



## La responsabilidad del Estado y los concesionarios de servicios públicos Por Natalia Tanno<sup>1</sup>

### I. Introducción

El presente trabajo se realiza a partir del dictado de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, que en doce artículos regula uno de los institutos que históricamente pedía a gritos consagración normativa. La norma representa un hecho trascendental, y como tal, ha despertado numerosos debates, siendo tanto cuestionada como venerada.

De su escaso articulado podría inferirse que muchas de esas críticas tienen basamento en una insuficiente regulación, y de hecho no podemos negar este punto. Basta con verificar que la misma ha omitido dedicarse a la responsabilidad legislativa, y apenas roza la responsabilidad judicial. Pero llamativamente, con estas críticas conviven las que se refieren al espacio dedicado a cuestiones, si se quiere, sobreabundantes, y que eventualmente -a partir de su redacción poco feliz- podrían aparejar problemas interpretativos. En otras -simples- palabras: muchas de las cuestiones que esperábamos encontrar no están, y nos encontramos con otras que, tal vez, no era necesario aclarar.

Voy a referirme concretamente al art. 6º, que establece que *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”*.

Es inevitable que este artículo me haga un poco de ruido, desde que el Estado tiene la obligación de control y regulación, y más aún si, ineludiblemente, lo relaciono con el – no tan lejano - accidente ferroviario de Once.

Si bien la consagración normativa de esta cuestión es novedosa, los debates en torno a la misma han acompañando desde antaño al instituto de la concesión de servicios públicos. Mi pregunta es: ¿Era necesaria esta aclaración? A futuro, ¿podría aparejar problemas de interpretación? ¿Por qué no se agregó que el Estado sí será responsable por los daños ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos cuando fuese consecuencia del ejercicio irregular del deber de control o regulación? ¿Debemos confiar en la “inocencia” de la legislación?

### II. El contrato de concesión de servicios públicos

Cassagne señala, al referirse al vínculo que une al prestatario del servicio público con el Estado, que los marcos regulatorios utilizan, indistintamente, la figura de la licencia y de la concesión.<sup>2</sup> El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos o la concesión de obra pública. Toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la administración trasfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece *iure proprio*. Cuando el objeto de contrato administrativo de concesión es un servicio público, su régimen se integra por un cúmulo de reglas fundamentales que le confieren rasgos típicos del derecho público al contenido y forma de las prestaciones a cargo del concesionario.

Por su parte, Balbín agrega que la figura de la concesión trae consigo la creación, por un lado, de un conjunto de principios y reglas llamados marcos de regulación de los servicios y, por el otro, instituciones especializadas con el objeto de regular y controlar los servicios públicos traspasados al sector privado y en especial garantizar los derechos de los usuarios, particularmente en el marco de los servicios prestados en condiciones de monopolio. Así, señala, el contrato de concesión genera derechos y obligaciones para ambas partes. Por un lado el concesionario debe: a) prestar el servicio de modo continuo y regular, garantizando el acceso general e igualitario de los usuarios, b) ejecutar el contrato por sí mismo, y c) cumplir con las prestaciones en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato. Los derechos de los concesionarios son, entre otros, el de obtener un beneficio económico razonable, sin perjuicio de que el riesgo empresario debe ser asumido por el concesionario, y el derecho de recomponer y rescindir el contrato en determinados casos.<sup>3</sup>

Por el otro, el Estado tendrá los siguientes derechos: a) regular el servicio y modificar el contrato con los límites del caso, b) aprobar las tarifas, c) controlar la prestación del servicio por sí o por medio de los entes reguladores. En este contexto el Estado puede aplicar sanciones y, en su caso, rescindir el contrato por incumplimiento del concesionario, d) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y e) en caso de monopolio, rescatar anticipadamente el servicio y revertir los bienes.

Lo expuesto nos permite advertir la complejidad que aparece un contrato de concesión, donde aparece el Estado, el ente regulador, la empresa prestadora y el usuario, con relaciones que se dan entre unos y otros, con derechos y obligaciones para todos.

### III. La responsabilidad en el marco de la concesión de servicios públicos

Entonces, con este esquema, determinar quién es el sujeto responsable cuando el daño es producido en el marco de la concesión de servicios públicos no parece tarea tan sencilla. Y esto porque muchas veces el daño no es el resultado de un hecho concreto, sino de varios hechos conectados entre sí.

En un destacado artículo, Monti<sup>4</sup> señala que en los distintos casos que se pueden presentar corresponde efectuar algunas distinciones, para lo cual es clave determinar: a) si se trata de daños inherentes a la existencia del servicio o daños que origina su prestación. Los primeros serán imputables al sujeto que ha decidido crear el servicio, en el caso el Estado, y

<sup>1</sup> Abogada, Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato Administrativo”, 3ra ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, págs. 160/161.

<sup>3</sup> BALBÍN, Carlos, “Tratado de Derecho Administrativo”, 1ra ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, Tomo II.

<sup>4</sup> MONTI, Laura, “La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos”, Servicio Público y Policía, dirigido por Juan Carlos Cassagne, 1ra ed., Buenos Aires, Universitas, 2006.

los segundos al gestor; b) cuál fue la relación o situación en cuyo marco el concesionario ha causado un daño. Si la situación o relación no está directamente vinculada con la prestación o gestión del servicio público, en principio responderá exclusivamente el empresario. Pero, en caso contrario, el gran planteo que se presenta es saber quién responde por los daños causados, si el Estado o el concesionario.

