

## EL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (\*)

por

*Felipe Rotondo* (1)

1. La concesión de servicio público configura un contrato, que contiene *normas de relación* que la administración puede incumplir; esas normas serán las que específicamente se tratarán aquí.

Corresponde tener presente, además, que la parte concedente es una entidad estatal que es responsable de la adecuada prestación del servicio público, sea cual fuere la forma en que éste se gestione, y por lo mismo, está regida por *normas de acción u organización*, cuya aplicación puede incidir en la relación contractual.

Esa aplicación puede provenir *directamente* del ente concedente o también de un *órgano regulador* (2), que puede pertenecer a una persona jurídica estatal diversa a la concedente. En este caso –entonces– cabe considerar las derivaciones de las conductas de más de una Administración Pública en relación al concesionario.

Enfocaremos el tema, como puede verse, siguiendo la distinción entre las normas de relación, que se dirigen –en lo que nos interesa– a *proteger la esfera jurídica del concesionario*, al establecer una conducta debida de la administración hacia aquél. Por otro lado las de acción u organización, que persiguen el interés público, sin tener un sujeto determinado como destinatario; ellas llegan también a conferir ciertas “potestades” a los propios concesionarios.

En muchas situaciones puede darse una interrelación o entremezclado entre los contenidos de estas normas de relación y de acción; de éstas surge lo que el Consejo de Estado francés denominó “poder dual” de la administración (3).

---

(\*) Exposición realizada en el V Congreso de Derecho Público del Mercosur. Buenos Aires, mayo 2003, con algunos ajustes de redacción.

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Agdo. de Derecho Administrativo

(2) En rigor, órgano administrativo de control. Las normas jurídicas en el sector provendrán de la ley y del decreto reglamentario del Poder Ejecutivo, sin perjuicio del dictado de instrucciones generales y normas técnicas por dicho órgano de control. Este no ejerce función jurisdiccional, si bien puede instar a que se acuda a un Tribunal arbitral y también, en vía administrativa, coadyuvar a la solución de problemas entre las partes del contrato o de éstas en relación con el usuario.

(3) Poder de actuar tanto en calidad de parte del contrato como de titular del poder reglamentario.

En todo caso, debe destacarse que el concesionario es un colaborador no desinteresado, que legítimamente pretende lograr la realización de beneficios. Tiene derechos y deberes, y la Administración debe coadyuvar a su realización, a través de medios económicos y jurídicos.

2. En nuestro país, entre las normas de organización, cabe incluir las constitucionales, las que si bien no contienen una única acepción de los términos “servicios públicos”, al referir a su prestación por intermedio del concesionario o empresa concesionaria, o en su caso, de un permisario en lugar de gestionarse por la entidad estatal, asume un concepto *estricto* de servicio público, tal como lo definió Sayagués Laso.

En ese sentido el art. 51 establece que las concesiones “*no podrán darse a perpetuidad en ningún caso*” y que “el Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, *condicionarán a su homologación el establecimiento y la vigencia de las tarifas*”.

3. El Maestro del Derecho Administrativo nacional antes citado definió el cometido de los servicios públicos “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” (4).

Al tratarse de un “*cometido propio*” del Estado que sustrae una actividad de la libertad de comercio e industria —que es de principio— se requiere ley (formal), para determinar que la actividad tiene ese régimen jurídico, el cual trata de asegurar la continuidad y regularidad de la prestación.

Precisamente el art. 65 de la Constitución establece, en este sentido, que “en los servicios públicos administrados *directamente o por concesionarios*, la ley podrá disponer (...) los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la *continuidad* de los servicios”.

También importa destacar su sujeción al *principio de igualdad* respecto a los usuarios, como manifestación del principio general de igualdad, además de ser inherente a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno, a los que se remite el art. 72 de la Constitución.

4. El concesionario es, en general, el particular que tiene a su cargo la ejecución del servicio público, pese a que la titularidad del servicio se mantiene en la órbita del concedente.

Sayagués define la concesión “como el acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la trasmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración” (5).

A partir de la reforma constitucional de 1967 también se habla de “*permisario*” de servicio público, categoría que en el caso del servicio público es la de un concesionario sin plazo, de carácter precario, cuyo permiso puede ser revocado en cualquier momento (6).

