

# Los principios en el contrato de concesión de servicios públicos\*

Guido Santiago Tawil\*\*

*Existe una ausencia de regulación normativa general de la concesión de servicios públicos, lo que ha originado que los principios generales del Derecho tengan una relevancia particular en este ámbito. Esto lleva al autor del presente artículo a describir una serie de principios rigentes de dicha figura jurídica y a enfatizar la adecuación de los contratos celebrados a la mutabilidad propia del concepto.*

## I. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Universidad Católica Argentina la invitación a participar en estas jornadas que, como lo testimonia el alto nivel de los expositores y participantes, va tornándose cada día más tanto en un evento clásico de nuestra especialidad como en una jornada de singular calidad técnica.

El tema que me toca abordar en estas jornadas es el de “los principios en el contrato de concesión de servicio público”. No abordaré, en consecuencia, ni conceptos generales vinculados con la figura del servicio público (cuya utilización en nuestro país mereciera en su momento la severa crítica de los profesores GORDILLO y MAIRAL), el contrato de concesión o aquellos relacionados con los principios generales del Derecho Administrativo, vastamente conocidos en nuestro país gracias a trabajos de la calidad de los publicados en nuestro país por los profesores CASSAGNE<sup>1</sup> o COVIELLO<sup>2</sup> o en la doctrina extranjera<sup>3</sup> y a los que se refiriera minutos antes el profesor CASSAGNE al inaugurar esta jornada.

En razón de ello, omitiré referirme a cuestiones generales –aunque de particular interés– como aquellas vinculadas con las razones que han llevado a los principios generales del Derecho a asumir su relevancia actual tanto en materias como el Derecho Civil o nuestra especialidad<sup>4</sup>; a la clasificación de los principios generales del Derecho; al examen de las funciones que ellos cumplen en el Derecho Administrativo (sea como soportes, orientadores o integradores del ordenamiento jurídico; como protección del interés público o límite contra sus arbitrariedades; como límites al ejercicio de potestad reglamentaria y de emisión de actos administrativos); al modo en que se insertan o el grado de prelación que cabe otorgarles en el ordenamiento jurídico; su rol en el campo de la interpretación jurídica; el examen particularizado de cada uno de ellos o las consecuencias que genera su violación.

No menos interesantes son aquellas discusiones relacionadas con las diferencias entre los valores y los principios o los criterios por los cuales una regla accede a la categoría de principios generales del Derecho<sup>5</sup>. Lamentablemente, todas ellas exceden el limitado alcance de esta exposición.

\* Texto de una Conferencia dictada por el autor en la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, en curso de publicación por la referida Universidad. Agradecemos al Dr. Ramón Huapaya Tapia, Profesor de Derecho Administrativo Económico de la PUCP, por su intercesión para la autorización de la publicación del presente trabajo inédito.

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UBA.

1 CASSAGNE, Juan Carlos, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

2 COVIELLO, Pedro José Jorge, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo argentino”, Documentación Administrativa, N° 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003/2004, volumen 1, pp. 93-120. Ver, también, ALTAMIRA GIGENA, Julio I. “Los principios generales del derecho como fuentes del derecho administrativo”, Buenos Aires, 1972.

3 Entre los publicados en idioma castellano ver, DE LAUBADERE, André, “Los principios generales del derecho administrativo francés en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, La Ley, 116-1068 y ss.; RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho en el administrativo contemporáneo”, en Revista de la Administración Pública, Madrid, N° 6; González Pérez, Jesús, “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”, Civitas, Madrid, 1983; Clavero Arévalo, Manuel Francisco, “La doctrina de los principios generales del derecho”, Revista de Administración Pública, Madrid, N° 44, entre otros.

4 Vinculadas esencialmente con las reacciones que generaron ciertos excesos del positivismo jurídico y la necesidad de llenar las lagunas jurídicas subsistentes.

5 DE LAUBADERE, “Los principios generales del derecho...”, ob. cit., p. 1073, quien señala “no hay una respuesta precisa, porque no existe un criterio definido. El Consejo de Estado toma en cuenta la importancia que parece tener el principio en cuestión; considera en ciertos casos la tradición o las costumbres; si se trata de una regla de costumbres muy antigua, consagrada por una larga práctica, considerada desde largo tiempo atrás como un valor apreciable, el Consejo de Estado admitirá fácilmente que se trata de un principio general del derecho. Considera también, en otros casos, la existencia de textos escritos admitiendo ideas a

Por cierto, ello no significa que, del mismo modo que el Derecho Administrativo no ha surgido en forma aislada ni su existencia puede concebirse más que como parte del ordenamiento jurídico de cada época<sup>6</sup>, los principios del contrato de concesión de servicio público no guarden estrecha relación con los principios generales del Derecho Administrativo.

