

Juan Carlos Cassagne

Enrique Rivero Ysern

dirección

La contratación pública

1



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

- 2006 -

ISBN: 23/11/2006

La libertad de industria del concesionario o licenciatario

§ 1. **INTRODUCCION.**— El universo de las decisiones en materia de transacciones comerciales o empresariales se halla precedido, como es natural, de una etapa previa en la que el decisor, tomando en cuenta diversos factores, formula un juicio que lo conduce a actuar de determinada manera, o, tal vez, a no actuar. El resultado de tal proceder deparará consecuencias diversas, tenidas o no en mira, en su momento, por quien decide. Mas, en última instancia, tales consecuencias no serán sino de la provincia de la libre iniciativa empresarial o de la libertad de negocios.

En otras palabras, esas consecuencias parecen insertarse en el ámbito de la libertad comercial, del derecho de ejercer toda industria lícita, e indirectamente del derecho de contratar libremente. Como es sabido, la libertad de industria —e, implícitamente, la libertad de contratar¹— se hallan constitucionalmente garantizados por el art. 14 de la Constitución Nacional, cuyos límites parecerían emerger únicamente del margen entre lo lícito y lo ilícito por aplicación textual² de la norma constitucional, que permite ejercer “toda” industria lícita.

Desde una perspectiva más restrictiva, empero, podría percibirse esa libertad como limitada por dos muros más tangibles: por un lado, el objeto so-

* Profesora adjunta de Derecho Administrativo (UCA). Profesora adjunta interina de Derecho Constitucional Económico (UBA).

¹ En este sentido, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 87.

² Como se recordará, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra; conf., entre otros, “Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/Acción de amparo”, *CSJN-Fallos*, 322:385 (1999), voto del doctor Bossert; “Fayt, Carlos S. c. E. N. s/Proceso de conocimiento”, *CSJN-Fallos*, 322:1616 (1999); “Banco Ganadero Argentino c. Medicina Técnica s/Ejecución hipotecaria”, *CSJN-Fallos*, 326:4909 (2003), mayoría integrada por los doctores Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Leal de Ibarra y Pérez Petit; “Paliilo, Rubén c. Ejército Argentino”, *CSJN-Fallos*, 328 (17/5/05), voto del doctor Zaffaroni.

cial cuando se ha adoptado la forma societaria-estatutaria; y, por el otro, el principio de especialidad, que inspirará, en su caso, la interpretación de la cláusula estatutaria que fije el objeto social de la firma³. Tomando en cuenta estas dos importantes cortapisas, la libertad empresarial aparecería, ahora, restringida a llevar a cabo todos aquellos cometidos emergentes expresa o implícitamente del objeto social —o que no sean extraños a éste⁴— consagrado en el respectivo estatuto social bajo un criterio de especialidad. Ello, por aplicación de la tesis de los postulados de la permisión, expresa o implícita, que restringe la actuación de la persona jurídica societaria, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, que transitan por el ámbito de la libertad con la restricción o prohibición como excepción (art. 19, Const. Nacional).

Todo ello, en el supuesto de que quien tome la decisión negocial sea una firma privada que adopta la forma societaria para llevar adelante una empresa del mundo comercial esencialmente desregulado, sometido a las leyes del mercado y a la amenaza de quiebra si se dieran los presupuestos legales previstos en el ordenamiento.

Ahora, en el supuesto de que la que deba tomar la decisión negocial no sea ya una firma privada considerada al azar, sino una sociedad comercial investida de la calidad de concesionario o licenciatario prestador de un servicio público, ¿puede seguir hablándose de un ámbito de libre decisión empresarial que respaldaría las respectivas decisiones de negocios?, ¿o es que ese ámbito de libre decisión empresarial no existe cuando la firma presta un servicio público?, ¿Absorbe o neutraliza el interés público en la prestación del servicio público ese ámbito de libertad?⁵.

Dado que el concesionario o licenciatario actúa vinculado contractualmente con la autoridad concedente en virtud de un contrato de concesión o en virtud de los aspectos contractuales de la respectiva licencia, nos podemos preguntar: ¿qué ámbito de libre decisión empresarial o de libertad de industria puede dejar el respectivo contrato de concesión o la licencia de que se tra-

³ Debe diferenciarse la aplicación del principio de especialidad al interpretar el objeto societario, y el principio de especialidad aplicado para interpretar las competencias de un órgano o ente de la Administración. En este último supuesto, el órgano o ente de la Administración se hallaría bajo los beneficios del principio de especialidad mas no a efectos de dictar actos de gravamen. En este sentido, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 279.

⁴ Este criterio —de perfil más amplio que el de la permisión implícita, y que el de especialidad— ha sido sentado por la jurisprudencia: CNCom., Sala B, 19/5/95, "Noel, Carlos c. Noel y Cía."

⁵ La cuestión ha sido analizada, desde la perspectiva estatal, en el completo trabajo de De la Riva, Ignacio, *La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados*, en "Revista de Derecho Administrativo", LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2003, n° 44, ps. 293 a 309.

te?, ¿se limit
y, yendo aún
o al licenciat
ra una firma
dente tan es

Este apor
empresarial
públicos. En
titucional de

A tal fin, t
(esto es, adop
art. 14 de la
objeto social
planteos sob

§ 2. TESI
CESIONARIO
recho a la lib
y se revela
cuando se ha
te a aplicar s
dad es despl
no sería del
que el conces
cio público si
zarlo por con

De tal sue

a) Por ur
incluy
sólo m

b) Por el
sión" I

En este ú
o actividad p
bajo su cuen

⁶ Bielsa,
y siguientes.

te?, ¿se limita ese ámbito a lo escrito en el respectivo acuerdo de voluntades?, y, yendo aún más allá de lo dicho, ¿puede decirse que asista al concesionario o al licenciatario la libertad de ejercer toda industria lícita al igual que si fuera una firma privada más?, ¿o es la atadura contractual que lo une al concedente tan estricta como para impedirle toda libre decisión?

Este aporte apunta a indagar en los alcances del ámbito de libre decisión empresarial que pueda asistirle al concesionario o licenciatario de servicios públicos. En otras palabras, apunta a averiguar si le asiste la garantía constitucional de libertad de ejercer toda industria lícita.

A tal fin, tomando por sentada la tesis de la permisión expresa o implícita (esto es, adoptando un punto de vista restrictivo con respecto a la garantía del art. 14 de la Const. Nacional de libertad de industria), con apego al respectivo objeto social incluido en el estatuto, se analizan a continuación los diversos planteos sobre la cuestión a fin de responder los precitados interrogantes.

§ 2. **TESIS NEGATIVA SOBRE LA LIBRE INICIATIVA EMPRESARIAL DE LOS CONCESIONARIOS.** — La postura que niega, en cabeza de un concesionario, el derecho a la libertad de industria fue propuesta por Bielsa en la década del '50⁶ y se revela como de neto corte estatista. En efecto, según el autor citado, cuando se habla de libertad de industria se alude al derecho de todo habitante a aplicar su actividad libre y personal a un fin. Empero, cuando esa actividad es desplegada por mediar una concesión previa del Estado, ese derecho no sería del concesionario sino del poder concedente. Aclara Bielsa que no es que el concesionario no tenga un derecho subjetivo a la prestación del servicio público sino que, en virtud de un acto, tiene un derecho subjetivo a realizarlo por concesión o autorización.

De tal suerte, distingue dos supuestos diferentes:

- a) Por un lado, el de "ejercicio de una actividad de interés general" que se incluye en el género "industria o actividad libre", situación en la cual sólo media la sujeción a las leyes y reglamentaciones.
- b) Por el otro lado, habría actividades prestadas en virtud de una "concesión" previa.

En este último supuesto, sostiene el autor citado que, como esa industria o actividad pertenecería al Estado, que la concede, la firma —aun actuando bajo su cuenta y riesgo—, tendría un derecho que no se origina en la libertad

⁶ Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 350 y siguientes.

de industria sino que se originaría en el contrato por el cual se le ha delegado la ejecución del servicio. Así, concluye Bielsa en que la firma no podría realizar esa ejecución libremente, ni podría suspenderla; tampoco podría alegar un derecho incompatible con el servicio público⁷.

En síntesis, al no actuar por derecho propio sino por delegación, la firma carecería de libertad de industria, que sí poseería la autoridad concedente. El presupuesto de tal interpretación —según propone Bielsa— sería la existencia del privilegio de exclusividad en materia de servicios públicos propios, neutro de cara a la libertad de industria⁸.

§ 3. **INTERPRETACION CRITICA.**— Los comentarios que esta tesis negativa puede suscitar son diversos. Así:

a) **Diferente presupuesto normativo.**— Por un lado, la tesis negativa reseñada toma como punto de partida la propiedad estatal de los servicios públicos del art. 40 de la Const. argentina según fuera reformada en 1949. Dicho artículo prescribía, en lo sustancial, que “[l]os servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de par-

⁷ “Macafferri, Juan c. Municipalidad de Cerrillos, Provincia de Salta”, *CSJN-Fallos*, 164:213 (1932), conforme al cual la resolución dictada por la comisión municipal de Cerrillos, Salta, que prohíbe el funcionamiento público de una usina de luz y fuerza eléctrica particular, y ordena el levantamiento de columnas y cables de la vía pública, no afecta, en el caso, el principio del art. 14 de la Const. Nacional. Ello, pues el derecho del concesionario, a los fines de la explotación, surgió, no del derecho de trabajar y ejercer una industria lícita, sino de una concesión instrumentada que si bien importó una franquicia privilegiada, debe cesar con el acto público que le dio origen, esto es, al cumplirse el término estipulado.