---

(4) Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo T. I Mdeo. 1963, N° 29, pág. 65.

(5) Op.cit., T.I N° 259, pág. 421.

(6) Horacio Cassinelli Muñoz, Derecho Público. Versión actualizada, Mdeo. 1999, pág. 341-343. Ello coincide con la noción doctrinal de que “el permiso importa una concesión de alcance restringido, ya que otorga derechos de menor intensidad y

### 5. A nivel legislativo también se habla de concesiones, en el sentido estricto anotado.

Por ejemplo, al fijarse bases de la “concesión” para líneas de ferrocarril ya en el siglo XIX (7); al regularse el servicio público de transporte de pasajeros en común, ómnibus (8) o más recientemente, en la ley que establece el “marco regulatorio del sistema eléctrico”, la que también refiera a “permisos” y “autorizaciones”, distinguiendo estos actos, según la naturaleza de la actividad de que se trate. Lo que es servicio público requiere concesión (9).

El término “*licencia*” se emplea, en general, como sinónimo a “autorización” o cercano a este acto, respecto a actividades que son de interés público, pero no servicio público en sentido estricto (10).

6. El principio fundamental es el de la libertad de industria y comercio, por lo cual “Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (arts. 7 y 36 de la Constitución de la República) o que *resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate*”, en términos de la ley N° 17.243 de 29-VI-2000, art.13.

Otras leyes, al tratar de esta situación, refieren a las “exclusividades legalmente dispuestas” (11).

El servicio público exceptúa, pues, la actividad del régimen de competencia inherente a la libertad.

7. En el Uruguay la concesión de servicio público es un contrato nominado que no tiene una regulación orgánica, a diferencia de la concesión de obra pública, por lo cual cobran relevancia los principios generales de la contratación, en especial los de buena fe y equidad, los pliegos de bases que determinan las reglas básicas sobre la prestación de los servicios (12) así como las normas que regulan la posición del concesionario.

---

mayor precariedad”. Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 4ª ed. Bs.As.1995, págs.-261-262, si bien se entiende que en el ámbito de las actividades en examen implica algo más que una “tolerancia”. Dada la precariedad y revocabilidad anotadas, no es preceptiva la homologación de las tarifas.

(7) Leyes Nos.859 de 4-X-1866 y 1371 de 27-XI-1877.

(8) Decreto-Ley 10.382 de 13-II-1943, art.28. En la Ley N° 2820 de 10-VII-1903, de Juntas Económico-Administrativas, se les asignaba el otorgamiento de “concesiones de tranvías”; por otro lado, “autorizar el establecimiento de teléfonos, alumbrado eléctrico, de gas y de cualquier otra luz, aguas corrientes y cloacas (...)” y de inmediato que las concesiones que hagan las Juntas serán sometidas a la aprobación legislativa”. Esos términos se reiteran en la Ley Orgánica Municipal 9515 de 28-X-1935, vigente, art.19 num.s.18 y 20; del mismo modo, en el Digesto Municipal de Montevideo, Art. D 741 . Su art. D 742 da a los permisos carácter precario y revocable.

(9) Ley N° 16.832 de 17-VI-1997, arts. 3 ord. 4 “A” y su decreto 22/999 de 26-I-1999, art.9. Por ejemplo, la instalación y explotación de grupos generadores y líneas de transmisión, interconectadas al Sistema Interconectado Nacional y también la importación y exportación de energía eléctrica, requiere autorización; el servicio público, relativo a transmisión, transformación y distribución, en cuanto se destine a terceros, para prestarse por particulares, exige concesión.

(10) Caso del decreto-ley 14.670 de 23-VI-1977 sobre radiodifusión o la ley 13.569 de 26-X-1966 y concordantes, sobre servicios de radioaficionados.

(11) Es el caso de la ley N° 17.296 de 21-II-2001, que crea la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, art.72 “d” y de la N° 17.598 de 3-XII-2002 que crea la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, establecen que las actividades se cumplirán con ciertos “objetivos”, entre ellos, “la promoción de la libre competencia”, agregando: “*sin perjuicio de los monopolios y exclusividades legalmente dispuestas*”.. Por su parte la ley N° 16.211 de 10-X-1991, art.30 prevé que “el Estado tomará las medidas jurídicas y prácticas pertinentes a efectos de: a) promover el ejercicio de la libertad de elección de los consumidores; b) evitar en todo caso la formación de monopolios de hecho (...); c) evitar la concurrencia desleal por el otorgamiento de subsidios, subvenciones u otras prácticas análogas, particularmente en perjuicio de oferentes nacionales; d) obtener niveles tecnológicos de excelencia (...)”.

