

# La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos

Óscar R. Aguilar Valdez\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN 2. LA CADUCIDAD 3. LA RESCISIÓN POR PARTE DEL CONCESIONARIO O LICENCIATARIO 4. EL RESCATE 5. COROLARIO

### 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo consiste en formular algunas consideraciones sobre ciertos aspectos específicos de la extinción anticipada de concesiones de infraestructura y de servicios públicos, en especial, respecto de los supuestos que, comúnmente, presentan aristas más problemáticas como son la caducidad, la rescisión y el rescate<sup>1</sup>.

La importancia del tema no es menor -en especial en Latinoamérica en donde, por razones por todos conocidas, los gobiernos necesitan recurrir a la participación privada para el desarrollo de la inversión- si advertimos que todo proyecto de infraestructura y servicios públicos suponen la existencia de inversiones **hundidas** que, por ende, requieren una **larga maduración** para su

---

\* Abogado (Universidad Católica Argentina). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina). Profesor Extraordinario de Derecho Administrativo de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Co-Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Austral) y de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina).

<sup>1</sup> CASSAGNE enseña que hay supuestos “normales” de extinción de los contratos administrativos, vinculados éstos al cumplimiento contractual o al vencimiento del plazo, que se muestran en forma paralela a los supuestos de extinción del contrato relacionados con su “validez” (los casos de anulación y los casos de revocación por legitimidad) o con su “cumplimiento”, en especial los supuestos de caducidad y de rescate; conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1999, pág. 91. Expresamente hemos excluido del tratamiento del presente al supuesto de rescisión por mutuo acuerdo en tanto que el mismo, al resultar su régimen fundamental del consenso de voluntades de ambas partes, suele aparejar menores cuestiones jurídicas que las que serán analizadas en este trabajo. Asimismo, somos conscientes de que la denominación de los supuestos de extinción anticipada que aquí se analizan puede variar según los diferentes regímenes jurídicos aplicables en Latinoamérica. No obstante ello, por razones prácticas y para traslucir más acabadamente la situación en el derecho argentino, hemos optado por mantener la terminología usual en Argentina.

amortización<sup>2</sup>. Por tal motivo, siempre que los gobiernos pretenden la participación privada en esta clase de proyectos, ya sea que dicha participación privada sea exclusiva – caso de las concesiones y licencias otorgadas en gran parte de Latinoamérica durante la década pasada - o en forma asociada con la pública – mediante las denominadas **Asociaciones Público-Privadas**<sup>3</sup> -, toman a su cargo el diseño de mecanismos institucionales que permitan brindar un razonable equilibrio entre las prerrogativas públicas y las garantías particulares que derive en la existencia de un marco estable que acompañe la duración de todo el proyecto<sup>4</sup>. En otras palabras: lo esperado teóricamente tanto por los gobiernos como por el sector privado es que dicha relación finalice en los términos y oportunidades contemplados en el marco aplicable y habiéndose amortizado debidamente la inversión.

De esta forma, la extinción anticipada aparece como un supuesto crítico en tanto que patentiza un quiebre de esa

expectativa de larga duración, incidiendo en relaciones jurídicas en curso, tanto en las bilaterales como en las anudadas con terceros, a las que es necesario rodear de un régimen jurídico apto para solucionar los conflictos que, necesariamente, dicha extinción anticipada generará. La extinción anticipada responde, en definitiva, a la circunstancia de que esta clase de contratos se presentan como **contratos incompletos** como consecuencia de la imposibilidad de contemplar *ex ante* todas las vicisitudes que podrán afectar al mismo durante su larga ejecución<sup>5</sup>. Así, entonces, no ha de extrañar que el fenómeno en análisis se presente con mayor frecuencia de que la que, teóricamente, era dable esperar al momento de su celebración.

En este contexto, resulta imperiosa la necesidad de brindar a esta clase de contratos una regulación adecuada de los supuestos de extinción anticipada puesto que si la misma fuese defectuosa se incrementarían los costos de transacción – tanto los *ex ante* como los *ex post*<sup>6</sup> - que

<sup>2</sup> Así, KLEIN, Michael; SO, Jae & SHIN, Ben, “*Transaction Costs in Private Infrastructure Projects—Are They Too High?*”, Public Policy for the private sector, World Bank Group, Note No. 95, October 1996; idem GOLDBERG, Victor; “*Regulation and administered contracts*”, 7 Bell Journal of Economics, Number 2, Autumn 1976, págs. 426 y sigs; compilado en WILLIAMSON, Oliver & MASTEN, Scott (Editors), *The Economics of Transaction Costs*, Edward Elgar Publishing, Chentelham, 1999, págs. 438 y sigs; idem SPILLER, Pablo T; “*El por qué de la regulación de los servicios públicos con implicancias para la Argentina*”, en Fundación Gobierno y Sociedad; Cuaderno 2, Diciembre 1998.

<sup>3</sup> Se ha caracterizado a las “Asociaciones Público-Privadas” (“PPP” en sus siglas en inglés) como “una forma de colaboración entre los sectores público y privado que tiene el objeto de implementar un proyecto de envergadura en el cual los recursos, capacidades y habilidades son provistas por cada sector en forma conjunta”, cfr. Economic Commission for Europe, United Nations, “*Public-Private Partnerships A new concept for infrastructure development*”, New York and Geneva, 1998.

<sup>4</sup> Así, SPILLER, Pablo T; “*A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?*”, 69 Southern California Law Review 477 (1996); idem ABDALA, Manuel A y SPILLER, Pablo, *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, ed. Temas, Bs. As, págs. 17 y sigs; idem BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, “*El Contrato Administrativo*”, en AAVV, *Contratos Administrativos. Jornadas de organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Bs. As, 1999, pág. 218.

<sup>5</sup> Respecto al carácter de “incompletos” de los contratos administrativos en general y de los vinculados con los servicios públicos en particular, vid KIRAT, Thierry et MARTY, Frédéric, “*L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs: les problématiques économiques*”, en KIRAT, Thierry (Director), *Économie et Droit du Contrat Administratif*, ed. La Documentation Française, Paris, 2005, págs. 36 y sigs.

<sup>6</sup> WILLIAMSON enseña que los costos de transacción *ex ante* son aquellos en los que es necesario incurrir para realizar

son susceptibles de desalentar la inversión y el desarrollo de estos proyectos. Sobre tales bases, aparece un ángulo de análisis que, por lo general, no ha sido suficientemente enfatizado, el que es el vinculado con la relación que dicha extinción anticipada tiene con el financiamiento de estos proyectos. A este respecto, repárese en que por la gran magnitud de la inversión requerida, ni los aportes presupuestarios del sector público ni los que pueda realizar el sector privado con capital propio o con endeudamiento en su propio balance resultan suficientes para su financiamiento total o, de resultar, su costo en términos fiscales y de rendimiento de la inversión privada, resultarían de una envergadura tal que se tornarían económica y políticamente insusceptibles de ser finalmente asumidos por los contribuyentes o por los usuarios<sup>7</sup>.

Bien se ha dicho que los recursos

para el financiamiento de esta clase de proyectos no hay que buscarlos prioritariamente ni en el Estado ni en las empresas promotoras de los mismos sino allí donde éstos están: en los mercados de capitales, hoy favorecidos por su **globalización**<sup>8</sup>. De esta forma, en especial desde la década pasada, se han ideado internacionalmente mecanismos - conocidos como *project finance* - orientados, precisamente, a suplir las deficiencias de financiación de los sectores públicos y privados y a posibilitar que los mismos sean fondeados por los mercados de capitales a costos más bajos y razonables. Estos mecanismos, en lo sustancial, suponen que el repago del financiamiento obtenido en tales mercados sea realizado, no contra el balance del contratista o del presupuesto público, sino contra el flujo de fondos que tales proyectos generan<sup>9</sup>; asociándose, en gran parte, la suerte de dicho repago al éxito del proyecto<sup>10</sup>. Así, se advertirá el crítico efecto

---

un acuerdo y que se diferencian de aquellos otros que denomina costos de transacción *ex post* y que hacen referencia a los mecanismos necesarios para hacer cumplir lo comprometido, cfr. WILLIAMSON, Oliver E., *Las Instituciones Económicas de Capitalismo*, traducción española de la primera edición en inglés de Eduardo L. SUÁREZ, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989; pág. 30 y sigs

<sup>7</sup> Sobre el particular, vid ROMERO MENDOZA, Alfredo, “*Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas*”, en ROMERO MENDOZA, Alfredo (Coordinador), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, Colección de Textos Legislativos N° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, págs. 19 y sigs; idem CORREIA da SILVA, Luis y ESTACHE, Antonio, “*Is debt replacing equity in Regulated Privatized Infrastructure in Developing Countries?*”, World Bank Policy Research Working Paper 3374, August 2004; idem MAIRAL, Héctor A; “*La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*”, en GORDILLO, Agustín (Director), *El Contrato Administrativo en la actualidad*, La Ley, 2004, pág. 5

<sup>8</sup> Así, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “*Infraestructuras: nuevo marco legal*”, en ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (Editores), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 37

<sup>9</sup> En un sentido amplio, se ha dicho que el “*project finance*” supone el financiamiento de un proyecto de infraestructura de gran envergadura (...) donde la mayor parte del financiamiento no es provista por ninguna forma de aporte de capital y que debe ser repagado, principalmente, con los fondos generados por el proyecto mismo”, VINTER, Graham D; *Project Finance*, 2° ed; Sweet & Maxwell, London, 1998, pág. xxxi. En similar sentido, se ha dicho que se trata de “un mecanismo financiero que busca que la obra a la que el proyecto se refiere produzca por sí misma el efectivo o caja suficiente para obtener la recuperación de la inversión y el mantenimiento de la obra en manos de un inversionista privado”; cfr. ROMERO MENDOZA, op. cit; pág. 22. La mayor parte de los grandes proyectos de inversión en infraestructura en Latinoamérica y en el mundo se han financiado desde la década pasada por esta vía, aprovechando la “globalización” del mercado de capitales.

<sup>10</sup> Es decir, asumiendo el riesgo de la ejecución del proyecto en cuestión (“*performance risk*”), cfr. FUCCI, Frederick, “*Strategies for risk management in international IPPs: terms of the projects documents*”, ponencia presentada en

que sobre estas complejas estructuras tiene cualquier ocurrencia de un supuesto de extinción anticipada del proyecto en tanto que supondrá la desaparición de la causa generadora de los fondos de repago<sup>11</sup>.

Por tal motivo, para posibilitar la financiación de obras y servicios públicos resulta imprescindible una adecuada regulación de los supuestos de extinción anticipada, que deberán contemplar la suerte de los créditos oportunamente otorgados para su desarrollo<sup>12</sup>. Una solución contraria, que omita toda consideración sobre el particular, no solo será susceptible de encarecer el costo de financiamiento sino que, podrá resultar en la inviabilidad de la realización del proyecto mismo.

Fundamentalmente, desde este último ángulo de análisis que ha sido recogido tanto por ciertas normativas nacionales en el ámbito iberoamericano<sup>13</sup> como por la UNCITRAL en el campo

internacional<sup>14</sup>, procederemos a analizar, entonces, el tema en cuestión a la luz, especialmente, del régimen jurídico vigente en la República Argentina.

## 2. LA CADUCIDAD

Como bien ha sido señalado, la caducidad - entendida como causal de extinción de un contrato administrativo<sup>15</sup> - constituye una rémora de la **teoría de los actos de autoridad**, es decir, se trata de un instituto originariamente elaborado para la extinción de actos unilaterales que, ulteriormente y fruto de circunstancias históricas, fue extendido al régimen contractual<sup>16</sup>. La siempre discutida aplicación de instituciones del sistema regulatorio de los actos administrativos a la materia contractual<sup>17</sup>, encuentra aquí un caso ejemplificador.

En el derecho argentino, por ejemplo, la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos contempla en su

---

*Power-Gen International '99 Conference*, New Orleans, Louisiana, December 1, 1999, [http://www.thelenreid.com/articles/article/art\\_51\\_idx.htm](http://www.thelenreid.com/articles/article/art_51_idx.htm).

<sup>11</sup> Sobre el particular, vid ROMERO MENDOZA, op. cit; pág. 28. En esta línea, se ha dicho que la terminación anticipada del contrato supone atacar al "project finance" en su propia raíz; cfr. AROWOLO, Oluseye, "Abolition of Long-Term Contracts: the implications and options for bankability in energy project financing", en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 24, N° 1, February 2006, pág. 29.

<sup>12</sup> Conf. RUIZ OJEDA, Alberto, "EL Eurotunel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", en *Revista de Administración Pública* N° 132, Septiembre-Diciembre de 1993, Madrid, pág. 496.

<sup>13</sup> Este enfoque se advierte, claramente, entre las legislaciones iberoamericanas, por ejemplo en los casos de España (Ley del 13 de mayo de 2003 relativa al contrato de concesión de obras públicas); Brasil (Ley N° 11.079 de *Parcería Publico-Privada*); Chile (Decreto N° 900 del 31/10/1996 sobre concesiones de obras públicas); Venezuela (Decreto N° 318 del 17/9/1999 sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones) y Argentina (Decreto N° 1299/2000 sobre Régimen de Participación Privada en el Desarrollo de la Infraestructura).