⁸ “Cía. Alemana Transatlántica de Electricidad c. Municipalidad de Morón”, *CSJN-Fallos*, 122:73 (1915), conforme al cual el art. 14 de la Const. Nacional, en sus términos y propósitos, se ha limitado a acordar, en la parte que se refiere a la libertad del trabajo, el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, a todos los habitantes de la Nación y no a las autoridades nacionales o provinciales. Las restricciones a la libertad de acción espontáneamente impuestas en los contratos son, en general, válidas, y los jueces sólo pueden declarar su nulidad en presencia de preceptos legales expresos. La Constitución Nacional no ha podido referirse en su art. 14 a derechos que están fuera de la esfera propia de la ley común y que para su ejercicio requieren el uso, en cierto sentido, exclusivo de bienes públicos, en mayor o menor escala, o sea, de diversa manera que la prevista en el art. 2341 de Cód. Civil. En consecuencia, no viola la garantía de la libertad del trabajo acordada por el art. 14 de la Constitución, un contrato de alumbrado público celebrado por una municipalidad, por el que se concede a una empresa particular privilegio exclusivo por el término de veinte años para la instalación y explotación del alumbrado público y privado.

ticulares serán indemnización cláusula consti dará, el inc. 9º d do luego, por m pública, hoy vi ya explotación de monopolio c servicios públi

Ese art. 40- gar, que el arg presupuesto n dado sustento. rídico positivo ban entender art. 42 de la C cería racional autoregule cu una figura em cerían más bie dades privada

b) **Posibil** propiedad est propio texto d cios públicos ‘ construcción (de ser conced pone Bielsa.

c) **Termin** también prop del término “(cedería u otor existencia de

⁹ “*Tout bi vice public natu*

¹⁰ Lo dich prestado por el aquella regulac

ticulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine". Es ésta una cláusula constitucional de clara inspiración continental, pues, como se recordará, el inc. 9º del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, incorporado luego, por mención expresa, en el Preámbulo de la Constitución de la V República, hoy vigente, declaraba que todos los bienes y todas las empresas cuya explotación tiene o posee los caracteres de un servicio público nacional o de monopolio de hecho, devienen propiedad pública⁹. En síntesis, todos los servicios públicos son del Estado; sólo éste puede prestarlos.

Ese art. 40 —que rigió en nuestro país hasta 1956— depara, en primer lugar, que el argumento empleado en la tesis negativa viene a carecer hoy del presupuesto normativo constitucional que oportunamente pudiera haberle dado sustento. En efecto, desde 1956 no existe en nuestro ordenamiento jurídico positivo una regla constitucional por la cual los servicios públicos deban entenderse de propiedad estatal. En esta línea argumental, el propio art. 42 de la Const. Nacional alude a los marcos regulatorios, y como no parecería racional que el Estado se autoestablezca un marco regulatorio que lo autoregule cuando es él mismo el que presta el servicio por sí o a través de una figura empresarial estatal, es claro que esos marcos regulatorios parecerían más bien estar dirigidos a reglar el servicio público a prestar por sociedades privadas¹⁰.

b) *Posibilidad de propiedad privada.*— El aparente sustento de la propiedad estatal de la tesis negativa bielsiana colisionaría, además, con el propio texto del citado art. 40. En efecto, ese artículo aludía también a servicios públicos "que se hallaren en poder de particulares", lo cual desvirtúa la construcción de una regla general de que "todos" los servicios públicos, antes de ser concedidos, debían necesariamente pertenecer al Estado, según propone Bielsa.

c) *Terminología.*— La terminología empleada en la tesis negativa también propicia algunas reflexiones. Si bien se podría argüir que el empleo del término "concesión" depara conceder algo que es propio —el Estado concedería u otorgaría algo que, desde antes, le pertenece— de cara a la actual existencia de concesiones y licencias habría que distinguir servicios públicos

⁹ "Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité".

¹⁰ Lo dicho, empero, no implica eliminar de plano la regulación cuando el servicio es prestado por el Estado, pues si mediara monopolio natural o legal con prestación estatal, aquella regulación significaría protección para los usuarios.

de propiedad originaria del Estado, concedibles u otorgables, y servicios públicos no pasibles de tal concesión u otorgamiento, por ejemplo, por resultar la transferencia a manos privadas contraria al principio de viabilidad de la operación¹¹. Ello, con las naturales consecuencias de la diferenciación de régimen y la aplicabilidad e inaplicabilidad, según el caso, de la interpretación propiciada por Bielsa.

d) *Posibilidad de enajenación.*— Tampoco toma en cuenta la postura negativa apuntada —como es natural, para la época en que fuera construida— la posibilidad de que un servicio público sea enajenado o transferido en forma definitiva, o dado en licencia por tiempo indeterminado para fincar en un marco desregulado.

e) *Influencia de la Constitución francesa de 1946.*— Como se adelantara, es evidente, en la postura negativa apuntada, la influencia del Derecho constitucional francés emergente de la Constitución francesa de 1946, cuyo Preámbulo prevía —y hoy prevé— que “[t]odo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser propiedad de la colectividad”.

Siendo, entonces, el servicio público de propiedad estatal, no podía concebirse al concesionario sino como mero gestor de la explotación del mismo en el caso de que se operara la respectiva delegación del cometido de propiedad estatal a una firma particular. En tal escenario, escaso espacio para la libre determinación empresarial le podría haber quedado a la firma en el marco de esa suerte de mandato.

Además, el espíritu de la precitada norma extranjera había llegado a influenciar de tal modo el art. 40 de la Constitución argentina de 1949 que el calificativo “nacional” fue reflejado en nuestras tierras como “ley nacional” que determine la expropiación, como si no pudiera concebirse la existencia de servicios públicos de una jurisdicción que no fuera la nacional. Es que, a fuer de verdad, se hacía caso omiso de un claro extremo de organización del poder en el plano espacial: Francia es y era en 1946 un Estado unitario; en cambio, nuestro país estaba —y está— organizado bajo un orden federal.

Por lo demás, aquella norma constitucional francesa está actualmente siendo puesta a prueba en el marco de la organización comunitaria europea.

¹¹ Si bajo el art. 15, inc. 1° del decr. 1105/89, reglamentario de la ley 23.696, “la escisión de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas deberá fundarse en razón de conveniencia comprobada y deberá contemplar la viabilidad técnica y económica futura de cada una de las unidades resultantes de aquélla”, con mayor razón deberá contemplarse esa viabilidad antes, al momento de decidir transferir el negocio a manos privadas mediante concesión o licencia.

Ello, pues si bien la con respecto a la pr importancia colect tarias no pueden cr petencia ordenand controladas por los ladas por el Estad esa clase de servici del art. 4°.1 del tex economía abierta c tión de la “propied consecución de ese

He aquí, entonc tarios que la mism

Ahora, cabe ind existencia de un ár en cabeza del conce

§ 4. *LA PERSPI*
Suprema de los Es declaró, por medio mino libertad, emj mericana, “no sólo restricción física de po de contratos que

De tal modo, se de contratación”. P se permitió una me ceso sustancial¹³.

¹² *The evolution*, Press, Oxford, 1999, p

¹³ El fallo citado son los siguientes: una jeras —esto es, situad Estado de Louisiana si dicho estado. Louisian la protección de sus ciu & Cía. violó la ley al co New York que no cumpli

En lo que interesa, s tenth Amendment of tl

bles, y servicios pú-
blicos, por resultar
de viabilidad de la
diferenciación de ré-
le la interpretación

a cuenta la postura
que fuera construi-
do o transferido en
adado para fincar en

- Como se adelan-
tancia del Derecho
ceses de 1946, cuyo
a empresa cuya ex-
blico nacional o de
lectividad”.

al, no podía conce-
ción del mismo en
etido de propiedad
espacio para la libre
rma en el marco de

había llegado a in-
na de 1949 que el
omo “ley nacional”
birse la existencia
nacional. Es que, a
e organización del
estado unitario; en
orden federal.
está actualmente
nuntaria europea.

a ley 23.696, “la esci-
tivas deberá, fundar-
bilidad técnica y eco-
con mayor razón de-
ferir el negocio a ma-

Ello, pues si bien la organización del Tratado comunitario europeo es neutro con respecto a la propiedad estatal o no de la firma prestadora de servicios de importancia colectiva tal que, como se sostuviera, las instituciones comunitarias no pueden crear mercados o exponer los mercados existentes a la competencia ordenando la privatización de las industrias de propiedad estatal o controladas por los estados, tanto en el supuesto de firmas estatales o controladas por el Estado como en el supuesto de firmas privadas, prestadoras de esa clase de servicios de interés público o colectivo, se halla vigente la manda del art. 4º.1 del texto consolidado del Tratado, que consagra el principio de economía abierta de mercado con libre competencia¹². De tal modo, la cuestión de la “propiedad” ha sido desplazada por la de la “organización”, y a la consecución de ese principio deberá apuntar ésta.

He aquí, entonces, la exposición de la tesis negativa y los someros comentarios que la misma puede suscitar.

Ahora, cabe indagar en la posible construcción de una tesis que propicie la existencia de un ámbito de libertad comercial, de libre iniciativa empresarial en cabeza del concesionario o, en su caso, del licenciatario.

§ 4. *LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL.*— La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, hacia fines del siglo XIX, declaró, por medio de una sentencia redactada por el juez Peckham, que el término libertad, empleado en la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana, “no sólo significa el derecho del ciudadano de estar libre de la mera restricción física de su persona ... sino que comprende ... el de celebrar todo tipo de contratos que sean adecuados, necesarios y esenciales ...”.

De tal modo, se expandió el concepto de “libertad” para abarcar la “libertad de contratación”. Por ende, mediante esa ampliación del concepto de libertad, se permitió una mayor defensa de la propiedad bajo la doctrina del debido proceso sustancial¹³.

¹² *The evolution of EC law*, Craig, Paul - De Búrca, Gáinne (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, ps. 723 y 724.

¹³ El fallo citado es “*Allgeyer v. Louisiana*”, 175 U.S. 578 (1897). Los hechos del caso son los siguientes: una ley de Louisiana prohibía que las empresas aseguradoras extranjeras—esto es, situadas fuera del Estado de Louisiana—desarrollaran actividades en el Estado de Louisiana sin mantener al menos una oficina y un agente autorizado dentro de dicho estado. Louisiana implementó esta ley en ejercicio de su poder de policía en pos de la protección de sus ciudadanos ante las empresas aseguradoras fraudulentas. *Allgeyer & Cía.* violó la ley al contratar un seguro con una aseguradora con sede en el Estado de New York que no cumplía con los requisitos de la ley de Louisiana.