8. Con respecto a esta posición, se tendrán en cuenta, como ejemplo, disposiciones que prevén que:

- a) “Los concesionarios de un servicio público podrán solicitar a la autoridad concedente la *imposición de una o más de las servidumbres administrativas*, en términos del Código de Aguas, art.124 (13).
- b) “*No podrá impedirse que funcionen, mientras permanezcan embargadas*, las cosas afectadas a un servicio público” (Código General del Proceso, art. 382).
- c) “Los concesionarios de empresas de utilidad pública que *den mérito a la expropiación, se sustituyen al Estado en los derechos que le son conferidos y en las obligaciones* que le son impuestas por la presente ley”(ley de Expropiaciones N° 3.958 de 28-III-1912) (14).
- d) “Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares (...)” el Ministerio de Trabajo podrá indicar “por resolución fundada dentro del plazo de 5 días a contar de la recepción de la comunicación, los servicios esenciales que deberán ser *mantenidos por turnos de emergencia*, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el lock-out, en su caso. (...) En caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las *medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad* de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes” (ley 13.720 de 16-XII-1968, art.4) (15).

9. La concesión de servicio público en nuestro país es un contrato y no un acto unilateral, con solicitud o aceptación del concesionario, como se configura en otro tipo de situaciones.

En ese sentido importa que la concesión es traslativa, incluye la “transferencia” de funciones pertenecientes a la administración, sin perjuicio de tener consecuencias económicas.

En tanto contrato, “forma una regla a la cual deben someterse las partes *como a la ley misma*”, según expresa el art. 1291 del Código Civil, recibiendo un principio de derecho, también de su rama pública. Por tanto, la fuerza obligatoria del contrato incide en concedente y concesionario.

Agrega que todos los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que *según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley*”. En el caso corresponde tener en cuenta

(12) El Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, que contiene disposiciones sobre los procedimientos de contratación del Estado y algunas otras sobre los propios contratos, prevé que los Pliegos de Condiciones deben establecer, como mínimo, “las condiciones esenciales y económico-administrativas del contrato y su ejecución”, “los efectos de la falta de cumplimiento del contrato y, en particular las penalidades por mora, causales de rescisión y la acción a ejercer con respecto a las garantías y los perjuicios del incumplimiento”, art. 44.

(13) De las señaladas en el art.115 de ese Código: acueducto, estudio, ocupación temporaria, depósito de materiales, etc., “según fuere necesario para el cumplimiento del objeto de la concesión (...)”.

(14) Esta disposición incide en otros temas que no corresponde tratar aquí. Si bien no habla de servicios públicos, enfoca a los concesionarios como sujetos de potestades así como de las obligaciones que derivan del ejercicio de aquéllas.

(15) Sobre este aspecto, véase Isabel *Amespil* y Alvaro *Richino*. Consideraciones sobre los Servicios Públicos Esenciales en la óptica del Derecho Administrativo, en Cuadernos N° 2, Rev. Jurídica Estudiantil, Mdeo. 1988.

que estamos ante un contrato cuyo objeto es la ejecución de un servicio público; tal naturaleza proyecta las correspondientes consecuencias conformes a los elementos establecidos por ese art. 1291, entre ellas cierta flexibilidad en la referida ejecución.

En todo caso, “el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes” (art. 1253 del antes citado Código).

Este contrato es bilateral o sinalagmático porque da lugar a obligaciones recíprocas entre las partes, entre las cuales existe un vínculo interdependiente.

Por otro lado es oneroso, en tanto las prestaciones que corresponde a cada parte, se consideran equivalentes, al momento de la celebración del contrato; a su vez, es conmutativo, ya que las partes, en ese momento, conocen la relación que existe entre aquéllas (16). También se destaca que tiene una ejecución sucesiva, la cual implica una colaboración por parte del concesionario hacia la entidad estatal concedente y, al fin, hacia los terceros usuarios del servicio (17).

