

Doctrina pública XXVI-1 / Alejandro P. Amaro...
[et al]. - 1a ed. - Buenos Aires: RAP, 2004.
648 p.; 24x17 cm - (Cuadernos de Doctrina RAP)
ISBN 987-21550-3-8
I. Derecho. I. Amaro, Alejandro P.
CDD 340

Ediciones RAP S.A.

Talcahuano 638 2º Piso "D" (C1013AAN)

Ciudad de Buenos Aires - Argentina

Tels./Fax: 4374-0661/2/3

e-mail: consulta@revistarap.com.arwww.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN 987-21550-3-8

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios
electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia,
grabación magnetofónica y cualquier sistema de
almacenamiento de información sin autorización escrita
del Editor.

Este libro se terminó de imprimir
en diciembre de 2004 en EGLO S.A.
Carlos Calvo 3269 - Buenos Aires, Argentina
Tel. 4956-0990

En resumen, estas anotaciones nos permiten atisbar que la intensísima experiencia europea de este siglo ha conducido al desencanto ante una manera de hacer política que de un modo u otro ha llevado a Europa a algunas de las mayores aberraciones de que tenemos conciencia histórica.

El proceso de Unión Europea encuentra su justificación primera en la necesidad de abrir nuevos espacios a la política y sólo se hace posible en esos nuevos espacios. Ahora bien, desde una perspectiva positiva podemos afirmar que esa misma experiencia ha conducido a la búsqueda de fórmulas que permitieran superar los errores del pasado, con plasmaciones políticas concretas, una de las cuales, particularmente sobresaliente, es el largo, esforzado y difícil proceso de unión en que los países europeos están embarcados.

Las economías, a cada paso más interrelacionadas, y las mesas internacionales en las que se contrastan políticas y resultados exigen aproximaciones cada vez más racionales y abiertas, y menos dogmáticas a los problemas, y una actitud semejante en la propuesta de soluciones. Sin embargo nuestra visión no se ciñe hoy, por múltiples circunstancias, exclusivamente al espacio europeo. Europa, en su constitución moderna, ha mirado al mundo, es más, en cierto sentido, se puede decir que el mundo ha sido constituido por la mirada y la acción de los países europeos.

Las manifiestas injusticias de la distribución global de la riqueza se nos acercan a través de los medios de comunicación, con evidencia cotidiana ante los terribles dramas del tercer mundo, y que en buena parte se ha establecido sobre una explotación colonial inmisericorde, que en muchos aspectos hoy se perpetúa. El grave problema ecológico amenaza a la humanidad entera, precisamente por el afán desmedido de bienestar material por parte de los países más desarrollados, los mismos países europeos, entre ellos.

Al tiempo que los procesos de información han ido por delante en la globalización de los modos de vida, si se puede escribir así, y han permitido tomar conciencia de la complejidad de los problemas, se van haciendo patentes los peligros de una sociedad mediática universal, en el que la información se revela cada vez con mayor nitidez como un arma de poder que puede afectar gravemente a la misma entraña de la vida democrática. La globalización de la economía se concreta en la aparición de gigantes económicos, las empresas multinacionales, que ejercen un papel cada vez más decisivo en la marcha de muchos países y regiones económicas.

Por otra parte, el progreso económico innegable ha ido acompañado de un proceso universal de afianzamiento de las estructuras democráticas, pero al mismo tiempo se viene produciendo una creciente insatisfacción por algunas faltas de autenticidad del sistema democrático en la vida interna de los Estados y sobre todo en las estructuras supranacionales, a cuyo déficit democrático constantemente se alude.

En fin, la unión monetaria, al igual que la globalización, puede contemplarse como un enemigo imbatible o como una gran ocasión para subrayar la dimensión humana del desarrollo. Esperemos que este bien de todos imponga los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

*Estela B. Sacristán**

I. Introducción.

Por medio de la Ley de emergencia N° 25.561¹ en enero del 2002,² el Congreso impuso fuertes restricciones a los derechos de las empresas prestadoras de los servicios públicos. Así, no sólo pesificó las tarifas, sino que, además, prohibió su indexación y al mismo tiempo ordenó en forma general la renegociación de todos los contratos celebrados con aquéllas, a las que también se les prohibió suspender o alterar las obligaciones a su cargo.

En otras palabras, impuso –si bien transitoriamente– una modificación unilateral de las prestaciones con el objeto de que los usuarios no tuvieran que hacer frente a facturas más elevadas, pero sin mediar una reducción de la calidad del servicio. Elevado objetivo, ciertamente, pero de eventual impacto en el equilibrio económico financiero de los respectivos contratos.

Tan vasto horizonte contractual puede ser enfocado desde distintas perspectivas. En una versión minimalista, la Ley sólo afectó el modo de cálculo de las tarifas, eliminó el índice extranjero de actualización y las desdolarizó, todo ello a juego con el abandono de la convertibilidad. En el otro extremo del análisis, podría razonarse –con relación a las dimensiones de la renegociación encarada– que, si acordar y poner en vigencia un contrato de la magnitud de uno de servicios públicos supone un gran esfuerzo, no menor es el que se requiere para renegociarlo.³

*Abogada especialista en Derecho Administrativo - Económico (UCA).

¹ B.O.: 07-01-2002.

² Preanunciada ya en su inmediata anterior, la Ley N° 25.344 de noviembre de 2000.

³ El contrato de concesión debe ser examinado, con particular referencia a sus cláusulas económico-financieras, como un todo. Esas cláusulas definen los límites del derecho del concedente y del concesionario, que la autoridad no puede modificar o alterar, sin indemnización, contra la voluntad del último, so pena de violar la garantía de la propiedad. Para interpretar tales cláusulas, debe determinarse previamente el significado y la función que a ellas corresponde, analizando el régimen jurídico, económico y financiero del contrato de concesión; cfr. "Cfa. General de Electricidad de Córdoba S. A. (en liquidación) c/ Provincia de Córdoba", Fallos: 262: 302 (1965), voto del Dr. Aberastury.

Más allá del punto de vista que elijamos, lo que sí tenemos por seguro es que el mencionado proceso, reglado por los Artículos 8^o, 9^{os} y 10^o de la Ley N° 25.561, abarca más de 60 contratos⁷ celebrados por el Estado Nacional. Asimismo, dado que el Artículo 14^o de la ley invita a las provincias, municipios y a la Ciudad de Buenos Aires a llevar adelante la renegociación de los contratos de servicios públicos de su propia jurisdicción, la sumatoria total supera largamente aquella cifra.

Más recientemente, el Congreso ha decidido extender hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos. En efecto, octubre de 2003 nos trajo la sanción de la Ley N° 25.790, por la cual se extiende hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo para que el Poder Ejecutivo lleve a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561, con el establecimiento del marco normativo a estos efectos.⁹

⁴ "Artículo 8°: Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de Derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (US\$ 1)".

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

⁶ "Artículo 10: Las disposiciones previstas en los Artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones".

⁷ La enumeración se halla en www.mecon.gov.ar. El Decreto N° 311/03, del 03-07-2003 (B.O.: 04-07-03), genéricamente alude, en su Art. 4°, a los siguientes sectores: a) provisión de servicios de agua y cloacas; b) transporte y distribución de gas y de energía eléctrica; c) telefonía básica fija; d) transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo, y servicio ferroviario de cargas; e) concesiones viales con cobro a usuarios incluyendo accesos a la ciudad de Buenos Aires; f) servicios portuarios; g) vías fluviales por peaje; h) concesión de la terminal de ómnibus de Retiro; i) servicios postales, monetarios y de telegrafía; j) sistema nacional de aeropuertos.

⁸ "Artículo 14: Invítase a las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios a adherir a las disposiciones de los Artículos 8°, 9° y 10 de la presente ley".

⁹ Esta ley, en lo sustancial, establece:

"Art. 1°: Dispónese la extensión hasta el 31-12-2004 del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561. Dicha renegociación podrá abarcar a determinados sectores de servicios públicos o a determinadas contrataciones en particular.

Art. 2°: Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos. Las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo

También se observa una reacción ante la inminencia del plazo de vencimiento de la emergencia declarada en la Ley N° 25.561, pues el 30 de octubre de 2003 se elevó al Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley por el cual se extendería hasta el 31 de diciembre de 2004 la emergencia pública declarada por aquella ley y las facultades delegadas al PEN en función de ella, y se introducirían ciertas modificaciones a las disposiciones de dicha ley relativas a la reestructuración de las obligaciones que fueran afectadas por el régimen establecido por ella.

2. Planteo.

Excedería los alcances de este trabajo abordar las numerosas cuestiones que surgen a poco que se leen detenidamente los ya mencionados Artículos 8° y 9° y, en especial, el Art. 10^o de la Ley N° 25.561. A fuer de claridad, tengamos presente que varias son las cláusulas constitucionales involucradas en una concesión o licencia como las sujetas a renegociación. Así, siguiendo un orden cronológico imaginario, podríamos detectar que, convocado el capital nacional o extranjero¹¹ y concluido el proceso de selección, habiendo sido otorgada la concesión o licencia, tenderíamos la mirada hacia el Art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional; ingresado el correspondiente derecho contractual a la propiedad de la firma, Artículo 17 de la Norma Fundamental, aquélla comenzará a ejercer una industria lícita –Artículo 14– bajo reque-

del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo nacional en virtud de lo dispuesto por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561.

Art. 3°: Los acuerdos de renegociación podrán abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios. En caso de enmiendas transitorias, las mismas deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias.

Art. 4°: El Poder Ejecutivo nacional remitirá las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el Artículo 20 de la Ley N° 25.561. Corresponderá al Honorable Congreso de la Nación expedirse dentro del plazo de 60 días corridos de recepción de la propuesta. Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo.

Art. 5°: Las disposiciones de la presente ley en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

Art. 6°: La presente ley es de orden público."

¹⁰ Tríada que puede suscitar dudas sobre la obligatoriedad para el Estado de llevar adelante la renegociación a la luz del Art. 3° de la LPA, sobre la obligatoriedad de las firmas a someterse a ella, sobre el modo de interpretar los criterios de renegociación a la luz de los diversos modos en que se regularon las respectivas tarifas y regímenes de bienes, entre otros aspectos de sustancial interés.

¹¹ Sobre esta convocatoria, nos remitimos a "La Constitución de 1853 como Instrumento de Progreso Económico: Los Capitales Extranjeros", en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su Sesquicentenario*, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional e Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 527-550.

rimientos de calidad y eficiencia del servicio –Art. 42 de la Constitución Nacional–, sujeta a normas regulatorias, algunas de las cuales son dictadas con previa participación –Art. 42 de la Constitución Nacional–.

Es claro que supera largamente el objeto de estas líneas el análisis de cada una de las cláusulas constitucionales reseñadas. Nuestro propósito, en verdad, es mucho más modesto: consiste, apenas, en repasar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo que se refiere a la protección de la estabilidad contractual en el marco de los compromisos que nos ocupan.

La elección de este objetivo responde a múltiples motivaciones, pero la más significativa de todas ellas es que más allá de los tecnicismos con que cada situación particular llegue a ser resuelta en el ámbito de la renegociación, nadie puede perder de vista que, desde el punto de vista constitucional, se halla en juego precisamente eso: los alcances de la protección de la estabilidad de los acuerdos celebrados. O, dicho de otra manera, los límites de la potestad del Estado Nacional para imponer su voluntad renegociadora.

Ello permite detectar las directrices que han guiado y motivado en otras ocasiones la modificación de los contratos y que son el parámetro que permitirá anticipar, en un razonable pronóstico, cómo se comportará la Corte Suprema en un escenario de conflicto.

De tal suerte, y sin pretensión de agotamiento del cometido encarado, este trabajo se concentrará en una cláusula constitucional de especial relevancia de cara a la renegociación de los contratos de servicios públicos, su interpretación y la proyección de ella en el proceso que, iniciado en el año 2002, parece haberse desplazado alternativamente de la arena administrativa a la arena judicial, del universo de la acción al de la argumentación: nos centraremos en la incidencia de lo prescripto en la cláusula de protección de la propiedad –el Art. 17 de la Constitución Nacional– en la renegociación.

A tal fin, explicaremos someramente qué es lo que se renegocia (sección III). Luego, nos adentraremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de contratos para verificar si los derechos emergentes de los contratos –en especial los similares a los que se renegocian– gozan de protección (sección IV). Luego, ingresaremos en la cuestión central: la estabilidad de los derechos emergentes de esos contratos, tanto en épocas de normalidad (sección V) como de emergencia económica (sección VI). Finalmente, haremos una breve remisión histórica a las nacionalizaciones de la década del '30 y del '40 y a la experiencia que se recoge de la cuestión de los contratos petroleros (sección VII), y se propondrán las conclusiones pertinentes (sección VIII).

