

Título: Reflexiones acerca del ejercicio de los poderes normativos respecto de las concesiones y licencias de servicios públicos en una economía de mercado

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2006-58, 1029

Cita: TR LALEY AR/DOC/9775/2012

I. CONSIDERACIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO

1. Las funciones estatales de naturaleza económica: la economía de mercado

Es sabido que, en los países democráticos, el sistema económico que prevalece es el denominado "economía de mercado", el cual se caracteriza porque la propiedad de los bienes de producción, así como las principales decisiones relacionadas con el volumen de los bienes producidos y su precio, pertenecen y son adoptadas por individuos y empresas privadas.

Sin embargo, el Estado cumple el papel de garantizar el correcto funcionamiento del mercado mediante la supervisión de su funcionamiento a fin de evitar abusos y corregir los desvíos que ocasionan la llamada competencia imperfecta y los monopolios naturales o legales.

El desarrollo de las modernas concepciones provenientes de la teoría económica indica también la necesidad de incorporar a ella la regulación social. El problema es que, por lo común, dichas concepciones exhiben una gran orfandad, cuando no un desconocimiento acerca del grado de influencia que el derecho proyecta en el campo de la economía.

En ese contexto, en el que se lleva a cabo un proceso creciente de globalización, no existe gobierno alguno, por conservador que fuera, que no intervenga en la vida económica. Se ha desplazado así la "mano invisible" que guiaba al mercado (conforme a la conocida tesis de Adam Smith), por la "mano visible" del Estado, mal que nos pese en muchas ocasiones.

Así, el Estado moderno asume, además de las funciones clásicas (justicia, seguridad, defensa, salud y educación), unas funciones económicas acotadas por el principio de subsidiariedad (aunque de un modo bastante relativo y diverso según cada país), que procuran realizar el bien común, poniendo el acento en el conjunto de objetivos tendientes a mejorar el comportamiento general de la economía y mantener el equilibrio entre los distintos factores e intereses que confluyen en el mercado.

En ese escenario, el Estado moderno persigue, a través de sus poderes normativos, ejecutivos y judiciales, una tríada de fines que consisten, básicamente, en: a) aumentar la eficiencia, b) alcanzar la equidad social y c) promover la estabilidad y el crecimiento macroeconómicos.

De estas funciones, nos interesa, a los efectos de este análisis, la vinculada con la eficiencia. Aparte de la actividad tendiente disminuir las externalidades negativas (v.gr., contaminación ambiental) y la de suministrar los bienes públicos (que, en definitiva, son externalidades positivas) ya fueren en manos estatales o privadas una de las principales funciones económicas del Estado, derivada de la eficiencia, es la concerniente a la promoción de la competencia.

Y si bien la economía de mercado (que, en definitiva, termina siendo una economía social) se articula en los países avanzados del mundo, esta circunstancia no implica desconocer la existencia de fallas en el mercado vinculadas con las funciones antes señaladas. Tales anomalías se presentan en lo que respecta a los abusos de los monopolios o posiciones dominantes por parte de los agentes económicos, los fracasos en la tarea de reducir las externalidades negativas y la insuficiencia o ineficacia en la actividad de suministrar los bienes públicos (externalidades positivas que no se pueden comprar o vender) [\(1\)](#).

De ese modo, se advierte que se ha abandonado la clásica concepción basada en el laissez-faire, así como la economía autoritaria (sea ésta de matriz marxista, colectivista, nazi o fascista), para reemplazarla por una economía social de mercado que persigue las funciones indicadas a través del poder público sin resentir el ámbito reservado a la libre iniciativa de los individuos y empresas, ni los pilares de un capitalismo con sentido social [\(2\)](#).

Pero ello no configura, como pretende alguna corriente economicista, que se haya abierto paso a una suerte de economía mixta. En los hechos, frente a las fallas del mercado, ha tenido que intervenir el Estado en la economía para promover la competencia o actuar frente a la falta de cobertura de las actividades privadas.

2. La problemática del servicio público y las actividades de interés público frente a los poderes normativos

Sobre la base de lo expuesto, no es posible ignorar que, en el plano de la realidad, la mano del Estado

interventor siempre aparece en el mercado, bajo la común justificación de la defensa o promoción del interés público. El problema, como sucede en el campo limitado de los conocimientos económicos y políticos que imperan en la sociedad en un momento determinado, consiste en establecer por qué, cuando, cómo y para qué. Son cuatro interrogantes que marcan las fronteras entre los ámbitos privado y estatal.