**10.** El incumplimiento de la administración puede básicamente referir a las obligaciones contractuales que se considerarán seguidamente, aunque se anota que la concesión puede comprender un amplio contenido, sobre cuestiones económicas y técnicas.

Corresponde tener presente la regla de que los poderes que se transfieren así como los beneficios que se otorguen deben interpretarse restrictivamente, acorde a los principios de libertad y de competencia antes indicados.

Consideraremos las siguientes obligaciones de la Administración:

**10.1** *Respetar la prestación del servicio respectivo por parte del concesionario.* A este corresponde organizar los recursos necesarios para su ejecución, aportando capitales, equipos, tecnología y su riesgo empresario.

**10.2** *Facilitar el cumplimiento del servicio.* Por ello amparar al concesionario ante terceros que alteren la continuidad y regularidad de la prestación o realicen una competencia indebida, lo que sería especialmente relevante si la concesión se dio en exclusividad; entregarle los medios auxiliares que se acuerden, colaborar para que pueda concretar convenios con otras instituciones, dándole un respaldo institucional; contestar las propuestas del concesionario, etc.

En el contrato cabe establecer plazos al efecto del pronunciamiento o actuación de la administración.

Puede también acordarse la simultánea concesión u ocupación de bienes del dominio público, etc.

**10.3** *Coadyuvar al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato.* Ello a través de la contraprestación del usuario (precio, si el servicio es facultativo o tasa, si

---

(16) Jorge Sarmiento García. Concesión de servicios públicos. Bs.As. 1996, p. 61 expresa que “En la concesión, las ventajas o ganancias –que consisten en el derecho de explotación o de percibir las rentas- no dependen de un acontecimiento incierto; sin duda que existe incertidumbre respecto de las ganancias o entradas, pero no del derecho de percibir las mismas”.

(17) Estos caracteres son admitidos en general por la doctrina; en el Uruguay, por ejemplo, Carlos E. Delpiazzo. Contratación administrativa. Universidad de Montevideo 1999, p.386-387

aquél es obligatorio) y de otros beneficios económicos que pueda estipularse provenientes de la administración (subvenciones, adelantos, etc), los cuales se pondrán en relación a los costos a cargo del concesionario.

Las “tarifas” deben ser “*justas y razonables*”, con respecto al usuario, pero también del punto de vista del concesionario. Ya se vio que la propia norma constitucional impide dar libertad al concesionario para establecerlas; ellas no serán un elemento contractual puro, pero –por otro lado– resulta pertinente que el concesionario sea oído en el procedimiento de su fijación y se tenga en cuenta la adecuación de la tarifa a la realidad de la relación contractual (18) y, a la vez, al interés público. Ella debe reflejar costos pero también contribuir al “uso racional y eficiente de los recursos” (19).

Este último impide que el concesionario tenga derecho a mantener una tarifa que le produzca ganancias excesivas, no tenidas en cuenta al presentar la propuesta ni al contratar (20). Por otro lado impone la pertinencia de revisarla si se dan las circunstancias que lo determinan, siguiendo los criterios que emergen del contrato o de los Pliegos.

En el caso de que el contrato incluya *facultades modificativas* de la relación contractual a favor del concedente, ellas deben ejercerse razonablemente y de acuerdo al principio de la buena fe, a fin de no afectar la citada ecuación.

El consenso de las partes al respecto no puede llevar a modificaciones cualitativas, que cambien su esencia y lo transformen el contrato en otro, para el cual no se siguió, antes, el respectivo procedimiento (21)

10.4 *Respetar el plazo fijado en el contrato*. El plazo es una verdadera garantía que asegura al concesionario, en la medida de lo posible, el retorno de sus inversiones. Su término depende del interés público que se trata de lograr, de la importancia económica del servicio, de la cuantía de la inversión inicial y de las ulteriores que sean necesarias para su desarrollo y mejoramiento (22).

Vencido el plazo, es posible que el concesionario continúe de buena fe prestando a satisfacción el servicio, lo cual no implica tácita reconducción de la concesión, tal como ha entendido nuestra jurisprudencia, porque no existen concesiones implícitas (23).