3. Las concesiones y licencias por renegociar.

En forma liminar, y al sólo efecto de la congruencia semántica, tengamos en cuenta que, según el capítulo segundo del título cuarto de la Ley N° 25.561, lo que se renegocia son contratos de la Administración regidos por normas de Derecho público y, en lo que nos interesa, los contratos de provisión de servicios públicos del Art. 8°

de dicha ley. En su momento, el Art. 1° del hoy derogado Decreto N° 293/02 tendió los alcances de la renegociación sobre contratos de concesión y licencias por igual; actualmente, el Decreto N° 311/03 adopta similar temperamento. Parecería, entonces, que la norma puso fin al enriquecedor debate académico que hace algunos años se suscitó con relación a las diferencias entre concesión y licencia. Así, las semejanzas parecen haber predominado, a juego con la opinión doctrinaria que propició reconocer, en presencia de ciertas licencias, un basamento convencional que las aunaba con las concesiones. En tal sentido, recordemos que Cassagne enseña: “[...] cuando la licencia reviste naturaleza contractual y su objeto es la explotación de un servicio público, ella es, en el fondo, una concesión con las modalidades peculiares que le imprima cada marco regulatorio”.¹² En similar sentido, Bianchi no diferencia una y otra figura al tratar el régimen tarifario,¹³ al igual que Dalla Vía.¹⁴

En este escenario, en presencia de concesiones y licencias –contratos de la Administración regidos por normas de Derecho público–, cabe preguntarse, en primer lugar, si a ellos resulta aplicable la jurisprudencia en materia de derecho de propiedad y si a ellos dedica algún espacio la cláusula de estabilidad contractual. Para ello, debemos analizar primero si dicha cláusula existe en la Constitución Nacional y, en su caso, delimitar sus alcances con base en la interpretación judicial. Luego, podremos indagar en su aplicabilidad a los antes mencionados contratos de la Administración sujetos a renegociación, en especial en las épocas de emergencia económica.¹⁵

4. Los derechos emergentes de los contratos.

A fuer de verdad, nuestra Constitución Nacional no contiene una cláusula expresa que prescriba que los derechos emergentes de los contratos gozan de protección; tampoco contiene una que diga que gozan de estabilidad los derechos emergentes de dichas fuentes convencionales, o que asegure la intangibilidad de la situación del cocontratante.

Empero, podría decirse que nadie carece hoy –siquiera en forma somera– de una noción de lo que significa contratar. Y también de lo que significan los contratos

¹² Cassagne, Juan Carlos, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *La Ley*, 2002-B, p. 855 y sigs.; también, en *Fragments de Derecho Administrativo – Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2003, pp. 221-258.

¹³ Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, T. I, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pp. 322-354, y reseña doctrinaria allí efectuada.

¹⁴ Dalla Vía, Alberto, *Estudios sobre Constitución y Economía*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 170-172.

¹⁵ Recordemos que, como enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema, las situaciones pueden ser: a) de normalidad y b) de emergencia; a su vez, las emergencias pueden ser: b.1) de índole económica, b.2) de carácter político o bien b.3) de carácter físico. En “Juan Domingo Perón”, *Fallos*: 238: 76 (1957), se da cuenta de la clasificación reseñada, de indudable valor didáctico aún hoy. Otra clasificación puede verse en Midón, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia – en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, *La Ley*, 2001, pp. 40-43. El autor distingue, como géneros, emergencias constitucionales e inconstitucionales; emergencias según sus efectos; emergencias que fortalecen directa o indirectamente al Poder Ejecutivo; emergencias según sus causas.

cuyas prestaciones se prolongan en el tiempo; en especial, los riesgos involucrados en las relaciones convencionales destinadas a perdurar por muchos años, decenas de años, tal vez. En principio, en esta clase de contratos, resulta arduo prever *ab initio* todas las contingencias futuras.¹⁶ Además, con el devenir, las expectativas de los cocontratantes pueden verse afectadas por medidas de índole general o sectorial, que alteran la estabilidad o perdurabilidad de las obligaciones y derechos originariamente acordados.

Ello torna menester —a modo de mero acercamiento al tema central de este trabajo— repasar cuál ha sido la interpretación jurisprudencial en esta materia, trayendo a colación algunas nociones del derecho de propiedad en sentido constitucional, los derechos emergentes de los contratos en la praxis constitucional-contractual y —en especial— los contratos de servicios públicos.

a) Nota sobre el derecho de propiedad.

Siquiera a modo de apretada síntesis, comenzamos estas líneas señalando que la doctrina constitucional, emanada del más Alto Tribunal, enseña que, al incorporarse el derecho de propiedad a la Constitución, se lo ha colocado por encima de las leyes; al así hacerse, se le ha vedado al Congreso la posibilidad de suprimirlo.¹⁷

Ciertamente, en forma paralela, se ha afirmado —y reiterado, en innumerables ocasiones— que ello no implica que dicho derecho no pueda ser razonable y convenientemente reglamentado,¹⁸ en tanto no es un derecho absoluto;¹⁹ que ello tampoco implica que la propiedad privada no pueda ser tomada por decisión congresional con previa indemnización,²⁰ o que los derechos derivados de los contratos no puedan ser alterados.²¹ Claro está, dentro del principio de reserva de ley antes apuntado.²²

En el ámbito del Derecho público, resulta crucial destacar también que la protección del derecho de propiedad en la Constitución ha originado dos importantes efectos de protección del particular ante el Estado: en primer lugar, la admisión de la posibilidad de que el Estado pueda ser responsable; en segundo lugar, la regla de irrevocabilidad de los actos administrativos, que coexiste con la regla de la derogabilidad del reglamento.

En punto a la posibilidad de responsabilidad del Estado, tengamos en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha invocado expresamente la garantía del derecho de propiedad para avalar la existencia de lo que dicho Tribunal denomina *principio de*

¹⁶ La cuestión ha sido analizada en Coase, R.H., "The Nature of the Firm", en Williamson, Oliver E. y Winter, Sidney G. (Eds.), *The Nature of the Firm - Origins, Evolution, and Development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 67.

¹⁷ "Cornú *cf* Ronco", *Fallos*: 142: 68 (1924), esp. p. 81.

¹⁸ "Cornú *cf* Ronco", *Fallos*: 142: 68 (1924), p. 81.

¹⁹ "Cornú *cf* Ronco", *Fallos*: 142: 68 (1924), p. 81; "Bco. Hipotecario Franco Argentino *cf* Pcia. de Córdoba", *Fallos*: 210: 1208 (1948), p. 1227.

²⁰ "Horta *cf* Harguindeguy", *Fallos*: 137: 47 (1922).

²¹ Ídem nota precedente.

²² En igual sentido, y excluyéndose la posibilidad de que la afectación sea mediante un decreto de necesidad y urgencia, véase Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia - Límites y Control*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 158.

responsabilidad del Estado.²³ De este modo, el derecho de propiedad —entendido como todo derecho del contenido patrimonial— está amparado por el Art. 17 de la Constitución Nacional y protegido por ese principio, con lo que cubre tal garantía el derecho patrimonial emanado de un contrato, de modo que ninguna ley, aunque fuese de orden público y aunque fuesen elevadas las miras que determinaron su sanción, podría desconocerlo.²⁴ También ha invocado el Alto tribunal aquella cláusula constitucional a fin de justificar la procedencia de la indemnización del lucro cesante relegando —en esta inteligencia— la ley de expropiaciones.²⁵

Con relación a la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos y su vinculación al derecho de propiedad, nos remitimos a la sección 4 b), *infra*.

b) Los derechos emergentes de los contratos en general.

De modo inicial, con relación a la protección constitucional de los derechos emergentes de los contratos, pueden mencionarse dos aspectos de importancia: por un lado, la diferencia que existe entre nuestra Constitución y la de los Estados Unidos en punto a los derechos emergentes de los contratos; por el otro, la cuestión de si el derecho de propiedad abarca dichos derechos.

Con relación a la primera cuestión, es menester recordar que, como vimos al inicio de esta sección, la Constitución argentina no posee una cláusula que expresamente prevea que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden ser alteradas por las leyes. Ello la diferencia en forma clara de su similar de los Estados Unidos.

La Enmienda 5ª de la Constitución norteamericana —extensiva a los estados en virtud de la Enmienda 14— establece que nadie será privado "de su propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización", cláusula que devela un contenido similar al de nuestro Artículo 17. Asimismo, debe tenerse presente que la sección 10 del Artículo 1º de la Constitución de los Estados Unidos establece, en lo pertinente y con gran precisión: "ningún Estado [...] aprobará leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos". En punto a esta prescripción constitucional, Vanossi²⁶ enseña que, a diferencia del reparto de competencias argentino, las legislaturas estatales norteamericanas dictan los códigos de fondo y, al así hacerlo —entendemos—, dichas legislaturas no pueden alterar las obligaciones que derivan de los contratos, pues ello es lo que la sección 10 transcrita prohíbe. El mandato de los constituyentes norteamericanos, desde esta perspectiva, parece haber significado que quien dicta la legislación de

²³ "Kraft Guillermo Ltda. *cf* Empresa Nacional de Telecomunicaciones", *Fallos*: 260: 91 (1964), voto del Dr. Boffi Boggero, p. 96.

²⁴ "Kraft Guillermo Ltda. *cf* Empresa Nacional de Telecomunicaciones", *Fallos*: 260: 91 (1964), voto del Dr. Boffi Boggero, p. 96.

²⁵ "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. *cf* Dirección Nacional de Vialidad", *Fallos*: 306: 1.409 (1984). Véase, asimismo, "Nación *cf* Sociedad Financiera", *Fallos*: 278: 7 (1970).

²⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo, "La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina", *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, Nros. 10/11, p. 73 y sigs., esp. p. 100.

fondo —en el caso de los Estados Unidos, las legislaturas estatales— no puede alterar dichas obligaciones.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento nacional, donde los códigos de fondo son dictados por el Congreso Nacional,²⁷ no existe una prohibición constitucional a dicho órgano que le vede alterar las obligaciones que nacen de los contratos. La especificidad del constituyente norteamericano no halla en ese punto paralelo con el constituyente argentino. Ante esta evidencia, y en el orden federal, en nuestro país, surge el interrogante de si la interpretación jurisprudencial ha entendido que las obligaciones que derivan de los contratos merecen igualmente protección constitucional; ello, no obstante, no establecer —como vimos— el texto constitucional, en forma expresa, que quien se halle facultado para dictar los códigos de fondo no podrá alterar las obligaciones emergentes de los contratos. Como vemos, ello nos conduce a la segunda cuestión planteada al principio de la esta subsección: en esencia, si el derecho de propiedad abarca los derechos emergentes de los contratos.

La respuesta a esta pregunta parecería ser sanamente afirmativa, a la luz de conocida jurisprudencia. Si bien alguna vez se sugirió que “las obligaciones que nacen de los contratos no están regidas directa e inmediatamente por el Art. 17 de la Constitución”,²⁸ de los precedentes emanados de la Corte Suprema argentina surgiría en términos generales que, indirecta o mediatamente, dichas obligaciones están protegidas por aquella cláusula constitucional. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema, a lo largo de los años, ha elaborado y aplicado una doctrina conforme la cual el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado abarca los derechos emergentes de los contratos:²⁹ resultan insoslayables con relación a ello los conocidos fallos “Horta”, “Bourdieu” y “Avico”.

Tengamos presente que en el fallo “Horta”³⁰ —en el que se declaró que el Art. 1º de la ley de congelamiento de los alquileres bajo análisis era contraria al Art. 17 de la Constitución Nacional— la mayoría sostuvo: “[...] al celebrar el contrato [...] el locador se había asegurado [...] el derecho de exigir el precio [...] Ese derecho había sido definitivamente adquirido [...] era un bien incorporado a su patrimonio [...] En una palabra, era una propiedad, en el sentido de la Constitución”.³¹

Asimismo, en el legendario caso “Bourdieu”,³² se afirmó —a título general, más allá de la concesión en particular de que trataba el caso—: “todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho

privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de *propiedad*”.³³ Por ende, la regla, bajo “Bourdieu”, es que, en la medida en que haya acción, hay derecho, agregándose en dicho pronunciamiento que “el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el Artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”.³⁴

Con similar temperamento, el voto del juez Repetto en “Avico”,³⁵ dictado en plena crisis del 30, reiteró: “el principio de la inviolabilidad de la propiedad ampliamente asegurado por el Artículo 17 protege con igual fuerza y eficacia, [...] los derechos derivados de los contratos y, sea que estos últimos se concierten para obtener la explotación de las cosas inmuebles o muebles, sobre que se ejercitan los derechos reales, o para darles nacimiento mediante la creación de obligaciones”;³⁶ también se aseveró en el citado voto que “el contrato o la convención mediante la cual tal uso se realiza viene a ser así, constitucionalmente, un atributo de la propiedad”.³⁷

En síntesis, de acuerdo con esta jurisprudencia, los derechos derivados de los contratos integran el derecho de propiedad.³⁸

c) Los derechos emergentes de los contratos de provisión de servicios públicos.

Ahora cabe preguntarse si los derechos emergentes de cierta clase de contratos —destinados a la provisión de servicios públicos, esto es, licencias y concesiones— integran el derecho de propiedad y merecen la debida protección.

En forma preliminar, consideremos que los contratos destinados a la provisión de servicios públicos podrían visualizarse como comprendidos en la acepción de concesiones conforme al Artículo 75, inc. 18, de la Norma Fundamental. En tal sentido, recordemos que la Corte Suprema afirmó en el fallo “Empresa del Ferrocarril Central Argentino” que la explotación que se analizaba le había sido otorgada a la empresa ferroviaria “con un propósito superior de bienestar y de progreso”.³⁹ Al mismo tiempo, la consecución y cumplimiento de cometidos tendientes al bienestar y progreso ha sido admitido en cabeza de las jurisdicciones provinciales.⁴⁰

²⁷ Art. 75, inc. 12, Constitución Nacional.

²⁸ “Llorens, Antich y Cía. c/ Empresa del Ferrocarril Oeste”, *Fallos*: 125: 346 (1917), esp. p. 356.

²⁹ Sobre esta afirmación, puede verse Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina —Comentada y Concordada*, 2º ed. ampl. y act., Buenos Aires, *La Ley*, 2003, p. 152. La autora expresa: “La importancia de la doctrina de la Corte Suprema radica en la aplicación de esa regla [de reconocimiento de derechos propietarios derivados de un contrato de concesión] a todos los contratos privados y públicos y en particular a las concesiones de servicios públicos”.