Esa línea de frontera encuentra sus límites, en primer término, en el principio de subsidiariedad o suplencia, que predica la abstención en aquellos supuestos en que la iniciativa privada actúa de manera eficiente en el mercado sin afectar las libertades de los individuos y empresas, aunque, en su faz positiva, promueve la intervención estatal ante la falta o insuficiencia del sector privado, siempre que hubiera una concreta necesidad pública primordial que la justifique.

Un segundo límite se relaciona con la naturaleza de las actividades objeto de la regulación económica estatal. Mientras que en los servicios públicos que se prestan bajo formas de competencia imperfecta (monopolios naturales o concesiones de exclusividad), la regulación exhibe un mayor grado de prerrogativas estatales e intervencionismo para fijar las tarifas que abonan los usuarios, en otras actividades, como las llamadas de interés público; la regulación estatal es de menor intensidad y las transacciones que se realizan, particularmente la fijación de los precios de los servicios o productos, se determinan, en principio, en el marco de las libertades del mercado.

Sin embargo, desde la óptica de la técnica económica pura, la denominación de sectores desregulados que suele atribuirse a estos últimos no resulta siempre correcta, ya que, aun en la mayor parte de los casos, se encuentran sometidos a la regulación estatal, aunque de menor intensidad, cuando no se hallan vinculados o dependen para poder subsistir (en un régimen de libertad de mercado) de otras actividades sometidas a regulación (v.gr., la transmisión de datos o voces en la regulación de las comunicaciones).

Lo que sí resulta diferente es la trama de las relaciones jurídicas de prestación. Mientras en los servicios públicos que son aquellos que satisfacen una necesidad primordial de los habitantes, de naturaleza económica el vínculo es francamente contractual (se lo denomine licencia o concesión), en los otros supuestos actividades de interés público la relación jurídica de autorización (v.gr., actividad bancaria, regímenes de promoción industrial, etc.), aun cuando haya dos partes con voluntades coincidentes, en la formación del acto y sus efectos, si bien no se llega a configurar formalmente un contrato sino un acto administrativo bilateral, lo cierto es que no constituye un acto unilateral (3), guardando semejanza con el acuerdo de voluntades que está presente en todo contrato. La pregunta que cabe formular es: ¿Cuál de esas relaciones tiene mayor estabilidad?

La realidad es que tanto el servicio público como las demás actividades reguladas que no poseen esa naturaleza, deben soportar el peso de los poderes normativos del Estado en forma constante, con multiplicidad de fuentes, lo que suele afectar la estabilidad de los derechos nacidos de las concesiones, licencias y autorizaciones, alterándose de ese modo la seguridad jurídica (4).

En aquellos países en que existen sistemas basados en la dualidad (5) de fuentes (ley y reglamento), el problema asume contornos de mayor imprevisibilidad, habida cuenta de que, en gran medida, el ejercicio de los poderes normativos resulta discrecional y sólo encuentra límites efectivos en el principio de razonabilidad.

La cuestión que interesa resolver aquí no es tanto la concerniente a la ilegalidad normativa, que corre por otro plano, sino la generalización de una conducta (en constante aumento en algunos países) que se traduce en la mutación de las reglas del juego que regulan las relaciones bilaterales con el Estado, que éste introduce en los contratos o actos bilaterales de naturaleza administrativa, mediante el ejercicio de sus poderes normativos.

Las causas a que obedece este fenómeno, de variada especie, se encuentran motivadas, entre otras razones, por los cambios políticos o tecnológicos, las necesidades sociales, errores de la política económica, la corrupción y las fallas de mercado.

A ello se suma la crisis del contrato, frente a la soberanía de la ley, tema que trataremos seguidamente.

3. El avance del Poder Legislativo sobre los contratos públicos. La proyección de la potestad reglamentaria

La historia demuestra que la figura del contrato, en general, poseía una mayor estabilidad en el Antiguo Régimen que en el sistema que inauguró la Revolución Francesa. El respeto por los pactos, el cumplimiento de la palabra, que obligaba tanto al rey como a los súbditos (no obstante algunas desviaciones) era la regla común que todos los ciudadanos debían observar según un conocido principio: *pacta sunt servanda*.