<sup>14</sup> Conf. "Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas sobre proyectos de infraestructura con inversión privada".

<sup>15</sup> En el ámbito normativo latinoamericano esta causal suele ser denominada "rescisión por culpa del contratista".

<sup>16</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 102

<sup>17</sup> Sobre el particular, en la doctrina argentina, vid GRECCO, Carlos Manuel, "Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (Variaciones sobre el artículo 7°, párrafo final, de la Ley 19549)", en AAVV, *Contratos Administrativos. Jornadas de organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Bs. As, 1999, págs. 133 y sigs; idem JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María del Carmen, "Acto Administrativo y Contrato Administrativo", en AAVV, *Contratos Administrativos*, op. cit; pág. 139 y sigs; entre muchos otros.

artículo 21 a la caducidad del acto administrativo como un supuesto de extinción unilateralmente dispuesta por la Administración, con fundamento en el incumplimiento por el particular de condiciones fijadas en el acto<sup>18</sup>. Se trata, así, de la sanción máxima<sup>19</sup> – extinción del acto – impuesta como consecuencia de un incumplimiento del beneficiario a las condiciones de ejercicio de los derechos emergentes del acto.

En materia de infraestructura y de obras y actividades de interés general, este instituto – en la forma y modalidades con las que se encuentra regulado en la Ley 19.549 – resulta de directa aplicación a la extinción de aquellos actos unilaterales o bilaterales que, sin llegar a constituir contratos en sentido estricto<sup>20</sup>, habilitan a los particulares a prestar determinado servicio o a explotar determinada obra o infraestructura, tal como sería el caso de cierta clase de licencias<sup>21</sup>, las autorizaciones y los permisos<sup>22</sup>. En estos supuestos, en la medida en que la explotación es ejercida *iure proprio* por los particulares, no existe – como principio general – un plazo de

yencimiento para su ejercicio ni, paralelamente, la posibilidad de disponer el rescate de dicha actividad por parte de la autoridad, motivo por el cual la caducidad se configura, juntamente con la revocación por razones de ilegitimidad y de oportunidad, en una de las principales causales de extinción de la relación con las que cuenta la Administración<sup>23</sup>.

Traspolada al campo contractual, y específicamente al régimen de las licencias y concesiones de infraestructura y servicios públicos que nos ocupan, la caducidad aparece configurada como la forma de extinción unilateral de tales modalidades contractuales por parte de la Administración frente al incumplimiento del concesionario o licenciataria de alguna obligación esencial, dispuesta con el fin de preservar el servicio público o la explotación de una obra pública<sup>24</sup>. De esta forma, la caducidad constituye la sanción máxima en materia contractual, en la medida que provoca la extinción del contrato por culpa del concesionario. Por tal motivo, MARIENHOFF ha considerado que la caducidad es la forma que asume la

<sup>18</sup> Así, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ed. La Ley, Bs. As, 2003, pág. 245.

<sup>19</sup> Así, COMADIRA, op. cit; pág. 246; idem SORIA, Daniel Fernando, “*La caducidad del acto administrativo*”, en AAVV, *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As, 2002, pág. 266

<sup>20</sup> Sobre la “heterogenidad” de títulos habilitantes en el campo del servicio público argentino, vid TAWIL, Guido S; “*A propósito del Proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Permisos de Servicios Públicos Nacionales y figuras vecinas*”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, n° 252, Septiembre de 1999, págs. 18 y sigs.

<sup>21</sup> Por ejemplo, las del régimen de radiodifusión.

<sup>22</sup> Por ejemplo, los que habilitan a prestar servicios postales, a utilizar el espectro radioeléctrico, a realizar determinadas actividades en el campo de los hidrocarburos, las que se otorgan en materia de transportes, etc. Sobre el particular ver SORIA, op. cit; pág. 279 y sigs.

<sup>23</sup> Por su parte, el particular puede extinguir la relación mediante la “renuncia” a la misma. En el derecho chileno de aguas, las concesiones se otorgan sin plazo definido y su extinción se produce, solamente, por caducidad, así, Ley General de Servicios Sanitarios, Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas, artículo 7°

<sup>24</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 102.

rescisión unilateral dispuesta por la Administración ante el incumplimiento del particular<sup>25</sup>.

Ahora bien, aun cuando la importante doctrina,<sup>26</sup> la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>27</sup> y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>28</sup> han considerado que el poder de rescisión unilateral de la Administración ante el incumplimiento del particular constituye una prerrogativa de la Administración que debe considerarse ínsita en todo contrato de esta especie, nada obsta a que su ejercicio y demás condiciones de procedencia sean establecidos o modulados en la normativa específica o en el texto del contrato que rigen la explotación de la infraestructura o servicio de que se trate.

Destacamos que en aras de garantizar, por un lado, las peculiaridades propias de cada proyecto así como, por otro, la seguridad jurídica, la previsión legislativa de la caducidad en materia contractual debería limitarse a reconocer la procedencia del ejercicio de esta prerrogativa por parte de la Administración, la entidad de los incumplimientos que podrán dar lugar a la misma y la autoridad que será competente para ejercerla, remitiendo expresamente a

la específica regulación que, sobre el particular, se establezca en el plexo convencional. Respecto de este último particular, debe señalarse lo afirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que la estipulación expresa de la procedencia de la caducidad “no resulta enteramente superabundante, pues significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades, la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos”<sup>29</sup>.

Teniendo en cuenta que el objetivo de la caducidad es garantizar la continuidad de la prestación o explotación del respectivo servicio o infraestructura por medio de la remoción del prestador incumplidor, resultando sus efectos siempre para el futuro<sup>30</sup>, como principio general no deben admitirse caducidades automáticas sino que deben ser precedidas de una intimación a subsanar los incumplimientos dentro de un plazo razonable de acuerdo con la naturaleza de éstos y a las necesidades del servicio<sup>31</sup>.

Por excepción, puede admitirse la caducidad automática en aquellos supuestos en los cuales no existe posibilidad alguna de saneamiento o porque los efectos perjudiciales para la prestación o

<sup>25</sup> MARIENHOFF, Miguel S; *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III-A, 4° ed. Actualizada, Bs. As, 1994, pág. 406.

<sup>26</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 568; idem BERCAITZ, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2° ed; ed Depalma, Bs. As, 1980, pág. 569.

<sup>27</sup> Dictámenes 217 : 115 y sus citas

<sup>28</sup> CSJN, in re Tecsca v. SEGBA”, del 21/12/1999, Fallos 322 : 3139, en especial, considerando 9°)

<sup>29</sup> CSJN, in re “Tecsca v. SEGBA”, cit; considerando 9°

<sup>30</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 569; idem CASSAGNE, op. cit; pág. 103

<sup>31</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 102. SORIA ha sostenido que dicha previa intimación procede aún por aplicación subsidiaria del artículo 21 de la ley 19.549; cfr. SORIA, op. cit; pág. 281. Sobre este último particular, señalamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la intimación al cumplimiento que contempla el artículo 21 de la ley 19.549 tiene carácter de recaudo esencial y, por ende, su inobservancia causa la nulidad absoluta del acto que declara la caducidad; cfr. in re “Hermes Borgo v. Junta Nacional de Granos”, Fallos 308 : 108

explotación se producen en forma simultánea con la producción de los hechos que encuadran en la respectiva causal de caducidad – ej; en los casos de quiebra donde su declaración supone el desapoderamiento del fallido -<sup>32</sup> .

También nos parece que por la gravedad que supone declarar caducas a concesiones como las que analizamos – lo que hace de la utilización de esta medida extintiva, la última *ratio* -<sup>33</sup>, la intimación a subsanar que realice la Administración no solo debe habérsela precedido de los pertinentes dictámenes técnicos y jurídicos que se pronuncien sobre la entidad del incumplimiento y la procedencia de la misma, sino que, además, en su texto debe expresamente establecerse que la intimación lo es bajo apercibimiento de disponer la caducidad del contrato, consignándose, inclusive, la pertinente citación o notificación a los garantes del contrato, si los hubiese. De esta forma, si lo que verdaderamente se pretende es la regularización de la prestación o explotación de la infraestructura, enmarcar a dicha intimación dentro de formalidades como las descriptas puede ser un medio apto

para el logro de tal finalidad, ello, amén que importará, por un lado, obligar a la Administración a reflexionar seriamente sobre las consecuencias de dicha intimación y, por otro, a eliminar discusiones sobre la existencia de anteriores intimaciones con virtualidad suficiente para fundar la caducidad del contrato<sup>34</sup> .

Un aspecto importante sobre la declaración de caducidad de una concesión como las aquí analizadas, es el vinculado con la determinación del carácter reglado o discrecional que la misma reviste para la Administración. Sobre el particular deberá tenerse presente que resulta usual que en el texto de las pertinentes cláusulas rescisorias no se imponga a la Administración el **deber** de proceder a declarar caduca una concesión en caso de existir causales suficientes para ello, sino que se limite a señalar que dicha rescisión **podrá** ser adoptada unilateralmente por la autoridad competente<sup>35</sup> . Al respecto obsérvese que si bien en doctrina se ha dicho que la utilización de la conexión potestativa **podrá** no siempre suponer la atribución a la Administración de facultades discrecionales<sup>36</sup> , lo cierto es que, en

<sup>32</sup> Así, Licencias de transporte y distribución de gas natural, Numeral 10.7.3. Conviene señalar que BERCAITZ diferenció a la “caducidad” de la “extinción por un hecho relativo al contratante”. Así, para este autor, mientras que la primera sólo procede cuando exista un hecho imputable al contratista, la segunda operará en aquellos casos en los que la causal se relacione con la inhabilidad sobreviniente del contratista –ej quiebra- y no con la realización de un hecho imputable; cfr. Op. cit; pág. 559.

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoría Geral das Concessões de Serviço Público*, ed. Dialética, Sao Paulo, 2003, pág. 593.

<sup>34</sup> Contrariamente a la solución que propugnamos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que resultaba suficiente intimación para disponer la ulterior caducidad de un permiso de uso de un bien del dominio público portuario, la circunstancia de que en el expediente administrativo constara la existencia de una previa intimación no cumplida por el permisionario; cfr. In re “Paz, Valentín v. Administración Gral. de Puertos - Res. 318 y 67/83 - y otro s/ contrato administrativo”, del 1/6/2000, Fallos 323 : 1332

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A., Numeral 14.3., primer párrafo; idem Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 23.1; idem Concesión de Distribución de Energía Eléctrica otorgada a EDENOR S.A.; artículo 38, *inter alia*.

<sup>36</sup> Así, COMADIRA, Julio Rodolfo, “*La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial*”, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrati*

concesiones como las del caso, su expresa referencia en el marco aplicable parece estar destinada a habilitar la opción de actuar, o no, así como también puede, incluso, significar la posibilidad de escoger diversas alternativas de acción, lo que resulta propio del núcleo de toda decisión discrecional<sup>37</sup>.

El carácter discrecional del ejercicio de la facultad rescisoria de esta clase de concesiones puede justificarse en la necesidad de no colocar a la respectiva prestación o explotación en una condición más gravosa que la que existiría en caso de admitirse su continuidad, no obstante, la existencia de graves incumplimientos del prestador – por ejemplo, en casos de falta de un prestador sustitutivo eficaz que pudiera hacerse de la prestación en un lapso relativamente breve<sup>38</sup>-. De esta forma, el margen de libertad con que cuenta la Administración para optar entre la caducidad o la continuación de la concesión, parece estar orientado a garantizar la continuidad del servicio público o explotación en cuestión. Un ejemplo de la inconveniencia para el interés público en que la Administración se **auto imponga** la procedencia de la caducidad de modo imperativo y reglado, puede

observarse en lo ocurrido en Argentina con los contratos que contemplaban ese modo su extinción en casos de solicitud de reestructuración judicial de los pasivos de la sociedad concesionaria, por encontrarse ésta en estado de cesación de pagos. Lo cierto es que, frente a la crisis económica imperante y ante los efectos generados en las concesiones por la vigencia de la **Ley de Emergencia Económica** que dispuso, entre otras medidas, la conversión forzosa a moneda nacional de las tarifas originalmente establecidas en dólares estadounidenses, poner a las concesionarias en la disyuntiva de proceder a la reestructuración de sus pasivos por la vía judicial a riesgo de perder la concesión o bien, de conservar la misma pero inhibiéndose de la reestructuración de sus deudas por medio de tales procedimientos; se mostró como altamente inconveniente para la continuidad de los servicios. Por tales razones, el Poder Ejecutivo Nacional se vio obligado a suspender la vigencia de las cláusulas que, en tales supuestos, habilitaban a la caducidad de las concesiones, cuando menos, mientras perdurase la declaración de emergencia pública dispuesta por dicha ley<sup>39</sup>.

---

vo. *Otros estudios*, 2° ed. Actualizada y ampliada, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2003, pág. 502; idem SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° ed. Actualizada y ampliada, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2004, pág. 157.

