

Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos¹

Alejandro Pérez Hualde

El autor analiza la renegociación de contratos en los servicios públicos desarrollando una serie de principios que deberán tenerse en cuenta para garantizar su efectiva ejecución. Asimismo expone de manera didáctica los peligros a los que podrían verse expuestos los contratos al momento de renegociar siendo imperativo perseverar en la imparcialidad y valores para evitar la corrupción.

I. RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS².

Son numerosas las crisis económicas por las que ha atravesado la República Argentina en las últimas décadas. En todas ellas existió un especial impacto en los contratos en curso de ejecución. En especial, en aquellos celebrados por el Estado ya que en ellos, a diferencia de lo que ocurre en los celebrados entre particulares, el quebranto que se vea obligado a soportar –como consecuencia de la crisis- el contratante privado, se convierte en un aporte personal en beneficio del conjunto social. Aporte que es violatorio al principio constitucional de igualdad de las cargas públicas (artículo 16° CN), ya que ese contribuyente se ve en la situación de cargar con más peso que el resto de la comunidad.

El resorte jurídico sobre la base del cual se buscó solucionar las crisis contractuales, fue el de la apli-

cación de la Teoría de la Imprevisión³ que había llegado a nuestro derecho a través de la jurisprudencia, primero, y de la reforma del Código Civil de 1967, después (art. 1198 CCiv.). El elemento fundamental de esta solución jurídica fue la de aplicar el principio del “sacrificio compartido”. También aportó la doctrina en esos tiempos importantes reflexiones sobre la situación teórica en que, por no ser la Administración ajena a las causas del trastorno económico, correspondía la aplicación de la “teoría del hecho del príncipe” de origen francés y muy poca, por no decir nula, aplicación.

La causa del direccionamiento de la doctrina hacia la “teoría de la imprevisión” podemos encontrarla en que, hasta hace unos veinte años, todo el Derecho Administrativo se desarrollaba alrededor del contrato de obra pública y, en menor medida, del de empleo público. Si bien existían algunas conce-

1 Este ensayo fue nuestra ponencia en el VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo realizado en Valladolid en los días 17 y 18 de septiembre de 2008 organizado por la Junta de Castilla y León, la Universidad de Valladolid, la Universidad de Salamanca, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Escuela de Administración Pública de Castilla y León, publicada oficialmente como Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos, en Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Iñigo SANZ RUBIALES y Miguel Ángel SENDIN, directores, La contratación administrativa en España e Iberoamérica, Cameron May y la Junta de Castilla y León, London, 2008, p. 5-25. Hemos tomado como base para este ensayo nuestro trabajo publicado en Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo COMADIRA, “Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho” Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 469 y sgs.

2 Puede ampliarse la bibliografía en nuestros trabajos anteriores sobre este mismo tema: Renegociación de contratos públicos, prólogo de Aída Rosa Kemelmajer de CARLUCCI, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002; nuestro capítulo inicial en Servicios públicos y organismos de control, (obra en equipo con Eduardo Oscar EMILI, Ernesto Nicolás BUSTELO, Andrea Juliana LARA, Gustavo BOULLAUDE y Sergio Isabelino Rodríguez), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; Servicios públicos y legislación de emergencia, en Documentación Administrativa n° 267-268, setiembre 2003-abril 2004, Director Luciano Parejo Alfonso, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 433; Renegociación de las concesiones de servicios públicos en Mendoza, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Control de la administración pública, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 407 y sgs.; Renegociación de concesiones de servicios públicos. Transparencia en peligro, en Revista de Derecho Público, Emergencia económica n° 2-2002, Rubinzal-Culzoni, p. 131 y sgs.; Los servicios públicos privatizados. La responsabilidad derivada de su prestación, en Disertaciones de los Congresos Patagónicos de Derecho Constitucional (11 y 12 de mayo de 2002) y Derecho Administrativo (29 y 30 de marzo de 2001), Colegio de Abogados y Procuradores de La Pampa, 2003, p. 259 y sgs.; Renegociación de aeropuertos: final previsible, en Revista de Administración Pública, n° 197, Editorial Administración Pública, Buenos Aires, 2003, p. 9 y sgs.; Tarifas y renegociación de contratos, en Suplemento Especial de la revista La Ley, director Agustín Gordillo, El contrato administrativo en la actualidad, mayo de 2004, p. 54 y sgs.; La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, La Ley, 16 de diciembre de 2005, p. 1 y La Ley Gran Cuyo, febrero de 2006, p. 1; y La postergación institucional, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, La Ley, 13 de octubre de 2006, p. 1.

3 Ver Eduardo O. EMILI, El equilibrio contractual, en Ismael Farrando (h), director, Contratos administrativos, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 619.

siones de servicios públicos, en general se pensaba el contrato administrativo permanentemente referenciado al de obra.