La Revolución vino a romper esa situación de estabilidad de los contratos como consecuencia del dogma de la soberanía del Poder Legislativo sobre las relaciones convencionales. Ello implicó no sólo una modificación en el esquema de poderes, sino que también colocó a la ley por encima del contrato, haciendo posible la continua alteración de la fuerza obligatoria de los contratos.

Si bien no es éste el lugar para hacer el análisis de las complejas relaciones que existen entre la estabilidad y la Revolución, así como de sus efectos en el plano contractual, resulta evidente que el Código Napoleón, al cristalizar la potestad legislativa en un Código orgánico, sistemático y destinado a perdurar en el tiempo, trató de crear un nuevo escenario de estabilidad contractual y, por ende, de seguridad jurídica (6). De ese modo, quedaron sentadas las bases para generalizar el desarrollo del capitalismo en el siglo XIX, al menos en Europa continental, puesto que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos los pactos gozaron, en principio, de una gran estabilidad.

Sin embargo, nuevas situaciones económicas y sociales llevaron al legislador a dictar leyes que afectaron los contratos aun con obligaciones en curso de ejecución, ya fuera en forma retroactiva o sólo para el futuro. A su vez, el auge que asumió el desarrollo de la potestad reglamentaria sobre el contratista público durante el siglo XX planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los cocontratantes privados.

Dicho proceso dio nacimiento, en el campo de la contratación administrativa, a una serie de teorías y de principios que procuraron paliar los desequilibrios producidos en la economía de los contratos por actos generales del poder público. Así, después de imponerse la teoría del "hecho del príncipe" (7) se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y, finalmente, empiezan a vislumbrarse los problemas que plantea la incidencia de la potestad reglamentaria respecto de los contratos administrativos, fenómeno advertido ya por la doctrina clásica sobre la concesión de los servicios públicos (que la dividió en una faz reglamentaria y otra contractual) (8) pero no suficientemente estudiado en la evolución posterior de la teoría del contrato administrativo.

Va de suyo que, con el advenimiento del constitucionalismo, el ejercicio de la potestad reglamentaria se subordina siempre a la Constitución y a la ley que le marcan sus límites.

En tal sentido, se va conformando un conjunto de principios jurídicos que actúan como límites del poder (tales como el de no alterar la esencia de los contratos, la garantía de no expropiar derechos contractuales sin previa declaración de la utilidad pública [art. 17, CN] y el de no afectar la ecuación económico-financiera de los contratos sin compensación, con derecho a rescisión por parte del contratista, la irretroactividad, etc.). Ellos vinieron a proporcionar seguridad jurídica, contribuyendo a la estabilidad contractual, y aunque no todos se encuentren actualmente recepcionados por el derecho positivo, resulta evidente que, de pretender mayores inversiones y crecimiento económico, tendrían que ser incorporados en los futuros ordenamientos.

II. LA ESTABILIDAD DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EMERGENTES DE LAS CONCESIONES Y/O LICENCIAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Excurso sobre la tensión entre la soberanía de la ley y el principio pacta sunt servanda

Hasta qué punto se mantiene vivo y latente el conflicto entre la soberanía del legislador y la regla de que las cláusulas convencionales deben respetarse y cumplirse como si fueran la misma ley (pacta sunt servanda), es algo que hasta el observador menos informado puede llegar a comprobar, habida cuenta de que el Poder Legislativo ha avanzado excesivamente sobre los derechos emergentes de los contratos, abandonando el carácter abstencionista y discontinuo que configuraba su situación en los primeros tiempos del constitucionalismo. Aun cuando en las economías de mercado la intervención se oriente, fundamentalmente, a promover y garantizar la competencia, lo cierto es que los poderes normativos se ejercen hoy en día con mayor intensidad y permanencia.

En tal sentido, el proceso intervencionista vino a hacer realidad el gran cambio que introdujo la Revolución Francesa, al consagrar la primacía de la ley sobre el contrato (Bentham) como producto de la voluntad general (Rousseau), considerada como voluntad soberana e infalible del pueblo. En términos reales, la operación revolucionaria fue un proceso que, bajo la apariencia de proclamar la soberanía del pueblo y la de la Nación, sustituyó la primacía del derecho natural por la soberanía ilimitada del Parlamento.

Ese proceso que, como se ha observado desde los comienzos de la Revolución Francesa (9), pudo haberse llevado a cabo en forma evolutiva dentro del marco de equilibrio que impone la doctrina de la separación de poderes, con menos costo de vidas y de sacrificios económicos, implicó el quiebre de la prevalencia del contrato y la subordinación de éste a las leyes. La idea era afirmar el predominio de la igualdad (principio caro a los revolucionarios) sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos y las tradiciones y privilegios del Antiguo Régimen.