<sup>37</sup> Así, COMADIRA, “*La actividad discrecional...*”, op. cit; págs. 501 y 502. En jurisprudencia, vid CNFed. Cont. Adm, Sala I, in re “*London Supply SACIF*”, del 1/2/2001, en especial, voto del Juez COVIELLO.

<sup>38</sup> Por ejemplo, es importante señalar que en la pág. 54 del informe evacuado por parte del Equipo Técnico de Negociación y Análisis –Sector Agua y Saneamiento- de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, expresamente se sostuvo respecto a la posibilidad de declarar caduca la concesión de provisión de agua potable y saneamiento a cargo de Aguas Argentinas S.A. que “(...) En este sentido cabe recordar las presentaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires (...) las que amén de no solicitar la declaración de caducidad del contrato, exigen la continuidad del plan de obras (...)”

<sup>39</sup> Así, vid Decreto 1834/2002. A título ejemplificativo, cabe señalar que una situación análoga se ha planteado con respecto a la generación de energía eléctrica, en donde, por un lado los generadores térmicos pueden concursarse sin riesgo de caducidad de su licencia mientras que, por otro lado, los generadores hidroléctricos si lo hacen pierden su concesión. Ante tal asimetría regulatoria – que menoscababa la competencia entre agentes en el mercado - el Poder



En adición al carácter discrecional de la decisión de declarar caduca una concesión, también cabe señalar que la evaluación de la comodidad de su procedencia se funda en consideraciones de índole administrativa y política que aconsejan no solo un meditado análisis de la misma sino, además, que sea declarada por la máxima autoridad con legitimación política, en el sistema federal argentino, por el Presidente de la Nación y en los regímenes provinciales, por el Gobernador<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista del sujeto que realiza la conducta pasible de caducidad, surge el concepto enunciado que, como principio, dicha conducta deberá serle atribuida personalmente al concesionario o licenciatario. No obstante, ello no supone una regla estricta en tanto que, por excepción, dicho incumplimiento puede ser atribuido a un tercero sobre el cual el concesionario no tiene un poder efectivo de control<sup>41</sup>. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con las transferencias de

acciones en la sociedad concesionaria o licenciataria que son formalizadas a pesar de haber mediado oposición por parte de la Administración<sup>42</sup>. En tales casos, lo cierto es que, pese a que la sociedad licenciataria o concesionaria carece de medios para poder evitar dicha transferencia - que es resuelta y efectivizada por sujetos diferentes de ella misma - la sanción de caducidad recaerá sobre dicha sociedad.

En razón de la trascendencia jurídico-administrativa que tiene la extinción de concesiones y licencias por caducidad, se encuentra fuera de toda discusión que el incumplimiento que da lugar a la misma debe ser **grave**. Sin dudas que el *quid* de la procedencia de la caducidad se encuentra en determinar el concepto de **incumplimiento grave** el cual, a nuestro entender, constituye un concepto jurídico indeterminado que, por lo tanto, excluye la existencia de una plena discrecionalidad de la Administración en su determinación<sup>43</sup>.

Sobre el particular son dos las

---

Ejecutivo Nacional proyectó un decreto por el cual, modificando las condiciones originales de las concesiones hidroeléctricas, se habilitaba a las concesionarias a presentarse en concurso preventivo sin riesgo de caducidad de la concesión hasta tanto finalizara la emergencia económica dispuesta por la Ley de Emergencia Económica. Es importante destacar que la Procuración del Tesoro de la Nación consideró legalmente viable y justificada su sanción (cfr. dictamen 356/03 del 4/7/2003).

<sup>40</sup> Amén que, en el caso, debería respetarse el principio de paralelismo de las competencias, de forma tal que sea la misma autoridad concedente la que proceda a declarar la caducidad.

<sup>41</sup> Esto diferencia el caso de lo que ocurre con los incumplimientos cometidos por subcontratistas en donde, aún cuando la materialidad del hecho le corresponde a un tercero -subcontratista-, la responsabilidad -y sus consecuencias- le son atribuidas al contratista en tanto que tiene sobre aquél un poder de control.

<sup>42</sup> No nos referimos aquí a aquellos casos en los que no se ha requerido la autorización de la Administración puesto que se trataría de una caducidad por incumplimiento de un deber impuesto a la sociedad concesionaria o licenciataria -deber de requerir dicha autorización-. El supuesto contemplado en el texto podría darse en casos de reorganizaciones empresarias a nivel "global" en los que poco puede hacerse a nivel local para evitar dicha operación que se enmarca como una parte de una mayor resuelta en el extranjero.

<sup>43</sup> Se ha señalado, con acierto, que lo esencial del concepto jurídico indeterminado está en que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de sus aplicaciones, las cuáles sólo habilitan una unidad de solución justa en cada caso; cfr. COMADIRA, "*La actividad discrecional...*", op. cit; pág. 504. No está de más enfatizar que la inexistencia de discrecionalidad plena que señalamos en el texto respecto a la determinación sobre si cierto incumplimiento es, o no, "grave" no puede ser confundida con la existencia de discrecionalidad en la decisión de declarar caduco

consideraciones que, entendemos, resultan relevantes para establecer si determinado incumplimiento es, o no, **grave**.

La primera consideración impone determinar si el incumplimiento detectado afecta, o no, a una obligación **esencial** del concesionario o licenciatario. Para ello es necesario reconocer que en esta clase de contratos, las obligaciones que el contratista particular asume frente a la Administración, por lo general, tienen una doble naturaleza: por un lado, aquellas que solo hacen a la relación bilateral que se anuda entre Administración y concesionario o licenciatario y, por otro, aquellas que, aun habiendo sido objeto de pacto convencional, tienen la virtualidad de proyectarse hacia afuera del mismo en tanto que hacen a la prestación del servicio o explotación de la infraestructura<sup>44</sup>.

En el primer supuesto – obligaciones emergentes de la relación meramente bilateral –, la **esencialidad** de la obligación incumplida estará determinada por la relevancia que ésta tenga respecto del *sinalagma* convencional. Así, por ejemplo, resultarán obligaciones **esenciales** las relativas al pago del canon

en el supuesto de concesiones onerosas o a las relativas a la incesibilidad del contrato<sup>45</sup> o intransferibilidad de las acciones de la sociedad concesionaria o licenciataria<sup>46</sup> o, también, las relativas a la integración de la garantía de cumplimiento y ejecución contractual. La vinculación que dicho incumplimiento tiene, o no, con la prestación del servicio o con la explotación de la infraestructura se encuentra matizada, en estos casos, por el incumplimiento del contratista a una obligación que ha sido considerada como **esencial** respecto del complejo de obligaciones y derechos emanados del acuerdo de voluntades.

En el segundo supuesto – obligaciones que se vinculan con la prestación del servicio o explotación de la infraestructura– dos son los aspectos a considerar:

El primer aspecto relevante, consistirá en determinar cuál es el **modelo regulatorio** establecido en la respectiva licencia o concesión para poder determinar si medió, o no, un incumplimiento a una obligación **esencial**<sup>47</sup>. De ese modo, en aquellos supuestos en los que la prestación esté fundada en un sistema de regulación

---

el contrato en el caso en que el “incumplimiento grave” exista. Se tratan de dos valoraciones administrativas que recaen sobre extremos diferentes y en momentos también distintos. Respecto al distinto papel que cumplen la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en la estructura de la norma jurídica, vid COMADIRA, “*La actividad discrecional...*”, op. cit; pág. 504 y sigs.

<sup>44</sup> La distinción efectuada se vincula con la noción de “cláusula reglamentaria” elaborada en Francia en torno de la concesión de servicios públicos; sobre su alcance y contenido, vid RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, 4<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 2004, pág. 215 y sigs. Su desarrollo ha sido atribuido, especialmente, a DUGUIT; cfr. DUGUIT, Léon, “*De la situation juridique du particulier faisant usage d’ un service public*”, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pág. 253 y sigs. Para una visión histórica de esta problemática, vid BEZANCON, Xavier, *Essai sur les Contrats de Travaux et de Services Publics. Contribution à l’histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 1.999, págs. 420 y sigs.

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, lo opinado por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 244 : 151 y sus citas.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, CSJN in re “Provincia de Tucumán c. Compañía Hidroeléctrica de Tucumán”, Fallos 209 : 28

<sup>47</sup> Sobre los distintos “modelos regulatorios”, vid AGUILAR VALDEZ, Oscar R; “*Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio*” en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Bs. As, 2004, p. 93 a 100 y 116 a 120, respectivamente.

por **medios** o por **planes de inversión**; el incumplimiento de realizar las respectivas inversiones podrá ser considerado un incumplimiento a una obligación esencial en tanto que, precisamente, la realización de tales inversiones constituye el **núcleo** del sistema regulatorio adoptado<sup>48</sup>. Por su parte, en aquellos casos en los que la regulación económica del contrato haya adoptado el modelo de regulación por **resultados** – ej. casos de regulación por incentivos o por calidad de servicio –, el mero incumplimiento del resultado – salvo caso fortuito o fuerza mayor – podrá ser calificado como un incumplimiento a una obligación **esencial** con independencia de la mayor o menor negligencia que pudiera serle imputable al prestador en la determinación de los medios necesarios para el logro del resultado comprometido<sup>49</sup>.

Paralelamente, en estos casos, la mera falta de realización de inversiones – en tanto que de ellas no se derive una afectación a los resultados de gestión comprometidos – no constituirá un incumplimiento contractual<sup>50</sup>. Desde esta perspectiva, en ambos modelos regulatorios,

el incumplimiento de obligaciones **accesorias** que no hacen al **núcleo** del sistema de regulación – ej. omisión al deber de informar –, carecen de aptitud para ser considerados incumplimientos con virtualidad rescisoria<sup>51</sup>.

El segundo aspecto relevante relativo al incumplimiento de obligaciones que se vinculan con la prestación del servicio o explotación de la infraestructura, consiste en vincular la **gravidad** de dicho incumplimiento con el impacto que el mismo tiene en la continuidad<sup>52</sup> y obligatoriedad<sup>53</sup> del servicio o explotación de la infraestructura, caracteres éstos que tipifican el **núcleo** de la actividad prestacional. Así, el incumplimiento, aun cuando recaiga sobre algunas de las obligaciones que hemos tipificado como **esenciales** según el respectivo modelo regulatorio, solo debería dar lugar a la caducidad en tanto que afecte la continuidad u obligatoriedad aludidas. Estas consideraciones hacen que queden excluidos de los supuestos de caducidad, por ejemplo, los incumplimientos en el pago de multas y sanciones – aun cuando en el caso

<sup>48</sup> Conf. AGUILAR VALDEZ, op. cit; pág. 95

<sup>49</sup> Conf. AGUILAR VALDEZ, op. cit; pág. 117. Sobre el particular, la jurisprudencia tiene dicho que: “(...) lo que resulta novedoso en la regulación es el hecho de que la gestión de la actividad de la concesionaria sea cuestión de su exclusiva competencia, desplazándose los controles del Estado respecto del concesionario hacia el resultado de la gestión en vez de a su desenvolvimiento (...)”; agregando luego que “(...) la fiscalización del Ente (...) sólo se limita a un resultado(...) (...) Por tal motivo, el modo como el concesionario obtiene el cumplimiento de los niveles de calidad exigidos en la reglamentación así como las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son (...) de resorte exclusivo de los concesionarios(...)”, conf. CNFed. Cont. Adm, Sala IV, in re “Central Térmica Güemes S.A. v. ENRE”, 9/12/2002, considerando XXVIII

<sup>50</sup> Conf. AGUILAR VALDEZ, op. cit; pág. 117 y jurisprudencia citada en nota anterior.

<sup>51</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 102

<sup>52</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 102

<sup>53</sup> La doctrina argentina –bien que bajo diferentes puntos de vista– ha señalado la relevancia de la “obligatoriedad” como rasgo distintivo del servicio público, conf. COMADIRA, Julio R; “*El servicio público como régimen exorbitante*”, en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, ed. Ciencias de la Administración, Bs. As; 2004, pág. 44 y MAIRAL, Héctor A; “*La ideología del servicio público*”, en Revista de Derecho Administrativo Año 1993, pág.429.

de contratos regulados por resultados el régimen sancionatorio tiene una relevancia superlativa - o los incumplimientos a obligaciones de inversión que no afecten la continuidad y obligatoriedad de los servicios y explotación de infraestructuras - salvo, claro está, disposición expresa en contra -.

Por otra parte, la afectación a la continuidad u obligatoriedad debe ser evaluada respecto de la prestación en todo su conjunto y no solo respecto del supuesto particular en que tales caracteres se ven afectados. Nótese que, como ya lo hemos señalado, la *ratio* de la caducidad está en proteger la continuidad de la prestación o explotación, de modo tal que la extinción solo deberá proceder - tal como lo aconseja UNCITRAL - en aquellos supuestos en los que ya no quepa esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el contrato<sup>54</sup>. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en supuestos de declaración de quiebra<sup>55</sup> o en donde una serie de reiterados incumplimientos a obligaciones **esenciales** revela la inhabilidad o desinterés del prestador para gestionar el servicio o para explotar la infraestructura globalmente considerada<sup>56</sup>. Allí en donde se hubiese afectado la continuidad u obligatoriedad de determinada prestación o explotación solo en parte y no en su conjunto, únicamente procederá la aplicación de sanciones mas no la caducidad.

