

LA ESTABILIDAD DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EMERGENTES DE LAS CONCESIONES Y/O LICENCIAS DE SERVICIOS PUBLICOS

1. Excurso sobre la tensión entre la soberanía de la ley y el principio *pacta sunt servanda*

Hasta qué punto se mantiene vivo y latente el conflicto entre la soberanía del legislador y la regla de que las cláusulas convencionales deben respetarse y cumplirse como si fueran la misma ley (*pacta sunt servanda*), es algo que hasta el observador menos informado puede llegar a comprobar, habida cuenta de que el Poder Legislativo ha avanzado excesivamente sobre los derechos emergentes de los contratos, abandonando el carácter abstencionista y discontinuo que configuraba su situación en los primeros tiempos del constitucionalismo. Aun cuando en las economías de mercado la intervención se oriente, fundamentalmente, a promover y garantizar la competencia, lo cierto es que los poderes normativos se ejercen hoy en día con mayor intensidad y permanencia.

En tal sentido, el proceso intervencionista vino a hacer realidad el gran cambio que introdujo la Revolución Francesa, al consagrar la primacía de la ley sobre el contrato (Bentham) como producto de la voluntad general (Rousseau), considerada como voluntad soberana e infalible del pueblo. En términos reales, la operación revolucionaria fue un proceso que, bajo la apariencia de proclamar la soberanía del pueblo y la de la Nación, sustituyó la primacía del derecho natural por la soberanía ilimitada del Parlamento.

Ese proceso que, como se ha observado desde los comienzos de la Revolución Francesa¹, pudo haberse llevado a cabo en forma evolutiva dentro del marco de equilibrio que impone la doctrina de la separación de poderes, con menos costo de vidas y de sacrificios económicos, implicó el quiebre de la prevalencia del contrato y la subordinación de éste a las leyes. La idea era afirmar el predominio de la igualdad

¹ BURKE, Edmund, "Reflexiones sobre la Revolución francesa (1790)", versión española publicada en el libro Textos políticos, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, ps. 38 y ss.

(principio caro a los revolucionarios) sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos y las tradiciones y privilegios del Antiguo Régimen.

Es decir que, como se ha advertido aun desde la óptica de la doctrina española más autorizada², la Revolución Francesa produjo un giro de ciento ochenta grados al legitimar los cambios legislativos que incidían sobre las situaciones contractuales anteriores.

En esta línea de atenuación del poder absoluto del Parlamento (limitado sólo nominalmente por el derecho de veto del rey) se inscriben tanto el reconocimiento del poder reglamentario vinculado con la ejecución de las leyes que incluso se extiende al llamado reglamento autónomo (de origen monárquico) como la codificación de las leyes. Este último proceso, fundado en la idea de agrupar en un solo cuerpo todo el conjunto de la legislación, principalmente civil y penal, con fundamento en la igualdad, vino en realidad a encapsular el derecho positivo vinculado a las personas y a los bienes, contribuyendo a la estabilidad de las relaciones jurídicas contractuales al consagrarse el principio *pacta sunt servanda* como ley especial. Al propio tiempo y en orden sucesivo, surgieron construcciones jurídicas que procuraron atenuar la rigidez de la supremacía de la ley sobre el contrato (v.gr., derechos adquiridos, irretroactividad de la ley, principios generales del derecho, el hecho del príncipe y la responsabilidad del Estado legislador, entre otros).

No obstante que calificados autores hoy continúan defendiendo a rajatabla el principio de la soberanía de la ley³ -prácticamente quebrado en Europa por obra del derecho comunitario, en el que gran parte de la normativa emana de un órgano común (la Comisión) de carácter ejecutivo y no parlamentario- y que otros siguen aferrados a la antigua concepción de los derechos adquiridos, lo cierto es que la clave para resolver este conflicto se encuentra en un punto distinto que apunta más a la constitucionalidad y a la justicia de las leyes y a la protección de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos, antes que a la intangibilidad de estos últimos, como se verá seguidamente.

² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislados, REDA, Año 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, ps. 1 y ss., especialmente ps. 17/23; ver también, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, t. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, ps. 148 y ss.

³ Véase, GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El principio....", cit., ps. 17/23.

2. La concepción de los derechos adquiridos y el principio de irretroactividad de las leyes en el derecho argentino

En nuestro ordenamiento, la cuestión inherente a la aplicación de las leyes con relación al tiempo constituye una materia tradicionalmente legislada en el Código Civil, sin perjuicio de la primacía que tienen sobre ellas los principios y normas constitucionales⁴.