En lo que interesa, sostuvo la Corte: “We think the statute is a violation of the Fourteenth Amendment of the federal Constitution, in that it deprives the defendants of their

Asimismo, existen precedentes de la Corte Suprema argentina que avalan la existencia de la libertad de ejercer toda industria lícita, incluso concedida, según los supuestos fácticos, como uno de los pilares del sistema constitucional de gobierno¹⁴.

Cabe señalar, en forma liminar, que nuestro Máximo Tribunal ha precisado que el criterio constitucional para resolver si una industria es lícita, no puede ser el de la utilidad y conveniencia de la misma, sino el de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública o perjudique a terceros¹⁵. Empero, se ha hecho especial hincapié en que esa libertad no es absoluta¹⁶; antes bien, se erige en libertad esencialmente reglamentable, con el límite de la razonabilidad¹⁷, o el límite de la proporcionalidad¹⁸, tal que no se aniquile el respectivo derecho¹⁹. También se ha admitido constitucionalmente su reglamentación

liberty without due process of law. The statute which forbids such act does not become due process of law, because it is inconsistent with the provisions of the Constitution of the Union. The 'liberty' mentioned in that Amendment means, not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned" (la *cursiva* no es del original). De tal modo, ese Tribunal concluyó en la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Por lo demás, surge claramente que Allgeyer era una compañía, no una persona física, y se la encuadró en la libertad de contratar al igual que si se hubiera tratado de un mero ciudadano.

¹⁴ Del voto del doctor Luis María Boffi Boggero en "Pérez, Eduardo y otros", *CSJN-Fallos*, 257:308 (1963).

¹⁵ "Neuquén c. Provincia de Tucumán", *CSJN-Fallos*, 98:52 (1904).

¹⁶ "Martínez, Santos", *CSJN-Fallos*, 157:28 (1930); "Jorda de Fernández Márquez, Herminia", *CSJN-Fallos*, 262:205 (1965); "Arcelus, Francisco c. Gómez, Casimiro", *CSJN-Fallos*, 42:274 (1891); "Angulo y García, Miguel Angel", *CSJN-Fallos*, 65:58 (1896); "Motor Once c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *CSJN-Fallos*, 310:943 (1987).

¹⁷ "Ionata, Luis c. Provincia de Mendoza", *CSJN-Fallos*, 288:240 (1974); "Nallim, Juan Carlos", *CSJN-Fallos*, 308:1781 (1986); "Badano y Perazzo S.C.A.", *CSJN-Fallos*, 308:857 (1986); "Motor Once c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *CSJN-Fallos*, 310:943 (1987); "Barone, Manlio, y otro c. Banco di Napoli", *CSJN-Fallos*, 249:252 (1961); "Irizar, José Manuel c. Misiones, Provincia de s/Inconstitucionalidad", *CSJN-Fallos*, 319:1934 (1996).

¹⁸ "Almada, Edgardo Raúl", *CSJN-Fallos*, 268:91 (1967); "Solivellas, Vicente", *CSJN-Fallos*, 214:612 (1949).

¹⁹ "Pablo Bardin y Cía. c. Provincia de Buenos Aires", *CSJN-Fallos*, 199:202 (1944); "Molinos Río de la Plata c. Municipalidad de Río Segundo", *CSJN-Fallos*, 199:321 (1944).

La contratación

teniendo en mira general²², o las cosas se ha aludido, política económica de la Nación²⁴. Ademas reglamentable²⁵. En el cual el ejercicio de su ejercicio, las regidas por el interés, no imponer las que

Gozando de tal la imposición de los gastos de Administración de los recursos de la industria²⁷, o las cosas dentro de una empresa para integrar su planta

²⁰ "Almada, Edgardo Raúl", *CSJN-Fallos*, 124:308 (1949).

²¹ "Martínez, Santos", *CSJN-Fallos*, 157:28 (1930).

²² "Miranda, R.", *CSJN-Fallos*, 42:274 (1891).

²³ "Varios puestos de trabajo en el mercado" y "Doctor Cordero c. Estado Independencia", *CSJN-Fallos*, 42:274 (1891).

²⁴ "Laboratorio de Química - Secretaría de Comercio", *CSJN-Fallos*, 124:75 (1949).

²⁵ "Pedro Inchaurregui", *CSJN-Fallos*, 124:75 (1949); "Muro, Bustillo, Felipe", *CSJN-Fallos*, 124:75 (1949).

²⁶ "Podestá y otros", *CSJN-Fallos*, 310:943 (1987).

²⁷ "Griet Herminia c. Tucumán", *CSJN-Fallos*, 157:28 (1930).

²⁸ "Passera, Francisco c. Provincia de Mendoza", *CSJN-Fallos*, 288:240 (1974).

²⁹ "Agnese, Miguel", *CSJN-Fallos*, 321:3081 (1998).

³⁰ "Nazar, Luis María", *CSJN-Fallos*, 302:319 (1980); "Castrillo", *CSJN-Fallos*, 302:1486 (1980); "Colombo", *CSJN-Fallos*, 303:266 (1980).

haciendo frente a la intervención estatal en materia de imposición de contribuciones, impuestos o rentas destinadas a satisfacer las necesidades públicas³¹, fijación estatal de sueldos mínimos³², retiro de la personería jurídica si tal decisión emana de la autoridad competente y se funda en razones de conveniencia ante los intereses públicos³³.

En el plano específico de la prestación de servicios públicos, la jurisprudencia de la Corte Suprema, ante el específico agravio de que la aplicación de una determinada tarifa por parte de la empresa de electricidad resultaba violatoria del derecho de trabajar y ejercer una industria lícita, sostuvo que el cobro de la tarifa en cuestión, a los poseedores de medios de generación propios instalados y en actividad con anterioridad a la sanción de la norma que establecía aquélla, sin consideración al consumo efectivo, no vulneraba el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita amparado por el art. 14 de la Const. Nacional³⁴. No impedía tal interpretación el régimen de monopolio, cuya inexistencia había sido previamente determinada por el tribunal inferior³⁵. De tal modo, vino a convalidarse el cargo fijo involucrado.

Ahora, con respecto a si le asiste al concesionario o licenciataria alguna suerte de libertad de industria, pueden señalarse diversos criterios emergentes de la interpretación jurisprudencial.

En la órbita de la tesis negativa antes reseñada, cabe recordar el caso "Macafferri"³⁶, en el que el actor impugnaba unas resoluciones municipales que le impedían seguir utilizando una usina instalada en su propiedad particular para iluminar mediante alumbrado público una localidad; esas resoluciones se fundaban en que el respectivo servicio, cumplido el plazo, había sido licitado y adjudicado a otra concesionaria. El actor invocaba su libertad de industria al atacar las resoluciones. En cambio, la Corte Suprema privilegió la restricción a la libertad de industria del actor mediante concesiones de

aciones Personal Banco Provincia de Buenos Aires", *CSJN-Fallos*, 304:335 (1982); "Figueroa, Oscar Félix y otro c. Loma Negra Cía. S.A.", *CSJN-Fallos*, 306:1208 (1984).

³¹ "Bartachini, Antonio y otros c. Municipalidad de la Capital", *CSJN-Fallos*, 150:189 (1927).

³² "Barone, Manlio, y otro c. Banco di Napoli", *CSJN-Fallos*, 249:252 (1961).

³³ "Unión Cañeros Azucarera Monteros S.A. Limitada c. Provincia de Tucumán", *CSJN-Fallos*, 204:330 (1946).

³⁴ "Carbia, Manuel E. e Hijos c. Compañía Argentina de Electricidad", *CSJN-Fallos*, 201:509 (1945).

³⁵ "Carbia, Manuel E. e Hijos c. Compañía Argentina de Electricidad", *CSJN-Fallos*, 201:509 (1945).

³⁶ "Macafferri, Juan c. Municipalidad de Cerrillos (provincia de Salta)", *CSJN-Fallos*, 164:213 (1932).

privilegio o cor se concluyó en derecho de tral convención ha cesar al cumpl ciones no afect

También co jo exclusividad nos ocupa. En e daba la nulida sividad territo a otra empresa Sostuvo el Alto dades naciona lícita⁴⁰; las res en los contrato pueden declar viola el art. 14 palidad, por el vo por cierto la sentencia ante

En cuanto a que ella tutela tos de interver la cuestión es

§ 5. PARA INDUSTRIA DEL TIMO.— La co

³⁷ Ello, con

³⁸ "Macafferri", *CSJN-Fallos*, 164:213 (1932).

³⁹ "Cía. Ale", *CSJN-Fallos*, 12 & Heat Producin

⁴⁰ Fallo cita

⁴¹ Fallo cita

⁴² Idem not:

⁴³ "Coopera", *CSJN-Fallos*, 253:458 (1932).

posición de contri-
necesidades públi-
ersonería jurídica
nda en razones de

olicos, la jurisprud-
ue la aplicación de
ricidad resultaba
lícita, sostuvo que
de generación pro-
n de la norma que
o vulneraba el de-
por el art. 14 de la
en de monopolio,
r el tribunal infe-
trado.

enciario alguna
os criterios emer-

recordar el caso
ones municipales
su propiedad par-
alidad; esas reso-
do el plazo, había
ocaba su libertad
Suprema privile-
te concesiones de

304:335 (1982); "Fi-
3:1208 (1984).

ital", *CSJN-Fallos*,

252 (1961).

incia de Tucumán",

dad", *CSJN-Fallos*,

dad", *CSJN-Fallos*,

Salta)", *CSJN-Fa-*

privilegio o concesiones para mejor servicio público o utilidad general³⁷. Así, se concluyó en que el derecho que el actor había tenido no había surgido del derecho de trabajar y ejercer una industria lícita, sino de una convención; esa convención había importado una franquicia privilegiada, y la misma debía cesar al cumplirse el término estipulado. Desde esta perspectiva, las resoluciones no afectaban la restringida libertad de industria del actor³⁸.