Desde la perspectiva del

financiamiento de esta clase de proyectos, cabe señalar que se ha sostenido que restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento **grave** puede servir de garantía a los prestamistas y promotores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante<sup>57</sup>. Téngase presente lo ya mencionado en el sentido en que los esquemas de financiación de esta clase de proyectos, en la medida en que se asume su riesgo de *performance*, para los financistas resulta fundamental mantener la vigencia de la fuente generadora del flujo de fondos que serán aplicados a amortizar los préstamos oportunamente otorgados. De esta forma, cuanto más delimitadas sean las causales de caducidad su impacto en el costo del financiamiento resultará menor.

Ahora bien, lo dicho en el párrafo anterior no significa admitir, sin más, la tolerancia de incumplimientos reveladores de una posible inhabilidad del concesionario para gestionar el servicio o infraestructura. Una forma de compatibilizar los intereses públicos comprometidos en la normal marcha de los proyectos, por un lado, y los que se encuentran en permitir mecanismos de financiación que permitan viabilizar su desarrollo, por otro, radica en aceptar que cuando los financistas adviertan que hay incumplimientos de la concesión (que también son incumplimientos a los contratos de financiamiento) y que sean

<sup>54</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 170

<sup>55</sup> Lo que excluye, como principio, los casos de concurso preventivo en los cuáles, al no mediar desapoderamiento, la caducidad no se justifica.

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, op. cit; pág. 593.

<sup>57</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 170

reveladores de que ésta se encamine hacia su caducidad, se encuentren facultados a reemplazar, por única vez y con la expresa autorización de la Administración concedente, a la sociedad concesionaria o licenciataria por otra que, reuniendo las mismas condiciones técnicas y patrimoniales que las que se tuvieron en cuenta al momento de adjudicar, esté en condiciones de continuar con la ejecución del contrato<sup>58</sup>. Soluciones de esta especie fueron contempladas en Argentina, con variantes, en el régimen de las concesiones de hidrocarburos<sup>59</sup>, en ciertos contratos de concesión<sup>60</sup>; en el régimen federal de Infraestructura<sup>61</sup>; y también en normativas vigentes en el derecho comparado como en Latinoamérica en los casos de Chile y Venezuela donde se admite la llamada **prenda de la concesión**<sup>62</sup>, y, en el ámbito europeo, en la regulación del llamado **Eurotúnel**<sup>63</sup>. En definitiva, estas soluciones – que tienden a evitar la caducidad de la concesión - contemplan la existencia de cierto grado de concurrencia entre los intereses de los financistas y los de la Administración, así como también la realidad que se patentiza en que el

financiamiento se otorga a un **proyecto** y no a una determinada empresa o sociedad<sup>64</sup>.

En lo que hace a los efectos de la declaración de caducidad, amén de recordar que ellos surten solo hacia el futuro, conviene concentrarse en el impacto que la misma tiene en las relaciones jurídicas anudadas entre la sociedad concesionaria o licenciataria y los terceros. Lo dicho a lo largo del presente nos demuestra que la caducidad provocará privar a los acreedores de la sociedad del flujo de fondos que garantiza el reembolso de sus acreencias o a sus empleados del mantenimiento de las fuentes de trabajo. De allí que, por ejemplo, en la Argentina en el caso de las licencias de transporte y distribución de gas natural se haya contemplado una solución que, a la par de admitir la declaración de caducidad y permitir la salida del concesionario, contempla el interés de dichos terceros. De esa manera, se dispone que declarada la caducidad, si lo considera conveniente al interés público y al interés de los empleados, acreedores y accionistas minoritarios de la licenciataria, la autoridad regulatoria podrá, de oficio o a pedido de la

<sup>58</sup> Mecanismo conocido como “pararse en los derechos” o “*step in rights*”; cfr. FUCCI, op. cit.

<sup>59</sup> Así, Ley 17.319, art. 73

<sup>60</sup> Así, en el Contrato de Concesión para la Conexión Vial Rosario-Victoria, Numeral 23, en donde se contempla que dicha facultad puede ejercerse una única vez, luego de haberse acreditado una parte relevante de los desembolsos de los préstamos y posibilitando el reemplazo de la sociedad concesionaria por otra controlada por los financistas con autorización expresa de la Administración.

<sup>61</sup> Así, Decreto 1299/2000, art. 28

<sup>62</sup> Así, en Chile, Decreto N° 900 del 31/10/1996, art. 21 y en Venezuela, Decreto N° 318 del 17/9/1999, art. 34, respectivamente.

<sup>63</sup> Conf. RUIZ OJEDA, op. cit; pág. 496 y sigs.

<sup>64</sup> Lo cierto es que la sociedad concesionaria o licenciataria suele ser una sociedad “nueva” o creada con el específico objeto de llevar adelante la concesión otorgada (“*special purpose vehicle*”), lo que hace que su verdadero “valor” descansa en el derecho que ésta tiene a operar la concesión y no en los aportes de sus accionistas. Sobre el “*project finance*” como un mecanismo de financiamiento “al proyecto” vid CORREA LUNA, Alejandro y ONETTO, Claudio Andrés, “*Estudio legal de la garantía y pago del financiamiento de proyectos petroleros (Su aplicación a contratos de locación de obras y servicios en general)*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1988-D-1074

sociedad inversora, presentado dentro de un determinado plazo, disponer que dicha sociedad transfiera en carácter de **fideicomiso** la totalidad de sus acciones y derechos a aportes de capital en la licenciataria a favor de la autoridad regulatoria para que ésta proceda, a su vez, a venderlas en licitación pública, sin base y en las condiciones que establezca. Entre las condiciones que se podrán imponer se contempla la posibilidad de suscribir un contrato de asistencia con un operador técnico satisfactorio (a juicio de la autoridad) a la par de otros recaudos que se consideren convenientes para asegurar la adecuada prestación del servicio. Operada la transferencia accionaria y cumplidos los recaudos adicionales previamente mencionados, se contempla la posibilidad del levantamiento de la situación de caducidad y la continuación de la vigencia de la licencia por el término remanente<sup>65</sup>. Como se podrá observar, se trata de un singular y original mecanismo que permite amalgamar los distintos intereses, públicos y privados, en juego.

Ninguna duda cabe de que la declaración de caducidad importará, respecto de la Administración, la obligación de procurar los medios para asegurar la continuidad del servicio o la explotación de la infraestructura correspondiente; a cuyos

finos podrá asumir la gestión de la concesión o licencia por sí o designar a un operador interino<sup>66</sup> que solo por excepción – en casos de acreditada urgencia e imposibilidad de recurrir a un tercero podría ser el concesionario saliente, toda vez que sería una solución que contrariaría la finalidad perseguida con la declaración de caducidad. Los gastos que demande dicha gestión interina, así como los relativos a la nueva licitación que se convocase para licitar nuevamente la concesión, configurarían daños que podrían ser reclamados por la Administración, a título de compensación, al concesionario saliente<sup>67</sup>. Salvo que se hubiese estipulado lo contrario, si la totalidad de los daños causados a la Administración por la caducidad del contrato excediesen el monto de la garantía de ejecución, ello no sería óbice para que procediera el reclamo – a título de indemnización por daños y perjuicios - del remanente.

En lo que hace a los efectos de la caducidad respecto del concesionario o licenciatario la cuestión central radica en determinar si éste tiene algún derecho sobre los activos e inversiones incorporados a la concesión extinguida por su culpa. Sobre el particular, hay que señalar que si bien en Argentina se han formulado serios cuestionamientos doctrinarios<sup>68</sup>; relevante

<sup>65</sup> Así, Licencias de Transporte y Distribución de Gas Natural, Numeral 10.7.6.

<sup>66</sup> Tal como ocurrió en Argentina en el caso de la rescisión de la concesión de Correo Argentino S.A -cfr. Decreto 1075/2003, arts. 2 y 5-. En el caso de la rescisión de la concesión de agua potable y saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A si bien el Gobierno Argentino inicialmente reasumió de forma transitoria la operación y prestación del servicio, inmediatamente le confirió el derecho de explotación –sin conferirle carácter temporalmente limitado- a una sociedad anónima cuyo 90% resulta de propiedad pública– cfr. Decreto 304/2006, art. 1°.

<sup>67</sup> Así está previsto, por ejemplo, en las Licencias de Transporte y Distribución de Gas Natural para los honorarios del prestador interino que deberán ser sufragados por la Licenciataria, cfr. Numeral 10.7.4.

<sup>68</sup> Así, SALOMONI, Jorge Luis, «*El régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos en el ordenamiento jurídico argentino. El caso de la explotación de la distribución del gas natural*», en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, págs. 302 y sigs.

doctrina<sup>69</sup> y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>70</sup> han considerado que el concesionario tiene sobre los bienes en cuestión un verdadero derecho de propiedad o dominio; el que no se extingue por la caducidad de la concesión. Por otra parte, y aun cuando no pueda predicarse la existencia de un régimen uniforme<sup>71</sup>, ésta también parece ser la solución adoptada en materia de concesiones y licencias de servicios públicos en Argentina<sup>72</sup>.

Como bien ha sido señalado por MARIENHOFF, si se admite la existencia de un derecho de propiedad de parte del concesionario sobre los activos incorporados al servicio, la mera circunstancia de que se hubiese declarado la caducidad de la concesión no puede fundar la pérdida de dicho derecho. Solo si se hubiese pactado expresamente la entrega gratuita de tales bienes, podría justificarse, a título de sanción complementaria, tal desposesión<sup>73</sup>. Esta última solución ha sido receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>74</sup>.

Ahora bien, reconociendo la existencia de un derecho de propiedad del concesionario o licenciatario sobre los bienes incorporados a la respectiva

concesión o licencia, la realidad indica que – básicamente con las infraestructuras físicas – difícilmente puedan ser retirados del sistema concesional. Ello tanto porque pondrían en peligro la continuidad de los servicios públicos como también, porque al sector privado le resulta de poca utilidad su retiro si no cuenta con un título jurídico que le permita su operación en el complejo concesional en el que están incorporados. Todo ello es demostrativo de que, en realidad, lo relevante no es el activo físico en cuanto tal sino el proyecto considerado en sí mismo. Por tal motivo, en estos casos, la cuestión se centra en determinar el régimen de su indemnización y, en especial, en cómo se determina el valor a compensar. Dos son, en lo sustancial, los **modelos** que pueden seguirse sobre el particular.

El primer **modelo** consiste en compensar el **valor no amortizado** de una inversión que fue efectivamente realizada en la concesión y que, a causa de la caducidad, no podrá repagarse con la explotación, pero considerando a dicha **inversión** de forma individual y particularizada. Se trata del **modelo** que tradicionalmente ha sido recogido por la doctrina<sup>75</sup>. No obstante, adoptar este sistema acarrea sus dificultades toda vez

<sup>69</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 570 y sigs.

<sup>70</sup> CSJN in re “Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste v. Gobierno Nacional”, Fallos 141 : 190, en especial, pág. 212; idem in re “Compañía de Electricidad de Corrientes v. Provincia de Corrientes”, Fallos 201 : 432, en especial, pág. 445; idem in re “Juan A. Bracamonte v. Provincia de Tucumán”, Fallos 204 : 626, en especial, págs. 651 y sigs

<sup>71</sup> Así, vid MATA, Ismael, “*Régimen de los Bienes Públicos en la Concesión de Servicios Públicos*”, en AAVV, *Contratos Administrativos*, op. cit; pág. 291 y sigs.

<sup>72</sup> Así, vid las referencias en MAIRAL, “*La ideología...*”, op. cit; pág. 407 y sigs.

<sup>73</sup> MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 570

<sup>74</sup> Así, CSJN in re “Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste v. Gobierno Nacional”, Fallos 141 : 190, en especial, pág. 212; idem in re “Compañía de Electricidad de Corrientes v. Provincia de Corrientes”, Fallos 201 : 432, en especial, pág. 445; idem in re “Juan A. Bracamonte v. Provincia de Tucumán”, Fallos 204 : 626, en especial, págs. 651 y sigs. .

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, págs. 571 y sigs.

que, por un lado y tal como surge de la jurisprudencia argentina, es susceptible de generar conflictos entre las partes respecto al mecanismo de **valuación** de tales inversiones – valor histórico o costo de reposición, etc. –<sup>76</sup>, así como, por otro lado y especialmente en países de Latinoamérica, para el concesionario o licenciataria supone asumir el llamado **riesgo soberano** relativo a lo dificultoso que suele ser percibir un crédito contra el tesoro público<sup>77</sup>.

Ante tales dificultades, existe un segundo **modelo** que pretende, en cierta forma, evitar tales controversias. El presupuesto del que se parte es considerar que lo **relevante** no es la consideración individual y particularizada del **valor** de cada **inversión** efectuada por el concesionario, sino que lo es la **utilidad** que la inversión o activo le confiere a la concesión globalmente considerada. Así, lo que se pretende es, en lo sustancial, que el valor a compensar no sea mayor a aquél que el **mercado** está dispuesto a pagar por la concesión en su totalidad. De esta forma, se pretende excluir de la compensación a cualquier rubro que, tanto la Administración como el concesionario, tengan la posibilidad de manipular o controvertir. Por otra parte, se busca que el valor que en definitiva corresponda ser percibido, resulte ajeno al **riesgo soberano** que supone la

virtual **insolvencia** de los tesoros públicos.