Es decir que, como se ha advertido aun desde la óptica de la doctrina española más autorizada (10), la Revolución Francesa produjo un giro de ciento ochenta grados al legitimar los cambios legislativos que incidían sobre las situaciones contractuales anteriores.

En esa línea de atenuación del poder absoluto del Parlamento (limitado sólo nominalmente por el derecho de

veto del rey) se inscriben tanto el reconocimiento del poder reglamentario vinculado con la ejecución de las leyes que incluso se extiende al llamado reglamento autónomo (de origen monárquico) como la codificación de las leyes. Este último proceso, fundado en la idea de agrupar en un solo cuerpo todo el conjunto de la legislación, principalmente civil y penal, con fundamento en la igualdad, vino en realidad a encapsular el derecho positivo vinculado a las personas y a los bienes, contribuyendo a la estabilidad de las relaciones jurídicas contractuales al consagrarse el principio *pacta sunt servanda* como ley especial. Al propio tiempo y en orden sucesivo, surgieron construcciones jurídicas que procuraron atenuar la rigidez de la supremacía de la ley sobre el contrato (v.gr., derechos adquiridos, irretroactividad de la ley, principios generales del derecho, el hecho del príncipe y la responsabilidad del Estado legislador, entre otros).

No obstante que calificados autores hoy continúan defendiendo a rajatabla el principio de la soberanía de la ley (11) prácticamente quebrado en Europa por obra del derecho comunitario, en el que gran parte de la normativa emana de un órgano común (la Comisión) de carácter ejecutivo y no parlamentario y que otros siguen aferrados a la antigua concepción de los derechos adquiridos, lo cierto es que la clave para resolver este conflicto se encuentra en un punto distinto que apunta más a la constitucionalidad y a la justicia de las leyes y a la protección de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos, antes que a la intangibilidad de estos últimos, como se verá seguidamente.

2. La concepción de los derechos adquiridos y el principio de irretroactividad de las leyes en el derecho argentino

En nuestro ordenamiento, la cuestión inherente a la aplicación de las leyes con relación al tiempo constituye una materia tradicionalmente legislada en el Código Civil, sin perjuicio de la primacía que tienen sobre ellas los principios y normas constitucionales (12).

La conclusión que se desprende de la normativa y realidad argentina, desde la sanción de la Constitución de 1853, es que la ley no constituye el centro del sistema jurídico, sino la Constitución, lo cual implica reconocer que ella ha perdido la característica de norma soberana superior e infalible, hallándose sometida al control de constitucionalidad a cargo de la justicia federal (13).

En este contexto, el Código Civil recogió el principio del *pacta sunt servanda* estableciendo que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (14).

Pero, por otro lado, consagrando una constante jurisprudencia de la Corte Suprema, apoyada por un sector de la doctrina, la reforma introducida en el año 1968 al Código Civil introdujo los criterios básicos a regir en el problema que plantea la aplicación de la ley con relación al tiempo. Art. 3º, CCiv., superando la concepción de los derechos adquiridos. Una crítica a esta teoría hizo en su momento BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", ED 28-6. por la intangibilidad de los derechos amparados por garantías constitucionales, lo que no implica sentar, de un modo absoluto, la regla de la intangibilidad de los contratos administrativos que vienen a tener una protección indirecta.

El sistema legal instrumentado se apoya en tres reglas básicas, a saber:

a) Las leyes se aplican, a partir de su vigencia, a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes.

Ello significa que, salvo que las consecuencias de las relaciones jurídicas se hubieran consumado o perfeccionado, la aplicación de la ley opera en forma inmediata sobre las relaciones que fluyen de un contrato, no considerándose, en principio, su efecto aplicativo un supuesto de retroactividad.

b) No tienen efecto retroactivo, sea o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Esta regla estatuye el principio de la irretroactividad de la ley, que en nuestro derecho tiene base legal y no constitucional (15), salvo que se prescriba lo contrario.

Al respecto, importa precisar que la retroactividad de la ley en el derecho administrativo se produce cuando:

(i) Se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación jurídica administrativa (unilateral o bilateral, en su formación y efectos) ya constituida o extinguida.

(ii) Se atribuyan distintos efectos al acto administrativo originario, ya sea que se trate de un acto unilateral o de un contrato administrativo.