La conclusión que se desprende de la normativa y realidad argentina, desde la sanción de la Constitución de 1853, es que la ley no constituye el centro del sistema jurídico, sino la Constitución, lo cual implica reconocer que ella ha perdido la característica de norma soberana superior e infalible, hallándose sometida al control de constitucionalidad a cargo de la justicia federal⁵.

En este contexto, el Código Civil recogió el principio del *pacta sunt servanda* estableciendo que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”⁶.

Pero, por otro lado, consagrando una constante jurisprudencia de la Corte Suprema, apoyada por un sector de la doctrina, la reforma introducida en el año 1968 al Código Civil introdujo los criterios básicos a regir en el problema que plantea la aplicación de la ley con relación al tiempo⁷, superando la concepción de los derechos adquiridos⁸ por la intangibilidad de los derechos amparados por garantías constitucionales, lo que no implica sentar, de un modo absoluto, la regla de la intangibilidad de los contratos administrativos que vienen a tener una protección indirecta.

El sistema legal instrumentado se apoya en tres reglas básicas, a saber:

- a) Las leyes se aplica, a partir de su vigencia, a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes.

⁴ Art. 31, CN.

⁵ A diferencia de los sistemas europeos que, tardíamente, instrumentaron el control de la constitucionalidad de las leyes, los sistemas americanos (como el nuestro y el de los Estados Unidos) lo consagraron desde los comienzos del constitucionalismo.

⁶ Art. 1197, CCiv.

⁷ Art. 3º, CCiv.

⁸ Una crítica a esta teoría hizo en su momento BORDA, Guillermo A., “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, ED 28-6.

Ello significa que, salvo que las consecuencias de las relaciones jurídicas se hubieran consumado o perfeccionado, la aplicación de la ley opera en forma inmediata sobre las relaciones que fluyen de un contrato, no considerándose, en principio, su efecto aplicativo un supuesto de retroactividad.

- b) No tienen efecto retroactivo, sea o no de orden público, salvo disposición en contrario.

Esta regla estatuye el principio de la irretroactividad de la ley, que en nuestro derecho tiene base legal y no constitucional⁹, salvo que se prescriba lo contrario.

Al respecto, importa precisar que la retroactividad de la ley en el derecho administrativo se produce cuando:

- I. Se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación jurídica administrativa (unilateral o bilateral, en su formación y efectos) ya constituida o extinguida.
- II. Se atribuyan distintos efectos al acto administrativo originario, ya sea que se trate de un acto unilateral o de un contrato administrativo.
- III. Se reconozcan efectos anteriores a un acto sujeto a aprobación¹⁰.

Al respecto, corresponde puntualizar que de modificarse, en forma preceptiva, reglas anteriores (de origen legal o reglamentario) que pasaron a formar parte de los contratos y al derogarse cláusulas particulares pactadas en los contratos existentes en curso de ejecución (en forma expresa o implícita, por su incompatibilidad con las nuevas normas), la ley nueva tendrá efectos retroactivos.

- c) La retroactividad establecida por la ley en ningún caso puede afectar derechos acaparados por garantías constitucionales.

Frente a la posibilidad de que la ley tenga efectos retroactivo el art. 3º, CCiv., con propósitos meramente didácticos, prescribe lo que resulta obvio:

⁹ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., 4ª ed., t. I, cit., 1990, ps. 220 y ss.; ARECO, Juan S., La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, ps. 158 y ss.

¹⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, 7ª ed., t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 236.

que la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

3. Naturaleza de los derechos contractuales que emanan de las concesiones y/o licencias de servicios públicos y la posibilidad constitucional de su sacrificio. La estabilidad de los contratos y los derechos de los contratistas privados

Conforme a una arraigada jurisprudencia, los derechos contractuales que poseen los concesionarios y/o licenciatarios de servicios públicos constituyen verdaderos derechos de propiedad protegidos por la garantía constitucional que consagra el art. 17, CN, en los siguientes términos:

“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

Ahora bien, el concepto constitucional de propiedad¹¹, de acuerdo con el *leading case* de nuestra Corte Suprema¹², ha sido definido de esta manera: *“...el término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17, CN, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la 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’. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien públicos (derecho a una sepultura) o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de los particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz, electricidad, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17, CN,*

¹¹ Ampliar en SACRISTAN, Estela B., “Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de servicios públicos”, Debates de Actualidad, revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, julio-octubre 2003, Año XVIII, nro. 191, Buenos Aires, 2003, ps. 15/35.