Como es sabido, ha correspondido a la doctrina francesa y a la jurisprudencia de sus tribunales administrativos tanto el desarrollo del servicio público como institución jurídica como el haber destacado el rol que los principios generales del Derecho presentan en nuestra especialidad.

Entre estos últimos, se han mencionado tradicionalmente en Francia, a los principios de igualdad de los ciudadanos, igualdad ante los servicios públicos y ante los impuestos; en el acceso a la función pública<sup>7</sup>; la no retroactividad de los actos administrativos<sup>8</sup>; la obligación de publicar los reglamentos administrativos<sup>9</sup>; etc.

A partir de las conocidas sentencias en los *arrets* "Dame Trompier Gravier"<sup>10</sup> de 1944 –considerada como la primera en la que el Consejo de Estado hizo referencia a los principios generales del Derecho–, "Dame Lamote"<sup>11</sup> de 1950 o "Sociedad de Conciertos del Conservatorio"<sup>12</sup> de 1951, geométrico ha sido el crecimiento de las referencias efectuadas en la jurisprudencia administrativa francesa a los principios generales del Derecho en el ámbito de nuestra especialidad<sup>13</sup>.

las cuáles se pueden relacionar con el principio en cuestión. Hay, pues, varias razones posibles para que el Consejo de Estado reconozca una regla la calidad de principio general de derecho...De todo esto permanece, no obstante, que el dominio de los principios generales del derecho, es un campo, es decir, susceptible a modificaciones...este cuadro de los principios generales del derecho es un cuadro cuyo contenido es móvil y susceptible, o de enriquecerse o de empobrecerse; ya sea por la aparición y desaparición de tal o cual principio general nuevo".

6 CASSAGNE, Juan Carlos. "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", ob. cit., pág. 15.

7 C.E., "Barel", del 28 de mayo de 1954.

8 C.E., "Société du Journal L'Aurore", del 25 de junio de 1948.

9 C.E., "Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale", del 12 de diciembre de 2003.

10 C.E., "Dame Vve Trompier Gravier", del 5 de mayo de 1944, en un supuesto vinculado con la ocupación y explotación de un kiosco para la venta de diarios sobre la vía pública en el que se consideró afectado el derecho de defensa del impugnante al haberse procedido al retiro de la autorización sin permitirle defenderse.

11 C.E., "Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte", del 17 de febrero de 1950, en el que se discutió si limitaciones legales a la posibilidad de interponer recursos administrativos o judiciales eran válidas. Ver, al respecto, LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", 15e. Ed., Dalloz, Paris, 2005, pp 432.

12 C.E., "Société des concerts du conservatoire" del 9 de marzo de 1951, en relación a las reglas aplicables al servicio público. Basándose en el principio de igualdad de los administrados en el funcionamiento de los servicios públicos, se anuló en esa ocasión la decisión de la administración de radiodifusión francesa de negarse a difundir los conciertos de una sociedad en represalia a que ésta había prohibido a sus músicos participar en los conciertos de la radio cuando tenían ensayos en su propia orquesta. El Consejo de Estado ya había aceptado la igualdad en el acceso al servicio público por los usuarios en el *arrêt* "Société L'alcool dénatureé", del 1 de abril de 1938. Ver, Long y otros, "Les grands arrêts...", ob. cit., p. 427 y ss.

13 Ver, así, C.E., "Syndicat générale des ingénieurs-conseils", del 26 de junio de 1959. Ellos han sido entendidos –según Bouffandeau– como "las reglas de derecho no escritas, a las que se le asignan valor legislativo y que, por ello, se imponen al poder reglamentario y a la autoridad administrativa, a punto tal que no pueden ser contradichas por una disposición del derecho positivo". Ver, LETOURNEUR, M., "Les principes généraux du droit Dans la jurisprudence du Conseil d'État", EDCE, 1951, p. 19. Quizás se deba ello a que, como bien recuerda COVIELLO ("Los principios generales en el derecho administrativo argentino" ob. cit., p. 99 con cita de RIVERO), "mientras el Código Civil Napoleónico presenta –según sus sostenedores– todas las soluciones posibles que enfrentaba el juez civil, el juez administrativo no contaba con similar arsenal legal. Entonces formulaba la regla aplicable al caso de acuerdo a una realidad jurídica que se le imponía, pero que no la sustentaba en cuanto a su origen...las soluciones jurisprudenciales tenían por base principios tradicionales, escritos o no escritos, que eran en cierto modo inherentes al derecho público francés".