(iii) Se reconozcan efectos anteriores a un acto sujeto a aprobación (16).

Al respecto, corresponde puntualizar que de modificarse, en forma preceptiva, reglas anteriores (de origen legal o reglamentario) que pasaron a formar parte de los contratos y al derogarse cláusulas particulares pactadas en los contratos existentes en curso de ejecución (en forma expresa o implícita, por su incompatibilidad con las

nuevas normas), la ley nueva tendrá efectos retroactivos.

c) La retroactividad establecida por la ley en ningún caso puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Frente a la posibilidad de que la ley tenga efectos retroactivo el art. 3º, CCiv., con propósitos meramente didácticos, prescribe lo que resulta obvio: que la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

3. Naturaleza de los derechos contractuales que emanan de las concesiones y/o licencias de servicios públicos y la posibilidad constitucional de su sacrificio. La estabilidad de los contratos y los derechos de los contratistas privados

Conforme a una arraigada jurisprudencia, los derechos contractuales que poseen los concesionarios y/o licenciarios de servicios públicos constituyen verdaderos derechos de propiedad protegidos por la garantía constitucional que consagra el art. 17, CN, en los siguientes términos:

"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Ahora bien, el concepto constitucional de propiedad [\(17\)](#), de acuerdo con el leading case de nuestra Corte Suprema [\(18\)](#), ha sido definido de esta manera: "...el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17, CN, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura) o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de los particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz, electricidad, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17, CN, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio (...) el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones".

A la vista de dichas cláusulas constitucionales y de las definiciones de la jurisprudencia, es evidente que la sanción de una ley que privase a las empresas de derechos contractuales que integran sus patrimonios, sin declaración legislativa de utilidad pública ni previa indemnización (antes bien recortando las posibilidades de los contratistas a una reparación integral) En contra de la solución existente en otros países, como Francia, véase: LAUBADERE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVÉ, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª ed., t. II, LGDJ, Paris, 1984. debería reputarse francamente inconstitucional.

Obsérvese que en el caso se operaría una alteración definitiva del contenido de los contratos afectando retroactivamente y en forma imperativa relaciones jurídicas constituidas con anterioridad, que se encuentran en curso de ejecución.

Y si bien no existe en nuestro ordenamiento el derecho a la estabilidad de los contratos frente a las leyes, no resulta constitucional imponer a los contratistas del Estado un cambio en las condiciones de los contratos que afectará sus derechos de propiedad sin cumplir con los requisitos constitucionales. Lo que el proyecto precisa prever, entonces, para ser constitucional, es la declaración de utilidad pública del sacrificio de los derechos patrimoniales de los concesionarios y/o licenciarios y un sistema para fijar la previa indemnización (si no se opta por mantener el que rige para la Ley Nacional de Expropiaciones).

En cualquier caso, el sacrificio de los derechos patrimoniales de los concesionarios y/o licenciarios debe compensarse con una previa e integral indemnización, ya sea que la ley sea reputada inconstitucional o constitucional, ya que en la Argentina se reconoce, en ambos supuestos, la responsabilidad del Estado legislador, tanto en la doctrina [\(19\)](#) como en la jurisprudencia de la Corte Suprema [\(20\)](#).

En definitiva, más que una situación en la que se protege la estabilidad contractual frente a los cambios legislativos o de un supuesto configurador del *factum principis*, de lo que se trata, no es de la intangibilidad de los contratos, sino de la de los derechos patrimoniales que surgen de ellos en la medida en que se encuentran amparados por garantías constitucionales.

Los derechos emergentes de una concesión se encuentran tan resguardados por las garantías prescriptas en la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio, protegidos, sobre todo, por la

garantía de inviolabilidad de la propiedad (art. 17, CN).

Ello es lo que surge de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema (21). En tal sentido, autorizada doctrina vernácula ha dicho que "si se impone la modificación del contrato y ello implica una alteración de las bases financieras de la concesión en perjuicio del concesionario, la causa de utilidad pública justifica esa modificación, pero mediante justa indemnización. La intangibilidad no protege la intangibilidad de los pactos, sino la incolumidad del patrimonio en sentido general, es decir, de la propiedad (art. 17), cuando éste sufre disminución particular o especial por utilidad pública" (22).