También convalidó la Corte Suprema un contrato de mediana duración bajo exclusividad con fundamentos en que el mismo no agraviaba la libertad que nos ocupa. En efecto, en el caso "CATE"³⁹, la compañía eléctrica actora demandaba la nulidad de una ordenanza municipal que, con vulneración de su exclusividad territorial, concedía, con fundamentos en la urgencia, ciertos servicios a otra empresa, que ésta instalaría y explotaría dentro del área de la primera. Sostuvo el Alto Tribunal que sólo los habitantes de la Nación (y no las autoridades nacionales o provinciales) gozan del derecho de ejercer toda industria lícita⁴⁰; las restricciones a la libertad de acción espontáneamente impuestas en los contratos, sostuvo el Tribunal, son en general, válidas, y los jueces sólo pueden declarar su nulidad en presencia de preceptos legales expresos⁴¹; y no viola el art. 14 de la Const. Nacional, un contrato celebrado por una municipalidad, por el que se concede a una empresa particular un privilegio exclusivo por cierto lapso de tiempo⁴². De tal modo, la Corte Suprema confirmó la sentencia anterior, que había dejado sin efecto la ordenanza impugnada.

En cuanto a las prescripciones de una constitución provincial y al modo en que ella tutela el derecho de ejercer toda industria lícita, respecto de los actos de intervención de la Administración Pública provincial, se resolvió que la cuestión es ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte⁴³.

§ 5. **PARA UNA CONSTRUCCION POSITIVA SOBRE LA TESIS DE LA LIBERTAD DE INDUSTRIA DEL LICENCIATARIO O CONCESIONARIO. LA SITUACION DE ESTE ULTIMO.** — La construcción de una tesis afirmativa, que permita sostener que

³⁷ Ello, con cita de *CSJN-Fallos*, 3:468; 11:5; 105:27; 122:86; 158:268.

³⁸ "Macafferri, Juan c. Municipalidad de Cerrillos (provincia de Salta)", *CSJN-Fallos*, 164:213 (1932).

³⁹ "Cía. Alemana Transatlántica de Electricidad c. Municipalidad de Morón", *CSJN-Fallos*, 122:73 (1915), con cita de "New Orleans Gas-Light Co. v. Louisiana Light & Heat Producing & Manuf'g Co. and others", 115 U.S. 650, planteado en 1885.

⁴⁰ Fallo citado en nota 39, esp. p. 88.

⁴¹ Fallo citado en nota 39.

⁴² Idem nota anterior.

⁴³ "Cooperativa Eléctrica Mixta Ltda. y Anexos de Clorinda Formosa", *CSJN-Fallos*, 253:458 (1962).

asiste al licenciario o concesionario una libertad de empresa, puede hallar claro sustento tanto en el Derecho positivo como en la jurisprudencia, así como en la doctrina.

a) **Art. 14 de la Constitución Nacional.**— Desde el plano del Derecho positivo, es ineludible partir del texto del art. 14 de la Constitución Nacional, que establece —sin formular distingo alguno del plano subjetivo— que: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos ... de trabajar y ejercer toda industria lícita; de ... comerciar; de usar y disponer de su propiedad ...*”. La alusión a “*todos los hombres*” incluye a otras personas, tales como las formas societarias o empresas⁴⁴ o las personas jurídicas⁴⁵, y no excluye expresamente a los concesionarios o licenciarios; a similar conclusión se arriba en el caso norteamericano ya citado que no diferencia personas físicas o de existencia ideal⁴⁶. Esa misma norma, desprovista, como puede apreciarse, de límites subjetivos, prevé, empero, excepciones objetivas, pues establece que esos derechos serán ejercidos “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

De tal suerte, la regla general, firme sustento para la tesis afirmativa, sólo puede hallar limitaciones —reglamentaciones— derivadas del poder reglamentario emanado de los distintos órganos y entes del Estado en el marco de su competencia. En el caso de los concesionarios y licenciarios, esas limitaciones surgen, como es natural, del respectivo marco regulatorio que regula el servicio público de que se trate, y del contrato inserto en ese marco regulatorio.

Esta tesis afirmativa, concebida tal como ha sido expuesta, es hábil para vencer los criterios que podrían sustentar la tesis negativa. Veamos.

b) **Investidura.**— Tomando por sentada la existencia de la categoría “servicio público” —extremo insoslayable a poco que se advierte que diversos servicios han sido dotados de tal naturaleza en diversas leyes— debe repararse en que no siempre el servicio público estará vinculado a una concesión o licencia. Consideremos, por ejemplo, el servicio público que prestan los bomberos o asociaciones de bomberos voluntarios, declarado tal por ley 25.054⁴⁷; no obs-

tante contar con un marco vinculación contractual.

De tal suerte, podría ser públicos vinculados a usuarios —servicios aquellos por el otro, servicios públicos del Estado, que podrá ser según la diferenciación acto reglamentarios voluntarios, ya servicio público en una individual —podría estarías. En la antigua ley “aquellos [ferrocarriles del Congreso]”⁵⁰, o aquellos vieren garantido un eventualmente “abierta no integraba esa unilateral en tal materia se limita las publicara”⁵³.

Tal diferenciación antes propiciada respaldada, esto es, la regla de

Puede entenderse contractual, unilateral —a “leyes” que reglamentaciones surjan de un momento delegado — o, aplicable a él en su base existencia de la regla misma existencia de una “base

⁴⁴ En este sentido, De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora Coni Hnos., Buenos Aires, 1907, p. 73.

⁴⁵ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP - Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 78.

⁴⁶ Véase nota 13.

⁴⁷ Ampliar en Ferlise, Javier A., *Sistema Nacional de Bomberos Voluntarios, estructura y financiamiento*, ED, “Suplemento de Seguros”, ejemplar del 13/7/04, ps. 6 y 7, esp. Cap. 2.

⁴⁸ Tampoco es un ser de continuidad, pues sólo Carlos, *El contrato admin*

⁴⁹ Ampliar en Lauc *Grands services publics*, 2 guientes.

⁵⁰ Art. 2º, inc. 2º, ley.

⁵¹ Art. 2º, inc. 3º, ley.

⁵² Art. 3º, ley citada.

⁵³ Art. 35, ley citada.

tante contar con un marco regulatorio, ese servicio público no se apoya en una vinculación contractual con el Estado⁴⁸.

De tal suerte, podrían distinguirse, según la aludida investidura, servicios públicos vinculados a un contrato —prestados por concesionarios, licenciarios— servicios aquéllos que acceden a un marco regulatorio, por un lado; y, por el otro, servicios públicos vinculados exclusivamente a un acto unilateral del Estado, que podrá ser de carácter reglamentario o de carácter individual, según la diferenciación que propicia la doctrina francesa⁴⁹. El primer supuesto —acto reglamentario— podría abarcar el caso de las asociaciones de bomberos voluntarios, ya mencionado, declarada la respectiva actividad como servicio público en una ley formal. El segundo supuesto —acto de apariencia individual— podría estar dado por las antiguas leyes de concesiones ferroviarias. En la antigua ley de ferrocarriles 531 del año 1852 aparecían reglados “aquellos [ferrocarriles] cuya ... explotación fuese autorizada por ley especial del Congreso”⁵⁰, o aquellos ferrocarriles que, en virtud de un acto previo, tuvieran garantido un cierto interés sobre capital invertido⁵¹. Estas redes eran eventualmente “abiertas al servicio público”⁵²; empero, debe señalarse que no integraba esa unilateralidad el aspecto tarifario, pues la ingerencia estatal en tal materia se limitaba, en un marco de libertad, a velar por que la firma las publicara⁵³.

Tal diferenciación conduciría a preguntarse si se altera la interpretación antes propiciada respecto a la regla emergente del art. 14 del Const. Nacional, esto es, la regla de libre iniciativa, limitable mediante reglamentaciones.

Puede entenderse que la mentada diferenciación de investiduras —contractual, unilateral— no altera la solución propiciada. Si bien el art. 14 alude a “leyes” que reglamenten el ejercicio del derecho, el hecho de que esas limitaciones surjan de un marco regulatorio —como podría ser una ley o un reglamento delegado— o, además, de un contrato —concesión— o figura asimilable a él en su basamento convencional —licencia— no parece afectar la existencia de la regla misma. Ello aun cuando, en todo caso, puede deparar la existencia de una “base” de limitaciones más extensa que la prevista en 1853

⁴⁸ Tampoco es un servicio público que deba ser prestado cumpliendo con el recaudo de continuidad, pues sólo es prestado cuando es requerido. Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 132.

⁴⁹ Ampliar en Lauchaux, Jean-François - Boiteau, Claudie - Pauliat, Hélène, *Grands services publics*, 2ª ed., Armand Colin, Paris, 2000, ps. 77 a 83, 203 y ss., y 215 y siguientes.

⁵⁰ Art. 2º, inc. 2º, ley 531, *Adla*, 1852-1880, p. 947 y ss.

⁵¹ Art. 2º, inc. 3º, ley 531.

⁵² Art. 3º, ley citada.

⁵³ Art. 35, ley citada.

por el constituyente, en virtud de que las restricciones podrían provenir de diversos órdenes.

c) **Delegación.**— La postura de Bielsa, en cuanto a que el concesionario, como delegatario, no actúa por derecho propio sino por delegación, por lo que carecería de libertad de industria, derecho que sí poseería la autoridad concedente, es un supuesto que se vincula con el aspecto de “investidura” antes señalado, y que merece algunas reflexiones por separado.

Esa delegación, en el esquema del acápite precedente, podrá tener como fuente un contrato, o bien un acto unilateral —de alcance general o individual— del Estado. Ahora, ¿puede entenderse que esa delegación coloca en cabeza del concesionario únicamente los derechos y obligaciones que del contrato o acto unilateral surjan, tal que la firma carezca de un derecho a la libre iniciativa?