## II. LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

### 1. Los principios generales del Derecho y del Derecho Administrativo aplicables al contrato de concesión de servicios públicos

Principios generales del Derecho tales como los del enriquecimiento sin causa o la buena fe son hoy considerados centrales y de aplicación frecuente en el campo del Derecho Administrativo. En algunos ámbitos como el del procedimiento administrativo, reglas generales tales como las del debido proceso adjetivo (*due process of law*) o la regla contra la parcialidad (*rule against bias*) –originarios del Derecho anglosajón– se han sumado a otras más específicas (verdad jurídica objetiva, oficialidad, informalismo, colaboración, etc.) y han resultado no solo de invocación o aplicación frecuente en los ámbitos doctrinario o jurisprudencial sino también de creciente recepción legislativa.

Más allá de las particularidades propias que presenta la prestación de los servicios públicos no cabe duda que los principios generales del Derecho Administrativo y de los contratos administrativos en particular resultan de aplicación directa y frecuente en este campo. Más aún, la histórica ausencia de una regulación normativa general de la concesión de servicio público –a diferencia de otros contratos administrativos como los de obra pública, suministro o empleo público– ha llevado a que los principios generales asuman en este ámbito una relevancia particular.

Entre aquellos de frecuente aplicación a la concesión de servicios públicos, se destacan particularmente: (i) el principio de legalidad<sup>14</sup>; (ii) el principio *pacta sunt servanda* que –recepionado en el artículo 1197° de nuestro Código Civil– consagra tanto el principio de la autonomía de la voluntad en la formación del contrato como la obligatoriedad de su cumplimiento una vez formalizado (los contratos se hacen para ser cumplidos)<sup>15</sup>; (iii) el principio de buena fe; (iv) la prohibición de actuar contra los propios actos (cristalizada en el Derecho anglosajón en el *estoppel* y en el aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*); (v) el principio que veda el enriquecimiento sin causa; (vi) el principio de colaboración<sup>16</sup>; (vii) el principio de igualdad; (viii) el principio de subsidiariedad<sup>17</sup> y (ix) el principio de razonabilidad<sup>18</sup>.

Como todo contrato administrativo, la concesión de servicios públicos se concibe en nuestro país como un sistema particular caracterizado por un régimen exorbitante al Derecho privado. Este régimen exorbitante se visualiza de diversos modos en la concesión de servicios públicos e impacta directamente en los derechos y deberes de las partes, por aplicación de los principios propios de los contratos administrativos. Permanente resulta allí la tensión entre las prerrogativas estatales y las garantías de los administrados<sup>19</sup>.

Como lo he expresado en otras oportunidades<sup>20</sup>, no creo –sin embargo– que el reconocimiento de semejante régimen obste a que la propia Administración

pueda autolimitar el ejercicio de sus potestades públicas. Por el contrario, plenamente válidas resultan a mi juicio aquellas limitaciones a la potestad de rescate, rescisión unilateral o en materia sancionatoria asumidas voluntaria e inequívocamente por el Estado en algunos pliegos licitatorios o contratos resultantes de ellos<sup>21</sup>. El Estado no se encuentra, por cierto, obligado a renunciar o limitar al ejercicio de sus prerrogativas, pero si decide hacerlo a fin de estimular un obrar particular determinado (mejores ofertas en una licitación o, en otros ámbitos como el del fomento, radicación de industrias en determinada zona, etc.) y con ello genera un determinado

«Más allá de las particularidades propias que presenta la prestación de los servicios públicos no cabe duda que los principios generales del Derecho Administrativo y de los contratos administrativos en particular resultan de aplicación directa y frecuente en este campo».

14 El principio de legalidad impacta de diversas maneras. Sea al determinar la prevalencia de un cuerpo normativo sobre otro (estableciendo la jerarquía normativa de las disposiciones aplicables a la concesión); reconocer obligaciones y derechos ó como limitación tanto a la discrecionalidad administrativa como a la voluntad de las partes en la medida en que ellas encuentran limitaciones no siempre presentes en el ámbito del derecho privado (vinculadas con la transparencia, la publicidad, el interés público y de terceros).

15 “Lo estipulado por las partes, cualquiera sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido, o sea que se ha de estar a lo pactado”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXI, OPCI-PENI, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, p. 237. Sobre el efecto vinculante del contrato, puede verse en materia contractual, REZZÓNICO, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 221 y LORENZETTI, Ricardo Luis, “Tratado de los contratos. Parte general”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2004, pp. 132 y ss.

