de los servicios públicos.

La concesión es una técnica de habilitación de actividades privadas que tiene como presupuesto la retención por la Administración de la titularidad de la actividad o servicio correspondiente. Cuando se otorga una concesión; la vinculación entre el concedente y el concesionario es estrecha, de contenidos contractuales. No existe, en tal caso, una verdadera separación entre la

Administración titular del servicio y el gestor del mismo. Aquélla mantiene, además, funciones de vigilancia y supervisión, que son características de la técnica concesional.

Esta vinculación entre la Administración y los operadores está, con carácter general, contraindicada en el nuevo régimen de los servicios públicos económicos. La presencia de la Administración es el símbolo mismo de la existencia de una posición dominante, que en algunos sectores se postula como inconveniente en sí misma para el correcto funcionamiento de mercado.

Por ello se opta por títulos habilitantes de la actividad privada, que actúan como instrumentos de control de la Administración para el acceso de los operadores a los mercados de servicios, y como reglamentaciones, estableciendo derechos y obligaciones.

3 La redimensión de la concesión y de la responsabilidad

Esta forma de difusión de la concesión explica y exige, entonces redimensionar la naturaleza de la responsabilidad estatal. En efecto, y sólo citando el caso chileno, son calificadas como concesión una serie de actividades que corresponden más bien a mercados regulados: telecomunicaciones, gas, electricidad. En ello, si bien en ellos la ley los califica de servicio público, son más bien actividades reguladas de interés público, en donde el Estado nada se reserva, más que la actividad regulada, por lo cual su título de intervención es más semejante al de la autorización que al de la concesión.

De conformidad a lo señalado, podemos indicar que el empleo de la noción de servicio público puede agruparse a tres grandes planos:

- i. El servicio público como principio finalista intrínseco de toda la actuación de la Administración. El servicio público aparece así como el valor sustancial, que justifica el ejercicio del poder público, siendo ello lo que explica que toda la actividad administrativa como tal haya podido ser concebida como servicio público.
- ii. El servicio público como título jurídico de intervención pública mediante el que la Ley pueda concretar aquel principio finalista, fundado así potestades administrativas diversas y ejercitables en principio a través de cualesquiera formas de acción administrativa, incluida, claro está, la de prestación positiva por la propia Administración. El servicio público queda así juridificado como un

título legal habilitante en el correspondiente sector de actividad de que se trate de una acción de la Administración en principio pluriforme y tendiente a asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas.

- iii. El servicio público como actividad de prestación de la Administración pública, sea con titularidad exclusiva sobre la actividad de que se trate, sea desarrollada en paralelo con actividades análogas del sector privado.

De ahí, entonces, que hablar de la responsabilidad de la administración de los servicios concesionados, exige determinar de manera precisa el lugar que corresponde a dicha afirmación, en otros términos, si corresponde a ese traslado natural propio de la publicatio o bien corresponde a aquella en que el servicio público es título de intervención administrativa, no de actividad prestacional.

Sin embargo, la regla general será que el Estado, de conformidad a la tesis original de nuestro trabajo, responde sólo en aquellos casos en que la disponibilidad potestativa le corresponda, por ejemplo, normas, estándares, reglas de funcionamiento, de modo que su responsabilidad se impone en el ámbito de la regulación, fiscalización y omisión, siempre y cuando se den los supuesto de funcionamiento anormal que hemos indicado.

La calidad de servicio público, no obstante, es más importante para