

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



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

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

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 3, 1999.

230 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00354

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS

Carlos E. Delpiazzo¹

Sumário: I) *Introducción. Dos premisas y un principio.* II) *Características de la reforma del estado. Concesiones sin privatización.* III) *Regimen constitucional de la responsabilidad estatal. 1 – Evolución. 2 – Alcance. 3 – Criterios de imputación.* IV) *Responsabilidad de los funcionarios. 1 – Responsabilidad frente a terceros. 2 – Responsabilidad frente a la Administración.* V) *Responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos. 1 – Responsabilidad frente a los usuarios. 2 – Responsabilidad frente a la Administración.* VI) *Responsabilidad estatal por la actuación de los concesionarios. 1 – Enfoque tradicional. 2 – Nueva interpretación posible.*

I) INTRODUCCION

Abordar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos en el Uruguay en las postrimerías del siglo XX exige, como supuestos necesarios, hacer una breve referencia a las características de la reforma del Estado en nuestro país y al régimen constitucional de la responsabilidad estatal.

(1) *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Público y de Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Administrativo y Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo.*

A partir de dichas premisas, será posible reflexionar acerca de tres ámbitos separables de responsabilidad: el de los funcionarios públicos, el de los concesionarios, y el de las Administraciones concedentes.

Por supuesto, al hablar de responsabilidad se lo hace en el más amplio sentido, como una imprescindible manifestación del Estado de Derecho, constitutiva de un verdadero principio general: quien dice Derecho, dice responsabilidad, porque el Derecho supone sujetos responsables, es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos y conductas.² Si bien dicho concepto genérico es susceptible de ser dividido en al menos cuatro especies – civil o patrimonial, política, penal y disciplinaria³ – el presente análisis atenderá primordialmente a la primera de ellas.

II) CARACTERÍSTICAS DE LA REFORMA DEL ESTADO

Mientras que en muchos países de la región, los procesos de reforma del Estado han tenido un marcado énfasis en las privatizaciones,⁴ no ha ocurrido así en nuestro país, donde se ha puesto el acento en el uso de otros instrumentos tales como las desmonopolizaciones, la creación de personas públicas no estatales, el establecimiento de mecanismos de participación privada en la gestión pública a través de figuras asociativas, y la desburocratización.⁵

-
- (2) EDUARDO SOTO KLOSS – *Derecho administrativo* (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, p. 285 y sigtes.
- (3) MARTÍN J. RISSO FERRAND – *Derecho Constitucional* (Ingranusi, Montevideo, 1996), tomo I, p. 196 y sigtes.; y tomo III, p. 47 y sigtes.
- (4) Ver: MARCOS J. TEIXEIRA DO AMARAL FILHO – *Privatização no Estado Contemporâneo* (Icône, São Paulo, 1996), p. 95 y sigtes.; JOSÉ ROBERTO DROMI – *Reforma del Estado y privatizaciones* (Astrea, Buenos Aires, 1993), 3 tomos; JOSÉ LUIS PALAZZO, DOMINGO SESIN y VÍCTOR ROLON – *La transformación del Estado* (Depalma, Buenos Aires, 1992), p. 207 y sigtes.; y GERMÁN BIDART CAMPOS y otros – *Privatización y desregulación. Primer Seminario Internacional* (Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989).
- (5) CARLOS E. DELPIAZZO – *Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay*, en *Rev. de Derecho del Mercosur*, Año I, n° 2, p. 67 y sigtes.

Consecuentemente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, no se plantean entre nosotros muchos de los problemas suscitados por la privatización y post-privatización del Estado empresario⁶ y la llamada "huída de la Administración al Derecho privado".⁷

Ello no significa la ausencia de concesiones, expresión que en nuestro Derecho comprende tanto actos como contratos. Así, son actos de concesión los usos privativos de bienes del dominio público, en tanto que son contratos aquellos mediante los cuales la Administración (concedente) acuerda con un tercero (concesionario) la ejecución con plazo de una obra o servicio, bajo su vigilancia y control, por cuenta y riesgo del concesionario, quien percibirá como retribución el precio que pagarán los usuarios.⁸

Entre las concesiones de servicios, se destacan las de servicios públicos,⁹ entendidos tradicionalmente como "el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público".¹⁰

Quiere decir que, aún cuando la concesión habilita la transferencia a particulares de la prestación de actividades a cargo de la Administración, no nos sitúa estrictamente ante una privatización en tanto el régimen jurídico aplicable continuará siendo predominantemente de Derecho público, estando signado por la presencia vigilante de la entidad concedente, aspecto éste de relevancia con relación al tema propuesto.