Se suele esgrimir la potestad rescisoria unilateral de la administración, (el “rescate”) por razones de interés público, aún no estando prevista en el contrato o en la ley. Ello traslada la cuestión al ejercicio de prerrogativas extracontractuales, que se verán en el parágrafo 12.

10.5 *Respetar las cláusulas de preferencia o exclusividad*, las cuales requieren previsión expresa y deben interpretarse de modo estricto. En cuanto a la de “no mejores condicio-

(18) Por ejemplo, en el decreto 170/003 de 30-IV-2003, relativo a las tarifas de la concesión de transporte nacional colectivo de pasajeros por ómnibus, se toma en cuenta las variaciones en los precios de los insumos que afectan directamente los costos de la explotación, tratándose de “mantener el porcentaje de rentabilidad calculado”.

(19) El decreto 276/002 de 28-VI-2000, en materia de energía eléctrica –que se toma como ejemplo– refiere a esos rubros.

(20) Conf. Jorge Luis Salomoni, Teoría General de los Servicios Públicos, Bs.As. 1999, p. 373-375.

(21) Este criterio lo enfatiza Marçal Justen Filho, Concessões de serviços públicos. Sao Paulo 1997, p. 254-257.

(22) Términos del art. 119 del Código Aeronáutico.

(23) TCA sent. N° 424 de 7-XII-1987, la que agrega que no hay derechos implícitos nacidos de las concesiones. Anuario de Derecho Administrativo T. II, caso 369, Mdeo. 1988, p. 90

nes”, Sayagués entiende que resulta implícita a fin de no crear una situación de concurrencia desleal (24).

11. El incumplimiento de la administración concedente *no puede hacer exigible la ejecución del servicio por el concesionario, específicamente si aquél fuera grave*, creara una relevante dificultad o prácticamente una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, incidiera también gravemente, o se extendiera temporalmente sobre la ecuación económico-financiera.

En esos supuestos cabe la suspensión de la ejecución por parte del cocontratante (25) ya que no puede admitirse que cumpla a costa de cualquier sacrificio.

De persistir, correspondería la extinción del contrato, *por vía de acuerdo o mediante decisión jurisdiccional*, con la reparación de los daños y perjuicios, que “a no ser de los fijados por ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro de que le ha privado”, siempre que sean “consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento” de la administración (26).

Pueden darse situaciones que ameriten hacer valer de inmediato la rescisión; por ejemplo, el no respeto de cláusula de exclusividad.

En el contrato puede incluirse la cláusula arbitral (27).

Las reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducan a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieren ser exigibles (28).

12. La lesión del concesionario puede derivar, por otro lado, del ejercicio de deberes-poderes que las normas de acción otorgan a la Administración, en aras del interés público, lo que ha llevado a que este contrato fuera considerado más como “un procedimiento contractual” (29).

La aplicación correcta de esas normas puede dar lugar a reparación, como responsabilidad extracontractual. Puede existir, también, un ejercicio abusivo o arbitrario de esas potes-

---

(24) Op. cit. T. II, p.43-44.

(25) Criterio recibido en épocas recientes. Ejemplo, sentencia N° 807/997 del TCA, en relación a otro tipo de contrato. Tradicionalmente se entendía que no era viable la *exceptio non adimpleti contractus*.

(26) Arts. 1345, 1346 y concordantes del Código Civil; la segunda de esas disposiciones precisa que si la falta de cumplimiento no provino de dolo, el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato. Puede establecerse, asimismo, una cláusula penal.

Corresponde tener presente, también, el art. 1431: En todos los contratos sinalagmáticos, si no se pactó la condición resolutoria y una de las partes no cumple su “compromiso”, “la parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución del contrato, cuando es posible, o pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe reclamarse judicialmente; y según las circunstancias, pueden los Tribunales conceder un plazo al demandado”.