16 A pesar de la escasa atención que se le ha otorgado en nuestro país tanto en el plano teórico como práctico, el principio de colaboración –entendido como un deber que se proyecta entre todos los involucrados (Administración, concesionario, usuarios y otras autoridades)– resulta en general de importancia decisiva para el debido funcionamiento de la concesión.

17 El principio de subsidiariedad es connatural a la concesión de servicios públicos, en la medida en que implica una autolimitación que se ha impuesto el propio Estado en la prestación de la actividad por considerar que el particular se encuentra en ese supuesto particular en mejores condiciones de realizar la prestación.

18 Ver, al respecto, COVIELLO, Pedro José Jorge, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, estudio preliminar a la obra de MERTEHIKIAN, Eduardo, “Estudios sobre contratación pública”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

19 Así ocurre, por ejemplo, con la tensión entre: (i) el ejercicio del *ius variandi* vs. el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera; (ii) la prerrogativa de interpretar los contratos vs. los límites que le impone el principio de razonabilidad; (iii) la potestad de revocar un contrato por razones de oportunidad (en el caso del servicio público acentuada con la figura del rescate) vs. el derecho a obtener una compensación por los daños y perjuicios causados (propia del derecho de propiedad); (iv) la potestad de imponer sanciones vs. la garantía del debido proceso adjetivo; etc.

20 Ver, al respecto, TAWIL, Guido Santiago, “La licencia como título habilitante para la prestación de servicios públicos”, XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Salta, Octubre de 2006, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 348, Buenos Aires, 2007, pp. 167 y ss.

21 Difícil resultaría, en caso contrario, justificar una conducta estatal que desconozca compromisos expresos en ese sentido como compatibles con la noción de seguridad jurídica –elemento de consideración esencial en cualquier decisión de inversión– o los principios *pacta sunt servanda*, la prohibición de actuar contra los propios actos, la buena fe y la colaboración a los que las partes deben ajustarse en la relación contractual.

obrar particular no puede simplemente desconocer los compromisos asumidos señalando que se trata de potestades irrenunciables.

Algunas de las prerrogativas estatales y garantías de los administrados en materia de contrataciones administrativas enunciadas tradicionalmente en la doctrina y jurisprudencia y consideradas en algunos supuestos como verdaderos principios en este ámbito se han visto plasmadas en el Derecho positivo en el artículo 12º del Decreto Nº 1023/01<sup>22</sup>.

Más allá de las críticas puntuales que pudiera merecer<sup>23</sup>, su recepción genera un par de interrogantes relevantes: tratándose de principios generales propios de la actividad contractual del Estado ¿resultaba necesaria o conveniente su consagración en el Derecho positivo? Si así fuera, ¿implicaría ello desconocer otros principios similares no recogidos expresamente allí? Si se siguiera la visión predominante en Francia, por su naturaleza de principios generales ellos no requerirían consagración legislativa y las eventuales limitaciones que se impongan resultarían inválidas. Esa no parece ser la posición adoptada en la norma mencionada<sup>24</sup>.

## 2. Los principios propios del servicio público

No cabe duda que el servicio público cuenta -por sus particularidades- con principios propios, algunos de los cuales son comunes tanto a los supuestos en que ellos son prestados directamente por la Administración como indirectamente a través de particulares.

Si uno recurriera a la doctrina nacional tradicional en la materia –plasmada, por ejemplo, en el informe de la IV Conferencia Nacional de Abogados celebrada en 1936 y de la que VILLEGAS BASAVILBASO fuera informante- el contrato de concesión de servicio público presentaría las siguientes características básicas: (i) una delegación de actividad administrativa por parte del concedente al concesionario para que realice por cuenta propia y riesgo y bajo contralor del concedente el servicio concedido; (ii) limitada en el tiempo; (iii) que –como otras delegaciones- no implica el abandono o renuncia de las facultades del delegante; y (iv) la potestad de rescate, que resultaría irrenunciable<sup>25</sup>.

Las características referidas se vinculan, por cierto, con lo que en España se ha dado en llamar -siguiendo a la terminología acuñada por VILLAR PALASÍ- como la “*publicatio*”, es decir, que la calificación de una actividad por ley formal como servicio público importa la incorporación de la actividad al obrar estatal, sustrayéndolo de aquellas a ser desarrolladas por los particulares.

Este concepto –fuertemente arraigado en algunos países pertenecientes al sistema continental europeo- se encuentra en la actualidad en crisis ante normas y principios de orden superior, como acontece en Europa con aquellas basadas en las reglas de la competencia emanadas del ordenamiento comunitario<sup>26</sup> o resultantes del creciente proceso de globalización. Sobre este fenómeno me he referido en un reciente trabajo a publicarse próximamente

22 “Artículo 12º. Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley Nº 19.549 y sus modificatorias. b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación. d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones. e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor. f) La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes. g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de un (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias”.