-
- (6) EDUARDO J. RODRIGUEZ CHIRILLO – *Privatización de la empresa pública y post privatización* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995), p. 279 y sigtes., y 445 y sigtes.
 - (7) ANTONIO TRONCOSO REIGADA – *Privatización, empresa pública y Constitución* (Marcial Pons, Madrid, 1997), p. 49 y sigtes.
 - (8) CARLOS E. DELPIAZZO – *Manual de Contratación Administrativa* (Montevideo, 1993), tomo II, p. 71 y sigtes.
 - (9) JORGE A. SILVA CENCIO – *Servicio público y concesión de servicios* (A.M.F., Montevideo, 1980), p. 29 y sigtes.
 - (10) ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1963), tomo I, p. 65.

III) **REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL**

Puede realizarse una presentación sintética del mismo a partir de la reseña de su evolución, alcance y criterios de imputación aplicables.

1 – Evolución

La evolución constitucional uruguaya permite distinguir tres períodos en la materia.¹¹

Bajo la vigencia de las Constituciones de 1830 y 1917, nada se estableció al respecto, por lo que la responsabilidad del Estado se hizo valer jurisprudencialmente a partir del art. 21 del Código Civil, que considera personas jurídicas “y por consiguientes capaces de derechos y obligaciones civiles”, entre otros al Estado y los Municipios.¹²

En la reforma constitucional de 1934 se produjo una significativa modificación al establecerse la responsabilidad primaria de los funcionarios y subsidiaria del Estado, cuya aplicación planteó serias dificultades interpretativas.¹³ Decía el art. 24: “Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a un tercero” (inc. 1º). Y agregaba: “Responderán subsidiariamente, el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación” (inc. 2º).

(11) ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 636 y sigtes.; y JULIO A. PRAT – *Derecho Administrativo* (Acali, Montevideo, tomo 4, vol. 2, p. 56 y sigtes.

(12) JUAN JOSÉ AMEZAGA – *Culpa aquiliana* (Montevideo, 1914), p. 140 y sigtes.

(13) APARICIO MENDEZ – *Relaciones entre la responsabilidad del Estado y del funcionario*, en *La Justicia Uruguaya*, tomo I, p. 122 y sigtes.; y *Sobre responsabilidad del Estado*, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, tomo 14, p. 337 y sigtes.

En la reforma constitucional de 1952 – en texto que se mantiene incambiado en la Carta vigente – se invierte la solución, consagrándose la responsabilidad estatal directa.¹⁴ De acuerdo al nuevo art. 24, “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

2 – Alcance

La referencia de la norma transcripta a “la ejecución de los servicios públicos” ha planteado vacilaciones acerca de su alcance.

Al respecto, puede decirse que existe consenso acerca de que dicha expresión está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa,¹⁵ sin perjuicio de opiniones en el sentido de que cubriría también la responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional¹⁶ o aún toda la actividad estatal.¹⁷

-
- (14) DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya*, en *Rev. de Derecho Público y Privado*, tomo 30, p. 196 y sigtes.; y en *Constitución y Administración* (Montevideo, 1993), p. 199 y sigtes.
- (15) ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 658; DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad de la Administración...* cit., p. 263; SERGIO DEUS – *Responsabilidad civil del Estado*, en *La Justicia Uruguaya*, tomo XCIV, p. 35; JULIO A. PRAT – *Derecho Administrativo* cit., tomo 4, vol. 2, p. 60; y JOSÉ KORZENIAK – *Curso de Derecho Constitucional 2º* (F.C.U., Montevideo, 1971), vol. 2, p. 11 y sigtes.
- (16) JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA – *La Constitución del Uruguay de 1952* (C.E.D., Montevideo, 1966), tomo II, p. 314; MARIANO R. BRITO – *Responsabilidad por actividad jurisdiccional*, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1984), p. 123 y sigtes.; y MARTÍN J. RISSO FERRAND – *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional* (2ª edic. actualizada, F.C.U., Montevideo, 1998), p. 78 y sigtes.
- (17) HORACIO CASSINELLI MUÑOZ – *Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo*, en *La Justicia Uruguaya*, tomo CV, p. 321.