(27) Sayagués, op.cit. T.I, p. 544-545. tenía una opinión favorable ya que el arbitraje “no constituye un acto de disposición que requiera texto expreso”. El Código General del Proceso, art. 476 prevé que “no puede someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”, sin que surja una exclusión referente a los sujetos; por su parte, el Código Civil, art. 2152, que “las personas jurídicas”(se incluyen las estatales) sólo pueden transigir en conformidad a las leyes o reglamentos especiales que les conciernen”: no dice que sólo pueden transigir si esas normas las habilitan, sino en tanto lo hagan de acuerdo con las normas que les sean aplicables como personas jurídicas. Felipe Rotondo. Conciliación y arbitraje en los contratos administrativos. Anuario de Derecho Administrativo T.IX. Mdeo. 200 p. 77-79.

(28) Leyes N° 11.925 de 27-III-1953, art. 39 y 16.226 de 29-X-1991, art. 22.

(29) Eduardo Soto Kloss. La contratación administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del contrato. R.U.E.A. T. I Mdeo. 1979, p. 43.

tades, que legitime no sólo la reparación, sino también la nulidad de la respectiva actuación, específicamente del acto administrativo (unilateral) que les exprese.

Como ejemplo de las referidas potestades se mencionará:

12.1 *Potestad de dirección y control* de la prestación del servicio, en aspectos técnicos, comerciales y económicos.

Se trata de verificar esencialmente la adecuada ejecución del servicio y si el concesionario realiza las inversiones debidas. El contrato o los Pliegos pueden establecer indicadores objetivos al efecto porque, en rigor, también supone una facultad contractual, si bien la potestad de la administración al respecto constituye un deber por el interés público en juego.

Se da –asimismo- en lo que atañe al precio o tasa, a fin de determinar si sigue siendo el correcto, si se cumplen las normas tributarias, laborales, etc. por parte del concesionario.

Estas potestades no pueden impedir la ejecución del servicio por cuenta del concesionario, ni desnaturalizar el contrato (30), ni provocarle a aquél costos que afecten su posición como contratante.

12.2 *Potestad modificatoria*, para ajustar el servicio al interés público. En ningún caso puede llegar a alterar el *objeto contractual ni afectar la ecuación económico-financiera*.

En la legislación se prevé la posibilidad de aumentar o disminuirse por la administración –unilateralmente– “las prestaciones objeto de contratos”, *respetándose “sus condiciones y modalidades* y con adecuación de los plazos respectivos hasta ciertos *topes* (31). En todo caso rige el principio de “*intangibilidad de la remuneración*” (32).

12.3 *Potestad sancionatoria*, a través de sanciones pecuniarias, de suspensión de beneficios e incluso de disponer la caducidad de la concesión.

Con respecto a sanciones no previstas en el contrato o, en su caso, en los Pliegos de Condiciones o en la propia legislación, y más aún si se pretenden aplicar directamente por la administración, la cuestión es discutida.

Al respecto se tiene una opinión negativa; por otro lado, si se incide en un derecho fundamental del concesionario, como el de propiedad, se requerirá la actuación de juez (33).

12.4 *Prestación directa del servicio o a través de otros terceros*, lo que puede ser considerada una sanción.

(30) Conf. Mariano R. Brito. Concesión de servicio público, en Estudios de Derecho Administrativo Facultad de Derecho. U.de la República. Mdeo. 1968, p.83-84.

(31) Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), art. 63:  *aumentos hasta el 20% y las reducciones (rescisiones parciales), hasta el 10% del valor original*. Por encima se requiere el acuerdo de la otra parte; “en ningún caso los aumentos podrán exceder el 100% del objeto del contrato”.

(32) Nuestra Suprema Corte de Justicia ha dicho que “Cuando el Estado contrata con el particular debe ajustarse a los principios generales de la contratación, es decir, buena fe y equidad. No hay duda de que posteriormente podrá modificar las condiciones contractuales, en virtud del interés colectivo, si bien en todo caso, si actuando de tal modo alterara las bases económicas del contrato, es claro que deberá indemnizar al particular” (sentencia N° 157/998, caso 13.611 La Justicia Uruguaya, reiterado en sentencia 318/000).

(33) Conf. Susana Lorenzo de Viega Jaime. Sanciones contractuales, en “Contratación administrativa”, Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Mdeo. 1989, p.98, quien responde negativamente a la pregunta de si la Administración puede aplicar sanciones no previstas en el contrato, “porque se estaría violando el principio” del art. 1291 del Código Civil ya citado, “violando una regla de derecho”. Por cierto la administración podrá solicitar judicialmente la rescisión y reclamar daños y perjuicios.