No ocurre lo mismo cuando sobreviene la crisis económica de comienzos del siglo XXI. En esta oportunidad el protagonismo de los contratos administrativos será el de las concesiones de servicios públicos celebradas en la última década del siglo XX como consecuencia del denominado proceso de "reforma del Estado" (Ley 23.696 de julio de 1989).

En esta oportunidad, respecto de los contratos en ejecución, se dicta una ley de emergencia (25.561) donde se establece en el art. 8°: "*Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio \$ 1 = U\$S 1*".

Y, respecto de ellos, se habilita la renegociación en el artículo siguiente; Art. 9: "*Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas*".

El alcance llega a los contratos "celebrados bajo normas de derecho público", lo cuál es muy general, y, más específicamente, a los "contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos

II. RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

A) Características particulares

Como dijimos, en esta oportunidad la temática contractual es otra. La renegociación tiene otro

«Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunas provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario estará obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de la economía. Y, consecuentemente, esos cambios provocarán mercedos y adecuados incrementos de modo de preservar la remuneración del concesionario»

significado pues se enfrenta con un contrato que no es de la misma naturaleza que aquellos donde se había practicado la renegociación en otros tiempos de crisis.

El contrato de gestión de los servicios públicos presenta una realidad muy distinta a la que nos muestran los contratos de obra pública:

1. Es esencialmente dinámico

El contrato de concesión de servicios públicos está destinado "*ab initio*" a cambiar. Lo normal es que cambie. En otras palabras, lo previsible es que cambiará y no lo contrario. Por esta razón MORELLO⁴ lo denomina "*de renegociación permanente*", LORENZETTI⁵ lo ha encuadrado entre los contratos que denomina "*de larga duración*". Nosotros hemos preferido la traducción de su original en italiano, contratos "*di durata*" -como los llama MESSINEO⁶- y llamarlos "*de duración*".

4 Augusto M. MORELLO, Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias, en L.L., 1998-D, p. 1354.

5 Ricardo Luis Lorenzetti, Tratado de los contratos, tomo I, Rubinzal CULZONI, Santa Fe, 1999, p. 120.

6 Francesco MESSINEO, Doctrina general del contrato, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de FONTANARROSA, Sentís Melendo Yvolterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I, p. 429; en este concepto el autor cita a Oppo, *Contratti di durata*, Riv. Dir. Comm., 1943, I, p. 143 y sgs.

En otras palabras, estamos frente aun contrato donde no se puede sostener que el cambio es imprevisible, característica imprescindible para fundar el planteo de la *"teoría de la imprevisión"*.

Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunas provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario estará obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de la economía. Y, consecuentemente, esos cambios provocarán merecidos y adecuados incrementos de modo de preservar la remuneración del concesionario.

Así lo contempla la Ley española de contratos, en su Art. 258 (inc. 1) establece que *"la Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios"*.

Esta dinámica del contrato es la que lleva a las partes a acordar mecanismos de sostenimiento del equilibrio contractual; ese mismo que, por esa razón, LORENZETTI denomina *"equilibrio dinámico de las prestaciones"*.

2. No hay, en general, cambios ajenos a las partes

El frecuente origen político de los cambios, provocados como consecuencia del ejercicio del poder de policía del Estado, hace que éstos no provengan de causas ajenas a las partes. Por el contrario, son plenamente atribuibles a una de ellas ya que la concedente está vinculada al Estado provocador de los cambios.

Estas modificaciones en general provienen del ejercicio de las facultades de policía de los servicios públicos que tiene por finalidad constitucional hacer efectiva la garantía de *"calidad y eficiencia"* del Art. 42 CN. Calidad y eficiencia que no son otra cosa que hacer realidad el compromiso adquirido por el Estado argentino en seis tratados internacionales de derechos humanos incorporados a su constitución (Art. 75 inc. 22 CN) y que lo comprometen a sostener nivel adecuado de vida a su población⁷.

Recordemos que, conforme al Art. 2 del Tratado del Pacto de San José de Costa Rica, el Estado argentino está obligado a *"adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro*

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

También pueden tener como origen el ejercicio de las facultades de policía en otros terrenos como el económico financiero, cambiario, etc. que pueden tener impacto en el contrato.

Ambas fuentes de modificación del contrato por la administración, *directas*, en ejercicio de las facultades de policía de los servicios públicos -o *"servicios universales"* en la denominación europea-, e *indirectas*, cuando se debe al ejercicio de otras facultades de policía. Dice el mismo art. 258 (inc. 4) que *"La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado. b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato"*.

En conclusión, no es posible la introducción de la teoría de la imprevisión si la causa de la onerosidad sobreviniente no es totalmente ajena a las partes; o si no responde a un alea de naturaleza económica y no política.

El origen policial, en ejercicio de la actuación de la Administración como poder del Estado, la lleva fuera del contrato y hace que no se pueda hablar técnicamente de cambios *"unilaterales"*, pues no se mueve en esos términos en la medida que no son contractuales.