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Cabe añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 11.925/53 – extendido a todas las entidades estatales por el art. 22 de la Ley 16.226/91 – “todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles”.

3 – Criterios de imputación

Es de observar que la norma constitucional bajo examen establece el principio general de la responsabilidad de los entes estatales pero no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir, cuál es el criterio de imputación que debe seguirse.

Con un enfoque subjetivo, se exige para que nazca la responsabilidad estatal que exista culpa o dolo, o se acude al concepto francés de falta de servicio, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o haya funcionado defectuosamente.¹⁸

Por el contrario, desde una perspectiva calificable de objetiva, que en los últimos años ha venido ganando adherentes,¹⁹ se afirma

(18) Así: ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 660 y sigtes.; DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad de la Administración...* cit., p. 267 y sigtes.; y JOSÉ KORZENIAK – *Curso...*, vol. 2, p. 17 y sigtes.

(19) Así: JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA – *La Constitución...* cit., tomo II, p. 314; SERGIO DEUS – *Responsabilidad...* cit., p. 31 y sigtes.; JORGE PEIRANO FACIO – *Responsabilidad del Estado*, en *Anales del Foro*, tomo II, n° 109-120, p. 72 y sigtes.; JULIO A. PRAT – *Derecho Administrativo* cit., tomo 4, vol. 2, p. 71; MARIANO R. BRITO – *Responsabilidad extracontractual del Estado (administrativa, legislativa y jurisdiccional)*, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón REAL* (F.C.U., Montevideo, 1996), p. 129 y sigtes.; HORACIO CASSINELLI MUÑOZ – *Informe* cit., p. 323 y 324; MARTÍN J. RISSO FERRAND – *Responsabilidad...* cit., p. 38 y sigtes.; GRACIELA BERRO – *Responsabilidad objetiva del Estado*, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1992, n° 2, p. 89 y sigtes.; y CRISTINA VAZQUEZ – *Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista*, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1995, n° 7, p. 32 y sigtes.

que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado. Para esta concepción, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha acudido con frecuencia al criterio subjetivo, fundándose en la legislación civil. No obstante, en varios casos se ha reconocido la existencia de una presunción de culpa estatal, lo que apareja una inversión de la carga de la prueba con evidente beneficio para el damnificado. Asimismo, se ha reconocido en algunos fallos la admisibilidad de criterios objetivos, desplazando del primer plano el análisis de la conducta del causante del daño para poner el énfasis en la situación de la víctima.²⁰

IV) RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

Para su análisis, corresponde distinguir entre la responsabilidad patrimonial del funcionario frente a terceros y frente a la propia Administración.

1 – Responsabilidad frente a terceros

Tras proclamar en el art. 24 que las entidades estatales “serán civilmente responsables del daño causado a terceros”, el art. 25 de la Constitución establece: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión

(20) Ver: CARLOS DE CORES – *Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXII, p. 399 y sigtes.; ALICIA CASTRO – *Algunos comentarios sobre la reparación del daño y los criterios de actualización en la responsabilidad civil del Estado*, en *Segundo Coloquio* (Edit. Universidad, Montevideo, 1995), p. 101 y sigtes.; SUSANA BELLO – *Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo y jurisdiccional*, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1995, n° 8, p. 53 y sigtes.; MARTÍN J. RISSO FERRAND – *Responsabilidad... cit.*, p. 33 y sigtes., y 165 y sigtes.; MARIANO R. BRITO – *Responsabilidad extracontractual... cit.*, p. 130 y sigtes.; y JULIO A. PRAT – *Derecho Administrativo cit.*, tomo 4, vol. 2, p. 64.

de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”.

A partir de la lectura conjunta de ambas disposiciones, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración, no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en caso de actos personalísimos.²¹ Significa que, una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será ésta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, en base a un criterio definidamente subjetivo: debe haberse obrado con “culpa grave o dolo”, excluyéndose la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.

Sin embargo, recientemente se ha postulado aisladamente, sin respaldo jurisprudencial hasta el momento, que el particular damnificado puede optar por demandar directamente al funcionario y no al Estado o por demandar a ambos.²² Dicha posición se funda en que no puede inferirse del texto constitucional una suerte de inmunidad de los funcionarios públicos sino que, más bien, la eventual responsabilidad directa de los mismos frente a terceros es una cuestión no regulada por la Constitución.