23 Como aquellas derivadas de la limitación al rescate en los supuestos de revocación por razones de oportunidad a menos que la limitación indemnizatoria se encuentre prevista expresamente en el contrato o en una norma de rango legal existente al tiempo de la oferta. En este sentido, me aparto claramente de la doctrina francesa tradicional (Jéze) que consideraba a la potestad de rescate irrenunciable, aún en caso de silencio o de disposiciones legales o contractuales en sentido contrario. Por cierto, en esos supuestos, el Estado siempre conservaría a mi juicio la potestad expropiatoria por lo cual la diferencia estaría dada en realidad por el monto de la eventual indemnización. Mi posición crítica en relación a la limitación a la compensación en los supuestos de revocación por razones de oportunidad puede verse en TAWIL, Guido Santiago, “Una nueva aplicación de la doctrina ‘Cantón’”, ED 131-455 y “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita” en Responsabilidad del Estado. Jornada de Homenaje a la Profesora Graciela REIRIZ, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2008, pp. 239 y ss.

24 En tanto parece limitar las facultades y obligaciones de ese régimen a lo allí establecido y a “las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual”.

25 Despacho sobre el régimen jurídico de la concesión de servicio público, JA Tº 61, Secc. Doctrina, pp. 90 y ss.

26 Ver, al respecto, GUGLIELMI, Gilles J. y KOUBI, Genevieve, “Droit du service public”, 2e. Ed., Montchrestien, París, 2007, pp. 128 y ss.

al cumplirse diez años del fallecimiento del profesor MARIENHOFF y a él me remito<sup>27</sup>.

Si bien no es mi intención adentrarme en esta ocasión en discusiones teóricas sobre la vigencia o no de la figura tradicional del servicio público, no resulta sencillo referirse a ella cuando –como acontece en nuestro país, más allá de las recientes restatizaciones y cierta indefinición ideológica visible en los últimos años<sup>28</sup>- confluyen al mismo tiempo figuras clásicas de servicio público con otras propias de actividad regulada<sup>29</sup>. Ello no obsta, por cierto, a que la intervención estatal<sup>30</sup> en ámbitos tales como los de infraestructura –especialmente en cuanto a las decisiones de inversión y los medios de financiamiento- suministro o tarifas haya llegado en la práctica a extremos tales que desnaturalizan por completo el sistema normativo existente.

Si uno recurriera al sistema francés, observaría que la doctrina y jurisprudencia administrativa gala se centraron durante los siglos XIX y XX básicamente en los principios de (i) igualdad; (ii) continuidad y (iii) mutabilidad<sup>31</sup>. La doctrina moderna ha seguido idéntica línea, distinguiendo en algunos supuestos entre principios cardinales y principios adicionales o accesorios del Derecho de los servicios públicos.

Entre los principios cardinales se mencionan en la actualidad (i) el principio de igualdad –destacado como la piedra angular de la ideología del servicio público- que comprende la igualdad en el acceso al servicio público; la igualdad en el trato o uso del servicio público; la igualdad para los prestadores de los servicios públicos (reforzada por las reglas de la competencia promovidas por el Derecho comunitario); el principio de no discriminación, la llamada discriminación positiva o igualdad compensatoria (la conocida *affirmative action* del Derecho norteamericano) y la cuestión del servicio universal; el principio de neutralidad –centrado en la necesidad

«No cabe duda que, como en muchos otros ámbitos de nuestra especialidad, el campo de los servicios públicos se encuentra dominado por dogmas o mitos».

de garantizar la indiferencia de las autoridades (particularmente frente a diferencias políticas o religiosas sea de quienes lo prestan o de quienes lo reciben)- de particular relevancia en ámbitos como el educativo<sup>32</sup>; (ii) el principio de continuidad, que contempla la regularidad en el funcionamiento del servicio público, las limitaciones al derecho de huelga en materia de servicios públicos (incluidas las dificultades derivadas de definir un servicio mínimo y un servicio garantizado), cuestiones vinculadas a la economía del contrato, el cumplimiento e incumplimiento del contrato (responsabilidad, posibilidad de suspender la prestación o aplicar la *exceptio non adimpleti contractus*)<sup>33</sup>; (iii) el principio de mutabilidad o adaptabilidad del servicio público al ambiente en que se desarrolla, en el que el ejercicio de los poderes de dirección, modificación y control del contrato se tornan centrales<sup>34</sup>; y (iv) el principio de gratuidad en el funcionamiento de los servicios públicos –propio del sistema francés- basado en un ideal de políticas públicas y solidaridad social y solo aplicable a los servicios públicos administrativos y no a los industriales o comerciales<sup>35</sup>.