La respuesta negativa parecería imponerse, y se volverá sobre ello más adelante. Baste por ahora adelantar que la garantía del art. 14 de la Const. Nacional, no se halla derogada, de cara al concesionario o licenciataria, nada más que porque medie esa delegación; ello pues, como ya se dijo, el art. 14 de la Const. Nacional no formula reparos subjetivos. A todo evento, la delegación por la cual opera el licenciataria o concesionario, la especial sujeción que de ella podría derivarse, y —en fin— la subordinación que ese estatus delegativo podría reflejar no implica que sean convalidables sin más las limitaciones a la libertad contractual que conlleven afectación del derecho de propiedad o del debido proceso sustancial⁵⁴.

d) **Monopolio.**— También podría argüirse que el elemento monopolio, previsto legislativamente para la prestación de ciertos servicios públicos, depura la eliminación de toda posibilidad de libre iniciativa por parte del concesionario o licenciataria. Esta interpretación se insertaría en la postura oportunamente expuesta por Hauriou⁵⁵ al enumerar las ventajas de contar con un “régimen administrativo” al efecto. En este sentido, el citado doctrinario francés, preocupado por la existencia de lo que él denominaba “poderes de hecho”⁵⁶, que suscitaban “luchas” que se desarrollaban en el plano fáctico⁵⁷, se-

⁵⁴ En este sentido, “Mississippi Railroad Commission v. Mobile & Ohio Railroad Co.”, 244 U.S. 388 (1917), esp. p. 391.

⁵⁵ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo de agosto de 1927, Instituto Editorial Zeus, Madrid, s/f, p. 140 y ss., esp. ps. 143 y 144.

⁵⁶ Hauriou, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁷ Hauriou, *op. cit.*, p. 144.

ñalaba que el men de poder incorpora rios de servicios pú cuyas pretensiones

Es claro que la del siglo XX, difier que reflejan la posi te un cierto período nal —así lo entend prudencia⁶⁰— o co cumplir con la fun dad del negocio.

También hace a nas económicas — consagran servici nes de monopolio r de libre concurren va prestación. Est: 18 de la Const. Nac población servida, ductiva— aludida

Puede entender tualidad suficiente st. Nacional. Ante monopolio natural evitar la coexisten cia suscitan costos mento fáctico a cor pólica—, válida, n regla del art. 14 de restricciones even drían ser válidas, con que presta el s

§ 6. PROPUEST NARIOS Y LICENCIA

⁵⁸ Idem, nota 57.

⁵⁹ González Calc Cía., Buenos Aires, 19

⁶⁰ Fallo citado er

an provenir de di-

que el concesiona-
delegación, por lo
ería la autoridad
“investidura” an-
lo.

podrá tener como
general o indivi-
ción coloca en ca-
ones que del con-
derecho a la libre

á sobre ello más
t. 14 de la Const.
enciario, nada
dijo, el art. 14 de
vento, la delega-
cial sujeción que
ese estatus dele-
más las limita-
derecho de pro-

ento monopolio,
cios públicos, de-
parte del conce-
la postura opor-
as de contar con
tado doctrinario
“poderes de he-
ano fáctico”⁵⁷, se-

& Ohio Railroad

ual, 2ª ed., trad. de
ladrid, s/f, p. 140 y

ñalaba que el mentado régimen administrativo “ofrece el supremo remedio de poder incorporar a la Administración Pública, en calidad de ... concesionarios de servicios públicos, aquellos cuerpos espontáneos o aquellas empresas cuyas pretensiones a la dominación parezcan más justificadas ...”⁵⁸.

Es claro que la mentada interpretación, propia de las primeras décadas del siglo XX, difiere de las menos antiguas doctrinas económicas y jurídicas que reflejan la posibilidad de otorgar la exclusividad en la prestación durante un cierto período temporal como ejercicio de una competencia constitucional — así lo entendió hacia los años '30 la doctrina⁵⁹, sobre la base de la jurisprudencia⁶⁰— o como técnica integrante del proceso de privatización a fin de cumplir con la función de atracción de capitales bajo un esquema de viabilidad del negocio.

También hace aquella interpretación caso omiso de las asentadas doctrinas económicas —reflejadas en los marcos regulatorios respectivos— que consagran servicios públicos a prestar por una firma privada bajo condiciones de monopolio natural por resultar ineficiente la prestación en un marco de libre concurrencia dadas las cualidades capital-intensivas de la respectiva prestación. Estas posibilidades se insertarían en el marco del art. 75, inc. 18 de la Const. Nacional, integrando la concreción del bienestar general de la población servida, y, por el otro, en el marco de la eficiencia —en el caso, productiva— aludida en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Puede entenderse que el elemento monopolio, así admitido, no posee virtualidad suficiente como para alterar la regla emergente del art. 14 de la Const. Nacional. Antes bien, la instauración del elemento de exclusividad o de monopolio natural —como técnica de atracción de inversores y como modo de evitar la coexistencia de redes que no obstante apuntar a la libre concurrencia suscitan costos ineficientes— revelan, en todo caso, la admisión de un elemento fáctico a considerar. Mas esa clase de régimen de prestación —monopólica—, válida, no impondría, en principio, alterar el alcance subjetivo de la regla del art. 14 de la Const. Nacional. En cuanto a los alcances objetivos, las restricciones eventuales a la libertad del concesionario o licenciatario podrían ser válidas, mas no con fundamentos en el monopolio legal o natural con que presta el servicio.

§ 6. *PROPUESTA PARA UNA TESIS AFIRMATIVA EN CUANTO A LOS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS.*— La tesis afirmativa reseñada reconoce una re-

⁵⁸ Idem, nota 57.

⁵⁹ González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, 3ª ed., Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1931, t. II, p. 189 y siguientes.

⁶⁰ Fallo citado en nota 39.

gla —libre iniciativa del concesionario o licenciatario—, y sus excepciones —limitaciones por vía de reglamentación, en especial, el marco regulatorio y el contrato—.

Ahora, esta tesis, en abstracto, parecería soslayar la existencia, en el régimen administrativo argentino, de un sistema de prerrogativas y garantías, que irradia sus efectos tanto hacia el título obtenido por contrato como hacia el título obtenido por acto unilateral del Estado. Hacia ellos cabe dirigir la atención ahora.

a) *Dos sistemas virtuales.*— Un repaso de los diversos marcos regulatorios vigentes puede dar, como resultado, la verificación de dos grandes sistemas que armonizan prerrogativas estatales, consagradas en el respectivo marco regulatorio —incluyendo el contrato respectivo—, por un lado, y consecuencias económicas para el concesionario o licenciatario, por el otro.

Así, por ejemplo, la menor libertad de un concesionario de obra pública por peaje, se puede percibir como equilibrada con una garantía de rentabilidad del Estado a favor de la firma, por ejemplo, mediante una garantía de tránsito mínimo en ciertas concesiones de obra pública por peaje⁶¹. También se la puede apreciar como equilibrada con un régimen de ejecución de obras para el aumento de la capacidad de tránsito de una autopista, disparado sólo ante la superación de un determinado umbral de tránsito⁶². En ambos casos, la reducción del riesgo empresarial en virtud de las mencionadas garantías puede justificar una menor esfera de libre iniciativa.

Por el contrario, a mayor riesgo empresarial debería operarse una mayor esfera de libre iniciativa. En este campo, cobran especial relevancia los servicios públicos con tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*, pues, entre una revisión quinquenal y otra, el riesgo por el cumplimiento del objetivo de eficiencia recae únicamente sobre la firma. Ante tal riesgo, la existencia de un régimen de monopolio natural resulta irrelevante, pues es la firma misma la que tiene que, a tarifa fija, reducir costos a fin de alcanzar una rentabilidad positiva, meta involucrada en un objetivo de eficiencia predeterminado en forma racional, esto es, en un objetivo alcanzable⁶³. Así ponderado, el

⁶¹ Posibilidad vedada por *decr. 823/89 (BO, 2/10/89)*, art. 9°, inc. b).

⁶² Este supuesto es analizado por la Auditoría General de la Nación, en *www.agn.gov.ar/informes/informesPDF2003/2003_148.pdf*.

⁶³ Ello, por aplicabilidad del principio de viabilidad, al momento de la privatización, y a lo largo de la ejecución del contrato; ampliar en Sacristán, Estela B., *Competencias regulatorias en el sector del gas*, en "Primera Jornada sobre Problemas Actuales de la Infraestructura y los Servicios Públicos", Instituto de Estudios Regulatorios, La Plata, 14/4/05.

mayor riesgo d
miento del me

b) *Un terc
mente negativ
sarial limitan
ycto elevado*

En efecto, d
didas. Enunci
latorio anterio
posterior a aq
co anterior y e
orden público'
nes de orden p
tes, creándose
adquiridos co
cendente ries
obligación de
quenalmente
ma de *price-cc*
derogada, pu
que, en los he
riesgo que el j
rentabilidad,
ción de las ta
acuerdo con u
fija ni prevé s
venido de *pric*
ta para las re
pero más gra
nos reales en
pues se propi
cuando, comc

⁶⁴ Art. 41,

⁶⁵ Art. 1°, l

⁶⁶ Art. 23,

⁶⁷ Idem nc

⁶⁸ Art. 23,
de las tarifas re

y sus excepciones marco regulatorio y

istencia, en el régimen de garantías y garantías por contrato como a ellos cabe diri-

os marcos reguladores de los grandes sistemas en el respectivo por un lado, y cono, por el otro.

obra pública por a de rentabilidad garantía de tránsito.⁶¹ También se la ión de obras para isparado sólo an ambos casos, la nadas garantías

arse una mayor evancia los servicios *price-caps*, pues, entre to del objetivo de , la existencia de s es la firma mis- izar una rentabi- a predetermina- así ponderado, el

b). ón, en www.agn.go

de la privatización, l., *Competencias re- s Actuales de la In- latorios*, La Plata,

mayor riesgo deparará una mayor libre iniciativa, en especial para el cumplimiento del mentado objetivo de eficiencia bajo condiciones de calidad dadas.

b) *Un tercer supuesto.*— Un tercer supuesto, de consecuencias claramente negativas, puede surgir de un régimen que aumente el riesgo empresarial limitando la esfera de libre iniciativa. Ejemplos de ello surgen del proyecto elevado por el Mensaje 1075/04.