3. Sin posibilidad de aplicar un "sacrificio compartido"

El origen de los cambios contractuales, frecuentemente vinculado a la decisión del Estado, impide hablar del *"sacrificio compartido"* a la hora de reflejar las consecuencias de los cambios en la ecuación económico financiera del contrato.

Además de una cuota de realismo, que nos indica que ninguna empresa permanecería en un contrato -prolongado por años- para compartir un *"sacrificio"*, la frecuencia del origen en decisión estatal de los cambios políticos ha provocado en el marco regulatorio de los servicios públicos la doble contrapartida de la garantía de sostenimiento de la posibilidad de una renta razonable, a favor del concesionario, y la previsión de un mecanismo ordinario, y otro extraordinario, de revisión y mantenimiento de la ecuación económica del contrato.

7 Se trata de los siguientes tratados: 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 25 inc. 12); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 113); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); 4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5 inc. f); 5. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (Art. 14 inc h); y 6. Convención sobre los derechos del niño (Art. 27).

La garantía de la posibilidad de una renta razonable lleva al derecho del concesionario de servicios públicos a colocarse un paso delante de los otros contratantes del Estado. Pues no solo puede reclamar el nivel de remuneración que le brindaba el equilibrio contractual originario sino también la existencia permanente de un margen de renta razonable que, a veces, aquél equilibrio no garantizaba.

Cabe recordar que el equilibrio contractual originario del contrato no es un equilibrio técnico, objetivo, sino solo económico y subjetivo; en otras palabras, puede no existir desde el punto de vista matemático financiero; puede no ser un verdadero equilibrio real. Se trata de un equilibrio presunto; de aquella ecuación alcanzada entre los intereses de las partes al momento de contratar. Es, en todos los casos, un equilibrio acordado entre dos sujetos, del contrato, cargados de subjetividades y de intereses, no todos expuestos ante el otro, que llevaron a cada uno a la celebración del acuerdo de voluntades⁸. Es al mantenimiento de este equilibrio contractual al que tiene derecho el concesionario.

Esto que parece un privilegio extremo a favor del concesionario, no lo es tanto si se considera que, por la naturaleza del contrato, no tiene derecho al sostenimiento de un determinado nivel tarifario (recordar el fallo “Maruba” de la CSJN) sino a la remuneración que, de esa ecuación económico financiera, surgía en su favor.

Una cosa es el derecho a un nivel de remuneración, que puede estar ligada –o no– a un determinado nivel tarifario, en el origen del contrato, y otra –muy distinta– es sostener que el derecho del concesionario alcanza a la pretensión del sostenimiento de un nivel determinado de tarifas, sustrayendo –de esta manera– de la órbita estatal la intransferible facultad tarifaria en la que se materializa el aspecto más importante de la política de los servicios públicos.

Y así surge también de la normativa contractual española, cuando establece que *“el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”* (Art. 258 inc. 5).

La determinación del nivel tarifario no es posible de ser negociada ni transferida directa o indirectamente en favor del concesionario. Tampoco es posible que su determinación escape al control de la Administración pues ello significaría admitir la posibilidad de que su incremento impida el acceso a determinados sectores sociales, los más débiles, que no son otros que aquellos que sirvieron de justificación para sustraer esa actividad del mercado. Por ello sostenemos que la tarifa es reglamentaria por oposición a contractual⁹.

Una cosa es el precio de la concesión y otra, muy distinta, el precio que el usuario paga por el servicio público, que es la tarifa. El objeto de la renegociación es el precio del contrato de concesión y no la tarifa. Esto es así sin perjuicio de que esa tarifa pueda coincidir, ser mayor o menor que la remuneración del concesionario.

El centro de la renegociación es el precio de la concesión y el derecho del concesionario a una remuneración razonable garantizado por los marcos regulatorios de los servicios públicos más importantes¹⁰.

Ese derecho a la posibilidad una renta razonable que inviste el concesionario impide el juego del principio del *“sacrificio compartido”* que es la salida que propone la *“teoría de la imprevisión”*.

4. La duración prolongada dificulta apreciar el carácter definitivo de una distorsión

Nuestro país ejerció una opción por contratos de muy prolongados plazos; consideramos que se privilegiaron razones de caja y de coyuntura política en materia de inversión externa. Pero aun cuando así no lo fuera, los contratos de concesión de servicios públicos son normalmente celebrados por plazos prolongados.

Esta duración en el tiempo hace que los efectos de los cambios permanezcan menos tiempo que el plazo total del contrato. También hace que, frente a algunos cambios, los mecanismos destinados a preservar el equilibrio dinámico del contrato se vean rebasados y frustrados en su función. Ese es el momento de la renegociación necesaria del contrato.

La prolongación temporal impide visualizar cuánto durará la afectación del contrato. No se puede determinar, como se hacía en el contrato de obra pública, un cómputo de cuánto falta construir y cuánto por pagar para arribar fácilmente a una recomposición de los saldos pendientes de ejecución.