Así, este segundo **modelo** sugiere que el valor a compensar sea el producido – neto de los descuentos que deban realizarse en razón de multas, indemnizaciones, etc. – del precio pagado por la concesión – en la que se integran los activos e inversiones oportunamente introducidos por el concesionario o licenciataria rescindido – por aquél que resultó adjudicatario de la nueva licitación convocada para su otorgamiento<sup>78</sup>. Este sistema también admite variantes como, por ejemplo, establecer que la compensación será el monto menor que resulte entre el **valor libros** de la concesión y el producido neto de la nueva licitación, modalidad ésta que permite asegurar un límite mínimo compensable que resulte incontrovertible<sup>79</sup>.

Los mecanismos de compensación sugeridos por este **modelo** parecerían que solo pueden tener cabida en aquellos contratos en los que la decisión de inversión resulta propia y exclusiva del concesionario o licenciataria y no en aquéllas otras en las que la variable regulatoria sea el Plan de Inversión obligatoriamente fijado por la Administración y respecto del cual el concesionario no pueda apartarse, puesto que se le haría soportar un riesgo –

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, vid la discusión en CSJN, in re “Ottonello Hnos. v Provincia de Tucumán”, Fallos 212 : 2; idem in re “FFCC de Entre Ríos v. Nación Argentina”, La Ley 12 : 17 con nota de ANASTASI, Leonidas, “*El criterio del valor actual en la expropiación de un ramal ferroviario. El ‘Going Value’ en la jurisprudencia de los Estados Unidos*”; idem in re “Provincia de Tucumán v La Eléctrica del Norte S.A y La Hidroeléctrica del Tucumán”, Fallos 224: 706, *inter alia*.

<sup>77</sup> Recientemente, MAIRAL se ha hecho eco de lo relevante que resulta, en la elaboración de esquemas contractuales como los que analizamos, evaluar el “riesgo soberano” de países que, como la Argentina, tienen una larga tradición de dilatar el pago de sus deudas, cfr. MAIRAL, “*La Teoría del Contrato Administrativo...*”, op. cit; pág. 6

<sup>78</sup> Este es el sistema contenido en la Concesión de distribución de energía eléctrica otorgada en Argentina a EDENOR S.A; Numeral 38.

<sup>79</sup> Tal lo previsto en Argentina por las licencias de gas natural, Numeral 11.3.1. y en el régimen de concesiones eléctricas de Bolivia, Ley 1604 del 21/12/1994, art. 32.



devaluación de la inversión en su valor de mercado- que no está en condiciones de evitar. En estos últimos casos, parecería ser que es el primer **modelo** de compensación el que debería seguirse.

### 3. LA RESCISIÓN POR PARTE DEL CONCESIONARIO O LICENCIATARIO

En la medida en que las concesiones y licencias a las que nos venimos refiriendo configuran, propiamente, verdaderos **contratos**, no puede haber duda alguna de que los mismos pueden, en determinados supuestos y bajo ciertas modalidades, ser rescindidos por el contratista particular. Una solución contraria llevaría a entender que no nos encontramos ante un **contrato** sino ante una situación de autoridad impuesta por el Soberano. Lo cierto es que, en la Argentina, los regímenes particulares de cada servicio<sup>80</sup> y un proyecto de ley nacional de servicios públicos remitido hace un par de años al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional<sup>81</sup> contemplan esta alternativa.

Corresponde señalar que este modo de extinción no debe ser confundido con la llamada **renuncia** en tanto que esta modalidad extintiva de carácter unilateral solo puede ser predicada en aquellos contratos de atribución que se otorgan en interés inmediato del contratista y que, por tal razón, su ejercicio no compromete interés público alguno<sup>82</sup>. Por tal motivo, resulta criticable que, por ejemplo, el régimen argentino de las licencias de

transporte y distribución de gas natural califiquen como **renuncia** al mecanismo extintivo a ser ejercido por el particular en casos de incumplimiento del otorgante de la licencia<sup>83</sup>.

Por el contrario, tratándose los analizados de típicos contratos de colaboración, al igual que lo señalado respecto de la caducidad, su extinción no puede afectar el interés público comprometido en la normal marcha del servicio o explotación de la infraestructura de que se trate. De allí que también el recurso a este medio extintivo solo puede ser considerado la última *ratio* del régimen contractual.

Ahora bien, cabe excluir – como principio – la procedencia de la rescisión por parte del concesionario o licenciataria allí en donde resulte procedente la aplicación de los institutos correctivos, de los desequilibrios financieros entre las cargas y los beneficios y entre los derechos y las obligaciones que constituyen el núcleo obligacional que se anuda entre las partes, tal como ocurre, por ejemplo, en los supuestos donde se ha producido una alteración de los términos contractuales por parte de la Administración en razón del ejercicio válido de la *potestas variandi*, o bien, cuando el desequilibrio se produce por los hechos y condiciones que habilitan la procedencia del denominado **Hecho del Príncipe (álea administrativa)**. En tales casos, las garantías de igualdad ante las

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, Licencias de Transporte y Distribución de Gas Natural, Numeral 11.2; Concesión de Distribución de Energía Eléctrica de EDENOR S.A.; Numeral 39; Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 23.2; Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A.; Numeral 14.4; *inter alia*.

<sup>81</sup> Así, art. 17, inciso g)

<sup>82</sup> Así, CASSAGNE, op. cit; pág. 101

<sup>83</sup> Cfr. Numeral 11.2. de sendas Licencias.

cargas públicas y de inviolabilidad de la propiedad se encuentran protegidas por las compensaciones correctivas que se derivan de la aplicación de tales institutos.

Sin embargo, ninguna duda puede caber que, en aquellos casos en que la alteración sufrida en los términos contractuales sea de tal entidad que no puedan ser razonablemente recompuestos o que importe una modificación sustancial de los mismos, el respectivo concesionario o licenciataria tiene un verdadero derecho subjetivo a rescindirlo puesto que, como bien se ha señalado, no puede estar obligado a ejecutar un contrato diferente a aquél que oportuna y voluntariamente suscribió. Lo contrario resultaría equivalente a admitir que, en estos casos, la celebración de un contrato de esta especie importa, de suyo, una virtual derogación del principio, vigente en todo Estado de Derecho, que reza que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni prohibido de realizar aquello que ésta no prohíbe”<sup>84</sup>.

En nuestra opinión, estas circunstancias se presentan en Argentina ante las alteraciones impuestas por la **Ley de Emergencia Económica** a las

concesiones y licencias en curso de ejecución, ello, en tanto que sus disposiciones han alterado elementos esenciales sobre los que versaron los respectivos acuerdos como, por ejemplo, la moneda de determinación tarifaria y sus respectivas cláusulas de ajuste por índices extranjeros<sup>85</sup>. Más aún, nos atrevemos a señalar que el sólo hecho de que, paralelamente a la imposición *ex lege* de tales alteraciones, el Poder Legislativo haya dispuesto la apertura de un proceso de renegociación contractual, importa una clara admisión de haberse producido una modificación sustancial de las condiciones originales en grado tal que exceden aquello que el Estado puede disponer por sí y que el concesionario está obligado a respetar a cambio de una compensación por los perjuicios causados por dicho desequilibrio. Para así juzgarlo, adherimos a aquellos que consideran que la apertura de un procedimiento de renegociación contractual – o modificación de **mutuo acuerdo** – se justifica en establecer un medio que permita el mantenimiento del contrato frente a la alternativa rescisoria<sup>86</sup>.

Sobre el particular, nótese que, además de las alteraciones impuestas por

<sup>84</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, págs. 400 y sigs.

<sup>85</sup> Sobre el punto vid, CASSAGNE, Juan Carlos “*Los Contratos Públicos y la reciente Ley de Emergencia*”, en Revista de Derecho Administrativo Año 2002, pág. 138. Asimismo, respecto al notable impacto de tales medidas en las concesiones y licencias, vid POZO GOWLAND, Héctor, “*Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos*”, E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/8/2004, págs. 1 y sigs.

<sup>86</sup> Así, DRUETTA, Ricardo T; “*Renegociación del contrato administrativo*”, en AAVV, *Contratos Administrativos*, op. cit; pág. 361. En igual línea, la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo –ante la pretensión de la Administración de introducir relevantes modificaciones a una concesión vial- que “se sugiere el mecanismo de la renegociación a fin de evitar que, ante la magnitud de las reformas el cocontratante eventualmente ejerza el derecho de rescisión”, cfr. Dictamen del 2/9/92, publicado en *Revista Régimen de la Administración Pública* n° 170, pág. 78. Inclusive, en algunos casos como ocurre en el transporte ferroviario, ha sido el propio Estado quien, al declarar el estado de emergencia en la prestación del servicio, expresamente ha reconocido que su procedencia se justifica en su propio y anterior incumplimiento al pago de subsidios, circunstancia ésta que ha sido ameritada por la Justicia Federal; cfr. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, in re “*Transportes Metropolitanos General San Martín SA v. Estado Nacional Dto. 479/94 y 1418/99 y otros s/ amparo ley 16.986*”, del 22/6/2004, considerando 4).

dicha normativa que parecen tener vocación de permanencia y no de transitoriedad durante el período de emergencia allí declarado; las alternativas de recomposición que el Estado pretende introducir en los contratos afectados importan, verdaderamente, un cambio en las más sustanciales bases de dichas contrataciones como, por ejemplo, el cambio en el paradigma o **modelo** regulatorio – de uno de regulación por resultados a uno por **Planes de Inversión** – así como también, la introducción de una nueva modalidad de dirigismo contractual a través del recurso a complejos instrumentos fiduciarios orientados a establecer un nuevo sistema de planificación estatal en materia de infraestructura que conllevan, paralelamente, una sustancial modificación de los regímenes tarifarios oportunamente acordados<sup>87</sup>. Es evidente, así, que si los concesionarios y licenciatarios no pueden ser obligados a aceptarlas, procederá, en caso de negativa, la rescisión de los respectivos contratos de concesión o licencia.

Además de los supuestos mencionados precedentemente, en aquellos casos en los cuales se produzca el **álea económica** generadora de un quebranto transitorio de la ecuación económico-financiera, en principio, no procederá la rescisión por parte del concesionario o licenciatario en tanto que el régimen jurídico aplicable habilita la

revisión de los términos contractuales en función de la Teoría de la Imprevisión, nacida hace un siglo – como es sabido – en el campo de la ejecución de concesiones de servicio público para asegurar su continuidad<sup>88</sup>. Sin embargo, si dicho quebranto fuese **definitivo**, al resultar inaplicable dicho correctivo, la extinción se producirá por aplicación del caso fortuito o de la fuerza mayor, según corresponda<sup>89</sup>, la que claramente puede ser solicitada por el contratista particular siguiendo los procedimientos que resultasen aplicables – ej, denunciando el *casus* dentro del plazo de caducidad establecido, vencido el cuál se perderá el derecho a rescindir por vía de esta causal –<sup>90</sup>.

En aquellos casos en los que se verifique un grave incumplimiento de la Administración a las obligaciones convenidas, la rescisión no será, sin embargo, procedente en la medida en que el concesionario o licenciatario pueda invocar, sin afectar la continuidad del servicio o de la explotación de la infraestructura, la excepción de incumplimiento admitida – con la restricción apuntada – en esta clase de contratos como defensa del concesionario, por ejemplo, suspendiendo el pago del canon en los casos de concesiones onerosas<sup>91</sup>. No obstante, consideramos que ésta solo puede tratarse de una defensa de

<sup>87</sup> Sobre las diferentes “alternativas” que persigue el Gobierno que sean aceptadas por los contratistas en los procedimientos de renegociación, vid su mención en POZO GOWLAND, op. cit; pág. 10

<sup>88</sup> Conf. DEBÈNE, Marc y RICHER, Laurent, *Gestion Déléguée des Services Publics en France et en Europe*, ed. Le Moniteur, Paris, 1995, pág. 96

<sup>89</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 522

<sup>90</sup> Así, por ejemplo, Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A, Numeral 14.5.

<sup>91</sup> MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 640

carácter transitorio invocable por el contratista con la finalidad de mantener una relación de razonable equilibrio entre las partes y hasta tanto se produzca la regularización de las obligaciones de parte de la Administración<sup>92</sup> o bien, la recomposición de los términos contractuales por mutuo acuerdo. De allí que si estas últimas circunstancias no tienen lugar dentro de un plazo razonable y si el incumplimiento estatal es de tal magnitud que destruye el equilibrio contractual originario – ej falta de pago de subsidios tarifarios, violación a la exclusividad conferida<sup>93</sup>, etc. – la procedencia de la rescisión a pedido del concesionario o licenciatario no podrá ser jurídicamente objetada<sup>94</sup>, ello, aun cuando – claro está – deba mediar una previa intimación a la Administración a regularizar la ejecución de sus obligaciones dentro de un plazo razonable, así como que la efectiva entrega del servicio o infraestructura deba hacérsela

de un modo tal que permita garantizar su continuidad<sup>95</sup>.