En efecto, del mismo surgen diversos riesgos para las firmas allí comprendidas. Enunciativamente, si bien dichas firmas cuentan con un marco regulatorio anterior, el marco único posterior se erige en un riesgo *per se*, pues es posterior a aquél, rigiendo a partir de su publicación⁶⁴, modificando ese marco anterior y el contrato que a éste accede; se prevé que el nuevo marco es de orden público⁶⁵, por lo que viene a modificar, como ley posterior, las previsiones de orden público incluidas en los marcos regulatorios sectoriales existentes, creándose un sustancial riesgo regulatorio, pues se afectarían derechos adquiridos contractualmente bajo el anterior, respectivo, marco; otro trascendente riesgo involucrado en dicho proyecto es el mantenimiento de la obligación de la firma de cumplir con el objetivo de eficiencia prefijado quinquenalmente para poder obtener ganancias como si se hallara bajo un sistema de *price-caps*, mas con el restante elemento de la fórmula de los *price-caps* derogada, pues se prohíben los ajustes automáticos de las tarifas⁶⁶ con lo que, en los hechos, se prohíbe la aplicación semestral del índice; otro nuevo riesgo que el proyecto coloca en cabeza de la firma es el relativo a la tasa de rentabilidad, que ahora viene, en cualquier momento, a influenciar la fijación de las tarifas que perciba la firma pudiendo empujarlas hacia abajo de acuerdo con un tasa cuyo porcentaje es desconocido, ya que el proyecto no lo fija ni prevé su futura fijación⁶⁷, cuando bajo el sistema originariamente convenido de *price-caps* esa tasa no es sino uno de los elementos a tomar en cuenta para las revisiones quinquenales del objetivo de eficiencia. Finalmente, pero más grave aún, el proyecto coloca el riesgo de las variaciones en términos reales en cabeza de la firma, a diferencia de lo reglado originariamente, pues se propician sólo ajustes tarifarios en menos, en términos reales⁶⁸; ello, cuando, como es sabido, los *price-caps* garantizan a la firma y a los usuarios

⁶⁴ Art. 41, Mensaje 1075/04.

⁶⁵ Art. 1º, Mensaje citado.

⁶⁶ Art. 23, inc. a) y primer párrafo, Mensaje citado.

⁶⁷ Idem nota anterior.

⁶⁸ Art. 23, inc. a), *in fine*, Mensaje cit.: "El órgano de control resolverá la disminución de las tarifas reales (...)"

que las tarifas se reducirán en términos nominales, pero que aumentarán en términos reales⁶⁹; no es propio de los *price-caps* hacer pesar sobre la firma el cumplimiento del objetivo de eficiencia y la asunción de las variaciones de los términos reales, pues en el reparto originario de riesgos, el riesgo por el cumplimiento del primero recae sobre aquélla, y el riesgo por el cumplimiento del segundo recae sobre los usuarios.

De dicho proyecto surgen fuertes limitaciones a la libertad de industria del concesionario o licenciatario, pues, enunciativamente, éste debe: restringirse, desde el punto de vista del objeto social, a prestar el servicio público cuando bien podría llevar contabilidades separadas si prestara servicios regulados y no regulados; prestar el servicio continuamente aun cuando haya mora estatal; obtener aprobación oficial a toda transmisión accionaria independientemente del porcentaje de la misma; adquirir bienes y servicios a los montos mínimos que establezca el órgano de control, preferir, en sus compras, a los proveedores locales, y minimizar sus costos, haciéndose caso omiso de las condiciones de calidad; aceptar interpretaciones a favor de los usuarios en forma invariable, aun cuando las mismas afecten las obligaciones de la firma ante el usuario intergeneracional; entre otros supuestos⁷⁰.

Se trata, por ende, de un proyectado régimen que contempla una serie de prerrogativas estatales que llegan a obliterar, sobrevinientemente, en forma sustancial la libertad de iniciativa, tal que la "reglamentación" viene casi a neutralizar el respectivo "derecho".

§ 7. **LA TESIS AFIRMATIVA. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.** — La interpretación antes enunciada, relativa a la aplicabilidad de la regla emergente del art. 14 de la Const. Nacional, con más las reglamentaciones⁷¹ del marco regulatorio o del contrato que en él se inserte, podría ser pasible de una importante tacha: podría objetarse que esa regla hace caso omiso del verdadero ámbito de libre iniciativa de cara al riesgo ínsito en la prestación del servicio público de que se trate. La incidencia de esos dos extremos —riesgo, libre

⁶⁹ Una inteligencia en contrario sería asegurarles a los usuarios, idólicamente, que sus tarifas se reducirán aun contra la inflación. Ampliar en Sacristán, Estela B., *Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)*, en "Revista de Derecho Administrativo", Juan Carlos Cassagne (dir.), Depalma, Buenos Aires, 2001, n° 36/38, ps. 173 a 202, esp. p. 183.

⁷⁰ Proyecto citado, arts. 9°, inc. i); 16, incs. c), q), f) y g); 5°, inc. i); 20, inc. n); respectivamente.

⁷¹ Con más la aplicabilidad de la regla conforme la cual, en punto al ejercicio de la respectiva potestad reglamentaria, el principio de especialidad no asistiría al órgano de la Administración a efectos de reconocerle facultades implícitas si ello deparara de limitar la libertad de industria del concesionario o licenciatario, como señala De la Riva, *op. cit.*, esp. p. 301.

iniciativa— fue
sis, y resulta de:

Por ello, dos l
antes propiciada
cia, en esa deter
do en el respecti
de si la decisión
principio de libe
eventualmente,
restrictiva impu
mos ambas cues

a) **Incidencia**
sobre una reglar
pública por peaji
ce el riesgo empr
dicial sobre una
obra pública por
mayor riesgo. E
medida limitativ
riesgo, y vicever
lo garantizara u
autotransporte y

También par
que perciben tar
difieren de aque
tice una cierta ta
el riesgo por el cu
cias es mayor pa
sobre la medida
ría ser mucho m
proclive a la con
puesto. En otras
mente la medida
el segundo, de ra

b) **Marco de**
podrían concebi
chamente en la v

⁷² El caso surg

que aumentarán en
ar sobre la firma el
s variaciones de los
el riesgo por el cum-
el cumplimiento del

ertad de industria
, éste debe: restrin-
el servicio público
estara servicios re-
e aun cuando haya
ón accionaria inde-
nes y servicios a los
eferir, en sus comi-
ciéndose caso omi-
a favor de los usua-
las obligaciones de
puestos⁷⁰.

empla una serie de
temente, en forma
ación" viene casi a

ATIVA.— La inter-
la regla emergente
ciones⁷¹ del marco
pasible de una im-
omiso del verdade-
restación del servi-
mos —riesgo, libre

ios, idilicamente, que
l, Estela B., *Eficiencia
Administrativo*, Juan
73 a 202, esp. p. 183.

); 20, inc. n); respecti-

unto al ejercicio de la
o asistiría al órgano o
citas si ello deparara
como señala De la Ri-

iniciativa— fue sugerida en el apartado precedente en tres diversas hipóte-
sis, y resulta de ineludible análisis.

Por ello, dos líneas de razonamiento pueden completar la interpretación
antes propiciada, de base constitucional: por un lado, el estudio de la inciden-
cia, en esa determinación, del mayor o menor riesgo empresarial involucra-
do en el respectivo título (licencia o concesión); por el otro, la determinación
de si la decisión empresarial de que se trate se halla o no gobernada por un
principio de libertad negocial. Se justifica este más detallado análisis, pues,
eventualmente, incidiría en la posibilidad de revisión judicial de la decisión
restrictiva impugnada, y en los alcances de dicho escrutinio judicial. Repase-
mos ambas cuestiones.

a) **Incidencia del riesgo.**— Parece evidente que el escrutinio judicial
sobre una reglamentación limitativa de la libertad del concesionario de obra
pública por peaje, amparado por una garantía de tránsito mínimo, que redu-
ce el riesgo empresario, debería ser mucho menos intenso que el escrutinio ju-
dicial sobre una reglamentación limitativa de la libertad del concesionario de
obra pública por peaje que no cuenta con tal garantía, con lo que enfrenta un
mayor riesgo. En otras palabras, aparece más convalidable judicialmente la
medida limitativa o restrictiva de la libertad de industria cuanto menor es el
riesgo, y viceversa. A igual solución se arribaría en el supuesto de que el títu-
lo garantizara una cantidad mínima de viajes generados en los supuestos de
autotransporte público.

También parecería evidente que aquellos concesionarios o licenciarios
que perciben tarifas reguladas por el sistema de precio máximo o *price-caps*
difieren de aquellos que cobran tarifas reguladas por un sistema que garan-
tice una cierta tasa de rentabilidad⁷² en punto al marco de libertad. Dado que
el riesgo por el cumplimiento del objetivo de eficiencia a fin de obtener ganan-
cias es mayor para los primeros que para los segundos, el escrutinio judicial
sobre la medida limitativa de la libertad de la firma en el primer caso debe-
ría ser mucho más riguroso desde el punto de vista constitucional y menos
proclive a la convalidación o a la deferencia judicial que en el segundo su-
puesto. En otras palabras, aparecería menos convalidable constitucional-
mente la medida limitativa en el primer supuesto, de *price-capping*, que en
el segundo, de *rate of return*.

b) **Marco de libertad negocial.**— Con respecto a la segunda cuestión,
podrían concebirse dos posibilidades interpretativas. Una indagaría dere-
chamente en la vinculación de la decisión con la prestación del servicio públi-

⁷² El caso surge de la ley de ferrocarriles 531 del año 1982.

co a fin de determinar por exclusión si aquella se halla inserta o no en un marco de libertad de empresa. Empero, un criterio diverso puede resultar también conveniente, y a él se dedican las líneas que siguen.