En resumidas cuentas, lo intangible no son los contratos, sino los derechos patrimoniales, aunque a través de la protección de éstos se proteja también, indirectamente, la estabilidad contractual. Los derechos contractuales pueden comprimirse por razones de emergencia pública a condición de que ésta sea transitoria y no aniquile o destruya los derechos, porque cuando esto ocurre, se configura una suerte de confiscación patrimonial prohibida expresamente por la Constitución, como acontece en todos los países civilizados.

Si el Estado quisiera llevar adelante el cambio de las reglas establecidas incidiendo sobre los contratos celebrados y no hubiera acuerdo con los concesionarios y/o licenciarios, la única vía jurídica posible e idónea que corresponde es la expropiatoria, respetando las garantías constitucionales y siguiendo el procedimiento previsto en el art. 17, CN.

4. Subsistencia de la renegociación de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos

De cara a la crisis económica y social que se produjo a fines del año 2001, el Congreso acudió a los poderes de emergencia que, en forma excepcional, puede utilizar para comprimir transitoriamente los derechos de los contratistas sin quebrar las garantías protectoras de la propiedad que consagra la Constitución en su art. 17. El instrumento utilizado consistió en el dictado de la ley 25.561 y de un conjunto de normas volcadas en decretos y resoluciones ministeriales que reglamentó el proceso de renegociación contractual con las empresas titulares de contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos (23).

Autorizada doctrina justificó, en su momento, la necesidad de proceder a la recomposición de los contratos puntualizando que "no habrá otra actitud por parte de la Administración Pública, ya que no es posible ignorar el impacto que pueden ocasionar algunos de los componentes inevitables que la crisis ha traído consigo..." (24).

Sin embargo, lo acontecido a posteriori en la economía nacional ha generado un problema jurídico no menor al desaparecer las causales que generaron la situación de emergencia (v.gr., devaluación monetaria, déficit fiscal, abultada deuda pública externa e interna, bajos salarios, etc.), sin haberse recompuesto o renegociado, en su totalidad, la mayor parte de los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios públicos.

Con todo, la subsistencia del proceso de renegociación no concluido encuentra su justificativo en una doble necesidad jurídica. En primer lugar, se trata de preservar la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, lo cual traduce el cumplimiento de un mandato constitucional específico (25). A su vez, dado que el Estado tiene la obligación de recomponer el contrato alterado por el *factum princeps*, resulta evidente que para cumplir con el deber de restablecer la respectiva ecuación económico-financiera de cada acuerdo contractual la Administración (con fundamento en el art. 17, CN) puede apelar tanto a la potestad tarifaria que posee conforme al ordenamiento general o sectorial vigentes o bien al cuadro de prerrogativas y obligaciones establecido en los contratos singulares, como a las facultades que emergen de la competencia que le atribuye la ley 25.561 que, en tal sentido, conservan una suerte de ultractividad en la medida que no sean potestades privativas del Congreso fundadas exclusivamente en la emergencia como derecho extraordinario (26). El paralelismo de esta solución interpretativa se extiende también a los requisitos formales establecidos (v.gr., aprobación del Congreso) que pasan a ser opcionales para la Administración, teniendo en cuenta que la Administración igualmente estaba constitucional y legalmente habilitada para renegociar los contratos, aun cuando no se hubiera dictado la legislación de emergencia (27).

También resulta opcional para la Administración el recaudo de la audiencia pública, la que sólo resulta imperativa cuando una norma legal expresa lo prescribe. La opinión contraria, basada en el art. 42, CN, no parece encontrar apoyo en el texto del propio precepto constitucional que se refiere genéricamente al derecho de participación y/o de información sin referirse a ella ni prescribir que tal requisito sea de cumplimiento obligatorio, máxime cuando pueden protegerse los derechos de los usuarios con otras técnicas más imparciales y eficientes, como la consulta pública.

De todas maneras sería conveniente que, para brindar mayor seguridad jurídica, a prestadores y usuarios, el Congreso dictase las normas que clarifiquen las cuestiones indicadas precedentemente con el objeto, además, de no producir un innecesario dispendio jurisdiccional.

III. CONCLUSIONES

La estabilidad de las instituciones va casi siempre de la mano de la seguridad jurídica. Ello implica el mantenimiento de una situación de relativa estabilidad de los ordenamientos positivos básicos que rigen en una comunidad determinada las actividades primarias, particularmente las relacionadas con las organizaciones empresarias privadas, que son algo así como el motor que mueve el sistema capitalista en un escenario competitivo.