8 Ver Yuly Andrea GUEVARA LUQUE y Aura YOLANDA PEREIRA SALINA, Equilibrio financiero del contrato estatal, en revista de Derecho Público, N° 2007-2, Rubinzal CULZONI, Santa Fe, 2007, p. 538.

9 En contra, Juan Carlos CASSAGNE, El contrato administrativo, 2da edición, con la colaboración de Estela SACRISTÁN, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 221.

10 El Art. 41 de la Ley 24065, de Marco Regulatorio Eléctrico, establece que *“las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad, a aquellas empresas que operen con eficiencia”*; y el Art. 38 de la Ley 24076, de Marco Regulatorio del Gas, determina conceptos parecidos.

En el contrato de concesión de servicios públicos es necesario determinar cuánto es lo que requiere el contrato para sostener su diseño conforme a las pautas que determinaron su celebración. Esto quiere decir que resulta esencial establecer el costo de inversiones que aseguren la continuidad del servicio para los actuales usuarios, y cuánto para sostener el plan de incorporación de los nuevos usuarios.

Esto es así por cuanto no es posible movernos con un enfoque estático del usuario prescindiendo de aquellos que aspiran a serlo y los que ya son potenciales, que -normalmente- son los menos pudientes y se encuentran marginados de las actuales redes y que esperan la conexión en un tiempo razonable.

B) Contexto particular

Es necesario tener presente que un enfoque serio del proceso de renegociación de contratos no podría prescindir de aspectos fundamentales que influyen severamente en sus resultados y en sus posibilidades de éxito.

1. Relevancia política y económica

Por el volumen numérico de las transacciones que implica el servicio público su influencia económica es innegable. A ello se suma el hecho de que normalmente el contrato involucra la entrega en explotación de importantes y valiosos bienes pertenecientes al dominio público (carreteras, líneas de transporte de energía, gasoductos, etc.).

Este impacto importante en la economía se debe a que, como hemos dicho en otro ensayo, el Estado argentino persiguió objetivos distintos a la calidad y eficiencia del servicio público en su contratación mal llamada "privatizadora". Cuando enajenó la prestación de los servicios públicos buscó efectos de política económica (inversión externa, ingreso de capitales, amortización de deuda externa, etc.) que si bien no eran totalmente incompatibles con los fines propios del servicio público, prevalecieron en la ponderación por encima de éstos.

Empleamos el verbo enajenar, y decimos mal llamada privatización, porque, como sabemos, la venta de las empresas prestadoras de servicios públicos tuvo como destinatarias, inicialmente, a otras empresas estatales -no privadas- extranjeras (electricidad, aerolíneas, teléfonos, etc.).

No puede haber renegociación que ignore esta realidad histórica incontestable.

Como tampoco es posible plantear un retorno a mecanismos fracasados. La empresa pública tra-

dicional, que fue el sujeto protagonista de la política económica y social de la segunda mitad del siglo XX, desde su esplendor de los años 40's hasta la denominada "reforma del Estado" en los 90's, fue destruida totalmente. Su descrédito general, motivado esencialmente en la pérdida de sus objetivos económicos y sociales, por su apoderamiento desde la política, cuando no de los respectivos sindicatos, y todo ello en un marco de severa corrupción, la excluyen de cualquier planteo serio de solución con futuro.

Tal vez los modernos mecanismos de asociación público privada puedan encausar los nuevos vientos necesarios para brindar respuestas adecuadas a la realidad nacional e internacional que nos circunda y condiciona cada vez con mayor fuerza.

2. Relevancia política social

La relevancia social de los fines del servicio público es indudable en la medida en que es la debilidad del usuario la que brinda fundamento al sistema. Con mayor razón en un país con muy altos niveles de exclusión y marginación social como los que registra Argentina, donde el 10 % más rico de la población gana 30 veces más que el 10 % más pobre; donde el 30 % más poderoso ingresa el 65 % del total general de recursos y el 30 % menos pudiente ingresa el 7,3 % del mismo total¹¹.

El compromiso asumido por nuestro país en los ya mencionados tratados internacionales de derechos humanos lo obliga a garantizar una política en materia de servicios públicos que le impide desentenderse de sus resultados sociales en la persecución de un nivel adecuado de vida para sus habitantes.

3. Relevancia política internacional

La República Argentina ha suscrito cerca de 57 tratados internacionales de protección recíproca de inversiones, de los que ha renovado en forma tácita más de la mitad de ellos en los últimos años, luego de la crisis.

La responsabilidad que enfrenta hoy en numerosos reclamos en trámite ante el CIADI, tribunal arbitral que funciona en el ámbito del Banco Mundial, nos ponen en evidencia que estamos frente a otro aspecto imposible de obviar en una estrategia de renegociación.