³⁰ “Horta c/ Harguindeguy”, *Fallos*: 137: 47 (1922).

³¹ “Horta c/ Harguindeguy”, *Fallos*: 137: 47 (1922), esp. p. 61.

³² “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925).

³³ “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925), esp. p. 327.

³⁴ “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925), esp. p. 328.

³⁵ “Avico c/ De la Pesa”, *Fallos*: 172: 21 (1934).

³⁶ “Avico c/ De la Pesa”, *Fallos*: 172: 21 (1934), voto del Dr. Repetto, en disidencia sólo con relación a los intereses, esp. cons. 4º en pp. 79-80.

³⁷ Ídem nota precedente.

³⁸ Asimismo, y con criterio sanamente republicano, se ha afirmado: “la garantía constitucional de la propiedad protege no sólo a los derechos nacidos de relaciones contractuales de derecho privado, sino también a los originados en actos administrativos”, “Consorcio Damnificados de PROMOBRA Soc. Civil c/ B.H.N.”, *Fallos*: 311: 2034 (1988), disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi, cons. 6º, párr. 2do., p. 2037.

³⁹ “Empresa del Ferrocarril Central Argentino c/ Dirección General de Ferrocarriles”, *Fallos*: 140: 344 (1923), esp. p. 381.

⁴⁰ Cfr. “García, Doroteo c/ Provincia de Santa Fe”, *Fallos*: 9: 277 (1870).

Por lo demás, se estaría ante una competencia –obtención del bienestar y del progreso– delegable por el Congreso a favor del Ejecutivo. A modo de ejemplo, ello se habría concretado, en el plano normativo, con la Ley N° 23.696 que facultó a la privatización –mediante el otorgamiento de concesiones y licencias, en lo principal– de diversas empresas total o parcialmente estatales, algunas de las cuales son hoy prestadoras de servicios declarados públicos.⁴¹ Específicamente, recordemos que la Ley N° 23.696 en su Art. 11 facultó expresamente al Poder Ejecutivo a llevar adelante los procedimientos del Art. 15 de dicha ley mediante las modalidades del Art. 17 de ella empleando los métodos de selección del Art. 18. La reflexión efectuada guarda hoy importancia, pues es así, en pos del bienestar y del progreso del universo de usuarios de los servicios públicos que nacieron las concesiones y licencias hoy sujetas a renegociación.

En punto al derecho de propiedad y los derechos emergentes de una concesión de servicio público, es menester destacar que uno de los primeros fallos que interpretó, elípticamente, dicho derecho, vinculándolo a las concesiones y demás medios de progreso y prosperidad del actual Art. 75, inc. 18, de la Constitución, es “Hileret”.⁴² En este trascendente fallo –más allá de su fuerte perfil liberal, acorde con la filosofía de comienzos del siglo XX–, y por vía de *obiter*, destacó la Corte Suprema, con expresa invocación de dicho artículo y poco de antes de concluir en la inconstitucionalidad de la ley provincial que analizaba –que establecía un impuesto a la producción de azúcar con fines de regulación del respectivo precio–: “si para evitar la baja del precio de un artículo en el mercado [...] fueran admisibles medidas de la naturaleza de la adoptada por la Provincia [...] no habría industria alguna de las que permite y ampara la Ley Fundamental que no pudiera ser coartada o impedida transitoria o indefinidamente, ni monopolio que no pudiera justificarse, no obstante que en el sistema económico de la Constitución sólo son legítimos los privilegios temporales en ciertos casos y las recompensas de estímulo, como una consecuencia necesaria del principio de igualdad ante la ley y del propósito primordial de desenvolver los elementos de progreso del país (Arts. 16, 17, 24 y 67, inc. 16, Constitución Nacional)”.⁴³

Ahora, de cara a los contratos de servicios públicos que motivan este trabajo, resulta conveniente traer a colación lo afirmado en diversos fallos en punto a la protección de los derechos emergentes de tal clase de contrato cual integrantes del derecho de propiedad de la firma prestadora del servicio.

Cabe mencionar, en primer lugar, el ilustrativo fallo “Devoto”.⁴⁴ En el caso, se debatía si la empresa ferroviaria podía cobrar tarifas no aprobadas expresamente por

⁴¹ En punto a dicha facultad –en oposición a obligación estatal–, puede verse Mordeglia, Roberto M., “Elementos de Derecho Constitucional Económico”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998/99, N° 72/73/74, pp. 235-271, esp. p. 252: “Tampoco puede entenderse a la Ley N° 23.696 dictada exclusivamente para una situación de emergencia, en el sentido de crear una *obligación privatizadora*. Se trata más bien de una cuestión de conveniencia”.

⁴² “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán”, *Fallos*: 98: 20 (1903).

⁴³ “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán”, *Fallos*: 98: 20 (1903), cons. 23, p. 50.

⁴⁴ “Tomás Devoto y Cía. c/ Empresa FFCC Central de Buenos Aires”, *Fallos*: 147: 5 (1926).

el gobierno sino en forma tácita por el paso de determinada cantidad de meses (independientemente de lo prescripto en la Ley N° 5.315, que permitía la intervención estatal en la materia cuando la empresa superase determinada rentabilidad). Más allá de las particularidades del caso, la Corte Suprema afirmó que las empresas tenían un derecho a cobrar las tarifas aprobadas –en el caso, tácitamente– y señaló que dicho derecho “constituye una propiedad en la acepción constitucional”.⁴⁵ Por ende, aun cuando no hizo mención de la preexistencia de un contrato, el Alto Tribunal otorgó al derecho en debate la calidad de propiedad en sentido constitucional.

Pocos años después, en el caso “Gutiérrez”,⁴⁶ en el que se debatía la procedencia del cobro, por la firma, de un monto por control y conservación del medidor en virtud de una norma local–, se reiteró esta interpretación, con efectos más amplios. La Corte recurrió a la definición que había dado en “Bourdieu”⁴⁷ a los fines –en lo pertinente– de: a) extender la protección del Art. 17 de la Constitución Nacional y del Art. 14 de la Constitución Nacional, a las concesiones de ferrocarriles, tranvías, electricidad, teléfonos y explotación de canales; y b) extender la prohibición de alterar los contratos no sólo a las convenciones celebradas entre particulares, sino también a las concertadas entre éstos y el Estado. Dijo unánimemente el Alto Tribunal, con palabras de notable aplicabilidad actual:

“[E]sta Corte ha declarado que los derechos emergentes de una concesión [...] de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfono...) se encuentran tan protegidas por las garantías consagradas en los Arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. Y no puede ser de otro modo. La realización de los grandes fines de bienestar y progreso material de una ciudad por el concurso de los capitales privados no sería factible si el contenido de las concesiones mediante las cuales aquellos pueden lograrse, debiera quedar librado al juicio o al arbitrio subsiguientes de las personas en cuyo beneficio se ha querido precisamente organizar el servicio público de que se trata.”⁴⁸

La prohibición de alterar las obligaciones que nacen de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden [...]”.⁴⁹

Esta interpretación, conforme la cual los derechos emergentes de una concesión hallan protección en el Art. 17 de la Constitución Nacional, fue, asimismo, aplicada –entre otros– en el caso del “FFCC de Entre Ríos”⁵⁰ y se avaló, en el caso, la aplicabilidad de la ley vigente al momento de radicación e inversión del capital en el país; de tal suerte, en el fallo, de 1936, se aplicó la Ley N° 189 del año 1866. Fue también reite-

⁴⁵ “Tomás Devoto y Cía. c/ Empresa FFCC Central de Buenos Aires”, *Fallos*: 147: 5 (1926), p. 14.

⁴⁶ “Gregorio Gutiérrez c/ CHADE”, *Fallos*: 158: 268 (1930).

⁴⁷ “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145: 307 (1925).

⁴⁸ “Gregorio Gutiérrez c/ CHADE”, *Fallos*: 158:268 (1930), esp. p. 278.

⁴⁹ “Gregorio Gutiérrez c/ CHADE”, *Fallos*: 158:268 (1930), esp. p. 278.

⁵⁰ “Empresa de FFCC de Entre Ríos c/ La Nación”, *Fallos*: 176: 363 (1936), cons. 9°.

rada por vía de *obiter* en el caso "Cía. de Aguas"⁵¹ al reafirmar el Alto Tribunal que el Artículo 17 de la Constitución protegía los derechos emanados de las concesiones; en "Cía. de Tranvías",⁵² también se la aplicó en punto a que debía remunerarse en forma justa el patrimonio aportado por el concesionario⁵³ y se generaba, caso contrario, responsabilidad contractual del Estado.⁵⁴

También ha interpretado la Corte Suprema que el bien objeto del servicio público que se presta está comprendido en los alcances del término *propiedad*. Así, al analizar la improcedencia de la obligatoriedad de suministrar el gas mediando falta de pago, el Alto Tribunal entendió que el bien por prestar —en el caso, gas— era de propiedad de la empresa prestadora.⁵⁵ En similar tesitura, si bien en el marco del derecho al debido proceso —Art. 18, Constitución Nacional—, convalidó dicho Tribunal la suspensión, con intervención de la autoridad administrativa, del suministro a quien se atrasa en el pago.⁵⁶

5. Estabilidad de los derechos emergentes de los contratos.

a) *Subplanteo*.

Habiendo reseñado en forma sintética la jurisprudencia relativa al derecho de propiedad y la inclusión en éste de los derechos emergentes de los contratos, en especial de los de servicios públicos, detengámonos en la cuestión de si dichos derechos gozan de alguna clase de protección en cuanto a su estabilidad. Recordemos que esta cuestión puede involucrar dos situaciones distintas: de cara a contratos de breve duración —tal vez un par de años— o bien ante contratos de larga duración, a lo largo de vida de los cuales pueden producirse medidas generales que desequilibren el sinalagma original.

El Alto Tribunal ha construido —por vía de la interpretación— una suerte de decálogo relativo a la estabilidad de los derechos emergentes de los contratos en general, sin hacerse especial hincapié en la duración de éstos.

En el año 1922, en el conocido fallo "Horta",⁵⁷ al pronunciarse en contra de la constitucionalidad del Art. 1º de la Ley de Congelamiento de Alquileres, enfatizó dicho Tribunal que: a) no podía arrebatare o alterarse, mediante una ley nueva, un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior; b) el privar al acreedor-locador de una parte del alquiler exigible bajo el contrato devenía una violación del Art. 17 de la Constitución Nacional, un despojo; c) en el ámbito de los derechos patrimoniales, no es aplicable el principio de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público —de ori-

⁵¹ "Cía. de Aguas Corrientes de la Pcia. de Buenos Aires c/ Pcia. de Bs. As.", *Fallos*: 184:148 (1939).

⁵² "Cía. de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262:555 (1965).

⁵³ "Cía. de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262:555 (1965), cons. 10, p. 569.

⁵⁴ "Cía. de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262:555 (1965), cons. 19, p. 579.

⁵⁵ "Antonio Santa María c/ Albertano Quiroga", *Fallos*: 59:244 (1895), esp. p. 249: "[...] no se ha contestado, antes bien se ha reconocido en estos autos, el hecho de que es propiedad de la empresa demandante el gas cuya provisión se ha ordenado".

⁵⁶ "Julio D. Machado c/ Cía. Argentina de Electricidad", *Fallos*: 191:365 (1941). En igual sentido, *Fallos*: 158:268; 184:188.

⁵⁷ "Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto", *Fallos*: 137:47 (1922).

gen infraconstitucional—. Similar temperamento fue el que guió los fallos "D'Elfa"⁵⁸ y "Cooke".⁵⁹ En el caso "Horta" citado, entendemos, se trataba de un contrato con prestaciones que se prolongaban a lo largo del tiempo, y los derechos emergentes de aquél fueron considerados estables aun ante el dictado de la ley posterior; ello, sin resultar relevante que ésta fuera de orden público.

También se reconoció la estabilidad de otro aspecto contractual en el caso "Piccione",⁶⁰ si bien acotándose lo decidido al *plazo* originalmente convenido, en el ámbito de contratos de viña: en este caso, una ley provincial posterior a la celebración del contrato prorrogó el contrato vencido antes de su sanción, y en un voto separado se afirmó que dicha prolongación era contraria al Art. 17 de la Constitución Nacional; ello, en razón de que el actor en cuestión había ejercido el derecho de no renovar el contrato conforme a la ley entonces vigente, cumpliendo los requisitos necesarios para que tal derecho se considerase incorporado a su patrimonio⁶¹. Los efectos de la cosa juzgada, de igual modo, fueron objeto de interpretación a favor de la estabilidad de los derechos contractuales reconocidos judicialmente; es ilustrativo en este aspecto el precedente "Ponte".⁶² En el caso, se debatía si los efectos de la cosa juzgada cedían o no ante leyes de emergencia sobre locaciones de orden público, y el pronunciamiento fue por la negativa; se había decidido, por sentencia firme, que el contrato de locación estaba excluido del régimen de emergencia regido por el derecho común y la Corte Suprema entendió que el caso no daba lugar a recurso extraordinario fundado en el Art. 17 de la Constitución Nacional. A su turno, merecieron protección, con expresa invocación del derecho de propiedad, Art. 17 de la Constitución Nacional, en el marco contractual, los derechos del Estado acreedor hipotecario,⁶³ los reajustes de créditos laborales ante el envilecimiento de la moneda⁶⁴ con más intereses⁶⁵ para mantener íntegras las prestaciones; el reparto de riesgos entre cocontratantes ante una notable alteración de la ecuación económica del pacto sin importar si había mediado imprevisibilidad o no;⁶⁶ la indexación de deudas para mantener el valor real⁶⁷ aun no mediando mora;⁶⁸ entre otros supuestos.⁶⁹

⁵⁸ "D'Elfa, Pedro c/ Huespe, Antonio J.", *Fallos*: 138:56 (1923).