Puede imaginarse a la esfera de actuación de la firma prestadora del servicio público como divisible en dos porciones imaginarias. Una correspondería a las decisiones empresariales sumamente regladas, en las que el ámbito de libertad aparece en ocasiones casi obliterado; la otra correspondería a decisiones en la adopción de las cuales la firma cuenta con libertad empresarial.

La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de *price-caps* es demostrativa de lo dicho: la libertad de la firma a efectos de las tarifas que percibe se halla sumamente limitada, pues no puede percibir sino las que aprueba el ente regulador como máximas⁷³. Ahora, en condiciones de normalidad, intraperíodo quinquenal, las decisiones empresariales —en pos de la obtención de rentabilidad para superar el *quantum* en menos que la firma percibirá, pues en la respectiva fórmula el factor de eficiencia se resta— serán de la esfera de libertad empresarial de la firma, esfera cuyo límite estará sólo dado por las condiciones de calidad y seguridad con que debe prestar el servicio remunerado con la respectiva tarifa.

Como puede apreciarse, no se trata de distinguir compartimentos estancos gobernados por la regla de libertad o de ausencia de ella según la vinculación de la decisión con la prestación de un servicio público —aspecto por demás multifacético—, sino de distinguir, en el capítulo de que se trate, y según el diseño que el privatizador tuviera en mira, ámbitos de mayor o menor libre iniciativa empresarial. Esos ámbitos, a su vez, deberían ser sopesados según la incidencia del respectivo riesgo⁷⁴, aspecto reseñado precedentemente: por ejemplo, a la luz de un objetivo prefijado oficialmente teniendo en cuenta las previsiones del compromiso originario acordado al momento de asumirse el negocio, objetivo cuyo cumplimiento integra —con sustento en ese basamento contractual o convencional— el riesgo exclusivo de la firma, sin posibilidad de traslado alguno a terceros.

En pos de abarcar una perspectiva más general, puede colegirse que fincan en la esfera de libertad empresarial —enunciativamente— las decisiones de la firma prestadora del servicio público en materia de endeudamiento⁷⁵ —en

⁷³ Ley 24.065, art. 46; ley 24.076, art. 52, inc. f).

⁷⁴ Sobre la incidencia del riesgo empresarial, y los prestadores de servicios públicos, también puede verse De la Riva, *op. cit.*, p. 308.

⁷⁵ En igual sentido, De la Riva, *op. cit.*, p. 306; así como Enargas, *Desempeño de las licenciatarias de transporte y distribución de gas*, Buenos Aires, 2004, p. 77: "Debido a la inexistencia expresa de restricciones en el marco regulatorio de la industria, la política de financiamiento adoptada por las distintas licenciatarias resultó decisión exclusiva de las mismas, tanto en lo que respecta a los montos de endeudamiento, como a la modalidad de

especial, en moneda de parte de dividendo; lado directamente sumidor⁷⁹; tarifa de fomento de pago en montos⁸¹; remuneración de los usuarios

Empero, las decisiones —entre otros supuestos— de la regulación de los usuarios

su instrumentación y la mostrada por lo previsto se propician diversas

⁷⁶ La cuestión es...

⁷⁷ Conf. Enargas, comentario de mayores aptitudes las cuales resultan accionistas, sin existir en las sociedades com

⁷⁸ En este sentido...

⁷⁹ Cometido relativo al regulador y no en la finca (inc. c) y art. 17, párr. 2º, zarse mediante la resolución puntual de d

⁸⁰ Enargas, *Comunicación remitida al Ministerio de gas*, Buenos Aires, social dispuesto por el precisamente, fue que Dichos Comentarios fueron Control de Entes Regulatorias sobre la actividad (Enargas) - Síntesis y c

⁸¹ CNFed. Cont. d

⁸² El concesionario: arts. 45, ley 24.0

⁸³ CNFed. Civ. y c del 26/7/00, cons. IV, in

⁸⁴ Decr. 2255/92, ción 8, sobre mediciones allí consignadas.

⁸⁵ Decr. 62/90, n.º

especial, en moneda extranjera a tasas más bajas que las nacionales⁷⁶— y reparto de dividendos⁷⁷; *marketing* o mercadeo en tanto sea un costo no vinculado directamente a la provisión del servicio⁷⁸; potestativa educación al consumidor⁷⁹; tarifa social no prevista en el marco regulatorio sectorial⁸⁰, ofrecimiento de pago en cuotas, no previsto en el marco regulatorio, a los usuarios morosos⁸¹; remuneraciones al personal.

Empero, las decisiones de la prestadora del servicio público en materia de —entre otros supuestos— importes a percibir en concepto de tarifa⁸², calificación de los usuarios⁸³, particularidades de los medidores⁸⁴ o equipos⁸⁵,

su instrumentación y tasas de interés pactadas”. Aquella inexistencia, a su vez, queda demostrada por lo previsto en el proyecto elevado por el Mensaje 1075/04, pues en el mismo se propician diversas medidas que reglan tal aspecto.

⁷⁶ La cuestión es analizada en Cassagne, *El contrato...*, *op. cit.*, 2ª ed., ps. 246 y 247.

⁷⁷ Conf. Enargas, *op. cit.*, p. 80, se privilegió “la toma de deuda financiera en detrimento de mayores aportes de capital propio y/o mayor proporción de reinversión de utilidades las cuales resultaron, a nivel agregado, casi en su totalidad distribuidas entre sus accionistas, sin existir barreras legales para impedirlo, dentro del marco general que regula las sociedades comerciales (ley 19.550)”.

⁷⁸ En este sentido, De la Riva, *op. cit.*, ps. 306 y 307.

⁷⁹ Cometido relativo a la protección del usuario, que recae fundamentalmente en el regulador y no en la firma: art. 2º, inc. a), ley 24.065; art. 2º, inc. a), ley 24.076; arg. art. 3º, inc. c) y art. 17, párr. 2º, decr. 999/92. Por cierto, el mismo actualmente bien puede canalizarse mediante la respectiva página *web*, o por comunicaciones electrónicas ante requerimientos puntuales de asesoramiento.

⁸⁰ Enargas, *Comentarios y aclaraciones al Informe de la Auditoría General de la Nación remitido al Ministerio de Economía y Producción sobre Controles efectuados en el sector de gas*, Buenos Aires, 2004, p. 4, n° 7: “Lo cierto es que no hay ningún sistema de tarifa social dispuesto por el Gobierno nacional para el servicio de gas por redes ... El Enargas, precisamente, fue quien expuso con claridad sobre la materia en los debates celebrados”. Dichos *Comentarios* fueron posteriores a Auditoría General de la Nación - Gerencia de Control de Entes Reguladores y Privatizaciones: *Gas: muestra de las principales auditorías sobre la actividad regulatoria y desempeño del Ente nacional Regulador del Gas (Enargas) - Síntesis y conclusiones 1993-2003*, del 6/2/04, Buenos Aires, 2004.

⁸¹ CNFed. Cont. Adm., Sala III, 10/8/01, “Distribuidora de Gas Cuyana”.

⁸² El concesionario o licenciatario sólo puede percibir la tarifa aprobada por el regulador: arts. 45, ley 24.065; 52, inc. f), ley 24.076; 17, inc. d), decr. 999/92.

⁸³ CNFed. Cív. y Com., Sala II, 10/2/00, “Rosetti, Raúl c. Edenor S.A.”, LL, ejemplar del 26/7/00, cons. IV, *in fine*.

⁸⁴ Decr. 2255/92, RBL de Distribución, reglamento del servicio de distribución, sección 8, sobre medición y equipos de medición; res. ETOSS 83/98, arts. 18/28, y resoluciones allí consignadas.

⁸⁵ Decr. 62/90, n° 8.4.3.

cantidad de empleados argentinos o extranjeros⁸⁶ a contratar, cantidad de empleados con capacidades especiales a contratar⁸⁷, aparecerían, en diversos grados de intensidad, sujetas a las reglamentaciones vigentes, marcando los confines de la libertad de la concesionaria o licenciataria.

⁸⁶ Ampliar en Gelli, *op. cit.*, p. 95 y ss.; siguiendo a dicha autora, debe recordarse que la ley 23.592 plantea una serie de interrogantes, pues parecería obligar no sólo a los órganos y entes estatales sino también a las personas físicas y jurídicas privadas; dice su art. 1º: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Podemos colegir, empero, que si bien puede resultar punible el acto discriminatorio —acto que debe ser dejado sin efecto, conforme la ley— bien distinta es la hipótesis de imposición de cupos, aspecto que se menciona en la nota al pie siguiente.

Por lo demás, no debe olvidarse que el acto arbitrariamente discriminatorio, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, equivale a persecutorio —véanse "Spezzano de Martín, Rosa c. Bonardo de Martín, Catalina", *CSJN-Fallos*, 310:849 (1987); "Motor Once S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *CSJN-Fallos*, 310:943 (1987); "Eusebio, Felipe", *CSJN-Fallos*, 310:1080 (1987); "González Ruso, Eduardo A. c. P.E.N.", *CSJN-Fallos*, 311:970 (1988); "L'Eveque, Ramón", *CSJN-Fallos*, 311: 1451 (1988); entre muchos otros—.

⁸⁷ Se recordará que según el art. 8º de la ley 22.431, tanto los órganos y entes de la Administración, como los concesionarios de servicios públicos, se hallan sujetos a cumplir con una manda legislativa de cupo. Establece dicha norma: "[L]as empresas privadas concesionarias de servicios públicos están obligad[a]s a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes [v. gr., concesionarias] arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse...".

A su vez, el art. 8º bis prescribe: "Los sujetos enumerados en el primer párrafo del artículo anterior priorizarán [v. gr., concesionarias], a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, situación que deberá ser fehacientemente acreditada".