La acertada actitud de aceptación voluntaria de los mencionados tribunales internacionales de arreglo de inversiones tampoco debe traducirse en un sometimiento indirecto de la política de servicios públicos a los resultados que son, en alguna medida, previsibles.

11 Datos que surgen de la Encuesta Permanente de Hogares del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INDEC correspondiente al primer trimestre de 2007.

Finalmente, y desde otra perspectiva, nos enfrentamos a una posibilidad cierta de redefinir el alcance y los objetivos de la política de servicios públicos. Así como la Europa moderna se ha visto obligada a esa redefinición de alcance, desembocando en la actual precisión del “servicio universal”¹², también Argentina puede alcanzar, desde esa reformulación conceptual de su alcance, un grado de precisión que permita fijar pautas claras y previsibles a un amplio terreno propicio para la inversión local y extranjera que le permita también buscar una definición de su ubicación en el concierto de la naciones.

III. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Finalmente, en el terreno jurídico, la naturaleza del contrato nos indicará una serie de pautas y principios insoslayables en la renegociación.

Indudablemente, el contrato de servicios públicos tiene una naturaleza muy especial que lo diferencia de los otros contratos en general y de los demás públicos en especial. El contrato de servicios públicos debe ser renegociado de un modo acorde con su naturaleza jurídica.

El de servicios públicos: es contrato, es público, es de concesión, es de servicios públicos, y -como dijimos- se renegocia en condiciones de emergencia pública (Ley 25.561).

A) Es contrato

Porque tiene como base un acuerdo de voluntades; no compartimos las teorías “negatorias” del contrato administrativo; con lo cual debemos considerar presentes todos los principios propios del acuerdo de voluntades;

B) Es público

Porque está sometido, en mayor o menor medida -según la incidencia de su objeto en el interés público-, a normas imperativas que escapan a la voluntad de las partes; porque se desenvuelve en el terreno de las justicias distributiva y social; porque está encuadrado en el marco del un orden social justo y entendemos por éste a aquél que tiene por objetivo garantizar a cada uno de sus miembros su parte en los bienes comunes de la sociedad, ya que “no debe haber una forma de pobreza en la que se niegue a alguien los bienes necesarios para una vida decorosa”¹³;

C) Es concesión

Porque comprende la atribución de facultades y privilegios de naturaleza pública que, en principio,

ningún particular puede ejercer en beneficio exclusivamente propio con exclusión del bien común que funda su destino de uso público y el hecho mismo de la atribución al particular responsable de su empleo privativo; en otra palabras, no se concibe la atribución de facultades, privilegios o bienes públicos, sino en una estrategia que indica que su empleo privativo por el concesionario redundará en mayores beneficios al conjunto social titular de esas facultades, privilegios y bienes;

D) Es servicio público

Porque la satisfacción de una necesidad, que constituye su objeto en explotación, consiste en el resultado efectivo del ejercicio, por parte del Estado, de su potestad de sustraer, total o parcialmente, del terreno del libre mercado la satisfacción de esa determinada necesidad, de naturaleza económica, para someterla a un régimen de derecho público, de control y regulación -en la medida de lo necesario-, para garantizar el acceso obligatorio a ella por la generalidad de la población por considerar que éste es imprescindible para cumplimentar debidamente la garantía de derecho humano fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, de gozar de un nivel de vida adecuado; todo ello en cumplimiento de su finalidad esencial de conducción consensuada de la comunidad hacia el bienestar general guiado por principios fundamentales de justicia social;

E) Es emergencia

Porque así se ha invocado expresamente, tanto en la Ley 25.561 como en sus prórrogas hasta nuestros días (leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204 y 26.339), para establecer las reglas de recomposición de los contratos a través del empleo explícito de decretos delegados (76 CN).

«El objeto de la renegociación es el precio del contrato de concesión y no la tarifa. Esto es así sin perjuicio de que esa tarifa pueda coincidir, ser mayor o menor que la remuneración del concesionario»

12 Gian Franco CARTEI, Il servizio universale, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

13 Ver Benedicto XVI, Encíclica “Deus caritas est”, Paulinas, Buenos Aires, 2006, p. 38 y 45.

IV. PRINCIPIOS RECTORES PARA LA RENEGOCIACIÓN

Consecuentemente con cada uno de los aspectos de la naturaleza jurídica destacados se hace presente un conjunto de principios de ineludible aplicación a la hora de negociar, o de renegociar, el contrato de servicio público.