⁵⁹ "Cooke A. J. c/ Naveira José R.", *Fallos*: 138:122 (1923).

⁶⁰ "Piccione Cayetano S. A. Ltda. c/ Reyes, Alberto", *Fallos*: 252:26 (1962).

⁶¹ "Piccione Cayetano S. A. Ltda. c/ Reyes, Alberto", *Fallos*: 252:26 (1962), voto del Dr. Boffi Boggero, p. 36.

⁶² "Ponte, Agustín Manuel c/ González, Víctor", *Fallos*: 259:88 (1964).

⁶³ "Jefatura de Policía de Concordia, Pcia. de Entre Ríos s/ consulta", *Fallos*: 139:259 (1923).

⁶⁴ "Banco de Intercambio Regional S.A.", *Fallos*: 308:1.336 (1986).

⁶⁵ "Luquez, Juan Manuel c/ Dalmine Siderca", *Fallos*: 302:665 (1980).

⁶⁶ "Adam de Gauna, Daniela y otra c/ Ángel Lorenzo Vanoni", *Fallos*: 307:1.346 (1985).

⁶⁷ "Carlos E. Enríquez S.A. c/ Municipalidad de Posadas", *Fallos*: 301:759 (1979), también citado en Bidegain, Carlos María; Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio Luis; Punte, Roberto; Schinelli, Guillermo, *Curso de Derecho Constitucional*, T. V, Buenos Aires, Abelcío Perrot, 2001, p. 249; "Y.P.F. c/ Corrientes y otro", *Fallos*: 315:158 (1992), cons. 28. Puede verse, asimismo, y con fines didácticos, la enumeración de precedentes en materia de actualización en el fallo "Y.P.F. c/ Corrientes" cit., cons. 20.

⁶⁸ "Jalife, Elías c/ Battista de Ferrari, Diana Rosa Vicenta", *Fallos*: 310:1.109 (1987).

⁶⁹ Ampliar en Bidegain, Carlos María; Gallo, Orlando; Palazzo, Eugenio Luis; Punte, Roberto; Schinelli, Guillermo, *Curso de Derecho Constitucional*..., op. loc. cit.

b) Estabilidad de los derechos emergentes de los actos y contratos administrativos.

En el limitado ámbito de estas líneas, no podemos dejar de destacar que la jurisprudencia de la Corte Suprema también admitió la estabilidad de los derechos emergentes de los actos y contratos administrativos en general. Lo hizo identificando la garantía de seguridad y estabilidad con la presunción de legalidad de los actos administrativos⁷⁰ y vinculando el derecho de propiedad –Art. 17 de la Constitución Nacional– a el derecho patrimonial emanado del respectivo contrato celebrado, y llegó a declarar que ninguna ley posterior –ni siquiera de orden público– podía transgredirlo sin transgredir también la precitada cláusula constitucional.⁷¹

El caso “Kraft”⁷² –de notable interés actual– dejó sentada esta doctrina en el ámbito contractual; en él se debatían los alcances de una norma general, posterior a la celebración del contrato, que prohibía el traslado de un costo, cuando el contrato original preveía que éste iba a originar una suerte de reajuste *por mayores costos*. La Corte Suprema, por unanimidad, confirmó la sentencia anterior –confirmatoria, a su vez, de la de primera instancia– que había hecho lugar a la demanda y consideró especialmente que la cláusula de variación debía aplicarse a todo el período convenido.⁷³ Asimismo, en un voto separado, se hizo especial hincapié en elementales razones de *seguridad jurídica* que conducían a esa decisión.⁷⁴

En cuanto a los actos, sin perjuicio de los profundos estudios realizados por la doctrina,⁷⁵ tengamos en cuenta la regla jurisprudencial conforme la cual –dado que los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y conforme a

⁷⁰ “Nación c/ Alou Hnos.”, *Fallos*: 294:69 (1976).

⁷¹ “Kraft Guillermo Ltda. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, *Fallos*: 260:91 (1964), voto del Dr. Boffi Boggero, p. 96, cons. 11/12 en pp. 100-101.

⁷² “Kraft Guillermo Ltda. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, *Fallos*: 260:91 (1964).

⁷³ “Kraft Guillermo Ltda. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, *Fallos*: 260:91 (1964), cons. 7º, p. 94.

⁷⁴ “Kraft Guillermo Ltda. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, *Fallos*: 260:91 (1964), voto del Dr. Boffi Boggero, p. 96, cons. 12, p. 101.

⁷⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, 7º ed. act., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2002, p. 208 (*passim*), p. 249 y sigs., en especial p. 249, donde se pronuncia a favor del principio de la estabilidad, al igual que en su obra *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 105.

Sobre las consecuencias de la incorporación de los derechos emergentes del acto y la extinción de éste, en relación con el derecho de propiedad del particular, puede verse, con provecho, Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 89 y sigs., esp. pp. 91-95 y n. 8; del mismo autor, *Derecho Administrativo*, 2º ed. act. y ampl., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 99 y sigs., esp. pp. 101-104 y n. 326.

También se ha señalado que las restricciones que los Arts. 17 y 18 de la Ley N° 19.549 de Procedimiento Administrativo imponen a la revocación de los actos unilaterales por la Administración deben regir, *a fortiori*, respecto de los contratos que celebra el Estado; cfr. Mairal, Héctor A., “Política y Derecho. Problemas jurídicos de los contratos públicos de relevancia política”, *Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación (agosto 9 a 11 de 1989)*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, s/l, p. 143 y sigs., esp. p. 153.

los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia deben tenerse por firmes e inamovibles⁷⁶ – la irrevocabilidad de ellos, en tanto producidos en ejercicio de funciones regladas, reconoce fundamento no sólo en la garantía de la defensa en juicio, sino también en la de la propiedad.⁷⁷

Asimismo, cuando la situación jurídica reconocida por un acto o contrato genere derechos en cabeza del administrado al amparo de normas anteriores, procede la indemnización de los perjuicios sufridos por el particular en la hipótesis de derogación de la norma general,⁷⁸ prescripción legal que no refleja sino, extensivamente, la regla constitucional prescripta en el Art. 17 de la Constitución Nacional. De esta manera, la noción de estabilidad ha develado –por vía de la indemnización– poseer sus salvaguardas aun ante la modificación de la respectiva situación reglamentaria. Ello viene a compensar los efectos de la regla conforme la cual –a diferencia de los actos– los reglamentos son esencialmente revocables.

c) Estabilidad de los derechos emergentes de los contratos de servicios públicos.

La estabilidad de los derechos emergentes de los contratos de concesión de servicios públicos –aplicables por extensión a las licencias en su faz contractual⁷⁹– enraíza en dos antiguas líneas interpretativas constitucionales, una de origen norteamericano y otra de cuño nacional.

La Corte Suprema norteamericana tuvo oportunidad de dejar sentado el principio de estabilidad de los derechos emergentes de una concesión ya desde el precedente “Reagan”,⁸⁰ del año 1894. En el caso, se reiteró la jurisprudencia conforme la cual el acto de creación y otorgamiento de una corporación (*charter*) “es un contrato protegido por la cláusula de la Constitución Nacional que prohíbe a los estados aprobar leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”, y se agregó: “[...] la International & Great Northern Railroad Company es una corporación creada por el Estado de Texas. El *charter* que la creara es un contrato cuyas obligaciones no pueden ser repudiadas por ninguna de las partes sin el consentimiento de la otra. Todo lo que se halla dentro del ámbito de este contrato no necesita ser definido [...] Si los términos del *charter* habían garantizado a la corporación el poder de cobrar una suma definida por milla por el transporte de personas o de bienes, no podría ponerse en duda que esa estipulación expresa formaba parte de una obligación del Estado, que no podía repudiar”.

Con similar temperamento, en nuestro país, las cualidades contractuales de la concesión –y sus consecuencias– fueron reconocidas por la doctrina constitucional desde antiguo. Basta recordar la opinión de Joaquín V. González en el sentido de que “en cuanto a las concesiones... s[on] verdaderos contratos entre el Estado y los con-

⁷⁶ “García Urriburu, José Sergio c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, *Fallos*: 245:406 (1959).

⁷⁷ “Raquel Tawill de Harari c/ B.H.N.”, *Fallos*: 260:107 (1964), cons. 4º, p. 110.

⁷⁸ Art. 83, Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1.759/72 (t.o. 1991).

⁷⁹ Adoptamos, al así decir, la meditada interpretación propiciada por Cassagne, “Evolución...” cit.

⁸⁰ “Reagan v. Farmers’ Loan & Trust Co.”, 154 U.S. 362 (1894).

cesionarios";⁸¹ asimismo, el autor agregó que, dada tal naturaleza jurídica, "debe limitarse el derecho de legislar, sólo por el tiempo de la obligación estipulada"; ello, con cita de "Caffarena".⁸²

Por su parte, la Corte Suprema argentina afirmó que cuando se está ante una concesión se está no sólo ante una ley que la concede, sino también ante un contrato. En este sentido, recordemos que las concesiones otorgadas bajo el Art. 75, inc. 18, fueron calificadas por la Corte Suprema con la expresión "ley-contrato".⁸³ El empleo de este término devela la existencia, precisamente, de una concesión como acto de soberanía o acto de superioridad⁸⁴ y de un contrato⁸⁵ o acuerdo de voluntades entre autoridad concedente y firma adjudicataria. Tengamos presente que hacia la época en que nació esta interpretación importantes servicios públicos eran prestados por firmas particulares mediando delegación del respectivo cometido estatal.⁸⁶

La regla general en materia de protección de derechos que surgen de las concesiones emana del antes mencionado precedente "Bourdieu".⁸⁷ En dicho fallo, se destacó que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público, o de las que "reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de los particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio".⁸⁸ Dicha interpretación —brindada en un caso que no hacía a servicios públicos— fue posteriormente trasladada al especifi-

⁸¹ González, Joaquín V., *Obras Completas*, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina vol. III, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, 1935., p. 387.

⁸² "Caffarena c/ Bco. Argentino", *Fallos*: 10:427 (1871).

⁸³ Expresión empleada en "FFCC del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183:116 (1939) esp. consids. 10 y 18. Años después, en la disidencia del Dr. Boffi Boggero en "S. A. Compañía General de Electricidad de Córdoba en liquidación c/ Pcia. de Córdoba", *Fallos*: 262:302 (1965), consids. 17, 25, se seguía empleando la expresión *ley-contrato*; en el mismo fallo, la disidencia del Dr. Aberastury, consids. 11, 16, 17, aludía derechamente a *contrato de concesión*.

⁸⁴ Por ejemplo, en "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146:207 (1926), esp. penúltimo considerando.

⁸⁵ La expresión es empleada insistentemente en "Empresa del FFCC del Sud c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 183:429 (1939), y se aclara que si bien el concedente se coloca en un pie de "perfecta igualdad con el concesionario", siempre se reserva aquél los poderes de policía, que se suponen en toda concesión de servicio público (véase el cons. 3º, p. 435).

⁸⁶ Cassagne divide en tres períodos la gestión de los servicios públicos: una primera etapa, que arranca a fines del siglo XIX y concluye en la década del '40, durante la cual la prestación privada, por concesiones, de los servicios de gas, electricidad, teléfonos, ferrocarriles tuvo como excepción sólo a la prestación de los servicios de agua, correos y ferrocarriles de fomento; una segunda etapa, en la que los servicios públicos fueron *recuperados* por la Nación —nos permitimos tomar la expresión de "Paganini, Galliano Pirro Ángel c/ Cía. Consolidada de Aguas Corrientes de Rosario", *Fallos*: 228:289 (1954), esp. pp. 295-296—; y una tercera etapa que comienza a fines de la década del '80, en la cual se privatizaron las principales empresas estatales. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, 7º ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot Lexis Nexis, 2002, pp. 364-365.

⁸⁷ "Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital", *Fallos*: 145:307 (1925).

⁸⁸ "Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital", *Fallos*: 145:307 (1925), p. 327.

co campo de las concesiones de servicios públicos en dos precedentes que ilustran sobre la estabilidad de aquellos derechos: "Ferrocarril del Sud"⁸⁹ y "Gutiérrez".⁹⁰

En el primero, se sentó el principio cardinal que nos ocupa conforme al cual el Estado no puede alterar válidamente las obligaciones estipuladas en los contratos que ha celebrado con los particulares; dijo la Corte: "[...] mientras se halle garantizada en la ley fundamental la inviolabilidad de la propiedad, o en tanto que el Congreso no esté investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización, la limitación existe para los otros poderes del gobierno, cualquiera sea la naturaleza y finalidad de la ley o del decreto (t. 137, p. 47; t. 145, p. 307; t. 158, p. 268) [...] La prohibición de suprimir o alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como entre éstos y los estados o por los estados entre sí. El Estado cuando contrata no puede invocar su soberanía para justificar un acto subsiguiente tendiente a alterar las obligaciones nacidas del acto jurídico realizado [...] Cuando el Estado contrata con los particulares no le es permitido anular o revocar, en todo o en parte, sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad [...]"⁹¹

En el segundo, afirmó el Alto Tribunal que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público o de los que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado —v. gr., una concesión de servicio público— se encuentran protegidos por las garantías consagradas en los Artículos 14 y 17 de la Constitución, como podría estarlo el titular de un derecho real de dominio, interpretación que reproduce la postura adelantada en "Bourdieu", ya citado. Esta tesis fue reiterada en numerosos precedentes, tales como "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos"⁹² y "Romero".⁹³ También en "Gutiérrez" aseveró aquel Tribunal —como vimos en la sección III, c), *supra*—: "[...] la prohibición de alterar las obligaciones que nacen de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre los particulares como a las concertadas entre éstos y los Estados [...] La jurisprudencia americana es concluyente sobre el punto [...]"⁹⁴, reiterando la regla emanada del paradigmático "Bourdieu".