Entre aquellos denominados principios accesorios o adicionales se señalan a (i) la calidad y la accesibilidad del servicio público; y (ii) la eficacia social y económica del servicio público, en el que se incluyen aquellas cuestiones vinculadas con la

27 TAWIL, Guido Santiago, "Sobre Don Miguel, la globalización y la pasión por el derecho administrativo", en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, en prensa.

28 Plasmado por un lado en proyectos de neta orientación estatista como el de Ley del Régimen Nacional de Servicios Públicos y, por el otro, en expresiones oficiales reafirmando la intención de respetar los marcos regulatorios y los contratos y licencias vigentes. Ver al respecto, TAWIL, Guido Santiago, "Problemas actuales de la concesión de servicio público" en Cuestiones de Contratos Administrativos, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 334.

29 Ver, al respecto, lo que decía Mairal ("La ideología del servicio público", Revista de Derecho Administrativo, N° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 398 y ss.) en 1993 al cuestionar la validez de seguir considerando en nuestro país al servicio público como actividad administrativa de titularidad estatal y sostener que el proceso de privatización significó en importante medida sustituir el sistema europeo tradicional de servicio público por uno de actividad regulada, mas emparentado con el norteamericano de *public utilities*.

30 Sea ella formal o, como acontece en el caso de frecuentes instrucciones impartidas por la Secretaría de Comercio y otros organismos dependientes de ella, son meramente verbales y carentes de registración alguna. No cabe duda, por cierto, que este tipo de actuaciones carecen de toda justificación en un Estado de Derecho.

31 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., p. 529. Con menor énfasis se desarrollaron también principios tales como los de gratuidad –desde la perspectiva del usuario- y neutralidad.

32 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., pp. 533/571, quienes también incluyen la cuestión del acceso a la función pública dada la estrecha vinculación reconocida en Francia entre ésta y el servicio público..

33 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., pp. 571/597.

34 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., pp. 597/607.

35 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., pp. 607/625, quienes reconocen que no todos los autores galos reconocen a la gratuidad como un principio básico en el funcionamiento de los servicios públicos.

rentabilidad del servicio y la seguridad de los bienes y las personas<sup>36</sup>.

Trasladado a nuestro país y más allá de las distintas denominaciones y clasificaciones, integrarían los principios propios del servicio público<sup>37</sup> diversos elementos calificados tradicionalmente como caracteres del servicio público (continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad e igualdad o uniformidad).

En una visión más amplia y no por cierto orgánica de la cuestión también podrían incluirse entre ellos –sea en forma autónoma o vinculados con alguno de los restantes principios– al carácter *intuitu personae* de la concesión de servicios públicos; a los principios consagrados en el nuevo artículo 42° de la Constitución Nacional<sup>38</sup> como el derecho de los usuarios a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato justo y equitativo; y a los intereses cuya tutela exige la norma constitucional al legislador como la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales (deberes que sirven claramente

de sustento a diversos mecanismos modernos de regulación económica destinados a fomentar una mayor competencia<sup>39</sup> y la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos<sup>40</sup>. En ellos se insertan también, de algún modo, los principios enunciados generalmente en materia tarifaria<sup>41</sup>.

La doctrina debate en forma permanente cuál es el rasgo distintivo del servicio público. Mientras que –como señalamos anteriormente– en Francia se considera todavía como columna vertebral del concepto de servicio público al principio de igualdad, prestigiosos autores argentinos como MAIRAL han destacado particularmente al principio de obligatoriedad<sup>42</sup>. Mas allá del respeto que me merecen esas opiniones sigo pensando, sin embargo, que el rasgo distintivo del servicio público y principio básico en el que se asienta el sistema es el de continuidad, del que a mi juicio se derivan de algún modo los restantes principios.

No cabe duda que, como en muchos otros ámbitos de nuestra especialidad<sup>43</sup>, el campo de los servicios públicos se encuentra dominado por dogmas o mitos<sup>44</sup>.

36 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., pp. 627/674.