2 – Responsabilidad frente a la Administración

La responsabilidad patrimonial del funcionario frente a la Administración a la que pertenece puede resultar comprometida cuando ésta debió indemnizar a un tercero por un daño causado

(21) Así: ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 659 y 668; DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad de la Administración...* cit., p. 277 y sigtes.; JULIO A. PRAT – *Derecho Administrativo* cit., tomo 4, vol. 2, p. 65; SERGIO DEUS – *Responsabilidad...* cit., p. 35 y 36; y FELIPE ROTONDO TORNARIA – *Responsabilidad del funcionario, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real* (F.C.U., Montevideo, 1996), p. 470 y sigtes.

(22) Así: MARTÍN J. RISSO FERRAND – *Responsabilidad civil de los funcionarios públicos, en Segundo Coloquio* (Edit. Universidad, Montevideo, 1995), p. 17 y sigtes.; y *Derecho Constitucional* cit., tomo III, p. 51.

por aquél en el ejercicio de la función, o cuando ésta resulta directamente perjudicada por el accionar funcional.

Respecto al primer caso, el Decreto del Poder Ejecutivo 701/991 de 23.12.91 dispuso en su art. 1º que “toda resolución que disponga el pago de indemnización por responsabilidad civil del Estado, ordenará, además, la iniciación, una vez que se cancele la obligación, del procedimiento administrativo a fin de determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o funcionarios públicos responsables del daño”.²³

Con relación al segundo caso, el art. 211, lit. C) de la Constitución comete al Tribunal de Cuentas dictaminar “en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad” al examinar las rendiciones de cuentas y gestiones de todas las entidades estatales.²⁴ Asimismo, el art. 213 alude a “las responsabilidades y garantías a que quedarán sujetos los funcionarios públicos que intervienen en la gestión del patrimonio del Estado” como materia a incluir en la Ley de Contabilidad y Administración Financiera. Consecuentemente, el Texto Ordenado de ésta²⁵ dedica el Título VI (arts. 119 y sigtes.) al tema de la responsabilidad funcional, incluyendo la patrimonial.

Más allá de tales disposiciones parciales, la solución de principio es que se compromete directamente la responsabilidad patrimonial del funcionario toda vez que se cause un daño al patrimonio de la entidad estatal.²⁶ En tal sentido, en materia financiero-contable, el mencionado Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) prevé que “la

(23) DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la Administración*, en Segundo Coloquio (Edit. Universidad, Montevideo, 1995), p. 146 y sigtes.

(24) CARLOS E. DELPIAZZO – *Tribunal de Cuentas* (A.M.F., Montevideo, 1982), p. 76.

(25) CARLOS E. DELPIAZZO – *TOCAF actualizado, anotado y concordado* (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), p. 54 y sigtes.

(26) DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la Administración*, en Tercer Coloquio (Edit. Universidad Montevideo, 1997), p. 155 y sigtes.; y FELIPE ROTONDO TORNARIA – *Responsabilidad del funcionario* cit., p. 474 y 475.

responsabilidad alcanza mancomunada y solidariamente a todos los que resuelvan, dispongan, ejecuten o intervengan en la formación de actos u ocurrencia de hechos” que se aparten de la normativa aplicable (art. 121), debiendo el jerarca respectivo promover el procedimiento de investigación que corresponda (art. 122), al cabo del cual, si no existieran responsabilidades, se archivará el expediente. En cambio (art. 129), si se hubiere configurado responsabilidad pero no hubiere perjuicio para el erario, se dispondrán las medidas disciplinarias adecuadas; y si se hubiere configurado responsabilidad y perjuicio, se adoptarán medidas disciplinarias y se promoverá acción judicial de reparación. “A los efectos de la acción civil – termina diciendo el art. 129 – el testimonio de la resolución administrativa y en coincidencia con el dictamen del Tribunal de Cuentas, constituirá presunción simple de la entidad del perjuicio a reclamar”.

Cabe agregar que “el cese de funciones no exime de responsabilidad civil al ex funcionario” (art. 126) y que “las responsabilidades específicas en materia financiero-contable y las civiles emergentes... prescriben a los diez años a contar de la fecha del acto o hecho que diera origen a las mismas” (art. 127).