Además, la mentada estabilidad resultó indemne ante reglamentaciones posteriores al contrato original, y señaló el Alto Tribunal que la norma constitucional que prohíbe alterar el espíritu y la letra de las leyes con excepciones reglamentarias es de más estricta aplicación en el caso de una ley-contrato.⁹⁵

⁸⁹ "Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183:116 (1939).

⁹⁰ "Gregorio Gutiérrez c/ CHADE", *Fallos*: 158:268 (1930).

⁹¹ "Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183:116 (1939), p. 134.

⁹² "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación", *Fallos*: 176:363 (1936).

⁹³ "Romero, Carlos S. c/ Pcia. de Bs. As.", *Fallos*: 186:48 (1940).

⁹⁴ "Gregorio Gutiérrez c/ CHADE", *Fallos*: 158:268 (1930), esp. p. 278.

⁹⁵ "Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183:116 (1939).

Pero la jurisprudencia que reseñamos no se detuvo en la superficie y se limitó a declamar la mentada protección de la estabilidad; antes bien, diversas aristas de la concesión que se trató fueron sometidas a revisión judicial por parte de la Corte Suprema, y, de este modo, también se construyó pretorianamente un decálogo relativo a en qué consiste la estabilidad de los derechos emergentes de las concesiones, que abarcaba el derecho a la indemnización, la estabilidad de la inversión; la cláusula de estabilidad fiscal, las consecuencias de la caducidad, entre otros aspectos.

Así, se afirmó que, considerando que las cláusulas económico financieras del contrato definen los límites del derecho del concedente y del concesionario, la autoridad no puede modificarlas o alterarlas contra la voluntad del último sin indemnizarlas; caso contrario, se violaría la garantía de la propiedad.⁹⁶

La estabilidad de la inversión efectuada por el concesionario también mereció protección en el precitado caso "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos",⁹⁷ del año 1936: la Corte Suprema entendió que a la línea férrea construida bajo la vigencia de la Ley N° 2.873 no le era aplicable la posterior Ley N° 5.315; ello, en razón de "la supervivencia y el respeto de los derechos individuales creados y desenvueltos al amparo de contratos y de leyes anteriores, tales como las que se refieren al patrimonio de las empresas, reparto de dividendos e indemnizaciones por expropiación".⁹⁸ De esta manera, dice la Corte Suprema que la aplicación de la ley posterior, "para quien no la conoció, puede llegar a ser tiránica", y debe el Estado "hacer honor a la confianza con que el capital privado se ha invertido";⁹⁹ concluye el Tribunal: "corresponde, pues, la aplicación de la ley en vigencia cuando el capital se radicó e invirtió en la obra [...] con todas las garantías que le son anexas y que acaso le sirvieron de incentivo. Esta ley es la 189, de septiembre de 1866 [...]".

En cuanto a la cláusula de estabilidad fiscal –que abarca impuestos, tasas y aportes patronales¹⁰⁰–, ella ha obtenido protección con expresa invocación del derecho de propiedad en el caso "Cía. Suizo Argentina" y se resolvió que, si el contrato respectivo contenía una exención de todo impuesto provincial o municipal durante un cierto término, el Fisco no podía revocarla sin violar la propiedad de la empresa.¹⁰¹ Más recientemente, se ha admitido un pedido de medida cautelar tendiente a que una provincia se abstenga de cobrar un impuesto de sellos sobre un contrato relativo a la

⁹⁶ "Cía. General de Electricidad de Córdoba S. A. (en liquidación) c/ Provincia de Córdoba", *Fallos*: 262:302 (1965), voto del Dr. Aberastury, p. 332.

⁹⁷ "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación", *Fallos*: 176:363 (1936).

⁹⁸ "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación", *Fallos*: 176:363 (1936), p. 379.

⁹⁹ "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación", *Fallos*: 176:363 (1936), p. 380.

¹⁰⁰ "Empresa de Electricidad de los Andes c/ Pcia. de Mendoza", *Fallos*: 181:142 (1938), cons. 4°, p. 151. Sobre la cláusula de estabilidad fiscal en este sentido, pueden verse Brichetto, Marcelo, "Servicio Público, Riesgo Empresarial y Estabilidad Fiscal", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2003, N° 294, pp. 79-88; Luchino, Andrés D., "La Reducción de los Aportes Patronales y su vinculación con las Tarifas de Servicios Públicos", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, N° 210, pp. 133-137.

¹⁰¹ "Cía. Suizo Argentina de Electricidad c/ Prov. de Stgo. del Estero", *Fallos*: 188: 469 (1940).

privatización de Gas del Estado que llevó adelante el Estado Nacional, con lo que se dispuso, así, una medida para que la provincia se abstuviera de perseguir el cobro de las sumas emergentes de unas resoluciones de los años 1998 y 1999, habiendo sido aquel contrato suscripto en 1992.¹⁰² En punto al resultado neutro por obtener en lo relativo al pago de aportes patronales –*passthrough* mediante–, también se privilegió la estabilidad originariamente pactada en precedentes tales como "Cía. de Electricidad del Sud Argentino S. A.",¹⁰³ con expresa invocación de los intereses de los usuarios y del principio de remuneradora prestación de los servicios públicos, y se tuvo que "indemnizar los trastornos económicos derivados del hecho del Estado en casos determinados".¹⁰⁴

Por último, también diversas modalidades empleadas para poner fin a la contratación han mantenido indemnes los derechos emergentes del Art. 17 de la Constitución pactados en el respectivo acuerdo original. Dos precedentes nos ilustran acerca de ello: los casos "Cía. de Electricidad de Corrientes" y "Bracamonte".

En el primero, la Corte Suprema dejó sentado el principio de que la declaración de caducidad no autoriza por sí sola a la autoridad concedente a ocupar los bienes del concesionario afectados a la prestación del servicio que constituye el objeto de la concesión, toda vez que dichos bienes están protegidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad que sólo cede ante la expropiación formalmente declarada y previa indemnización.¹⁰⁵

El segundo¹⁰⁶ –que involucraba una concesión de servicio público, según lo entendió el Alto Tribunal¹⁰⁷– devela que, si bien la concesión de servicios públicos del caso podía ser cancelada o declarada caduca en cualquier momento por el poder concedente, ello sólo puede operar si se ordenan las indemnizaciones que correspondan por el perjuicio que le ocasiona la violación de sus derechos, que están protegidos por las garantías de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.¹⁰⁸ En el caso mencionado, el Estado, habiendo decretado la caducidad de la concesión por incumplimiento de las obligaciones impuestas a su titular, tomó posesión de las obras e instalaciones realizadas por este último, y, conforme a lo estipulado, éstas sólo debían pasar a poder del concedente cuando venciera el plazo fijado en el contrato; por ende, se resolvió que, a falta de una cláusula que establezca una solución distinta, el concedente debía abonar al concesionario una suma compensatoria teniendo en cuenta la toma de obras e instalaciones *ante tempus*, el valor de costo de dichos bienes y el

¹⁰² "Transportadora de Gas del Norte s/ acción declarativa", *Fallos*: 324:2.730 (2001).

¹⁰³ "Cía. de Electricidad del Sud Argentino S. A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles", *Fallos*: 231:311 (1955).

¹⁰⁴ "Cía. de Electricidad del Sud Argentino S. A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles", *Fallos*: 231:311 (1955), último considerando, p. 320.

¹⁰⁵ "Compañía de Electricidad de Corrientes c/ Provincia de Corrientes", *Fallos*: 201:432 (1945).

¹⁰⁶ "Bracamonte, Juan A. c/ Provincia de Tucumán", *Fallos*: 204:626 (1946).

¹⁰⁷ "Bracamonte, Juan A. c/ Provincia de Tucumán", *Fallos*: 204:626 (1946), cons. V.

¹⁰⁸ "Bracamonte, Juan A. c/ Provincia de Tucumán", *Fallos*: 204:626 (1946), cons. VIII.

desgaste sufrido por ellos.¹⁰⁹ Similar temperamento protector de los derechos del concesionario emergentes del Art. 17 de la Constitución Nacional se divisa en el fallo "Tranvías Eléctricos",¹¹⁰ en el cual la Corte Suprema revocó la sentencia anterior, que había rechazado un interdicto de despojo de la empresa concesionaria, con expresa invocación de dicha cláusula constitucional, y en "Prov. de Corrientes",¹¹¹ en el que dicho Tribunal reiteró que la concesión constituía un "compromiso del Estado-concedente respecto a los términos y condiciones que él mismo puso a la concesión"¹¹² y que, cuando la modificación o rescate (recuperación) de la concesión ocasionara un perjuicio real, era inviolable el derecho del titular a una justa reparación.

En cuanto a las concesiones que hallaron fin en las nacionalizaciones de las décadas del '30 y del '40 y los derechos de propiedad reconocidos en esa oportunidad, nos remitimos a la sección 6, *infra*.

6. ¿Qué sucede con la estabilidad contractual en períodos de emergencia económica?

Hasta aquí hemos dedicado estas líneas a demostrar cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido la estabilidad de los derechos emergentes de los contratos de concesión de servicios públicos; sin embargo, resultaría casi *naïve* pretender la traslación automática y en bloque de dicha jurisprudencia a períodos de emergencia. Es, entonces, en esta última clase de períodos donde la jurisprudencia antes reseñada es puesta a prueba, y, por ello, debemos indagar en la cuestión de si ella ha sido aplicada o si es aplicable fuera de épocas de normalidad económica. Veamos.

a) Los contratos en general y las emergencias económicas.¹¹³

Excede claramente los límites de este trabajo un repaso pormenorizado de toda la jurisprudencia en materia de emergencia y contratos. Damos por conocidos precedentes históricos que han convalidado diversas medidas de intervención estatal en el campo de las contrataciones privadas. Así, nos limitamos a reseñar que la Corte Suprema de nuestro país, en 1922 y 1946, convalidó la reducción y congelamiento de los alquileres pactados;¹¹⁴ en 1922, 1944 y 1946, convalidó la prórroga legal de las locaciones urbanas;¹¹⁵ en 1934 y 1965, declaró la constitucionalidad de las leyes de

¹⁰⁹ "Bracamonte, Juan A. c/ Provincia de Tucumán", *Fallos*: 204:626 (1946), consids. XIV y XV.

¹¹⁰ "Tranvías Eléctricos S. A. y Balneario de Quilmes c/ Municipalidad de Quilmes", *Fallos*: 204:496 (1946).

¹¹¹ "Pcia. de Corrientes c/ Cía. de Electricidad de Corrientes", *Fallos*: 230:380 (1954).

¹¹² Regla antes empleada en "Cía. Argentina de Teléfonos S. A. c/ Provincia de Mendoza", *Fallos*: 211:83 (1948).

¹¹³ Véase la clasificación en nota al pie 13.

¹¹⁴ "Ercolano A. c/ Lanteri Renshaw Julieta", *Fallos*: 136:161 (1922); "De Ciarrapico Eugenia C. c/ Marino Cayetano", *Fallos*: 204:195 (1946).

¹¹⁵ "Ercolano A. c/ Lanteri Renshaw Julieta", *Fallos*: 136:161 (1922); "Ferrari Daniel C. y otros c/ Peiti Ramón", *Fallos*: 199:466 (1944); "Mauthe Cristian c/ FFCC Buenos Aires al Pacífico", *Fallos*: 200:156 (1944); "Pereyra, Leopoldo S. c/ Quintela Víctor F.", *Fallos*: 206:158 (1946).

moratoria hipotecaria;¹¹⁶ en 1934, declaró la constitucionalidad de las reducciones de los intereses pactados entre acreedores y deudores hipotecarios;¹¹⁷ en 1925, 1946, 1956 y 1959, admitió la validez de leyes de suspensión de ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo;¹¹⁸ en 1944 y 1946, se pronunció por la validez de leyes de precios máximos para la venta de ciertos productos;¹¹⁹ en 1937, declaró la constitucionalidad de leyes que imponían la obligación de contratar y la imposición de aportes forzosos a ciertos empresarios;¹²⁰ en 1960, aceptó la constitucionalidad de la ley que obligaba a las salas de cine a contratar números vivos; en 1989, la del desagio;¹²¹ y, en 1990, convalidó el Decreto N° 36/90 que había dispuestó la retención de los depósitos a plazo fijo superiores a cierta suma y su posterior devolución en Bonex serie 89.¹²²

Asimismo, entre las restricciones más antiguas, se encuentran las que fueron motivadas por la primera guerra mundial, tales como la prórroga de ciertas obligaciones de dar sumas de dinero y la suspensión de la conversión de papel moneda (ordenadas por las Leyes Nros. 9.477, 9.478, 9.481 y 9.500¹²³).

Empero, recordemos también que, más recientemente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del Art. 2° del Decreto N° 214/02 que había pesificado los depósitos bancarios en dólares a una paridad de \$1,40 por cada dólar estadounidense depositado;¹²⁴ en el caso, se declaró la inconstitucionalidad de la delegación efectuada por lo que la modificación del patrón, en punto a esos depósitos, resultaba contraria a la Norma Fundamental.

¹¹⁶ "Avico c/ De la Pesa", *Fallos*: 172:21 (1934); "Conrado Yaben c/ Lavallen Alberto y otra", *Fallos*: 172:291 (1935); "S.R.L. Suipan", *Fallos*: 263:83 (1965).

¹¹⁷ "Avico c/ De la Pesa", *Fallos*: 172:21 (1934).