37 Con distintas denominaciones, varios de estos principios son también recepcionados en otros sistemas. Refiriéndose así al supuesto de las *public utilities* norteamericanas destaca Mairal como obligaciones básicas a las que deben ellas ajustarse a las de (i) prestar el servicio a todos quienes lo demanden; (ii) que dicho servicio sea seguro y adecuado a las necesidades; (iii) tratar a todos los usuarios igualmente y (iv) cobrar solo un precio justo y razonable. A su vez, los prestadores tienen derecho (i) a que las tarifas permitan (no garanticen) una ganancia razonable; (ii) que las reglamentaciones a las que un servicio está sujeto sean razonables; (iii) que se otorgue a su prestador protección contra la competencia y el derecho de expropiación. Ver, así, Mairal, "La ideología...", ob. cit., p. 383.

38 El artículo 42° de la Constitución Nacional establece: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

39 Como, por ejemplo, la desintegración vertical de actividades –producción, infraestructura y suministro–; el acceso abierto a las redes de infraestructura (*open access*); la consagración –al menos hoy en día en un plano teórico– de un sistema de costos económicos destinado a transparentar el sistema de precios y maximizar su funcionamiento, eliminando los subsidios cruzados y el acento en la regulación en aquellos mercados donde la competencia no resulta posible a través de una regulación por incentivos.

40 Deber nuevamente impuesto a las autoridades que, de algún modo, consagra como propios objetivos típicos de la regulación por incentivos referida en la nota anterior, destinada a estimular la eficiencia (como ocurre con el sistema de *price cap*) y penalizar las deficiencias de calidad, privilegiando los sistemas de metas y objetivos por sobre los de metas físicas. Sobre tales temas, los compromisos en materia de inversión y calidad y la necesidad de asegurar una mayor información y participación de los usuarios, me he referido tanto con anterioridad a la crisis del 2001 como posteriormente. Ver, al respecto, TAWIL, Guido Santiago, "Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria", *El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo del 28 de julio de 2000; "Problemas actuales de la concesión de servicio público", ob. cit., pp. 325 y ss. y "Los servicios públicos ante la emergencia económica financiera", *Jornadas Internacionales de Servicios Públicos y Policía*, Universidad Católica Argentina, *El Derecho*, Buenos Aires, 2006, pp. 369 y ss.

41 Distintas han sido las denominaciones utilizadas en la doctrina nacional y extranjera para referirse a ellos. En uno de los trabajos más recientes en la materia, Estela SACRISTÁN ("Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales", *Ábaco*, Buenos Aires, 2007, pp. 108 y ss) identifica a los siguientes principios generales en materia tarifaria: (i) justicia y razonabilidad; (ii) igualdad; (iii) proporcionalidad; (iv) equilibrio económico del concesionario; (v) irretroactividad; (vi) juridicidad; (vii) publicidad y (viii) racionalidad. Estos principios no se hallan normalmente presentes del mismo modo en los esquemas de prestación estatal directa.

42 MAIRAL, "La ideología...", ob. cit., pp. 429 y ss. Para ello se basa, por ejemplo, en la diferencia existente entre la generación de electricidad –actividad de interés general vinculada con el servicio público de distribución– y los servicios públicos de distribución y transporte de electricidad y el hecho que la obligatoriedad se basa en general en la existencia de un monopolio de hecho o de derecho.

43 Sobre algunos de ellos tuve ocasión de referirme dos décadas atrás en mi trabajo titulado "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción administrativa, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial", *El Derecho*, Tomo 128, pp. 958 y ss.

44 Como ha calificado a algunos de ellos Lucien NIZARD ("A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales", en *Recueil d' Etudes en hommage a Charles EISENMANN*, Paris, 1977, pp. 91 y ss. citado por MAIRAL, "La ideología...", ob. cit., p. 369).

El primero de ellos ha sido el de la titularidad estatal inalienable del servicio público, concepto visible en nuestro país tanto en el artículo 40° de la Constitución de 1949 como en diversas constituciones provinciales y hoy en creciente abandono en la mayor parte del mundo occidental. Basta observar el impacto que la normativa comunitaria ha producido en este sentido en la propia Francia<sup>45</sup>.

En igual sentido, se señala frecuentemente, por ejemplo, que no puede admitirse la rescisión por culpa de la Administración si ella no es declarada judicialmente, olvidándose que en situaciones de incumplimientos extremos por parte del Estado aquella resulta inevitable. Sostener que en esos supuestos el concesionario debe aguardar una decisión final en un proceso judicial de una duración no menor a cinco años resulta una mera ficción sin sustento alguno en la realidad dado el creciente deterioro que en la calidad del servicio, el financiamiento de los proveedores o en los índices de cobrabilidad del servicio esa situación podría producir<sup>46</sup>.