Para admitir esta clase de rescisión, en Argentina tanto la doctrina<sup>96</sup> como el proyecto de legislación<sup>97</sup> y la regulación convencional<sup>98</sup> aplicables consideran que solo puede tener lugar una vez así declarada, a pedido del contratista, por el Poder Judicial. UNCITRAL reconoce que esta solución es también la existente en muchos otros ordenamientos jurídicos<sup>99</sup>. MARIENHOFF justificó esta solución, que se diferencia notoriamente de la que resulta aplicable en casos de caducidad decretada por la autoridad pública, en que “**mientras que el respectivo acto de la Administración Pública es ‘ejecutorio’ y tiene ‘ejecutoriedad propia’, la decisión del cocontratante carece de esa característica**”<sup>100</sup>. Si bien esta solución aparece como razonable en atención a los innegables intereses públicos que se encontrarían comprometidos ante una

<sup>92</sup> UNCITRAL ha considerado que el sujeto público que puede ser considerado “incumplidor” no se limita al ente que es formalmente “parte” en el contrato sino también a otros entes públicos que se niegan a dar el respaldo necesario para la ejecución del proyecto, cfr. UNCITRAL, op. cit; pág. 175

<sup>93</sup> Un supuesto que merecería un análisis pormenorizado desde el punto de vista de la rescisión por el concesionario así como respecto a los alcances del deber de compensar por parte de la Administración, está dado por la aplicación de medidas desregulatorias o de liberalización o desmonopolización en mercados donde se han celebrado contratos con garantía, expresa o implícita, de cierta porción de mercado o demanda. Esta cuestión, planteada en términos análogos en el sistema norteamericano, puede verse en SIDAK, J. Gregory & SPULBER, Daniel F.; *Deregulatory takings and the Regulatory Contract: the competitive transformation of network industries in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, U.S.A., 1998.

<sup>94</sup> Así, UNCITRAL, pág. 175

<sup>95</sup> Tal como se lo contempla, por ejemplo, en Argentina en las licencias de transporte y distribución de gas natural, cfr. Numeral 11.2.

<sup>96</sup> Así, por ejemplo, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 588; idem SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, 2° ed; ed. Ciudad Argentina, Bs. As, 1999, pág. 310; idem BERCAITZ, op. cit; pág. 596, *inter alia*.

<sup>97</sup> Así, art. 28

<sup>98</sup> Así, por ejemplo, Licencias de Transporte y Distribución de gas natural, Numeral 11.2 y Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A; Numeral 14.9.5, que expresamente dispone que la intervención judicial será necesaria en caso de oposición a la rescisión por parte de la Administración.

<sup>99</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 175

<sup>100</sup> MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 588

rescisión que surtiese efectos por la exclusiva voluntad del concesionario, no puede escapárseles que, ante la coyuntura existente en variados sistemas judiciales latinoamericanos, obligar a aguardar una sentencia judicial firme que declarase la procedencia de la rescisión por parte del contratista resultaría equivalente, en los hechos, a negar su eficacia práctica. La duración que suele insumir un proceso judicial contra la Administración, máxime asumiendo que ésta controvertirá la procedencia de la rescisión por parte del concesionario y opondrá una rescisión **cruzada** por vía de la declaración de caducidad, conspira para considerar que, en las actuales circunstancias, este procedimiento resulte recomendable.

Es más, no puede soslayarse que, por las circunstancias que hemos mencionado desde el comienzo del presente trabajo, los principales interesados en tener certeza acerca de la procedencia, o no, de la rescisión – de la que podrían derivarse, según los términos de los acuerdos de financiamiento alcanzados, reclamos contra aseguradoras<sup>101</sup> y/o otros terceros –, serán sus financistas quienes difícilmente se sentirán tentados de asumir el costo y los riesgos de este largo peregrinaje judicial. De allí, por ejemplo, que UNCITRAL haya

recomendado que tal procedimiento jurisdiccional sea reemplazado por un mecanismo rápido y eficaz de solución de controversias, incluso del arbitraje<sup>102</sup>.

Sobre el particular, y más allá de las conocidas resistencias que, desde siempre, el mecanismo arbitral ha tenido en su aplicación a la contratación pública<sup>103</sup>, no puede dejarse de mencionar las dificultades que, en la actualidad, se plantean ante rescisiones dispuestas en sede nacional por parte de concesionarios y la paralela controversia planteada por el respectivo inversor extranjero ante los tribunales arbitrales internacionales contemplados en los respectivos **Tratados Bilaterales de Inversión**<sup>104</sup>.

Determinar en qué medida un tribunal internacional – solo competente para juzgar sobre la violación a los estándares de protección internacional de las inversiones extranjeras – puede adentrarse a juzgar la procedencia o improcedencia de la rescisión dispuesta en sede nacional por el respectivo concesionario controlado corporativamente por el inversor reclamante en sede arbitral, sin dudas resultará de suma relevancia para esclarecer gran parte de las controversias hoy existentes sobre el particular<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Por ejemplo, seguros de “riesgo político” al estilo de MIGA, OPIC, COFACE, etc.

<sup>102</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 176.

<sup>103</sup> Sobre el particular, vid la referencia en Argentina en YMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, ed La Ley, Bs. As, 1999, págs. 55 y sigs.

<sup>104</sup> Así, por ejemplo, el caso “Azurix” cuya concesión fue rescindida en sede nacional –Provincia de Buenos Aires– y, paralelamente, se planteó la controversia en materia de “inversión” bajo el Tratado Bilateral celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión (CIADI), ICSID Case No. ARB/01/12.

<sup>105</sup> Sobre esta cuestión, vid en la doctrina argentina dos posiciones diferentes en TAWIL, Guido Santiago, “*Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable*”, en CASSAGNE, Juan C (Director); *Derecho Procesal Administrativo. Obra Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Bs. As, 2004, p.317 y en GUALDE, Andrea, “*Implicancias del arbitraje internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho interno de los Estados*”, Lexis Nexis, Suplemento de Derecho Administrativo, 5/5/2004, p. 10

Finalmente, uno de los aspectos más relevantes en estos supuestos de rescisión es determinar la procedencia y, en su caso, el alcance de la indemnización que corresponde abonar al concesionario o licenciatario. Sobre el particular, cabe distinguir según que la rescisión pedida por el concesionario o licenciatario responda, o no, a un incumplimiento de la Administración.

En aquellos supuestos en los que la rescisión es dispuesta por hechos que no pueden ser, estrictamente, considerados como incumplimiento de la Administración – ej, casos de rescisión por caso fortuito o fuerza mayor - en general campea la idea que dichos perjuicios deben ser compartidos entre el concesionario y el universo de contribuyentes. Así, por ejemplo, en Argentina se ha establecido que se compensará al prestador por el valor de los *stocks* de insumos que reciba el Estado y el valor de los bienes no amortizados adquiridos o construidos por el concesionario<sup>106</sup>. Por su parte, en materia de explotación de obras de infraestructura física, se ha establecido que corresponderá indemnizar al concesionario por el valor no amortizado de las inversiones realizadas con fondos propios en bienes, obras e instalaciones, así como también el valor de los costos financieros no amortizados, el que no podrá exceder de la tasa PRIME a un año más de dos puntos<sup>107</sup>. El plazo a considerar para la amortización será el que medie entre la efectiva realización de la

inversión y el término de la concesión o el de la vida útil del bien respectivo si éste fuese menor<sup>108</sup>. En el caso en que la concesionaria hubiese contratado una póliza de seguro contra este riesgo, lo razonable es que la misma sea cedida a la Administración una vez satisfecha la correspondiente indemnización<sup>109</sup>.

Por su parte, en aquellos casos en los que la rescisión sea imputable a la Administración no puede caber duda alguna que la compensación debe ser amplia a fin de resarcir la integridad de los daños causados al contratista; ello, en la medida en que cabe identificar a este supuesto con un acto ilegítimo de la Administración<sup>110</sup> equivalente, en sus efectos, a una ilegítima desposesión de la propiedad del concesionario o licenciatario.

Para determinar el daño compensable, por un lado, se ha estimado conveniente partir considerando el valor de las inversiones realizadas. En esta línea, en Argentina se ha previsto la compensación del valor no amortizado de las inversiones efectivamente realizadas pero **mayoradas** por medio de un multiplicador que permita incluir los beneficios no obtenidos de la explotación sin tener que incurrir en las corrientes discusiones que supone determinar, en justicia, cómo calcularlos<sup>111</sup>.

Obsérvese que en casos de rescisión por el concesionario de una concesión en

<sup>106</sup> Así, Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A., Numeral 14.8.1.

<sup>107</sup> Así, Concesión Conexión Vial Rosario-Victoria, Numerales 30.7.3 y 30.12.1.

<sup>108</sup> Idem, Numeral 30.1.2.1

<sup>109</sup> Idem, Numeral 30.7.3.

<sup>110</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 475

<sup>111</sup> Esta es la solución que contiene la Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 23.2.

operación, de lo que se priva a éste es, precisamente, de los beneficios esperados de un proyecto en funcionamiento. De allí que, por ejemplo, se haya establecido que, en tales casos, corresponderá compensar el valor que resulte más alto entre el **valor libros** de la inversión y el valor de tasación de los activos<sup>112</sup>; así como también, el valor de las acciones de la sociedad licenciataria o concesionaria con más de una penalidad cuyo monto variará según el tiempo que hubiese transcurrido de la concesión al momento de la rescisión<sup>113</sup>. En otro supuesto, por ejemplo, se ha establecido que corresponderá compensar, amén del valor de los bienes no amortizados construidos o adquiridos por el concesionario, el lucro cesante que no podrá superar las utilidades de la compañía de los últimos cinco ejercicios<sup>114</sup>, ello, con el ánimo de limitar, razonablemente y sobre bases objetivas, el daño resarcible.

Si asumimos que, como lo ha señalado WEIL, los contratos de concesión celebrados con inversores extranjeros amparados por Tratados Bilaterales de Inversión, se encuentran regidos por un triple ordenamiento

jurídico – derecho nacional, derecho internacional y derecho emergente de los mencionados Tratados<sup>115</sup> – resulta útil mencionar que similar cuestión se ha planteado en el ámbito internacional a los efectos de determinar el daño resarcible – y los mecanismos de valuación pertinentes – en supuestos de **expropiación**<sup>116</sup> de la inversión por parte del gobierno del país receptor.

Así, en este ámbito, se ha sostenido que el estándar de compensación usualmente utilizado es aquél que dispone que la misma deberá ser equivalente al **valor justo de mercado** de la inversión expropiada determinada en el momento inmediatamente anterior al cual se produjo la misma, la que no debe reflejar en su valor ningún cambio ocurrido como consecuencia de haberse conocido con anterioridad la finalidad **expropiatoria** del gobierno<sup>117</sup>. En estos casos la tendencia parece ser favorable a la admisión del principio de indemnización **plena**, comprensivo, entre otros rubros, del lucro cesante<sup>118</sup>. Sobre el particular, corresponde señalar que bien se ha dicho que el

<sup>112</sup> Esta es la solución que traen las licencias de transporte y distribución de gas natural, Numeral 11.2.

<sup>113</sup> Esta es la solución que contemplan, por ejemplo, las concesiones de distribución de energía eléctrica, Numeral 39

<sup>114</sup> Esta es la solución que contiene la concesión de Aguas Argentinas S.A; Numeral

<sup>115</sup> Conf. WEIL, Prosper, “*The State, the Foreign Investor and International Law: The no longer stormy relationship of a Ménage á trois*”, en ICSID Review –Foreign Investment Law Journal- Vol. 15, N° 2, Fall 2000, pág. 401 y sigs

<sup>116</sup> Como es sabido, en el Derecho Internacional, el concepto de “expropiación” (“*expropriation*”) no se identifica exclusivamente con la ablación de derechos en aras del bienestar general previa compensación, sino con la toma ilegítima de la propiedad particular por parte de un Estado, cfr. BRONWILIE, Sir Ian, *Principles of Public International Law*, 6° edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 512; idem FRIEDMAN, S; *Expropriation in International Law*, Stevens & Sons, London, 1953; págs. 5 y sigs; idem WORTLEY, B.A; *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1959, págs. 3 y sigs.

<sup>117</sup> Así, BALL, Markham, “*Assessing damages in claims by Investors against the States*”, en ICSID Review –Foreign Investment Law Journal- Vol. 16, N° 2, Fall 2001, pág. 414

<sup>118</sup> Conf. BALL, op. cit; pág. 421, idem WESTBERG, John, “*Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in cases of Expropriation; ICSID and Iran-United States Claims Tribunal Case Law compared*”, en ICSID Review – Foreign Investment Law Journal- Vol. 8, 1993, pág. 27; idem BISHOP, Doak, “*Survey of published international*

adquirente de un negocio no repara en cuánto le costó al vendedor ponerlo en marcha en el pasado sino en cuál es el flujo de fondos que dicho negocio o proyecto puede generar en el futuro como resultado de la inversión realizada<sup>119</sup>.