A) Principios a respetar en materia de un "contrato"

1. En primer lugar debe respetarse la voluntariedad del negocio; lo que descarta toda imposición unilateral de condiciones contractuales. No sería posible recurrir a las tesis de Otto MAYER acerca de la relación de imposición soberana.
2. Por ello resulta esencial el principio "*Pactae sunt servandae*"; en lo posible debe cumplirse el contrato tal como se celebró; y si no es posible hacerlo en lo inmediato, debe retornarse a ello cuando sea posible en la medida en que no existan otras razones para introducir modificaciones de mayor permanencia, en cuyo caso debería hacerse explícita esa circunstancia.
3. Debe considerarse como una de las bases y fundamentos de la renegociación la efectiva existencia implícita de la cláusula "*Rebus sic stantibus*", en tanto y en cuanto derecho al sostenimiento de las condiciones imperantes al momento de contratar.
4. Ya destacamos su naturaleza de contrato "*di durata*"; deben reelaborarse los mecanismos de sostenimiento del equilibrio dinámico contractual que se vio frustrado por la crisis que justifica la renegociación.
5. Finalmente, debe tenerse presente la doctrina jurisprudencia de vieja data que asegura la protección constitucional estricta del precio del contrato como parte del derecho de propiedad del art. 17 CN.

B) Principios a respetar porque es "público"

1. Corresponde subrayar "*ab initio*" el carácter excepcional de la renegociación cuando se trata de contratos públicos. En principio éstos no se modifican ni "*renegocian*". La facultad de cambiar el contenido y las condiciones de un contrato público son excepcionales y muy limitadas; sujetas a requerimientos extremadamente restrictivos. Es doctrina de la Presidencia de la Auditoría General de la Nación que "*la decisión acerca de renegociar un contrato de concesión es extremadamente delicada, y exige especial cautela tanto de parte de los funcionarios con responsabilidad directa en el tema, cuanto de*

los distintos órganos públicos que de alguna manera deben efectuar el control de gestión del sector público nacional". Especial precaución recomienda cuando afirma la Presidencia de la AGN, en el mismo instrumento, que "*la legitimidad de los procesos de renegociación contractual se encuentra condicionada a que se haya invocado y se pueda demostrar la existencia de una causal objetiva para la revisión del convenio original, ya sea que ella se funde en un hecho sobreviniente y ajeno a la responsabilidad del concesionario*"¹⁴.

2. Debe tenerse presente la necesaria preservación de la obligación de los funcionarios del Estado de exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Deber que se les impone bajo apercibimiento de incurrir en delito por incumplimiento de los deberes del funcionario público. Esto conlleva la imposibilidad jurídica del acuerdo "*bilateral*" o "*informal*" del funcionario con el concesionario. No es factible lo que los argentinos denominamos "*hacer la vista gorda*" en el control de las obligaciones del concesionario fundándose en la pérdida del equilibrio contractual.
3. Debe guardarse especial atención al origen licitatorio y a la proyección de los principios de igualdad y de publicidad durante toda la ejecución del contrato. La igualdad como principio del procedimiento licitatorio, y su permanencia a lo largo de todo el contrato, impiden acuerdos que signifiquen una mejora de las condiciones que determinaron el triunfo de la oferta ganadora en dicho procedimiento administrativo en perjuicio de los otros participantes. El mismo dictamen de la Presidencia de la AGN señala que "*tampoco puede pasar desapercibido que las concesiones de servicio público son el resultado de un proceso de selección del contratista, normalmente a través de una licitación pública nacional e internacional, en la cual los distintos interesados han competido en base a sus ofertas. Ello puede otorgar -en ciertas circunstancias- a quienes no han sido adjudicatarios, legitimación para impugnar cualquier modificación en el contrato que altere las condiciones en las cuales concurren a la licitación*".
4. Es de plena aplicación la necesidad de aseguramiento de la transparencia y eficiencia exigidas por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, a la que Argentina adhirió mediante la Ley 24.759, y también por la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción a la que también ha adherido por Ley 26.097.
5. De igual modo, deben estar garantizados también los niveles de participación que aseguran las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en

14 Ver Auditoría General de la Nación, Opinión de Presidencia N° OP-AGN/002/01 (Bs. As., 14 de mayo de 2001).

materia de elaboración de reglamentos (Dec. 1172/2003).

6. En este ámbito, debe guardarse especial respeto al derecho a la intangibilidad de la remuneración del contratante particular que cuenta con protección constitucional reconocida expresamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
7. Finalmente, en el terreno del contrato público debe cuidarse muy especialmente de evitar la ruptura del principio de respeto a la “*confianza legítima*”. Sobre todo el respeto al sostenimiento razonable de las condiciones y reglamentaciones que rigen el contrato a menos que sobrevengan causas que autoricen su modificación¹⁵. A ésta confianza que debe preservarse en favor del concesionario corresponde también la confianza que el contratante particular debe preservar en la Administración contratante pues el quiebre de ella constituye también una causal¹⁶ invocable en la actuación administrativa a la hora de fundar la decisión de terminar un contrato donde se ha quebrado el mínimo necesario para la atención de los fines públicos involucrados.