V) **RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS**

A partir de la constatación de que en la concesión de servicio público se genera un entramado de relaciones jurídicas entre la Administración concedente y el particular concesionario, entre el concesionario y el usuario, y entre el concesionario y su personal,²⁷ es posible examinar la responsabilidad patrimonial del concesionario en el marco de cada una de las referidas relaciones, especialmente en las dos primeras – puesto que en la tercera primará el Derecho laboral – lo que no significa desconocer su obligación de reparar a terceros eventualmente dañados.

(27) CARLOS E. DELPIAZZO – *Manual de Contratación Administrativa* cit., tomo II, p. 75.

1 – Responsabilidad frente a los usuarios

Sin que éste sea el lugar para detenerse en la consideración de la naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario y el usuario – con indudables proyecciones en la cuestión de las responsabilidades involucradas – es posible afirmar que el incumplimiento o la defectuosa ejecución de sus obligaciones por parte del concesionario habilita al usuario a ejercer contra éste las acciones pertinentes de reparación del daño causado, sin perjuicio de acudir ante la Administración concedente reclamándole que ejercite sus potestades para obligar al concesionario a efectuar la regular prestación del servicio.²⁸

Este último aspecto aparece actualmente matizado por la creación de órganos u organismos reguladores²⁹ a los que se atribuyen funciones y competencias tutelares de los derechos e intereses de los usuarios.³⁰

En tal sentido, importa de modo especial la protección del usuario forzoso del servicio público concedido,³¹ en particular en lo atinente a la tarifa,³² pero también en otros aspectos de indudable trascendencia por los que puede ser llamado a responsabilidad el concesionario.³³

(28) MARIANO R. BRITO – *Concesión de servicio público*, en *Cuaderno de la Facultad de Derecho* (Montevideo, 1968), n° 22, p. 109 y sigtes.

(29) JUAN CARLOS CASSAGNE – *Los nuevos entes regulatorios*, en *Rev. de Derecho Administrativo*, Año 5, n° 14, p. 485 y sigtes.; y *Derecho Administrativo* (5. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), tomo II, p. 491 y sigtes.

(30) JULIO R. COMADIRA – *Derecho Administrativo* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), p. 217 y sigtes.

(31) AGUSTÍN A. GORDILLO – *Tratado de Derecho Administrativo* (4. ed., F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, p. XI-41 y sigtes.

(32) CARLOS MANUEL GRECCO – *Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario*, en *Rev. de Derecho Administrativo*, Año 2, n° 5, p. 481 y sigtes.

(33) JORGE SARMIENTO GARCIA – *Concesión de servicios públicos* (E.C.A., Buenos Aires, 1996), p. 125.

2 – Responsabilidad frente a la Administración

El apartamiento de cada una de las obligaciones asumidas por el concesionario frente a la Administración apareja su responsabilidad,³⁴ sea que la misma haya sido prevista y cuantificada en el contrato o no.

Demás está decir que también la Administración concedente será responsable frente al concesionario en toda hipótesis de daño causado por ella.

VI) RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA ACTUACION DE LOS CONCESIONARIOS

Resta por examinar la cuestión de si la entidad estatal concedente del servicio público puede ser llamada a responsabilidad por los particulares en virtud del daño ocasionado por el concesionario. Al respecto, es necesario explorar una interpretación evolutiva de la normativa constitucional examinada.

1 – Enfoque tradicional

Nuestra doctrina administrativista tradicional afirmó que la responsabilidad de la Administración consagrada en el art. 24 de la Constitución no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados.³⁵

“El precepto – se ha dicho³⁶ – no alcanza a los servicios públicos concedidos puesto que, si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del servicio, a lo sumo determina con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberá ajustarse el mismo”.

(34) CARLOS E. DELPIAZZO – *Manual de Contratación Administrativa* cit., tomo II, p. 83 y sigtes.

(35) ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 660.

(36) DANIEL HUGO MARTINS – *La responsabilidad de la Administración...* cit., p. 282.