¹¹⁸ "Mango Leonardo c/ Traba Ernesto", *Fallos*: 144:219 (1925); "De Ciarrapico Eugenia c/ Marino Cayetano", *Fallos*: 204:195 (1946); "Ibarra Hilario Eduardo c/ González Emilio", *Fallos*: 235:171 (1956); "Sonnenberg Eusebio c/ Ovejero Joaquín", *Fallos*: 235:512 (1956); "Russo Ángel y otra c/ De Delle Donne E.C.", *Fallos*: 243:467 (1959).

¹¹⁹ "Martini Vicente e Hijos, Soc. de Resp. Ltda.", *Fallos*: 200:450 (1944); "Kloosterboer Guillermo c/ Nación Argentina", *Fallos*: 205:386 (1946).

¹²⁰ "Cía. Swift de La Plata c/ La Nación", *Fallos*: 177:146 (1937).

¹²¹ "Porcelli, Luis A. c/ B.N.A.", *Fallos*: 312:555 (1989).

¹²² "Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Nación Argentina", *Fallos*: 313:1.513 (1990).

¹²³ Dictamen del Procurador General en "Héctor D' Astc c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado", *Fallos*: 269:416 (1967), esp. p. 418.

¹²⁴ "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", *Fallos*: 326 (2003), también en *El Derecho*, del 13-03-03; *La Ley*, del 04-04-2003, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de 19-03-2003. Sobre la cuestión de la incorporación al contrato de una cláusula de estabilidad oro, puede verse "Bertaina de Bianco, María y otros c/ Cía. de Seguros La Inmobiliaria S. A.", *Fallos*: 235:479 (1956), en el que se analizaba la Ley N° 3.871 y sus efectos sobre la Ley N° 1.130; en dicho fallo, se señaló que la cláusula oro —contractualmente acordada— carecería de objeto en el mercado interno si esa equivalencia se mantuviese inalterable, ya que precisamente tendía a prevenir las fluctuaciones del cambio y la depreciación de la moneda papel, mediante el pago de una suma de pesos oro o su equivalente, según el Art. 1° de la Ley N° 1.130.

La esencia de estas medidas —y su eventual convalidación— aparece nítidamente sintetizada en el fallo “Russo”,¹²⁵ en el cual se reitera una tesis emanada del Alto Tribunal que distingue la *sustancia* de una relación o acto jurídico y el *modo* o tiempo de producción de sus efectos. De acuerdo con ella, y en el marco de una emergencia general o sectorial, deben diferenciarse el repudio, destrucción o negación de los contratos o sentencias, por un lado, y, por el otro, el hecho de que el Estado, con motivo de una situación de emergencia, puede restringir temporariamente —v. gr., durante un plazo breve y razonable— la ejecución de los contratos o sentencias, manteniendo incólume e íntegra la sustancia de ellos, así como los derechos y obligaciones que crean o declaran. Por ende, pueden sintetizarse los requisitos bajo tres caracteres: ausencia de repudio, destrucción o negación del derecho; provisionalidad o transitoriedad de la medida; razonabilidad de la medida tal que no se altere la sustancia.¹²⁶

Sentado ello, podemos indagar en la cuestión de las concesiones de servicios públicos y las situaciones de emergencia económica.

b) Aplicabilidad de la cláusula de estabilidad contractual a los contratos de servicios públicos en épocas de emergencia.

La respuesta a la cuestión planteada en el subtítulo no es fácil; empero, un examen de la historia y de la jurisprudencia puede contribuir a hallar una propuesta interpretativa para las épocas de crisis económica.

Una primera aproximación a una respuesta puede esgrimirse con relación a los tres caracteres mencionados en la sección a) que antecede, esto es, ausencia de repudio, destrucción o negación del derecho contractual; provisionalidad o transitoriedad de la medida; razonabilidad de la medida de modo tal que no se altere la sustancia del derecho. En esta tesitura, se asegura la estabilidad contractual en tanto la medida de emergencia no repudiara, destruyera o negara el contrato, fuere transitoria o provisional y, asimismo, razonable. Ello fue reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en “Videla Cuello”¹²⁷ al analizarse la constitucionalidad de la ley local que implementaba la Ley federal N° 23.696.¹²⁸

Por otro lado, es menester señalar que existe un detalle histórico que no podemos dejar de lado al analizar los límites constitucionales a la afectación de los derechos emergentes de los contratos de servicios públicos y su estabilidad: al tener lugar la crisis económica que motivó el pronunciamiento citado —“Videla Cuello”—, los servicios públicos recién habían comenzado a ser privatizados. Ello nos conduce a examinar la historia a fin de detectar una situación similar que ofrezca pronunciamientos

¹²⁵ “Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.”, *Fallos*: 243:467 (1959), voto de los Dres. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, p. 474.

¹²⁶ Sobre estos tres caracteres, es menester ampliar en Cassagne, Juan Carlos, “Los Contratos Públicos y la Reciente Ley de Emergencia”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, N° 39, p. 131 y sigs., esp. pp. 135-136.

¹²⁷ “Videla Cuello, Marcelo c/ Pcia. de La Rioja”, *Fallos*: 313:1.638 (1990).

¹²⁸ “Videla Cuello, Marcelo c/ Pcia. de La Rioja”, *Fallos*: 313:1.638 (1990), esp. consids. 10 y 12, pp. 1651-1652.

del Máximo Tribunal aplicables a situaciones como las creadas por los Arts. 8° a 10 de la Ley N° 25.561.

Por ende, para hallar medidas gubernamentales —y soluciones jurisprudenciales— aplicables por analogía a la situación encarada por dicha ley de emergencia, necesitamos tender la mirada hacia otra crisis que sorprendió a las firmas privadas que prestaban servicios públicos: la denominada crisis del '90, de 1890, que, en rigor, abarcó los años 1885 a 1892, con posteriores manifestaciones en 1907 y 1913. Esta crisis fue, oportunamente, caracterizada como “la más profunda y prolongada”¹²⁹ y, a diferencia de otras posteriores, respondió a causas locales.

Alemann explica que, hacia la época en que se produce dicha crisis, las concesiones ferroviarias otorgadas mayormente a capitales británicos proveían las “ventajas usuales”.¹³⁰ En un primer momento, se establecen aportes de fondos estatales por medio de una garantía de ganancias del 7% sobre capital invertido. Posteriormente, por la Ley Mitre (Ley N° 5.315) de 1907,¹³¹ y como medida originada en la crisis a la que nos referimos,¹³² se eliminan para el futuro esas garantías de rentabilidad y las empresas que adhieren voluntariamente gozan de exenciones fiscales de importación y demás impuestos por 40 años (Art. 8°); además, el Poder Ejecutivo fija las tarifas cuando el promedio bruto en tres años seguidos excede el 17% del capital en acciones y obligaciones (Art. 9°). Asimismo, según agrega el autor citado, para esos años, se expandía el alumbrado público alimentado a gas por una concesionaria inglesa y en 1880 se instala la electricidad, y abastece a Buenos Aires de tal fluido una compañía alemana.

Entendemos que vale la pena considerar que, en ocasión de la crisis de 1890 —en la que se había cuadruplicado la deuda externa y tambaleaba el patrón de convertibilidad oro¹³³—, no se consideró el congelamiento de las tarifas o la renegociación de todos y cada uno de los contratos, a juego con la naturaleza contractual, paccionada o pactada que se reconocía en aquéllas.¹³⁴ Antes bien, en el ámbito de las concesiones ferroviarias mencionadas, cabe destacar que la citada Ley N° 5.315 fue entendida como destinada a regir para el futuro en tanto su Art. 1° establecía que regiría para las concesiones “que en adelante se acordaren”. Ello fue expresamente admitido por la Corte Suprema en el caso del “FFCC Entre Ríos”.¹³⁵ En este escena-

¹²⁹ Alemann, Roberto, *Breve Historia de la Política Económica Argentina 1500-1989*, Buenos Aires, Claridad, 1989, p. 157 y sigs., esp. p. 161.

¹³⁰ Alemann, Roberto, *Breve Historia...*, cit., p. 137.

¹³¹ Véase la historia detallada de las sucesivas leyes en Canosa, Armando, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 277 y sigs.

¹³² Alemann, Roberto, *Breve Historia...*, cit., p. 159.

¹³³ Nuestro país conoció cinco períodos de convertibilidad, a saber: entre 1867 y 1876; entre 1881 y 1885; entre 1899 y 1914 (de hecho, 1902-1914); entre 1927 y 1929; y entre 1991 y 2002.

¹³⁴ Hasta al menos la primera guerra mundial; cfr. Grecco, Carlos M., “Potestad Tarifaria, Control Estatal y Tutela del Usuario (A Propósito de la Privatización de Entel)”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1990, N° 5, pp. 481-518, esp. pp. 483-484, donde aclara: “[...] por el momento, sólo queríamos indicar la preponderancia del carácter contractual por sobre el reglamentario”.

¹³⁵ “FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 176: 363 (1936), esp. cons. 4°, p. 379.

rio, la supresión de las garantías de ganancias acordadas y el establecimiento de una intervención estatal superado cierto umbral por medio de lo que hoy denominamos *policía* o ejercicio de la *potestad tarifaria*¹³⁶ no vinieron a destruir el compromiso original, ya que sólo voluntariamente podían las empresas adherir a los beneficios de los Arts. 8º y 9º de la Ley Mitre,¹³⁷ y se regían, en lo demás, por la Ley Nº 2.873, que seguía vigente.¹³⁸ En otras palabras, la ley no fue aplicada retroactivamente a relaciones contractuales estables.

Lo dicho revela la preocupación que existió —por encima de la crisis de 1890— por adaptar el equilibrio contractual a las circunstancias reinantes, y, al afirmar la Corte Suprema que la ley regía para el futuro,¹³⁹ cuidó de la estabilidad de los derechos adquiridos al amparo de la anterior legislación. Dijo el Alto Tribunal en punto a la Ley Nº 5.315 en el precitado fallo “FFCC Entre Ríos”: “Se trata de la aplicación de otra clase de leyes en que, si bien el interés público entra como elemento determinante, como en toda ley administrativa, ese interés puede perfectamente conciliarse con la supervivencia y el respeto de los derechos individuales creados y desenvueltos al amparo de contratos y de leyes anteriores, tales como los que se refieren al patrimonio de las empresas, reparto de dividendos e indemnizaciones por expropiación”.

De lo dicho, puede inferirse que el Máximo Tribunal entendió que la ley no podía retroaccionar. En razón de ello —y ubicándonos en la actual situación—, para el caso de que se pretendiera la aplicación de la Ley Nº 25.561 a los contratos de provisión de servicios públicos —servicios esenciales— celebrados en algunos casos hace más de una década, la realidad de la emergencia nacional, que determinó la desdolarización y la prohibición de indexación de las tarifas, debería armonizarse, en un criterio equilibrador que velara por el respeto de los derechos creados. Ese respeto tiñe de ilegitimidad la exigencia del Art. 10 de la Ley Nº 25.561, pues la exigibilidad de las obligaciones contractualmente asumidas por las firmas prestadoras ante la autoridad concedente —v. gr., objetivos de eficiencia, objetivos de inversiones—, dadas aquellas dos medidas, deviene una silenciosa causal de desequilibrio: en punto al desempeño eficiente, a las inversiones, sin perjuicio de los efectos hacia el accionariado.

Concluidas estas apreciaciones sobre estabilidad de los derechos contractuales en el marco del precedente referido, veamos ahora cuál sería la jurisprudencia aplicable a la Ley Nº 25.561 y, en especial, las directivas que alcanzan a las empresas prestadoras de los servicios públicos y a sus usuarios presentes y futuros.

¹³⁶ En esta tesitura, afirmó la Corte Suprema años después que, si bien la concesión es un acto de soberanía del Estado, una vez otorgada, concedente y concesionario adquieren derechos y obligaciones que se desenvuelven en la esfera del Derecho en un pie de perfecta igualdad, sin perjuicio de los derechos de policía que siempre se supone en toda concesión de servicios públicos, “Ferrocarril del Sud c/ Pcia. de Bs. Aires”, Fallos: 183:429 (1939).

¹³⁷ “FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina”, Fallos: 176:363 (1936), esp. cons. 5º, p. 379.

¹³⁸ “FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina”, Fallos: 176:363 (1936), esp. cons. 10, p. 382.

¹³⁹ “FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina”, Fallos: 176:363 (1936), esp. cons. 7º, p. 380.

c) Los criterios de la Ley Nº 25.561.

En su Art. 9º, la Ley Nº 25.561¹⁴⁰ autoriza al Poder Administrador a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8º; y —en lo que nos interesa— para la renegociación de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, dicha ley, en el Art. 9º, prescribe: “[...] deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas”.

De este modo, la renegociación de los contratos de servicios públicos deberá contemplar esos criterios. A los fines de comprender cabalmente qué interpretación puede atribuirse a cada una de las directivas, resulta de interés repasar, someramente, la jurisprudencia de la Corte Suprema que —desde el rico yacimiento de la historia— ha nutrido cada uno de los mencionados parámetros. Tal repaso nos llevará, indirectamente, a delimitar cuáles serían los límites constitucionales a la renegociación cuando se hallan en juego las obligaciones recíprocas de las partes.