¹² “Bourdié, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital Federal”, Fallos 145:307 (1925).

como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio (...) el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”.

A la vista de dichas cláusulas constitucionales y de las definiciones de la jurisprudencia, es evidente que la sanción de una ley que privase a las empresas de derechos contractuales que integran sus patrimonios, sin declaración legislativa de utilidad pública ni previa indemnización (antes bien recortando las posibilidades de los contratistas a una reparación integral)¹³ debería reputarse francamente inconstitucional.

Obsérvese que en el caso se operaría una alteración definitiva del contenido de los contratos afectando retroactivamente y en forma imperativa relaciones jurídicas constituidas con anterioridad, que se encuentran en curso de ejecución.

Y si bien no existe en nuestro ordenamiento el derecho a la estabilidad de los contratos frente a las leyes, no resulta constitucional imponer a los contratistas del estado un cambio en las condiciones de los contratos que afectará sus derechos de propiedad sin cumplir con los requisitos constitucionales. Lo que el proyecto precisa prever, entonces, para ser constitucional, es la declaración de utilidad pública del sacrificio de los derechos patrimoniales de los concesionarios y/o licenciatarios y un sistema para fijar la previa indemnización (si no se opta por mantener el que rige para la Ley Nacional de Expropiaciones).

En cualquier caso, el sacrificio de los derechos patrimoniales de los concesionarios y/o licenciatarios debe compensarse con una previa e integral indemnización, ya sea que la ley sea reputada inconstitucional o constitucional, ya que en la Argentina se reconoce, en ambos supuestos, la responsabilidad del Estado legislador, tanto en la doctrina¹⁴ como en la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁵.

En definitiva, más que una situación en la que se protege la estabilidad contractual frente a los cambios legislativos o de un supuesto configurador del *factum principis*, de

¹³ En contra de la solución existente en otros países, como Francia, véase: LAUBADERE, André de – MODERNE, Franck – DELVOLVÉ, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª ed., t. II, LGDJ, Paris, 1984.

¹⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, 6ª ed., t. IV, 1997, ps. 776 y ss.

¹⁵ “Corporación Cementera SA v. Provincia de Mendoza”, Fallos 262:22 (1965), y “Garbarini de Cima , Corina y otro v. Provincia de Corrientes”, Fallos 297:161 (1977).

lo que se trata, no es de la intangibilidad de los contratos, sino de la de los derechos patrimoniales que surgen de ellos en la medida en que se encuentran amparados por garantías constitucionales.

Los derechos emergentes de una concesión se encuentran tan resguardados por las garantías prescriptas en la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio, protegidos, sobre todo, por la garantía de inviolabilidad de la propiedad (art. 17, CN).

Ello es lo que surge de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema¹⁶. En tal sentido, autorizada doctrina vernácula ha dicho que “si se impone la modificación del contrato y ello implica una alteración de las bases financieras de la concesión en perjuicio del concesionario, la causa de utilidad pública justifica esa modificación, pero mediante justa indemnización. La intangibilidad no protege la intangibilidad de los pactos, sino la incolumidad del patrimonio en sentido general, es decir, de la propiedad (art. 17), cuando éste sufre disminución particular o especial por utilidad pública”¹⁷.

En resumidas cuentas, lo intangible no son los contratos, sino los derechos patrimoniales, aunque a través de la protección de éstos se proteja también, indirectamente, la estabilidad contractual. Los derechos contractuales pueden comprimirse por razones de emergencia pública a condición de que ésta sea transitoria y no aniquile o destruya los derechos, porque cuando esto ocurre, se configura una suerte de confiscación patrimonial prohibida expresamente por la Constitución, como acontece en todos los países civilizados.

Si el Estado quisiera llevar adelante el cambio de las reglas establecidas incidiendo sobre los contratos celebrados y no hubiera acuerdo con los concesionarios y/o licenciatarios, la única vía jurídica posible e idónea que corresponde es la expropiatoria, respetando las garantías constitucionales y siguiendo el procedimiento previsto en el art. 17, CN.

¹⁶ “Bourdié, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital sobre devolución de sumas de dinero”, Fallos, 145:307 (1925); ver también “Gutiérrez, Gregorio v. Cía Hispano Americana de Electricidad”, Fallos 158:268 (1930), y “Ferrocarril del Sud v. Nación Argentina”, Fallos 183:116 (1939).

¹⁷ BIELSA, Rafael, Derecho administrativo, t. II, Desalma, Buenos Aires, 1955, p. 260.