De ese modo, en los últimos años los tribunales internacionales han recurrido al sistema de “flujo de caja descontado” (*discounted cash flow*) para determinar el valor de la inversión a ser compensada<sup>120</sup>. Mediante dicho método, se determinan los flujos de fondos que razonablemente pueden obtenerse de la explotación del proyecto aplicándoseles una tasa de descuento determinada que es la que determina el costo de oportunidad del capital afectado a la inversión<sup>121</sup>. Ahora bien, esta metodología resulta razonable cuando el contrato o proyecto **expropiado** se encuentra en marcha desde un lapso razonablemente anterior al momento de la desposesión, ello, de forma tal que la estimación del flujo de fondos pueda determinarse en función de bases comprobadas y no de meras conjeturas.

De allí que los tribunales internacionales sean renuentes a recurrir

al mismo, como exclusivo parámetro, en supuestos donde el proyecto recién había comenzado a funcionar en el momento de la **expropiación**.<sup>122</sup> En tales supuestos, se ha considerado más conveniente recurrir al valor de la inversión efectivamente realizada al momento anterior a la **expropiación**.<sup>123</sup>

#### 4. EL RESCATE

Se ha definido a esta modalidad extintiva como “la decisión unilateral del Estado, en cuyo mérito éste, por razones de interés público o general, pone fin al contrato antes de la fecha fijada para ello, asumiendo entonces en forma directa la ejecución o cumplimiento del objeto de ese contrato”<sup>124</sup>.

Del concepto expuesto, surge que el rescate constituye una especie del género extinción de contratos administrativos por razones de interés público. Sin embargo, como bien ha sido señalado por la doctrina, se diferencia de otra especie de este género extintivo - como lo es la revocación por razones de interés público - en que el rescate, a diferencia de este último supuesto, no supone la extinción de la prestación del servicio o de la gestión de una infraestructura, sino la reasunción de su

---

*arbitration awards involving the petroleum industry. The development of a Lex Petrolera*”, trabajo presentado en *Symposium on Arbitration of International Energy Disputes*, American Bar Association, Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law, January 21-22, 1998, Houston, Texas, pág. 30, *inter alia*

<sup>119</sup> Así, BALL, op. cit; pág. 418

<sup>120</sup> Así, recientemente, el CIADI recurrió a este criterio de valuación para determinar la compensación a ser abonada en favor de un inversor norteamericano minoritario en una licenciataria de gas natural cuya inversión se consideró “expropiada” por el Estado argentino; cfr. Laudo in re “CMS Transmisión Company v. Republic of Argentina”, decisión sobre el fondo, 12 de mayo de 2005.

<sup>121</sup> Así, BALL, op. cit; pág. 419

<sup>122</sup> Así, vid autores citados en nota 114. El CIADI ha expresado estos reparos en los casos “Wena Hotels Ltd. v. Egypt”, laudo del 8/12/2000 y en “Metalclad Corp. v. México”, laudo del 30/8/2000, conf. BALL, op. cit; pág. 423.

<sup>123</sup> Así, BALL, op. cit; pág. 424.

<sup>124</sup> MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 575



gestión o explotación por el propio Estado<sup>125</sup>.

De allí que, como bien lo señaló MARIENHOFF, cuando la finalidad perseguida sea la supresión de la respectiva actividad o explotación, no corresponde recurrir al rescate sino a la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>126</sup>. La diferencia es relevante en tanto que mientras que en el rescate se justifica la incautación de los activos afectados al servicio, no ocurre lo mismo, como principio, en la revocación por razones de interés público en la medida en que aquí se suprime la respectiva actividad, desapareciendo la necesidad pública que originó la prestación del servicio o explotación de la infraestructura<sup>127</sup>.

Asimismo, también se ha señalado que esta figura solo puede tener cabida en ciertos contratos de colaboración – tales como la concesión de servicios y obras públicas - donde el Estado puede **reasumir** su gestión y explotación, lo que excluye no solo a los contratos de atribución sino también a otros contratos de colaboración donde dicha reasunción no es posible<sup>128</sup>. En tanto que se ha considerado que la posibilidad de **reasunción** supone la

titularidad estatal del servicio o actividad<sup>129</sup>, se ha concluido en que allí donde la gestión del servicio o explotación de la obra haya sido **despublicada**, el rescate no resulta procedente aunque sí resulte viable la expropiación de la respectiva concesión o licencia por parte del Poder Legislativo<sup>130</sup>.

Por otra parte, resulta claro que el rescate – en tanto que resulta un mecanismo que **anticipa** la reasunción de la actividad con anterioridad al vencimiento del plazo de expiración - tampoco puede resultar procedente en aquellos casos en donde la realización de la respectiva actividad por parte del sector privado carece de un plazo cierto de expiración – *vgr*, licencias de telecomunicaciones vigentes en Argentina -. En tales supuestos, procederá, en su caso, la ya mencionada revocación por razones de interés público del acto administrativo que habilitó a dicha gestión o, en su caso, la expropiación mediante ley formal.

Como bien se ha señalado, en la medida en que tiende a confundirse al interés público con los cambios de orientación política<sup>131</sup>, el rescate constituye uno de los medios extintivos que mayores polémicas ha despertado en tanto que implica someter la continuidad de la

<sup>125</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 576; CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 98; PRITZ, Osvaldo A.F.; “*El rescate*”, en AAVV, *Contratos Administrativos*, op. cit; pág. 246. COMADIRA ha sostenido que la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia es también un acto que coincide en su fundamento con el rescate –mérito, oportunidad o conveniencia- pero difiere de él en que, con ella, el Estado no reasume la prestación de la actividad sino que, lisa y llanamente, pone fin al contrato; conf. COMADIRA, Julio R; “*El servicio público como régimen exorbitante*”, op. cit; pág 39

<sup>126</sup> MARIENHOFF, op. cit, Vol III-A, pág. 576

<sup>127</sup> En este sentido, PRITZ, op. cit, pág. 246

<sup>128</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit, Vol. III-A, pág. 576 y CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 99.

<sup>129</sup> CASSAGNE considera que el rescate no se encuentra vinculado a la titularidad estatal del servicio, conf. CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 99

<sup>130</sup> Así, MAIRAL, Héctor A; “*La ideología ...*”, op. cit; pág. 412.

<sup>131</sup> Así, CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 94

respectiva concesión a los vaivenes de políticos<sup>132</sup>. De allí que se haya sostenido que uno de los efectos prácticos de considerar procedente a esta figura sea asumir que todo intento de intervención del sector privado en estos sectores subsistirá en tanto se mantenga la voluntad del gobierno en tal sentido. Así, un cambio de criterio del mismo Ejecutivo o el advenimiento de un nuevo titular a tal función, puede provocar la reestatización de la prestación sin intervención del Legislativo<sup>133</sup>. Por tal motivo, se ha considerado que admitir su procedencia con fundamento en un poder implícito del Poder Ejecutivo conspira contra toda política de verdadera privatización<sup>134</sup>.

Desde la perspectiva que hemos utilizado en este trabajo, conviene mencionar que UNCITRAL ha señalado que reconocer el ejercicio no condicionado de una prerrogativa como la analizada puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una compensación pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada; motivo por el cual se ha recomendado que si dicha prerrogativa es admitida, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer

momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo con el proyecto que se distribuya con (en) la solicitud de propuestas contractuales<sup>135</sup>.

Las consideraciones expuestas son lo suficientemente demostrativas de lo inconveniente que resulta su admisión – cuando menos, como prerrogativa inherente a toda autoridad concedente – si lo que se pretende es dotar a esta clase de proyectos de una razonable estabilidad que favorezca por un lado, la inversión privada y, por otro, su financiación en los mercados de capitales. Además de ello, su admisión crea un fuerte incentivo para que los concesionarios y licenciatarios persigan obtener, a lo largo de una explotación llamada a perdurar por décadas, el favor de los políticos de turno antes que a garantizar una gestión eficiente, transparente y despolitizada<sup>136</sup>.

En esta línea, conviene señalar que el rescate se encuentra expresamente excluido en Argentina en el caso de las licencias del gas natural<sup>137</sup>; y en los regímenes de la energía eléctrica, se encuentra interdicto en tanto existan particulares interesados en la prestación de tales servicios, ello, en tanto que en tales supuestos se prohíbe la reasunción de la explotación por el Estado<sup>138</sup>. A su vez, en la concesión de aeropuertos su ejercicio se encuentra limitado temporalmente

<sup>132</sup> Así, vid las referencias en PRITZ, op. cit; pág. 243 y sigs.

<sup>133</sup> Así, MAIRAL, “*La ideología...*”, op. cit; pág. 412

<sup>134</sup> Así, CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 99 y MAIRAL, “*La ideología...*”, op. cit, pág. 412

<sup>135</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 174

<sup>136</sup> CASSAGNE ha señalado la relación que existe entre transparencia y la posibilidad de extinguir una concesión por razones de interés público, cfr. CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 94.

<sup>137</sup> Reglamento de la Ley 24.076, art. 45 y Licencias de transporte y distribución, Numeral 11.5.

<sup>138</sup> Ley 24.065, art. 3°. No obstante, sobre el particular, COMADIRA ha señalado que la posible asunción por el Estado del servicio en el caso en que no hubiesen interesados del sector privado en prestarlo constituye una manifestación de lo que denomina el “rescate impropio”, cfr. COMADIRA, op. cit; pág. 40

luego de haber transcurrido veinte años<sup>139</sup>. Por el contrario, en los casos de la provisión de agua y servicios sanitarios y de transporte ferroviario, su procedencia se encuentra amplia y expresamente contemplada<sup>140</sup>, lo mismo que ocurre con el proyecto de ley de régimen nacional de servicios públicos oportunamente remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo<sup>141</sup>. En Latinoamérica, el rescate no resulta contemplado en Chile<sup>142</sup> ni en Perú<sup>143</sup> ni en Brasil, en ausencia de pacto o regulación expresa, se dispone que la reasunción por el sector público solo puede tener cabida por ley<sup>144</sup>.

Por las razones expuestas, adherimos a aquellos que consideran que, en ausencia de pacto expreso, la reasunción de la explotación o actividad por parte del sector público sólo (solo) puede tener lugar por ley<sup>145</sup>, en tanto que esta alternativa no únicamente permite asegurar los fines públicos que se perseguirían con el rescate sino que, además, permite que tal decisión sea fruto de una mayor deliberación que le confiera suficiente legitimidad política; amén de ser

adoptada en un ámbito de mayor transparencia que la que le confiere el ámbito administrativo. Por otra parte, admitir que el Legislativo puede rescatar el servicio demuestra que el Estado *lato sensu* no ha renunciado a su rol – y a su eventual titularidad – sobre dicha actividad. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario señalar que en la doctrina argentina se ha señalado que aún en los supuestos en los que el rescate se encuentre interdicto podría el Estado proceder a su expropiación por causas de utilidad pública previa intervención del Poder Legislativo<sup>146</sup>.

Cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la autoridad competente para disponer el rescate, lo cierto es que, en nuestra opinión, el mismo únicamente resultaría viable si el interés público invocado se fundase en las necesidades del servicio<sup>147</sup> – *vgr.* su reorganización, ulterior despublificación o desmonopolización, etc – pero no en finalidades de índole fiscal<sup>148</sup> o si lo que se pretendiese es confiar el servicio en iguales condiciones a otros prestadores privados<sup>149</sup>; supuestos éstos últimos que

<sup>139</sup> Así, Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 25.1.

<sup>140</sup> Vid las referencias, en MAIRAL, “*La ideología...*”, op. cit; pág. 413.

<sup>141</sup> Art. 27, inc. a)

<sup>142</sup> Así, Decreto 900 del 31/10/1996 que sólo contempla al vencimiento del plazo, el mutuo acuerdo, el incumplimiento grave del concesionario y las causales que expresamente se pacten en las bases de la licitación.

<sup>143</sup> Así, Decreto Ley N° 25844 de 1992, de Marco General Regulatorio del Subsector Electricidad, art. 35 que dispone que la concesiones eléctricas se extinguen sólo por caducidad o renuncia.

<sup>144</sup> Así, Ley 8.897, del 13/2/1995, art. 37

<sup>145</sup> Así, CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág. 99.

<sup>146</sup> Así, PRITZ, op. cit; pág. 255.

<sup>147</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 576

<sup>148</sup> *Idem* nota anterior

<sup>149</sup> En nuestra opinión, el rescate no es el mecanismo para que el Estado discrecionalmente remueva al prestador cumplidor para cambiarlo por otro que juzgue más “afín”. Si así fuera, el rescate se convertiría en un útil instrumento de corrupción.

harían del rescate un acto viciado de desviación de poder<sup>150</sup>.

Si bien el rescate, por definición, opera como un supuesto de extinción de la concesión, las finalidades perseguidas con dicho instituto – reasunción de la actividad o explotación – podrían ser logradas sin provocar la extinción del contrato, por ejemplo, procediendo a **rescatar** por razones de interés público las acciones de la sociedad concesionaria<sup>151</sup> de forma tal que, por esta vía, el Estado se transformaría en el accionista único de dicha sociedad que, manteniendo en ejecución la concesión, garantizaría la continuidad de las relaciones jurídicas anudadas por dicha sociedad con anterioridad a la intervención pública.