Como puede verse, la norma abarca a concesionarios de servicios públicos, mas no a licenciatarios. Empero, con efectos más amplios, el art. 11 establece: "El Estado Nacional..., est[á] obligad[o] a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa. Se incorporarán a este régimen las empresas privadas que brinden servicios públicos".

§ 8. *CONSECUENCIA* de la viabilidad que podemos llamar en aquellas por las mismas resultan usuarios, morand de la firma, dentro por el deber de actuar un horizonte de d

Con respecto a de adentrarse en por lo que no podrá en un ámbito r

Este deslinde, tación no regulada su faz económica *ad libitum*, por un menor monto apr son soportadas p sionario o licencia lado o supervisad restrictivo⁹¹, ya c art. 14 de la Cons la mirada oficial.

Con respecto a convierte en acci mente de que se h lla. Por lo tanto, asamblea ni form visualizara al usu tir tanto las gana co, lo cual result

⁸⁸ Sobre este d por la gestión empre

⁸⁹ Por ejemplo, ocasión en que se ca

⁹⁰ Interesa des inversión derivara c Adm., Sala III, 9/8/0

⁹¹ Conf. Barra, res, 1980, esp. p. 250

§ 8. **CONSECUENCIAS DE LA TESIS AFIRMATIVA.**— Una importante consecuencia de la viabilidad de una tesis afirmativa en punto a la existencia de lo que podemos llamar una “zona de libertad del concesionario o licenciataria”, en aquellas porciones de actuación o toma de decisión no regulada, hace a que las mismas resulten ajenas al control del regulador y también ajenas a los usuarios, morando en la esfera decisional del accionariado o de los directores de la firma, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, y orientadas por el deber de actuar diligentemente—*duty to care; duty of care*—, dentro de un horizonte de discrecionalidad societaria⁸⁸.

Con respecto al regulador, su propio rol de regulador y controlador le impide adentrarse en esas porciones de libertad, ni siquiera para supervisarlas, por lo que no podría acusar tachas de nulidad con respecto al negocio concluido en un ámbito no regulado o controlado por él.

Este deslinde, a su vez, podría basarse en la sustancia del negocio (contratación no regulada de servicios, de la esfera de autonomía de la firma⁸⁹), o en su faz económica (se aprueba una inversión por un monto, la firma la efectúa, *ad libitum*, por un monto superior: sólo es trasladable a la tarifa regulada el menor monto aprobado por el regulador, y las consecuencias de la diferencia son soportadas por el accionariado⁹⁰). A todo evento, y concibiendo al concesionario o licenciataria como delegado estatal, el ámbito de actuación controlado o supervisado por la autoridad estatal deberá ser ponderado con sentido restrictivo⁹¹, ya que la regla de constitucional de autogestión emergente del art. 14 de la Const. Nacional, predominará en los aspectos no alcanzados por la mirada oficial.

Con respecto a los usuarios del servicio público, es claro que ese rol no los convierte en accionistas o directores de la firma prestadora, independientemente de que se beneficien con el servicio eficientemente prestado por aquella. Por lo tanto, no integran las reglas de toma de decisión democrática en asamblea ni forman parte del directorio. Una inteligencia en contrario, que visualizara al usuario como accionista de la firma, lo haría aspirar a compartir tanto las ganancias como las pérdidas de la prestadora del servicio público, lo cual resulta inadmisibles como consecuencia de la mera condición de

⁸⁸ Sobre este deber, ampliar en Rovira, Alfredo L., *Responsabilidad del directorio por la gestión empresarial*, LL, 2005-E-1127.

⁸⁹ Por ejemplo, contratar los servicios de un escribano para que intervenga en cada ocasión en que se cambia un medidor adulterado o manipulado.

⁹⁰ Interesa destacar el elemento voluntario; distinto sería si el resultado de la mayor inversión derivara de exigencias medioambientales o urbanísticas; véase CNFed. Cont. Adm., Sala III, 9/8/02, “Edesur”, cons. V, e).

⁹¹ Conf. Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, esp. p. 250.

(SERN (dirección)

ar, cantidad de
erían, en diver-
entes, marcan-
ia.

be recordarse que
no sólo a los órga-
adas; dice su art.
menos cabe el ple-
mentales reconoci-
o, a dejar sin efec-
al y material occa-
mente los actos u
eligió, naciona-
ondición social o

discriminatorio
hipótesis de im-

atorio, conforme
se “Spezzano de
387); “Motor On-
310:943 (1987);
rdo A. c. P.E.N.”,
51 (1988); entre

y entes de la Ad-
os a cumplir con
ivadas concesio-
ividad que reú-
al 4% de la tota-
usivamente ocu-
e cumplimiento
uiera sea la mo-
tercerización de
as vacantes que
tes (v. gr., conce-
sonas con disca-
se ...”.

párrafo del ar-
ra que establez-
presas que con-
te acreditada”.
cos, mas no a li-
Estado Nacio-
id, espacios pa-
ste régimen las

usuario⁹², y como tampoco es director de la firma, no interviene en la respectiva toma de decisión.

§ 9. **CONCLUSIONES.**— La libertad de contratar⁹³, implícita en la libertad de industria, se halla constitucionalmente garantizados por el art. 14 de la Const. Nacional. Ahora, dado que el concesionario o licenciatario actúa vinculado contractualmente con la autoridad concedente en virtud de un contrato de concesión o de una licencia, se ha planteado la cuestión de la existencia misma de un ámbito de libre decisión empresarial que pueda asistirle a dicho prestador de un servicio público. La postura propuesta por la doctrina en la década del '50 indicaba que la respectiva libertad no asistía al concesionario, bajo el dogma de que el servicio público era propiedad estatal, meramente delegable.

Tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, como la Corte Suprema argentina han avalado la existencia de una libertad de ejercer toda industria lícita.

En tal escenario, la construcción de una tesis afirmativa, que permita sostener que asiste al licenciatario o concesionario una libertad de empresa, gira en torno a:

- a) El texto literal de la norma, art. 14 de la Constitución Nacional.
- b) La distinción entre servicios públicos vinculados a un contrato (servicios prestados por concesionarios o licenciatarios) que acceden a un marco regulatorio, por un lado; y, por el otro, servicios públicos vinculados exclusivamente a un acto unilateral del Estado, reglamentario o individual.
- c) La mentada diferenciación de investiduras —contractual, unilateral— no altera la solución que favorece la existencia de un marco de libertad.
- d) No empece tampoco a ello la tesis de la mera delegación propiciada en la década del '50 o la de la concesión bajo régimen de monopolio.

Una propuesta de tesis afirmativa reconoce una regla —existencia de un marco de libre iniciativa del concesionario o licenciatario—, y sus excepciones.

⁹² Graham, *Public Utilities. A constitutional approach*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 154. Críticos también hacia el aludido reparto, Green, Richard - Rodríguez Pardiña, Martín, *Resetting price controls for privatized utilities*, Economic Development Institute of the World Bank, Washington D.C., 1999, esp. ps. 12 y 13.

⁹³ En este sentido, Gelli, *op. cit.*, p. 87.

La contratación

nes—limitacione
rio y el contrato.

Ella debe ser p

- a) Menor libe
go empres
- b) Mayor ries
- c) Un tercer s
mente el ri
ciativa.

El escrutinio j
en un marco de ga
lla constitucional
mitativa de la lib
sentes debería se
limitación presur
entre aquellos cor
por el sistema de
sistema que gara
avalable constituc
en el segundo.

Para ubicar la
ción puede indag
prestación del ser
halla inserta o no
adoptarse otro cr
prestadora del ser
una corresponder
las que el ámbito
rrespondería a de
bertad empresari
gobernados por la
de la decisión con
gún el diseño que
libre iniciativa em
una "zona de libe
de tomas de decisi

La contratación pública

nes —imitaciones por vía de reglamentación, en especial, el marco regulato-

rio y el contrato.

Ella debe ser ponderada a la luz de varios sistemas, a saber:

a) Menor libertad y garantías de rentabilidad o ingresos con menor ries-

go empresarial.

b) Mayor riesgo empresarial y mayor esfera de libre iniciativa.

c) Un tercer supuesto, de consecuencias claramente negativas, que au-

mente el riesgo empresarial limitando, a la vez, la esfera de libre ini-

ciativa.

El escrutinio judicial sobre una reglamentación limitativa de la libertad, en un marco de garantías de rentabilidad, debería tender a convalidar aque-

lla constitucionalmente; el escrutinio judicial sobre una reglamentación li-

mitativa de la libertad cuando tales garantías de rentabilidad se hallan au-

sentés debería ser exigente, confrontando la libertad constitucional con una

imitación presumiblemente inadmisibles. También se detectan diferencias

entre aquellos concesionarios o licenciatarios que perciben tarifas reguladas

por el sistema de *price-caps*, y aquellos que perciben tarifas reguladas por un

sistema que garantiza una cierta tasa de rentabilidad: así, aparece menos

avalable constitucionalmente la medida limitativa en el primer supuesto que

en el segundo.

Para ubicar la decisión empresarial en el marco de libertad o de regula-

ción puede indagarse derrechamente en la vinculación de la decisión con la

prestación del servicio público a fin de determinar por exclusión si aquella se

halla inserta o no en un marco de libertad de empresa. Mas también puede

adoptarse otro criterio, que considere a la esfera de actuación de la firma

prestadora del servicio público como divisible en dos porciones imaginarias:

una respondería a las decisiones empresariales sumamente reguladas, en

las que el ámbito de libertad aparece en ocasiones casi obliterado; la otra co-

respondería a decisiones en la adopción de las cuales la firma cuenta con li-

bertad empresarial. Se trata, en esencia, no de distinguir capítulos estancos

governados por la regla de libertad o de ausencia de ella según la vinculación

de la decisión con la prestación del un servicio público, sino de distinguir, se-

gún el diseño que el privatizador tuviera en mira, ámbitos de mayor o menor

libre iniciativa empresarial. La consecuencia de ello sería la construcción de

una "zona de libertad del concesionario o licenciatario", que genera porciones

de tomas de decisión no reguladas, ajenas al regulador y a los usuarios.