También cabe en caso de interrupción de servicios públicos declarados “esenciales”, sin la prestación a través de turnos de emergencia, según legislación aplicable ya citada.

12.5 *Potestad rescisoria*, ante incumplimiento del concesionario o por razones de interés público.

En la primer situación, la jurisprudencia nacional afirma que ese interés no estaría suficientemente protegido si la administración debiera acudir al juez para que declarara el incumplimiento.

En la segunda situación, si la facultad no está prevista en el contrato, la cuestión se vincula con el respeto del plazo contractual antes señalado.

Sobre ello en la doctrina nacional no existe consenso. En posición contraria (34) se tiene en cuenta la admisión legal de las rescisiones parciales (según se vio en el parágrafo 12.2) y los principios que rigen la materia; que no se dan los supuestos de la teoría de los poderes implícitos, porque no es imprescindible (se puede acudir al juez para obtener el mismo resultado) y porque se violaría el contrato.

En esta posición, el acto unilateral de rescisión sería anulable por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y daría lugar a daños y perjuicios; podría irse directamente al reclamo de éstos, en base al actual art. 312 de la Constitución. También cabe solicitar judicialmente el cumplimiento, situación en que –cualquier juez– podría dejar de aplicar el acto administrativo unilateral de rescisión, “separable” del contrato y hacer cumplir éste.

En otra posición, en general admitida jurisdiccionalmente, se trata de una potestad lícita, que responde al interés público y que, por ello, no decae en virtud del contrato de concesión (35).

13. Para terminar digamos que en otra época se veía a la concesión de servicio público como una “introducción de un particular en la actividad que debía realizar un órgano público”, “un golpe que se perpetra contra el orden natural de las cosas, al decir de Cimballi (“Le Strade Ferrate”, Trat de Orlando T.VII, parte 1ª), cuando un particular realiza en nombre propio, pero a nombre del Estado, un servicio público” (36).

En un Estado personalista de Derecho, el orden natural de las cosas no lleva sino a situar el *centro del sistema en las personas* y, por lo mismo, el *servicio público concebido como tarea de titularidad del Estado deviene la excepción*.

---

(34) Augusto *Durán Martínez*. Ejecución de los contratos administrativos, en *Contratación administrativa*, cit., p.59 y sigs. Carlos E. Delpiazzo, op.cit., p.251-252.

(35) Mariano R. *Brito*. Extinción de la concesión, en *Aspectos administrativos en las Leyes de Urgencia y de Presupuesto*. Homenaje a H. Barbé Pérez. Mdeo. 2002, p.221. Cita jurisprudencia del TCA; véase también sent.243/997, Anuario de Derecho Administrativo T. VIII Mdeo. 2000, caso N° 303, p.410-411.

Al respecto se entiende que si no es una facultad contractual, la cuestión radica en concluir si da lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe (que supone la adopción de medidas lícitas) o, de otra manera, si se está ante una conducta ilícita, que viola reglas de derecho, en primer lugar las contractuales. Como decía Sayagués, op.cit., p.577, la indemnización “sería prácticamente la misma”, incluyendo daños y pérdida de ganancia. El tema es si cabe la anulación del acto administrativo unilateral.

(36) Bartolomé *Fiorini*. Noción funcional de la concesión, la autorización y el permiso, citado en dictamen del Fiscal Anbal Abadie Aicardi, La Justicia Uruguaya, T.XXVI, caso 3679.

Por ello procede tener presente el principio de la libertad de las personas en la actividad industrial y comercial y, por lo mismo, "la noción de la excepcionalidad de la presencia estatal en el servicio público en forma de empresa organizada", lo que no significa que el Estado deje de verificar la preservación del interés general o bien común en la prestación de los servicios (37), sino que exige un *Estado activo*, que preserve la calidad de éstos, con tarifas justas y razonables, *que dicte reglas básicas y controle, como "cometidos sustantivos"*, en los términos de la legislación uruguaya relacionada con la reforma del Estado.

(37) Conf. Mariano R. Brito. La desmonopolización de los servicios públicos prestados por el Estado. Anuario de Derecho Administrativo T. III Mdeo. 1990, p. 189-195.