2 – Nueva interpretación posible

Tras afirmar que el art. 24 no cubre la conducta de los concesionarios, el maestro Sayagués Laso reconocía que dicho precepto “permite la duda” y matizaba su conclusión de que el mismo sólo “alude a los casos de administración directa” de la siguiente manera: “salvo que el acto o hecho del concesionario hubiese sido facilitado, ordenado, permitido, etc. por la Administración; pero en estos casos la responsabilidad derivaría del acto o hecho imputable a ésta”.³⁷

Por su parte, el máximo comentarista de nuestra Constitución decía respecto a los reiteradamente citados arts. 24 y 25: “Podríamos preguntarnos si estas disposiciones comprenden incluso el caso en el cual los administrados reciben perjuicios por la gestión de empresas concesionarias de servicios públicos, es decir, cuando el servicio público no es cumplido directamente por personas públicas sino por empresas particulares que actúan en régimen de concesión”. Y contestaba tal interrogante afirmando que el art. 24 “trata de los daños que se causen a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección de las personas públicas. Este distinguo entre gestión o dirección de las personas públicas, podría también hacer suponer que el caso del daño causado por empresas concesionarias o por empleados de empresas concesionarias está comprendido en el régimen de responsabilidad”.³⁸

Por eso, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que “va a poder sostenerse con buen fundamento que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión pero sí bajo su dirección”.³⁹

(37) ENRIQUE SAYAGUES LASO – *Tratado...* cit., tomo I, p. 660, nota 4.

(38) JUSTINO JIMENEZ DE ARECHAGA – *La Constitución...* cit., tomo II, p. 315.

(39) JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO – *Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo* (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), p. 22.

Al respecto, cabe preguntarse si tal responsabilidad será directa o indirecta y, en su caso, si puede ser excluida por una previsión incluida en el contrato de concesión.

Sobre la primera cuestión, se ha sostenido que la entidad estatal puede ser llamada a responsabilidad subsidiariamente ya que no tendría sentido excluir al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del concesionario;⁴⁰ “el Estado es responsable subsidiario de las obligaciones contraídas por su contratista en la ejecución de la prestación, por estar involucrada una prestación de bien público, de la que no puede desentenderse aún cuando haya encomendado su gestión a un particular”.⁴¹

Según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España 13/95 de 18.05.95, la regla general que sienta el art. 96 es que el contratista está obligado a “indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. No obstante, la Administración debe responder directamente cuando los daños y perjuicios “hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden” de la misma, es decir, del ejercicio de sus potestades de “dirección” en la terminología utilizada por la Constitución uruguaya.

En rigor, a partir de que la relación primaria del usuario del servicio público es con el concesionario que lo presta, en principio debe responder éste en caso de daño, y sólo subsidiariamente la entidad estatal, sin perjuicio de que la responsabilidad de la Administración concedente o, en su caso, de los entes u órganos reguladores pueda verse comprometida por su propia conducta, lo que habilitará a los usuarios a demandarla directamente. Claro está que, en tales situaciones, el Estado no estará respondiendo por la actuación del concesionario sino por la suya, de conformidad con las reglas generales antes examinadas.

(40) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO – *Curso de Direito Administrativo* (5. ed., Malheiros, São Paulo, 1994), p. 485 y 486.

(41) ROBERTO DROMI – *Renegociación y reconversión de los contratos públicos* (E.C.A., Buenos Aires, 1996), p. 31 y 32.

Con relación a la segunda de las cuestiones planteadas, la eventual inclusión en el contrato de concesión de estipulaciones limitativas o eximentes de la responsabilidad patrimonial del Estado frente a terceros, no parece procedente por cuanto, por definición, el tercero – que es el usuario – no es parte en la concesión.⁴² En cambio, podrá ser válida entre concedente y concesionario la previsión de la repetición contra éste de lo que haya tenido que pagar aquél en determinados supuestos.

Todo lo antedicho resulta corroborado si se piensa en el servicio público en términos de prestaciones que hay que garantizar a los ciudadanos;⁴³ si se subraya el rol de la Administración concedente como garante, su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carecería de sentido que la Administración respondiese de su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo hiciere cuando actúa a través de un concesionario.⁴⁴

-
- (42) CÉSAR CHAVEZ – *Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos*, en *Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XIX, n° 224, p. 17 y sigtes.
- (43) GASPAR ARIÑO ORTIZ, JUAN M. DE LA CUETARA y JOSÉ LUIS MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ – *El nuevo servicio público* (Marcial Pons, Madrid, 1997), p. 158 y sigtes.
- (44) LUIS MORELL OCAÑA – *Curso de Derecho Administrativo* (Aranzadi, Pamplona, 1997), tomo II, p. 407.