Lo propio ocurre, con la supuesta imposibilidad de modificar los contratos de concesión. Quienes adoptan tal posición parecen olvidar que en acuerdos a largo plazo—que en algunos supuestos como el transporte eléctrico superan los noventa años—no resulta posible prever los distintos fenómenos que a futuro sufrirá la vida del contrato (nuevas necesidades a cubrir, modificaciones en los criterios de calidad o cobertura del servicio, inflación inesperada, indebida interferencia política o regulatoria, etc.). El servicio público es—como se ha reconocido desde antaño y sin escandalizarse indebidamente en el derecho francés<sup>47</sup>— esencialmente mutable y, mas aún, en tiempos como los actuales, dominados por la innovación tecnológica y la creciente consagración—por cierto positiva—de mayores derechos individuales. Por ello, la adecuación de los contratos en tales circunstancias<sup>48</sup> no solo resulta inevitable sino imprescindible para proteger el servicio públi-

co. Si la reticencia expresada responde al temor a la corrupción—preocupación por cierto sana y a todas luces válida— más que temerse a la readecuación de los contratos lo que debería hacerse es admitir la realidad y trabajar seriamente frente a ella adoptando mecanismos aptos que, sin tornar a los contratos en inviables, garanticen la mayor transparencia en ese proceso de readecuación<sup>49</sup>.

Del mismo modo, se ha cuestionado con énfasis la posibilidad de que el Estado transfiera en propiedad bienes estatales en oportunidad de concesionarse o licenciarse un servicio al considerar a los bienes afectados al servicio público como parte del dominio público<sup>50</sup>. He explicado con anterioridad las razones por las cuales no comparto esa visión y a ellas me remito<sup>51</sup>.

Las posiciones esbozadas reflejan, a mi entender, una visión eminentemente formal de la materia que en lugar de proteger el bien jurídico a tutelar—el servicio público<sup>52</sup>— lo pone en serio peligro al afectar su continuidad.

He optado, en forma consciente, por evitar en la medida de lo posible contaminar el examen de tan importante tema con un limitado análisis de nuestra realidad actual. Como he expresado en ocasiones anteriores, las soluciones aplicadas en los últimos años—caracterizadas por el abandono o la sustitución de criterios económicos en la fijación de precios y tarifas por criterios basados en consideraciones políticas y sociales, la sustitución de las decisiones de inversión del concesionario por el Estado, la pérdida progresiva de autonomía de los entes reguladores y la aparición de mecanismos no tradicionales de financiamiento (fideicomisos, etc.), no responden a una técnica regulatoria depurada ni permiten aventurar su permanencia en el tiempo por tratarse eminentemente de decisiones de coyuntura y, como tales, más cosméticas que efectivas.<sup>53</sup> CA

45 Respecto al impacto que el proceso de globalización ha producido en los derechos nacionales me remito a lo expuesto recientemente en mi trabajo titulado "Sobre Don Miguel...", ob. cit., loc. cit.

46 A tal punto ello es así que, mas allá de declamaciones dogmáticas, es el propio concedente quien procede en esos supuestos a hacerse cargo del servicio a fin de evitar afectar su continuidad y el costo político que ello le generaría. Sobran ejemplos de esta realidad.

47 GUGLIELMI y KOUBI, "Droit du service public", ob. cit., p. 597.

48 Nada tienen ellas que ver, por cierto, con la modificación de los contratos en función de errores en la oferta, ausencia de razonable diligencia o falta de la previsión exigible a un buen hombre de negocios por parte del oferente y posterior concesionario.

49 En este sentido, la experiencia indica que, en países como el nuestro, la corrupción se encuentra lamentablemente generalizada. El inmovilismo estatal no solo no la evita (probablemente lo contrario) sino que genera otros problemas igualmente relevantes. Administrar importa decidir y quien ingresa a la función pública debe estar preparado para adoptar las decisiones que competen a su cargo (indudablemente en un marco de respeto a la legalidad). Sino, mejor que no esté allí.

50 Ver, así, SALOMONI, Jorge Luis, "Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (el caso de la explotación de la distribución de gas natural)", en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, pp. 304 y ss.

51 TAWIL, Guido Santiago, "Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público", en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, pp. 523 y ss.

52 No los intereses del Estado, del concesionario o de los usuarios y en la medida en que entendamos debidamente que la tutela del servicio los protegerá a todos ellos.

53 Ver, al respecto, TAWIL, "Problemas actuales de la concesión de servicios públicos", ob. cit., pp. 334 y ss. Ellas denotan, como expliqué en esa ocasión, que los prestadores de servicios públicos funcionen en la actualidad mas como administradores de la infraestructura existente que como verdaderos licenciatarios o concesionarios.