En efecto, sin el desarrollo extraordinario del fenómeno tecnológico aplicado a la industria y servicios, el capitalismo moderno no podría sobrevivir. Pero tampoco traería mayores ventajas a los consumidores si el Estado o el sector privado no dedicaran gran parte de las acciones que realizan a la educación y formación del conocimiento de las personas que habitan los países.

El dictado de un régimen tendiente a regular los servicios públicos de competencia nacional debería ser un atractivo para las cuantiosas inversiones que precisa el país para su crecimiento armónico, dentro de las reglas que predeterminan el funcionamiento del Sistema de Economía Social de Mercado, con reglas claras y flexibles que, a modo de directivas generales, no excluyen la regulación específica y detallada que requiera cada sector. Hay que alentar el proceso de inversión y la confianza de los prestadores en el sistema económico que nos rige, en el que no puede desconocerse que se han producido adelantos considerables, particularmente en la superación del déficit fiscal y en el orden impuesto a los gastos de las provincias, aunque en otros aspectos haya prevalecido una visión estatista.

Lo ocurrido en la segunda mitad del siglo pasado hasta la década de los noventa constituye una demostración realista de lo que podría llegar a ocurrir si se abandona el principio de la gestión privada de los servicios públicos y actividades de interés público sustituyéndolo por la presencia del Estado como gestor de las respectivas actividades. El cuadro que, lamentablemente, caracterizó ese largo período de nuestra historia, con mucha gente que no podía acceder a un simple teléfono básico, cortes periódicos en los suministros de luz, gas y agua, a los que se añadía el estado deficiente de las principales rutas y autopistas, así como del transporte y del servicio aeroportuario, no sería bueno que se repitiera, sin perjuicio de la función supletoria que debe cumplir el Estado para satisfacer necesidades básicas de la población frente a la ausencia del sector privado. Podrán florecer nuevos negocios alrededor de los servicios en manos del Estado, pero será muy difícil que se realicen en beneficio de los usuarios y que no terminen generando los acostumbrados déficits de explotación que todos los contribuyentes terminan financiando a través del aumento o la creación de nuevos impuestos.

Por otra parte, a la luz de las experiencias que exhibe el mundo globalizado, se impone una regulación que contenga principios flexibles, los cuales son los mejores estímulos para promover una gestión eficiente de los servicios, procurando la automaticidad de los controles y evitando la discrecionalidad y los conflictos innecesarios.

Porque, aun aceptando que hubiera habido un escenario de corrupción en el Estado y en las empresas privadas en el pasado reciente, resulta injusto efectuar generalizaciones colectivas o individuales. El remedio está siempre en la corrección de las irregularidades, antes que en el cambio radical del sistema que nos conduzca a un modelo autárquico que, a la corta o la larga, afectará nuestro crecimiento y la cultura de nuestro pueblo.

Como lo hemos puntualizado anteriormente [\(28\)](#), es posible que la dinámica de las nuevas circunstancias demande respuestas creativas para cada sector, pero el remedio para corregir esas situaciones no hay que buscarlo por el lado de las reformas legislativas que se imponen unilateralmente a los prestadores. Se encuentra en el proceso de renegociación y en la razonabilidad del ejercicio de los poderes normativos, ya que la vía del equilibrio, respetando los intereses de los usuarios, de las empresas y del Estado. Pensamos que, con la mira puesta en el bien común para alcanzar el bienestar general de nuestros ciudadanos, lo expuesto representa la mejor solución para lograr un marco jurídico estable y, sobre todo, justo.

(1) Interesa destacar que el concepto de bien público en la ciencia económica es mucho más amplio que el de bienes del dominio público que se utiliza en Hispanoamérica y Europa continental, pues si bien los bienes están fuera del comercio y persiguen fines de utilidad común en ambos casos, los llamados bienes públicos económicos comprenden no sólo las cosas o derechos como bienes abstractamente considerados, como valores intangibles (v.gr., educación) que precisa una sociedad para desarrollarse con eficiencia; para un enfoque económico, véase OLIVERA, Julio H. G., "Globalización, crecimiento económico y bienes públicos", separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLIX, segunda época, nro. 42, La Ley, Buenos Aires, 2004, y desde el punto de vista del derecho público, MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 3ª ed., t. V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 98 y ss.