Por cierto, tal reseña no puede efectuarse sin perder de vista el núcleo central de cada contrato por renegociar, esto es, el aspecto tarifario que se inserta en la noción de *potestad tarifaria*, la cual —según lo ha reiterado la Corte Suprema en innumerables ocasiones— reside en el poder administrador y no se ve afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio público,¹⁴¹ con lo que su ejercicio aparece *prima facie* como irrevisable judicialmente.¹⁴²

Con relación al primero de los criterios mencionados —el denominado impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos—, puede recordarse que en la causa “Prodelco” las consideraciones relativas a tal impacto fueron determinadas en sede administrativa, sin haberse aportado, en el caso, y en el limitado marco de análisis ofrecido procesalmente, razones que condujeran a su descalificación, ni siquiera bajo razones de debido proceso.¹⁴³

En cuanto a la calidad de los servicios y los planes de inversión —cuando ellos estuviesen previstos contractualmente—, puede traerse a colación el antes citado “FFCC

¹⁴⁰ Véanse notas al pie 1, 4, 5, 6.

¹⁴¹ “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo - Ley Nº 16.986”, Fallos: 322:3.008 (1999). Sobre esta regla jurisprudencial, debe verse la excelente disertación de Miriam Ivanega sobre “Control judicial de las tarifas de los servicios públicos” en *Servicio Público, Poder de Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral (en prensa).

¹⁴² “S. A. Cía. de Electricidad del Sud Argentino c/ Municipalidad de San Andrés de Giles”, Fallos: 231:311 (1955), sobre traslado de variaciones en las cargas sociales a las tarifas, esp. p. 320; “Prodelco c/ P.E.N.”, Fallos: 321:1.252 (1998), sobre rebalanceo telefónico, consids. 7º, 21 a 23, 29 y 30 del voto de la mayoría; consids. 9º, 11, 12, y 15 del voto del Dr. Boggiano, p. 1.303; cons. 12 del voto de los Dres. Belluscio y Bossert, p. 1.308.

¹⁴³ “Prodelco”, Fallos: 321:1.252 (1998), voto de los Dres. Belluscio y Bossert, cons. 9º *in fine*, p. 1.308.

de Entre Ríos¹⁴⁴ sobre la ley aplicable a la inversión efectuada, esto es, la ley vigente al momento de otorgarse la concesión. También puede recordarse el precedente "Ferrocarril del Sud",¹⁴⁵ en el cual se consagró el principio de remuneración del capital dentro de las bases establecidas por la concesión o por los principios del Derecho administrativo. Asimismo, se ha reconocido jurisprudencialmente la finalidad de mayor eficiencia que puede obtenerse por medio de las inversiones, aun mediando subsidio estatal, para la mejora en la prestación del servicio.¹⁴⁶ Empero, aun cuando la norma que examinamos hace caso omiso de las consideraciones de eficiencia vinculadas en forma interdependiente a las inversiones —incluidas las destinadas a seguridad de la red—, no podría exigirse un determinado nivel de la primera sin afectarse a las segundas y viceversa.¹⁴⁷

El interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios han sido examinados en diversos precedentes que han reconocido la necesidad de protección de ambos aspectos. Así, en "Fernández"¹⁴⁸ y "Maruba",¹⁴⁹ se señaló que la fijación, aprobación o verificación de las tarifas, en el marco reglado por el contrato de concesión respectivo, son atribuciones estatales que apuntan a consideraciones de interés público, v. gr., asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario. Dichas condiciones regulares propenderían al mantenimiento del derecho de corte de servicio por falta de pago,¹⁵⁰ pero habilitarían, como también se ha admitido, la prórroga *por única vez* de la fecha de vencimiento ante medidas de índole general —v. gr., establecimiento del *corralito bancario*— como quedó en claro en el fallo "Camuzzi".¹⁵¹ Desde otra perspectiva, la existencia de la doctrina emergente de aquellos dos fallos pondría en aprietos la prescripción del Art. 10 de la Ley N° 25.561, que traslada a una situación irregular, de emergencia, la regularidad de condiciones abarcadoras de la obligación de la empresa concesionaria de seguir prestando al usuario el servicio, como carga ínsita en la prestación de un servicio público.¹⁵² En este últi-

¹⁴⁴ "Empresa de los FFCC de Entre Ríos c/ Gobierno Nacional", *Fallos*: 176:363 (1936), cons. 9°, p. 381.

¹⁴⁵ "Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183:116 (1939).

¹⁴⁶ "Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo", *Fallos*: 322:3.008 (1999).

¹⁴⁷ Sobre la integralidad e interdependencia del objetivo de eficiencia y del objetivo de inversiones en el marco de las licencias cuyas tarifas se hallan reguladas por el sistema de *price-caps*, en nuestro país, y su desbaratamiento ante el Art. 8° de la Ley N° 25.561, puede verse nuestro "La Experiencia Argentina en materia de Tarifas Reguladas por el Sistema de Price-Caps", en *El Derecho*, 30-06-03, pp. 4-11. Ello, aun cuando los marcos regulatorios —por ej., el del gas— habilitan al ente a fijar los objetivos de la incentivación de la eficiencia para protección —entendemos— de los consumidores, los cuales, caso contrario, deberían sufragar las ineficiencias o, en su caso, las inversiones ineficientes, de la firma prestadora. Tales objetivos fueron ponderados por la Corte Suprema en "Litoral Gas S. A. c/ Enargas", *Fallos*: 321:776 (1998).

¹⁴⁸ "Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo", *Fallos*: 322:3.008 (1999).

¹⁴⁹ "Maruba SCA. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - MOSP", *Fallos*: 321:1.784 (1998).

¹⁵⁰ "Antonio Santa María c/ Albertano Quiroga", *Fallos*: 59:244 (1895).

¹⁵¹ "Camuzzi", fallo del 15-08-02.

¹⁵² Sobre la obligatoriedad en épocas de normalidad, puede verse "Establecimientos Metalúrgicos S. Becciu e Hijos S. A. c/ Enargas", *Fallos*: 319:2.602 (1996).

mo contexto, y bajo una tesis de sacrificio compartido por la generalidad de la comunidad, sólo cabría proponer la procedencia del deber de prestar el **servicio obligatorio** (*duty to serve*, en la terminología anglosajona) en condiciones de posibilidad de continuidad, esto es, bajo requerimientos de eficiencia y de inversiones redefinidos.

Por último, a la rentabilidad de las empresas resultaría aplicable la jurisprudencia que admite que los ingresos derivados de las tarifas integran la propiedad de la firma;¹⁵³ haya sido ello admitido por vía de *holding* o de *obiter*.¹⁵⁴ Ello, toda vez que no podemos olvidar que se está ante un "compromiso del Estado concedente respecto a los términos y condiciones que él mismo puso a la concesión",¹⁵⁵ y tal compromiso englobaría aquel producido. Las tarifas, a su vez, deben ser justas y razonables de manera compatible con una eficiente y remuneradora prestación del servicio público por parte de la firma, pues, según afirmó la Corte Suprema, aquélla tiene derecho a ingresos justos y razonables.¹⁵⁶ Caso contrario, se implementan ajustes o indemnizaciones: la procedencia de los ajustes destinados a suplir la eventual insuficiencia de las tarifas para retribuir al concesionario fue admitida en "Fernández";¹⁵⁷ la procedencia de la indemnización por trastornos económicos debidos al hecho del Estado o por haberse mantenido las tarifas inferiores al costo fue convalidada en "San Andrés de Giles"¹⁵⁸ y en "Cía. de Tranvías",¹⁵⁹ respectivamente.¹⁶⁰

¹⁵³ "Empresa de los Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación", *Fallos*: 176:363 (1936); entre otros.

¹⁵⁴ "Tomás Devoto y Cía. c/ Empresa FFCC de Buenos Aires", *Fallos*: 147:5 (1926) ("no es de presumir que hubiese intentado privar a las empresas del derecho a aplicar tarifas aprobadas, derecho que constituye una propiedad en la acepción constitucional [...]") (cons. 5°, p. 14).

Esta doctrina es reiterada en "Gregorio Gutiérrez c/ Cía. Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 158:268 (1930), esp. p. 278; "Bunge y Born Limitada S. A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171:153 (1934), esp. p. 175; "FFCC de Entre Ríos c/ Gobierno de la Nación", *Fallos*: 176: 363 (1936), esp. cons. 9°; "FFCC del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183: 116 (1939), esp. p. 133; "Carlos S. Romero c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 186:48 (1940), esp. cons. 3°.

¹⁵⁵ "Pcia. de Corrientes c/ S. A. Cía. de Electricidad de Corrientes", *Fallos*: 230:380 (1954), esp. p. 395; entre otros.

¹⁵⁶ "Cía. de Electricidad del Sud Argentino, S. A. c/ Municip. de San Andrés de Giles", *Fallos*: 231:311 (1955).

¹⁵⁷ "Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo", *Fallos*: 322:3.008 (1999).

¹⁵⁸ "Cía. de Electricidad del Sud Argentino, S.A. c/ Municip. de San Andrés de Giles", *Fallos*: 231:311 (1955). En igual sentido, "Compañía Argentina de Teléfonos S. A. c/ Provincia de Mendoza", *Fallos*: 211:83 (1948).

¹⁵⁹ "Compañía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación", *Fallos*: 262:555 (1965).

¹⁶⁰ Acerca de la delicada cuestión de los costos, véase Ventura, Adrián, "Convertibilidad, contratos y servicios", en *La Ley*, 1991-C, p. 1087 y sigs., donde expresó en oportunidad de la sanción de la ley de convertibilidad: "El valor nominal del precio de un servicio se incrementa como consecuencia, no de la aplicación de ciertas pautas de repotenciación para mantener el valor real de la moneda frente a su paulatino envilecimiento [...] sino de la incidencia que en él tienen los precios de los insumos que esas empresas utilizan. Cuando una empresa de servicios pacta una tarifa con alguno de sus clientes, tiene en cuenta cuáles son sus costos fijos y variables y un cierto margen de rentabilidad. Se crearía una situación de verdadera injusticia, de consecuencias imprevisibles para muchas fuentes de trabajo de miles de empleados —con el consiguiente costo social— si se pretendiera aplicar a ellas la ley de convertibilidad y no se les permitiera trasladar a sus facturas el incremento de sus costos, lo cual provocaría más de un quebranto".

7. Dos experiencias y su legado.

La historia nos enseña que, al menos en dos oportunidades, fueron seriamente puestos a prueba los contratos celebrados por la Administración y la estabilidad de los derechos y obligaciones emergentes de ellos, mediando o no una situación de crisis. Nos referimos, por un lado, a las nacionalizaciones que se operaron en nuestro país, y, por el otro, a los contratos petroleros celebrados entre 1958 y 1962. Por cierto, sólo el primero de los ejemplos abarcaría la prestación de un servicio público. Ambos supuestos traen a la memoria aquella conocida máxima de Maquiavello conforme la cual "*né mai a uno principe mancorono cagioni legittime di colorare la inosservanzia*",¹⁶¹ pero también develan el modo en que la situación contractual involucrada fue encauzada. Asimismo, ambos supuestos tornan presente la regla conforme la cual toda reglamentación al uso y disposición de la propiedad que resulte en una privación de ella —aun en épocas de emergencias económicas y sociales— suscita la expropiación y la indemnización respectiva.¹⁶²

Las nacionalizaciones de los ferrocarriles, que habían sido dados en concesión por el gobierno argentino, y que correspondían mayoritariamente a capitales de origen británico, fueron concretadas en dos diferentes momentos: en la década del '30 y con el advenimiento del movimiento nacionalizador de 1946.¹⁶³ Las nacionalizaciones de la primera etapa parecen haber correspondido a las consecuencias de las razones de la libre decisión empresarial que, ante la ausencia de suficiente regulación estatal, provocó el desarrollo de redes ferroviarias ineficientes que en cierto momento comenzaron a arrojar pérdidas. Empero, las segundas se perfeccionaron a lo largo de un proceso preciso y fatal, que abarcó diversos pasos trascendentes, sobre el cual ilustran los considerandos de los respectivos actos.¹⁶⁴ El 13-02-1947 el presidente del Instituto Argentino de Promoción del Intercambio y el representante de las empresas ferroviarias de propiedad británica en la República Argentina firmaron un Convenio de adquisición *ad referendum* de los activos físicos y bienes indirectos; se acreditó la conformidad de los directores y de la Asamblea de Accionistas y la aprobación por el Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra al Plan General de Arreglos del 30-05-1947. El 26-02-1948, el citado Instituto aprobó el Convenio; por Decreto N° 5.789¹⁶⁵ del 28-02-1948, para perfeccionar la compra-venta, se concretó la toma de posesión de las empresas y demás bienes adquiridos. La Corte Suprema, en sus fallos, señala que, oficialmente, los ferrocarriles fueron transferidos al poder del Estado el 01-03-1948, momento a partir del cual pudo éste administrarlos libremente.¹⁶⁶ Asimismo, por Decreto

N° 7.827¹⁶⁷ del 16-03-1948, se creó una comisión especial para el planeamiento de sistemas de explotación de transportes —excluidos los de la Ciudad de Buenos Aires— y comunicaciones; por Decreto N° 8.541¹⁶⁸ del 24-03-1948, se creó una comisión especial a cargo de la administración y explotación de las ex-empresas ferroviarias británicas; finalmente, por Decreto N° 19.395¹⁶⁹ del 28-06-1948, se creó la Secretaría de Transportes de la Nación con competencia para la administración y explotación de los ferrocarriles de la Nación y de los que, en cualquier forma, se incorporen al patrimonio nacional. Posteriormente, enmendada la Constitución Nacional en el año 1949, con un nuevo Art. 40 que prescribía que todos los servicios públicos pertenecían originariamente al Estado y que no podrían ser dados en concesión,¹⁷⁰ se perfecciona la *recuperación* y transferencia al Estado de los servicios otrora concesionados.¹⁷¹

Como puede verse, en oportunidad de las nacionalizaciones, y aun cuando podría haberse imaginado por vía de hipótesis que se afectaría la propiedad de las firmas concesionarias, la historia devela que el accionar de las ramas políticas del Estado habría dejado a salvo ese derecho.