En doctrina se ha señalado que el rescate solo puede ser total y no parcial en la medida en que la concesión es una unidad funcional y económica<sup>152</sup>. De esta forma, la Administración no podría rescatar algún **segmento** de la actividad o explotación – ej, reasumiendo *per se* la función de construcción y planificación de la infraestructura – y mantener solo parte de las actividades oportunamente encomendadas al concesionario o licenciataria – ej, en las labores de operación y mantenimiento -. En tal supuesto, nos

encontraríamos ante una nueva modalidad de gestión que debería traducirse en un nuevo contrato. Si ésta fuese la finalidad **reorganizativa** del servicio o explotación perseguida por la Administración, como principio, ésta debería rescatar totalmente el servicio o explotación y, luego, celebrar el nuevo contrato cumpliendo con todos los procedimientos y formalidades exigibles.

Si así no ocurriese, el concesionario podría cuestionar dicho rescate parcial y, en su caso, proceder a rescindir la concesión en tanto que no puede válidamente obligársele a ejecutar un contrato diferente del que oportunamente se obligó. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que en algunos regímenes concesionales argentinos se ha contemplado la figura del **rescate parcial** sobre la base de distinguir entre el rol asignado al accionista **operador** y el asignado al accionista **inversor**; titulares ambos de diferentes clases de acciones en la sociedad concesionaria. En estos casos, la Administración estaría habilitada por el plexo convencional a “**rescatar**”<sup>153</sup> la clase de acciones que le corresponden al operador sin necesidad de extinguir la concesión ni afectar la situación del accionista **inversor**<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> Sobre las distintas finalidades de interés público que puede perseguir el rescate, vid PRITZ, op. cit; pág. 245 <sup>140</sup> Vid las referencias, en MAIRAL, “*La ideología...*”, op. cit; pág. 413.

<sup>151</sup> Así, PRITZ, op. cit; pág. 248. Cabe señalar que tampoco se trataría, en puridad, de un “rescate” en tanto que dichas acciones fueron transferidas en propiedad a los adjudicatarios en oportunidad de la respectiva licitación. Por tal motivo, esta modalidad configuraría una transferencia “forzada” del paquete accionario a favor del Estado.

<sup>152</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 577

<sup>153</sup> Recordemos lo dicho precedentemente en el sentido que no se trataría de un rescate de acciones sino de una transferencia forzada de las mismas a favor del Estado.

<sup>154</sup> Así, por ejemplo, Contrato de Concesión de agua potable y saneamiento para la Provincia de Mendoza, Numeral 13.7. Sobre el particular, PRITZ ha señalado, con agudeza, que si la Administración “rescata” el paquete mayoritario de acciones de la sociedad concesionaria para transferírsele a otro sujeto privado, no estamos en presencia de un “rescate” sino, en todo caso, ante un modo de ejecución de una caducidad por incumplimiento; cfr. Op. cit; pág. 248

En lo que hace a sus efectos, el rescate plantea tres temas relevantes: el vinculado con la llamada **reversión** de activos a favor del Estado, lo atinente a la situación de los contratos de financiamiento aun no amortizados, y el relativo a la compensación a ser abonada al concesionario o licenciatario.

Desde un punto de vista conceptual, solo puede haber **reversión** de activos respecto de aquellos que no hubiesen sido transferidos al concesionario o licenciatario en propiedad – así como tampoco respecto de los que éste hubiese integrado durante el transcurso de la concesión - sino únicamente los recibidos a los efectos de su administración<sup>155</sup>. Respecto de los primeros, en la medida en que resulten necesarios para la continuidad del servicio, y ante la imposibilidad jurídica de continuar operándolos el concesionario por carecer del título habilitante respectivo, existirá una verdadera transferencia de dominio de los mismos a favor del Estado<sup>156</sup>. Esta circunstancia tendrá efectos relevantes en orden al régimen compensatorio, tal como se verá seguidamente. A los efectos de garantizar la continuidad del servicio o explotación, al igual que en los supuestos de caducidad, en Argentina los respectivos regímenes suelen contemplar detallados mecanismos y procedimientos de reversión, transferencia y toma de posesión de los activos afectados<sup>157</sup>.

Respecto de la situación en que quedarían los contratos de financiamiento aún no amortizados al tiempo del rescate, cabe señalar que si se parte del principio ya explicitado de que el financiamiento se otorga a un determinado proyecto y no a un sujeto en particular, una solución razonable puede consistir en favorecer su mantenimiento a pesar de la extinción de la concesión, ya sea asumiéndolos el Estado en forma directa o bien, en forma indirecta, en el caso de haber tenido lugar el **rescate** estatal de las acciones de la sociedad concesionaria<sup>158</sup>.

No obstante, esta solución únicamente resultará atractiva para los financistas en la medida en que el Estado demuestre una tradición respetuosa de los compromisos asumidos por el concesionario así como también, en tanto que su situación financiera permita advertir que respetará el destino de los fondos generados por el proyecto a la amortización de los préstamos oportunamente desembolsados y que no los aplicará a otras finalidades fiscales o políticas. Por tal motivo, respecto de financiamientos en materia de infraestructura de países en vías de desarrollo, lo usual es que el rescate de la concesión sea contemplado en los acuerdos de préstamo como una causal de aceleración de los vencimientos de la deuda a fin que ésta pueda ser satisfecha con las indemnizaciones que le correspondan al concesionario<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, págs. 645 y sigs; idem PRITZ, op. cit; pág. 250.

<sup>156</sup> Idem nota anterior

<sup>157</sup> Así, por ejemplo, Concesión de Agua Potable y Saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A, Numeral 14.9, Concesión Conexión Vial Rosario-Victoria, Numerales 30.11 a 30.14.

<sup>158</sup> Téngase en cuenta que, por lo general, suele establecerse en las concesiones una disposición que habilita a la transferencia a favor del concedente de los contratos en curso de ejecución celebrados por la concesionaria, entre los cuáles, podría considerarse incluidos los de financiamiento.

<sup>159</sup> Así, UNCITRAL, op. cit; pág. 180

En lo referente al régimen compensatorio, en Argentina se ha considerado que, al tratarse de un supuesto de extinción de derechos en razón del interés público, corresponde que solo sea compensado el daño emergente con exclusión del lucro cesante siguiendo, así, lo que se considera procedente en revocaciones por razones de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>160</sup>. De esta forma, es usual que se disponga en la regulación convencional que únicamente serán indemnizados los daños emergentes provocados por la extinción anticipada, comprendiendo, también, a los valores no amortizados de las inversiones efectuadas – cuya realización hubiese sido previamente autorizada por la Administración o que conste en el respectivo Plan de Inversión – con exclusión del lucro cesante<sup>161</sup>. En ciertas concesiones de infraestructura se ha establecido que en caso de rescate se compensará, amén del valor no amortizado de las inversiones – incluyendo los costos financieros – una determinada suma adicional en concepto de **utilidad**<sup>162</sup>.

Se ha considerado que la compensación por el valor no amortizado corresponde para los bienes **construidos o adquiridos** por el concesionario, sin hacérsela extensiva al caso de los bienes que revierten al Estado – los que fueron

transferidos al concesionario a mero título de administración y no de propiedad<sup>163</sup>. Si bien el concesionario no ostentaba sobre dichos activos un derecho real de dominio, no cabe omitir que sí investía un verdadero derecho de propiedad – en sentido constitucional<sup>164</sup> y económico<sup>165</sup> – sobre aquellos – el derecho a operarlos y a servirse de ellos para ejecutar un negocio en marcha – por el que pagó un determinado **precio** al momento de adjudicársele la concesión y que no podrá amortizar por haberse dispuesto la extinción del negocio por razones de interés general.

Ahora bien, además de que resulta discutible que en supuestos de revocación de contratos administrativos por razones de interés público no proceda la indemnización del lucro cesante<sup>166</sup>, corresponde volver a insistir en que, desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciatarario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado – inversión particularizada – sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien sino que lo relevante

<sup>160</sup> Así, MARIENHOFF, op. cit; Vol. III-A, pág. 580

<sup>161</sup> Así, por ejemplo, Concesión de Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 25.2; Concesión provisión agua potable y saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A., Numeral 14.8.3; *inter alia*.

<sup>162</sup> Así, Conexión Vial Rosario-Victoria, Numeral 19.9.

<sup>163</sup> Concesión provisión agua potable y saneamiento otorgada a Aguas Argentinas S.A., Numeral 14.8.3

<sup>164</sup> CSJN, in re “Bourdié”, Fallos 145 : 307

<sup>165</sup> Sobre el concepto económico de “derecho de propiedad”, vid DEMSETZ, Harold, “*Toward a Theory of Property Rights*”, en *American Economic Review*, Volume 57, May 1967 y DE SOTO, Hernando, *El Misterio del Capital*, ed. Sudamericana, Bs.As, 2002, Capítulo III.

<sup>166</sup> Sobre el particular, vid CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, op. cit; pág.97

está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios.

Recuérdese que de nada vale un activo concesional si se ha privado a su titular del derecho a explotarlo<sup>167</sup> y que cuando éste ofertó por la concesión lo hizo teniendo en consideración no el valor de los activos transferidos sino el flujo de fondos que dicha concesión en operación podía generar por medio de una gestión eficiente. De allí que, también en este caso, en supuestos donde el rescate se produce cuando la concesión se encuentra desde tiempo atrás en operación, la utilización del sistema de flujo de caja descontado sea el método más adecuado para valorar el daño a compensar por la privación del derecho a seguir operándola<sup>168</sup>. A idéntica conclusión se ha arribado sobre la base de considerar que un rescate puede constituir un acto expropiatorio bajo los Tratados Bilaterales de Inversión, a resultas de lo cual – tal como ya lo hemos visto – también corresponde, en estos casos, recurrir al sistema de flujo de fondos descontado o a otros que resultan comprensivos del lucro cesante<sup>169</sup>.

Conviene señalar que la compensación del lucro cesante y/o de los beneficios razonablemente esperados con la

operación de la concesión, ha sido expresamente contemplada para casos de rescate en los regímenes vigentes en Colombia<sup>170</sup> y Venezuela<sup>171</sup> y que también ha sido propugnada por UNCITRAL para supuestos de rescisión por razones de conveniencia de proyectos de infraestructura que se encuentran en etapa de explotación, ello, en tanto que, a diferencia de lo que ocurriría si el rescate tuviese lugar en la etapa de construcción, el Estado recibirá una infraestructura acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente<sup>172</sup>.

Finalmente, para garantizar cierto grado de seriedad por parte del Gobierno en la realización de rescates de concesiones que, paralelamente, incentiven la participación privada y el financiamiento en los mercados de capitales, resulta conveniente que el rescate solo pueda tener lugar si, previamente a la toma de posesión de los activos, el Estado hubiese abonado una parte sustancial de la compensación debida; solución ésta que, en Argentina, ha sido receptada en materia de infraestructura<sup>173</sup> y que también es la que ha sido legislativamente establecida para concesiones de servicios públicos en Brasil<sup>174</sup>.

<sup>167</sup> Así, respecto al rescate, FONROUGE, Máximo “*Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público*”, en AAVV, *Contratos Administrativos*, op. cit; pág. 557.

<sup>168</sup> Así, FONROUGE, op. y pág. cit. También hace referencia, PRITZ, op. cit; pág. 249.

<sup>169</sup> Así, PERRINO, Pablo E; “*La indemnización por rescate prevista en el Proyecto de Ley de Régimen de los Servicios Públicos y los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones Extranjeras*”, ponencia presentada al 1° Congreso Nacional de Servicios Públicos, Mendoza, abril de 2004.

<sup>170</sup> Conf. Ley 80 de 1993, art. 64.

<sup>171</sup> Conf. Decreto N° 318 del 17/9/1999 sobre “Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones”, art. 53.

<sup>172</sup> UNCITRAL, op. cit; pág. 184

<sup>173</sup> Así, Conexión Vial Rosario-Victoria, Numeral 19.9; donde se estableció que el porcentaje a depositar debía ser equivalente al 85% del valor no amortizado de los bienes.

<sup>174</sup> Ley 8.987 del 13/2/1995, art. 37.

## 5. COROLARIO

Parece difícil que, en países como los latinoamericanos en donde los respectivos sectores públicos se encuentran imposibilitados de asumir en forma exclusiva la gestión y financiación de servicios públicos y de obras de infraestructura, los proyectos de inversión en esta materia puedan llevarse a cabo sin requerir, cuando menos, un mínimo de participación privada. Mas, se observará, tanto el rol del sector público como del sector privado son de importancia fundamental para permitir el desarrollo

económico y social de la mayoría de la población. De allí que, aunque se lo resista por motivos ideológicos, la fuerza de las realidades obligará a convocar al sector privado para que, asociado útilmente con el sector público, puedan añadir servicios e infraestructura que permitan el mentado desarrollo económico y social. Y si ello es así, la consideración de los múltiples aspectos que entrañan los casos de extinción anticipada de concesiones y licencias, resultarán de análisis obligado por quienes tengan a su cargo el diseño de los nuevos modelos de gestión. 