Sobre el tema, señala, existen dos posturas principales: 1) La responsabilidad es del Estado. Citando al Dr. Barra, quien entiende que en las concesiones se opera la delegación transestructural de cometidos, en cuyo marco el concesionario asume frente al usuario el mismo papel que le corresponde a la Administración concedente; 2) La responsabilidad es del concesionario. Porque el concesionario obra por cuenta y riesgo propios, y por su experiencia y calificación es lógico y normal que prevea las consecuencias lógicas y normales que pueden derivarse de la prestación del servicio. Porque no hay entre el Estado y el concesionario una relación que torne aplicable la teoría del órgano y con ello la posibilidad de que el hecho u omisión ilegítimos del concesionario se interprete como falta de servicio, o pueda serle imputable al estado.

Me tomo el atrevimiento de completar el cuadro expuesto, y complicarlo un poco más. Entonces, para determinar responsabilidades el análisis, entiendo, debería ser el siguiente:

- a) Determinar si se trata de daños inherentes a la existencia del servicio o daños que origina su prestación.
- b) Determinar cuál fue la relación o situación en cuyo marco el concesionario ha causado un daño.
- c) Determinar si el acto o la omisión del concesionario tiene conexión directa con la obligación de regulación y control estatal.
- d) Determinar si el Estado ha cumplido correctamente con la obligación de regulación y control.
- e) Determinar si el acto o la omisión del concesionario se encontraba dentro de las obligaciones determinadas en el pliego correspondiente.
- f) Determinar si el acto o la omisión que ocasionó el daño ha persistido en el tiempo, o se ha repetido de manera tal que era posible preverlo.

Y podría seguir, pero este esquema se plantea simplemente a los efectos de graficar la compleja tarea de determinar quién es el sujeto responsable en el marco de una concesión estatal.

#### IV. Conclusión

Uno de mis principales temores son los problemas interpretativos que la disposición bajo análisis puede traer. No quedan dudas de que la cuestión respecto a quién debe responder ante daños originados en la prestación de un servicio público que fue otorgado en concesión, no puede quedar reducida a un artículo redactado en esos términos, porque existen muchísimas situaciones que nos quedarían afuera. Esas situaciones que no están expresamente reguladas, ¿Serán igualmente interpretadas por un usuario, por el Estado o por el concesionario?

De la lectura de la norma surge que *“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos... cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”* (el resaltado me pertenece). ¿Existe acuerdo acerca de qué entendemos por “función encomendada”? Pienso que la imprecisión del término permitirá “jugar” con los límites de la responsabilidad según quien sea el encargado de interpretar.

¿Cómo se interpreta este Artículo en el marco de la tragedia de Once?

Volviendo un poco sobre lo dicho necesito dejar en claro una cosa: cuando existan perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos debemos mirar las dos caras de la moneda. Identificar cuáles eran las obligaciones de la empresa y cuáles eran las obligaciones del Estado. Las obligaciones de la empresa serán las que surjan del respectivo pliego,<sup>5</sup> de conformidad con las normas que regulan el contrato de concesión y los correspondientes marcos regulatorios. Dentro de las obligaciones estatales habrá que verificar, entre otras cosas, si se cumplieron con los controles necesarios o bien si los mismos, tal como están determinados, resultaban suficientes.

Lo cierto es que la atribución de responsabilidad al Estado por omisión o deficiente regulación no siempre es aceptada. Y con respecto a la obligación de control podemos tener, tal vez, criterios más objetivos a la hora de medir su ausencia o deficiencia, existen controles obligatorios, periódicos y preestablecidos, pero ¿Qué pasa cuando esos mecanismos de control establecidos son insuficientes?

En oportunidad de defender el proyecto de ley<sup>6</sup> se ha argumentado que el Estado no responde cuando la acción le es imputable a la función encomendada, pero va a responder cuando se demuestre que el Estado incurrió en falta de servicio, de acuerdo con el art. 3º de la Ley. Pero ¿Cómo sostenemos esto con las consideraciones que hemos expuesto? Es evidente que no será tan fácil responsabilizar al Estado por ineficiente regulación o control, y si no tenemos claramente definidos los límites de la “función encomendada” al concesionario.

Finalmente, y más allá de las muchas inquietudes planteadas, entiendo que la preocupación principal que subyace en este trabajo es la de pensar que, siendo el Estado el que fija las reglas de juego en el marco de una concesión de servicios públicos, dicte una ley que límite su responsabilidad o peor aún, que facilite la tarea de excluirla.

<sup>5</sup> CSJN, “Colavita, Salvador y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios” 07/03/2000. No puede atribuirse responsabilidad a la concesionaria vial por el accidente provocado por la presencia de animales sueltos en la ruta, en tanto no puede asumir frente al usuario derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, máxime si en el reglamento de explotación se había pactado que las funciones de policía de seguridad y de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública. La cláusula del Pliego de Bases y Condiciones para la concesión de Obras Viales que obliga a la concesionaria a “facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino”, debe interpretarse en el contexto de las obligaciones propias del concesionario en torno a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario. Es inadmisibles extender la responsabilidad del concesionario vial más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma -en el caso, se produjo un accidente provocado por la existencia de animales sueltos en el camino-, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza, en tanto el Reglamento de Explotación impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes a impedir la presencia de animales en el camino, erigiéndolos responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudiera causar.

<sup>6</sup> Dr. Sanmartino en Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales - Cámara de Senadores de la Nación.