C) Principios a respetar porque es concesión

1. Tal como corresponde a toda atribución de facultades, privilegios o bienes públicos, se impone necesariamente una interpretación restrictiva del alcance y la extensión de dicha atribución. En caso de duda, en todos los casos, habrá que estar en contra de la ampliación o extensión; así se ha dicho que “*la duda es fatal para el concesionario*”¹⁷.
2. La renegociación debe asegurar la permanencia ineludible de los fines públicos que motivaron el otorgamiento del uso privativo de ese bien y de esas facultades y privilegios propios del uso público.
3. Debe respetarse la rigurosa indisponibilidad de las facultades públicas y de los privilegios atribuidos al concesionario en el marco de la concesión; es decir, preservar el principio de que no resulta posible “*contractualizar*” dichos privilegios.
4. La renegociación debe atender al carácter “*affievolito*” que la doctrina italiana atribuye a algunos de los derechos del concesionario que, aunque reconocidos por el contrato, pueden

ser legítimamente modificados en su ejercicio como consecuencia del también legítimo ejercicio de atribuciones discrecionales de parte de la autoridad pública. Obviamente, empleo de una discrecionalidad que está siempre sujeta a la juridicidad que debe acompañar a la Administración y que le impide su uso desviado, abusivo, irrazonable o infundado.

D) Principios a respetar porque es un servicio público

1. La renegociación debe atender al compromiso contraído por el Estado en tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución (art. 75 inc. 22 CN). Bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad del Estado por omisión conforme al art. 2° del Pacto Interamericano de San José de Costa Rica.
2. De igual modo debe tenerse presente el sostenimiento permanente e ineludible para las autoridades de la obligación expresa de garantía constitucional de control de calidad y eficiencia (42 CN).
3. Preservación y permanencia de los caracteres esenciales del servicio público. En especial:
 - a) de la continuidad, y –por ello mismo– de la severa limitación de empleo de la “*exceptio non adimpleti contractus*” para la empresa prestadora y del ejercicio del derecho de huelga de sus empleados;
 - b) de la obligatoria generalidad, y, por ello, la imposibilidad de contractualizar la tarifa ya que ello implicaría asumir la eventual posibilidad de supeditar esa generalidad al derecho contractual de reclamar el incremento por parte del concesionario;
 - c) de la igualdad que debe estar garantizada por la regulación estricta y precisa de la prestación.
4. Irrenunciabilidad de compromisos constitucionales explícitos con el desarrollo humano y con la justicia social (art. 75 incs. 2, 19 y 23 CN) que son fundamento del servicio público.
5. Preservación del concesionario particular como aplicación práctica del principio de subsidiariedad que rige en nuestro derecho público económico.

15 Laudo CIADI, caso N° ARB/01/8, caso CMS-Gas Transmission Company v. República Argentina.

16 Ismael FARRANDO (h), Rescisión del contrato administrativo por pérdida de confianza, en Lexis Nexis J.A., 2003-II, suplemento del fascículo N° 9, 28 de mayo de 2003, Derecho Administrativo, p. 61 y ss.

17 LL, 1999-F, p. 454; ver Agustín GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, 4° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VI-20, nota 3.38.

6. Respeto a los niveles de participación de usuarios en los trámites relacionados con el diseño de los elementos esenciales del servicio público¹⁸.

E) Principios a respetar porque se funda en normas de emergencia

1. Al igual que en muchas de las privatizaciones de servicios públicos (ej. aeropuertos) la normativa que sirve de base a la renegociación posee una transitoriedad esencial (doctrina de la CSJN en "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw").
2. Deben preservarse los principios de legalidad administrativa y de razonabilidad (28 CN) que impone al necesidad de no alterar con las leyes los "principios, derechos y garantías" de la Constitución.
3. Finalmente, no deben recargarse las consecuencias de la crisis sobre uno solo de los sectores de la sociedad. El respeto a la igualdad está muy severamente afectado por el sostenimiento de una situación de postergación de las inversiones que garanticen el acceso al servicio público a las poblaciones marginales que esperan la conexión a las redes y que se ven desplazadas en las preferencias por el sostenimiento de tarifas políticas demagógicas para proteger a los privilegiados que ya poseen esa conexión.

IV. PELIGROS Y DIFICULTADES

Finalmente, en estos años de prolongación, no siempre justificada, de las renegociaciones hemos podido detectar algunos peligros y advertencias que debemos tener presentes en estos momentos de decisión.

A) Politización de la negociación

Son muchos los servicios públicos cuya prestación no resiste un prolijo análisis económico de sus números. Necesitan "escondarse" en un reclamo político generalizado que las releve de hacer números concretos y no teóricos o hipotéticos.

El conocimiento anticipado de la inminencia de la crisis y las medidas de las empresas concesionarias tendientes a "prepararse" para su ocurrencia desde principios de 2001, así como los plazos extraordina-

riamente prolongados de las concesiones, impiden tomar como precedentes o irreversibles a varios de los rubros reclamados.