(2) Ampliar en SÁNCHEZ, Alberto, "Los servicios públicos y la economía de mercado", en AA.VV., Servicios públicos, IEDA, Diké, Mendoza, 2001, ps. 318 y ss. Este autor, que sustancialmente comparte las ideas del

texto, recoge, entre otras, dos trascendentes citas de la Carta Encíclica de Juan Pablo II, Centesimus Annus (parágs. 34 y 42).

(3) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Servicios públicos, regulación y renegociación, escrito en colaboración con el autor, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 104, asimila la regulación de los servicios públicos a un contrato.

(4) RIVERO ORTEGA, Ricardo, Introducción al derecho administrativo económico, 2ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2001, ps. 55/56.

(5) Véase, PERRINO, Pablo E., "El principio de legalidad y ordenamiento jurídico de la libertad económica", en AA.VV., VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, t. II, Funeda, Caracas, 2005.

(6) Como la Revolución Francesa provocó la ruptura de los lazos interindividuales de la sociedad, fue necesario que el Código Civil restableciera la fidelidad de los contratos, además de otras instituciones fundamentales. Tal fue el sentido que tuvo la regla establecida en el art. 1134, CCiv. francés (similar a nuestro art. 1197), que lejos de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad, estableció positivamente el antiguo pacta sunt servanda, asignándole la jerarquía de ley especial entre las partes signatarias del acuerdo; ampliar en MARTÍN, Xavier, "Fundamentos políticos del Código Napoleón", en AA.VV., La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón, t. I, Educa, Buenos Aires, 2003, ps. 157 y ss.

(7) Esta teoría vino a compensar el ejercicio del ius variandi; ver, por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 10ª ed., t. I, Civitas, Buenos Aires, 2000, ps. 733 y ss.

(8) Para Marienhoff, uno de los pocos juristas que abordó este tema, la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., 2ª ed. actualiz., t. III-B, 1978, ps. 595 y ss.

(9) BURKE, Edmund, "Reflexiones sobre la Revolución Francesa (1790)", versión española publicada en el libro Textos políticos, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, ps. 38 y ss.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, REDA, Año 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, ps. 1 y ss., especialmente ps. 17/23; ver también, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, t. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, ps. 148 y ss.

(11) Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El principio...", cit., ps. 17/23.

(12) Art. 31, CN.

(13) A diferencia de los sistemas europeos que, tardíamente, instrumentaron el control de la constitucionalidad de las leyes, los sistemas americanos (como el nuestro y el de los Estados Unidos) lo consagraron desde los comienzos del constitucionalismo.

(14) Art. 1197, CCiv.

(15) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., 4ª ed., t. I, cit., 1990, ps. 220, y ss.; ARECO, Juan S., La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, ps. 158 y ss.

(16) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, 7ª ed., t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 236.

(17) Ampliar en SACRISTÁN, Estela B., "Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de servicios públicos", Debates de Actualidad, revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, julio-octubre 2003, Año XVIII, nro. 191, Buenos Aires, 2003, ps. 15/35.

(18) "Bourdié, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital Federal", Fallos 145:307 (1925).

(19) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., 6ª ed., t. IV, Cit., 1997, ps. 776 y ss.

(20) "Corporación Cementera SA v. Provincia de Mendoza", Fallos 262:22 (1965), y "Garbarini de Cima, Corina y otro v. Provincia de Corrientes", Fallos 297:161 (1977).

(21) "Bourdié, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital sobre devolución de sumas de dinero", Fallos, 145:307 (1925); ver también "Gutiérrez, Gregorio v. Cía. Hispano Americana de Electricidad", Fallos 158:268 (1930), y "Ferrocaril del Sud v. Nación Argentina", Fallos 183:116 (1939).

(22) BIELSA, Rafael, Derecho administrativo, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 260.

(23) V.gr., dec. 1172/2003, y res. 380/2003 ME, entre otras reglamentaciones.

(24) PÉREZ HUALDE, Alejandro, Renegociación de contratos públicos, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 19.

(25) Art. 42, 2ª parte, CN.

(26) Véase: BADILLOS, Ana - RECALDE, María C., "El derecho de la emergencia y los contratos administrativos, RAP, nro. 301, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2003, p. 91.

(27) Cfr. VAQUEIRO, Analía E., "Facultad tarifaria de la Administración durante el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos", ED, supl. de Derecho Administrativo del 30/6/2006, p. 4.

(28) En el trabajo titulado "A propósito de la necesidad de dictar un régimen nacional de servicios públicos", REDA, nro. 48, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 355 y ss.