En el contexto descrito, el Alto Tribunal, cuando fue llamado a fallar en algunas causas en las que se debatían los alcances de la indemnización debida en el marco de una concesión indirectamente revocada, reiteró que debía dejarse a salvo la propiedad de la firma: tales los casos "Prov. de Buenos Aires"¹⁷² sobre criterios de valuación y "Cía. General de Electricidad de Córdoba".¹⁷³

¹⁶⁷ Adla 1948, T. VIII, p. 476.

¹⁶⁸ Adla 1948, T. VIII, p. 488.

¹⁶⁹ Adla 1948, T. VIII, p. 597.

¹⁷⁰ Literalmente, decía su texto: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardía de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los 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 particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido".

¹⁷¹ La así llamada *recuperación* se halla aludida por la Corte Suprema Argentina en "Martín Ipuchá y otros c/ Cía. de Aguas Corrientes de la Pcia. de Bs. As. (en liquidación)", Fallos: 221:731 (1951), y "Juan Antonio Huerta y otros c/ Puerto de San Nicolás S. A.", Fallos: 224:536 (1952). Acerca de todo este proceso, véase Canosa, Armando, *Régimen Administrativo...*, cit., pp. 281-283.

¹⁷² "Provincia de Buenos Aires c/ S. A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca", Fallos: 254:441 (1962).

¹⁷³ "Cía. Gral. de Electricidad de Córdoba (S. A. en liquidación) c/ Pcia. de Córdoba s/ ord.", Fallos: 262:302 (1965).

¹⁶¹ Machiavelli, Niccolò, *Il Principe*, "XVIII: Jamás le faltarán a un príncipe argumentos para disculpar el incumplimiento de sus promesas."

¹⁶² En Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...* cit., p. 153, con cita de "Empresa Mate Larengeira", Fallos: 269:393 (1967).

¹⁶³ Véase Canosa, Armando, *Régimen Administrativo...*, cit., p. 281 y sigs.

¹⁶⁴ Publicados en la colección *Anales de Legislación Argentina* (Adla).

¹⁶⁵ Adla 1948, T. VIII, p. 458.

¹⁶⁶ Sobre esta decisión, pueden verse "Cía. Comercial de Transportes Colectivos c/ FFCC Sud", Fallos: 217: 22 (1950); "Nicolás Poggio hijo c/ FFCC Buenos Aires al Pacífico", Fallos: 221:746 (1951).

En el primero –hallándose involucrada una firma subsidiaria de un capital británico, y habiéndose incoado la demanda poco antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1949 en virtud de la desposesión operada en noviembre de 1948–, se señaló claramente que “la afectación al servicio público concedido de los bienes que constituyen el patrimonio de la empresa expropiada [...] no los coloca al margen del amparo constitucional de la propiedad y de los recaudos de la expropiación por causa de utilidad pública [...] de ello se sigue que es pertinente, como principio, la aplicación al caso de las reglas legales y jurisprudenciales propias de la materia expropiatoria, salvo excepción que pudiera surgir del texto del contrato de concesión o de otras circunstancias específicas, en cuanto ellos pudieran definir de otro modo la naturaleza y alcance, en el caso, de los derechos de la Compañía”,¹⁷⁴ y que el concesionario tenía un “derecho de propiedad”.¹⁷⁵

En el segundo precedente citado, empero, la mayoría de la Corte Suprema declaró improcedente el recurso extraordinario de la empresa actora cuyos bienes afectados a una concesión provincial habían sido incautados por un decreto de 1946. Aun así, se produjeron tres disidencias, una de las cuales –suscripta por el ministro Boffi Boggero– destacó las razones de seguridad jurídica que llevaban a admitir la pretensión de aquélla;¹⁷⁶ otra –emanada del ministro Aberastury– hizo hincapié en que no es dable convalidar incautaciones de bienes sin indemnización, pues no pueden desconocerse los derechos de propiedad del concesionario sobre los bienes “que los precedentes de esta Corte reconocen protegidos por la garantía del Art. 17 de la Constitución Nacional”.¹⁷⁷

En el segundo de los supuestos mencionados más arriba, esto es, el de los contratos petroleros, Mairal explicaba –antes de producirse las privatizaciones del '90– que la experiencia nacional había consistido en que, habiendo sido celebrados aquéllos en 1958, con el objeto de exploración, por términos que iban de quince a cuarenta años, fueron duramente criticados y, luego de que el gobierno constitucional fuera depuesto, el siguiente gobierno constitucional cumplió su *promesa electoral* y anuló todos los contratos petroleros en vigor.¹⁷⁸ Señala el citado autor que el gobierno de facto de 1966 llegó a una transacción extrajudicial, que fue luego aprobada por una ley de facto, y no se volvió a revisar la cuestión.

Lo que puede destacarse –de cara al tema de este trabajo, y en especial ante qué es lo que se entiende por estabilidad de los derechos emergentes de los contratos– de

¹⁷⁴ “Provincia de Buenos Aires c/ S. A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca”, *Fallos*: 254:441 (1962), cons. 9°.

¹⁷⁵ “Provincia de Buenos Aires c/ S. A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca”, *Fallos*: 254: 441 (1962), cons. 4° del voto del Dr. Boffi Boggero.

¹⁷⁶ “Cía. Gral. de Electricidad de Córdoba (S. A. en liquidación) c/ Pcia. de Córdoba s/ ord.”, *Fallos*: 262:302 (1965), esp. p. 323.

¹⁷⁷ “Cía. Gral. de Electricidad de Córdoba (S. A. en liquidación) c/ Pcia. de Córdoba s/ ord.”, *Fallos*: 262:302 (1965), esp. pp. 347-348.

¹⁷⁸ Mairal, “Política y Derecho...”, cit., p. 146.

ambos supuestos es el cariz conciliatorio perseguido y concretado. En el caso de los ferrocarriles nacionalizados en la década del cuarenta, la decisión concretada en un convenio presupuso la intervención del Estado del cual provenía el respectivo capital; en el supuesto de los contratos petroleros, se arribó a una transacción extrajudicial.

Así concebidos ambos procesos, no podría decirse que los contratos oportunamente suscriptos fueron revocados unilateralmente, sin más; antes bien, es claro que: a) en ambos casos, mediaba una clara voluntad política: en el de la nacionalización de los ferrocarriles británicos, se procedió ulteriormente a la reforma de la Constitución, se declaró que *todos* los servicios públicos pertenecían originariamente al Estado y se prohibió que fueran dados nuevamente en concesión; en el caso de los contratos petroleros, en plena negociación, se sancionó una ley que prohibía el otorgamiento de nuevas concesiones;¹⁷⁹ b) a partir de ambos ejemplos, se comprende hasta dónde puede llegar la decisión discrecional política, y, ante ella, la salvaguarda de los derechos emergentes del contrato consiste en un nuevo acuerdo para poner fin a él, el desequilibrio del cual ha sido objeto del escrutinio judicial o de la labor democráticamente legitimante del legislador; c) la voluntad de negociar desplazó la función judicial o la simple determinación del Derecho y su aplicación estricta a una situación fáctica prevista.¹⁸⁰ En síntesis, los derechos emergentes de los contratos de larga duración como los comprendidos hallaron –más allá de los costos involucrados para la Nación– adecuada tutela ante la oportuna decisión que ponía fin a ellos y a su estabilidad, en el marco de la búsqueda de una solución acordada que salvaguardara los intereses de las partes.

8. Conclusiones.

Este trabajo apuntó sólo a indagar en la cuestión de la estabilidad de los derechos emergentes de los contratos en punto a su protección constitucional conforme –en lo principal– la jurisprudencia de la Corte Suprema; en especial, consideró la cuestión de los derechos emergentes de los contratos de prestación de servicios públicos y concluyó en una respuesta afirmativa.¹⁸¹

De tal suerte, hemos visto cómo el Alto Tribunal, oportunamente, entendió que dichos derechos integraban el derecho de propiedad y les otorgó estabilidad a ellos a través de precedentes en los que se debatían cuestiones de derecho a la indemnización, derecho aplicable a las inversiones, cláusula de estabilidad fiscal, consecuencias de la caducidad, entre otros supuestos. Tal temperamento fue adoptado, incluso, en épocas de crisis,¹⁸² en las que el interés público no pudo derrotar los derechos nacidos al amparo de contratos y leyes anteriores.

¹⁷⁹ Mairal, “Política y Derecho...” cit., p. 154.

¹⁸⁰ Acerca de este desplazamiento, en el marco de la salida de la convertibilidad y de la pesificación forzosa, tal que sólo se recurra a esa aplicación estricta en caso de *fracaso de la negociación*, véase Sola, Juan Vicente, “Constitucionalidad de la conciliación de deudas. El teorema de Coase. Decreto N° 204”, *La Ley*, 2003-B, p. 1324 y sigs.

¹⁸¹ “Gregorio Gutiérrez c/ CHADE”, *Fallos*: 158:268 (1930), esp. p. 278.

¹⁸² “FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 176:363 (1936).

Asimismo, hemos detallado la jurisprudencia aplicable a los múltiples criterios del Art. 9º de la Ley Nº 25.561.

También pudimos apreciar a lo largo de estas líneas cómo la estabilidad de los derechos emergentes de los contratos oportunamente suscriptos ha hallado equilibrada protección en épocas de normalidad y de crisis, ora por decisión judicialmente convalidada, ora por medio de acuerdos individuales transaccionales.

Volviendo al presente, cobra vigencia la advertencia que se formuló en 1994 acerca de que "las dudas en cuanto a que los contratos pudieran ser revisados en el futuro genera incertidumbre e inseguridad en los contratistas".¹⁸³

En tal inteligencia, y sin mayor esfuerzo de la memoria, recordaremos que enero del 2002 nos recibió con una ley de emergencia que inauguró —en lo que nos interesa— el proceso de renegociación de los contratos y licencias, pesificación, prohibición de indexación y mantenimiento de obligaciones mediante.

Al tiempo de escribir estas líneas, y dictado el Decreto Nº 311/03,¹⁸⁴ se ha sancionado la ley que mencionamos al inicio de este trabajo —la Ley Nº 25.790— por la cual se extiende (hasta el 31-12-2004) el plazo para llevar a cabo la renegociación, a modo de silenciosa admisión de la mora estatal en el cumplimiento de tal cometido.

Ante estas alternativas, vale la pena analizar la protección de los derechos de propiedad de las firmas involucradas con apoyo en el andamiaje jurisprudencial que la Corte Suprema ha construido a lo largo de los años. Es esta una cuestión que no se agota sólo bregando por que se haga honor a las obligaciones y derechos oportunamente acordados por razones de seguridad jurídica¹⁸⁵ o evitando la configuración de una apropiación de bienes privados.¹⁸⁶ Se trata, nada más y nada menos, que de velar por un fin inmediato y concreto que interesa a todos los terceros usuarios más allá de la renegociación: asegurar la continuidad de los servicios públicos que un cúmulo de firmas se halla obligado a proveer.¹⁸⁷

¹⁸³ Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Transformación Económica y Seguridad Jurídica*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994, p. 27.

¹⁸⁴ Que, en lo sustancial, reemplaza la comisión por una ágil unidad renegociante de tres funcionarios, con amplias facultades de renegociación mediante la adopción de medidas transitorias o la conclusión de acuerdos parciales; que prevé la intervención, en la renegociación, de la Procuración del Tesoro de la Nación, entre otros aspectos.

¹⁸⁵ Señala Castro Hernández: "Sin seguridad jurídica las inversiones escasearán o serán voraces". Castro Hernández, Manuel Horacio, "El Derecho de Propiedad y la Emergencia", *El Derecho*, 02-07-2003, p. 5.

¹⁸⁶ En Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...* cit., p. 152, se sintetiza este concepto: "[...] el Art. 17 establece garantías determinadas de la propiedad, a fin de evitar que el Estado se apropie de los bienes de las personas".

¹⁸⁷ Como sabemos, los servicios públicos se caracterizan, clásicamente, por las notas de continuidad,

REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS. EL RÉGIMEN TARIFARIO EN EL SECTOR SANITARIO Y SU REGULACIÓN DESMEDIDA.

Maximiliano F. Voss

*"Sin seguridad jurídica no hay Derecho,
ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase"*
(Recasens Siches)

1. Introducción.

La profunda crisis en la que vivimos no ha dejado rincón sin visitar. Cada ambiente, cada institución, cada sistema, cada persona parecen estar infectados por la maldita crisis argentina.

Cambio, cambio y más cambio. Es lo único en que todos coinciden. Como si el cambio en sí mismo fuera la gran salida.

El servicio público y su regulación no tenían por qué escapar a esta realidad.

En efecto, el proceso de privatización desarrollado en nuestro país ha sido politizado a tal magnitud que en cuanto lugar donde se debaten ideas acerca de cómo debe ser aquel cambio aparecen las propuestas típicas de la emergencia. Propuestas instantáneamente concebidas y desechadas. Propuestas y banderas trasnochadas o soñadoras. Propuestas negatorias de una realidad y, sobre todo, profundamente fanáticas en un terreno donde no se permite abandonar la concepción maniquea de las partes.

Ya nos lo anticipó el jurista inglés Cosmo Graham:¹ "La opinión pública es remisa en interesarse en los servicios públicos mientras los maneja el Estado, pero cuando ellos pasan a la órbita privada la polémica encuentra ávidos contenedores y espectadores".

¹ Primer Seminario Internacional sobre aspectos legales de la Privatización y Desregulación, Buenos Aires, 1989, conferencias recogidas en un suplemento de la *Revista Argentina del Régimen de la Adminis-*