B) Desviación de poder

Se encuentra presente otra vez el peligro de que se persigan en la renegociación otros fines distintos a los que corresponden al servicio público. Tal como se hizo en oportunidad de la contratación, donde se atendió a fines comerciales, financieros, distintos al servicio público y sus objetivos constitucionales, existe hoy el peligro de que se reitere en la renegociación.

C) Fraccionamiento del servicio público

No debe consolidarse la tendencia a trasladar al Estado las obligaciones de expansión y de inversión en los lugares menos rentables, preservando para el concesionario únicamente las muy rentables, porque contradice la filosofía de la decisión de sustraer la actividad de la vigencia de las reglas del mercado.

Si se busca solo dejar en manos del concesionario las zonas rentables debe necesariamente analizarse el contexto a fin de revisar la decisión de haber sustraído esa actividad de las reglas normales del mercado. La ausencia de zonas antieconómicas que atender en compensación con aquellas de alta rentabilidad ocasiona la conveniencia de ponderar otra vez la oportunidad de sustraer la actividad del mercado.

«La República Argentina ha suscrito cerca de 57 tratados internacionales de protección recíproca de inversiones, de los que ha renovado en forma tácita más de la mitad de ellos en los últimos años, luego de la crisis»

18 Eduardo MERTEHIKIAN, La necesaria participación de los usuarios de servicios públicos en defensa de sus derechos. El caso de los aeropuertos (breve comentario al fallo de la Sala IV de la CNACAF "Asociación Civil de Defensa Paut y otro s/ Incidente de medida cautelar c/ ORSNA y otro"), en RAP, 2003; Agustín A. GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, T. 2, Capítulo XI, 4 edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000; Denise Bloch, Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP N 258:71 y siguientes; Alejandro J. Uslenghi, Audiencias Públicas, en la obra colectiva Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998; Máximo Fonrouge, Las Audiencias Públicas, en la misma obra anteriormente citada; Juan B. Cincunegui, El procedimiento de audiencia pública en el sistema de control de los servicios públicos, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP N 189:10; y nuestro ensayo Suspensión Cautelar de Audiencias Públicas, Jurisprudencia Argentina, del 23-10-02, p. 39 y ss.

En su caso, necesariamente debe, entonces, al menos, licitarse de nuevo la concesión pues sus condiciones han variado totalmente y existe la posibilidad de que se esté ocultando un ilegítimo negociado en perjuicio del interés público.

D) Sacrificios sectoriales

Reiteramos, debe terminar el sacrificio de los aspirantes a usuarios y de los potenciales usuarios en general, producida a través de la eliminación de los controles de las obligaciones de inversión y de expansión de los servicios en beneficio de la tarifa de los usuarios ya conectados que son privilegiados.

El laudo arbitral recaído en CMS Gas Transmission ha puesto en evidencia pública el subsidio encubierto que se efectúa de empresas electro intensivas a través de la tarifa.

E) Debilitamiento de sistemas de control

La normativa de renegociación en Argentina ha excluido a los órganos de control del protagonismo de su trámite. Los ha postergado a una función de mero asesoramiento técnico.

La exclusión en el trámite de renegociación de los organismos de control constitucional, entre nosotros, los denominados entes reguladores, colaborará a su definitivo debilitamiento que les impedirá controlar las obligaciones emergentes de los nuevos contratos.

Se burla así la "necesaria" participación de las asociaciones de usuarios y de las provincias que la constitución garantiza a través de los órganos de control (Art. 42 CN).

V. RUMBOS A SEGUIR

Como corolario nos animamos a proponer las siguientes reflexiones finales:

- A) Es imprescindible que abramos las renegociaciones a la participación pública amplia propia de la actividad reglamentaria de la administración conforme a los términos del Dec. 1172/2003 y también a la, más restringida, de los usuarios y aspirantes a serlo mediante los mecanismos de audiencias públicas u otros de similar eficacia.
- B) Resulta ineludible que jerarquicemos la participación de los órganos de control en el trámite de la renegociación para fortalecerlos y así canalizar institucionalmente la participación que corresponde a las provincias y a las asociaciones de usuarios.
- C) Debemos evitar el tener por fracasado el sistema de prestación de los servicios públicos a través de concesionarios privados, pues se trata de un mecanismo que fue mal contratado y peor controlado en un marco de severa corrupción. Tan solo: no debemos incurrir en el mismo defecto.
- D) En especial, no volvamos a sistemas fracasados como el estatal en un contexto de subsistencia de fuerte corrupción y de importante pérdida de control constitucional efectivo de las fuerzas políticas y gremiales.
- E) Sobre todo, es inútil tratar de resucitar la empresa pública como no sea para reservorio de privilegios y de negocios de dudosa legitimidad como hoy nos muestran empresas aéreas con numeroso personal y sin aviones ni vuelos que atender.
- F) Hagamos docencia perseverante sobre los valores esenciales de solidaridad, cohesión y de justicia social que son el fundamento del servicio público. CA