

Título: Los contratos públicos y la reciente Ley de Emergencia

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/8497/2012

## LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA RECIENTE LEY DE EMERGENCIA

por JUAN CARLOS CASSAGNE

### I. UN ESTADO BASADO EN LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA ES LA NEGACIÓN DE LA LIBERTAD

En los últimos años, el Estado argentino ha transitado por un camino sinuoso, creando —por acción u omisión— grandes obstáculos que impidieron la marcha correcta y aun la subsistencia de sus principales instituciones.

La experiencia ha venido a demostrar, una vez más, que los éxitos económicos iniciales alcanzados a partir del proceso de reforma del Estado no fueron acompañados por políticas públicas coherentes con la transformación operada que siguió, en gran parte, las pautas de la globalización económica del mundo.

Lejos estamos de pretender describir en este trabajo lo bueno y lo malo de la reforma del Estado iniciada en 1989, y menos aún, de las políticas fiscal y monetaria seguidas por los distintos gobiernos que la ejecutaron. Pero hay algunos hechos que, no obstante que parecían definitivamente anclados en el pasado y casi borrados de la memoria colectiva, han vuelto a resurgir con una fuerza y extensión extraordinarias.

Lo cierto es que fuera de otros vicios que anidan tanto en los gobernantes de turno como en la sociedad misma, el sistema legal argentino ha transitado en los tres períodos constitucionales que siguieron al advenimiento de la democracia, un estado de emergencia permanente (1), que ha terminado por minar las bases en que se apoyaban las instituciones generando una inseguridad jurídica mayúscula.

Lo increíble de todo esto es que pese a ese status irregular del sistema, hayamos podido atraer importantes inversiones privadas que ahora enfrentan el dilema de subsistir o retirarse del escenario en que actúan, o bien, restringir sus actividades, lo que no podrá impedirse por más que algún dirigente político sueñe que basta con dictar alguna ley o decreto para que ello no ocurra.

A una situación de emergencia puede llegarse por varias causas; algunas son ajenas al Estado y otras provocadas por su directo accionar. Lo típico que ha venido caracterizando las diferentes situaciones de emergencia (y las consecuentes leyes o decretos de necesidad y urgencia) es el hecho de que su origen deriva, fundamentalmente, de actos de los poderes públicos (del Congreso y de la Administración).

A su vez, la construcción —artificial o no— de continuas leyes de emergencia las despoja de su excepcionalidad y transforma situaciones que, por su naturaleza, deben ser transitorias, en situaciones permanentes y definitivas. Esta mutación radical conduce, como se verá seguidamente, a la paradoja de que lo normal y ordinario del sistema legislativo sea, precisamente, su anormalidad.

En efecto, si, como es sabido, la emergencia permite que, en forma transitoria, se comprima o limite el ejercicio del derecho de propiedad de los ciudadanos, el solo hecho de que numerosas leyes y decretos (cuyo enunciado resulta obvio realizar aquí) la hayan decretado hace que el derecho de gozar, usar y disponer de los bienes que aquellos precisan para el desarrollo de su dignidad personal y social se vea afectado de tal modo que torne ilusoria su propia existencia y la garantía constitucional que instituyó nuestra sabia Constitución histórica de 1853 en las cláusulas constitucionales que le confieren protección, particularmente en los arts. 14 y 17 de la

CN.

En ese contexto, las relaciones jurídicas que nacen de los contratos regidos por el derecho público celebrados entre la Administración y los particulares resultan las más afectadas por cuanto su recomposición, al depender directamente de las finanzas públicas, encuentra mayores dificultades para restablecer el equilibrio alterado por la violación del *pacta sunt servanda*, máxime cuando la economía se desploma por la pérdida del valor de la moneda y la caída del nivel relativo de ingresos de los actores económicos que dan sustento a las distintas ecuaciones financieras de los contratos, cuyos desequilibrios aumentan cuando se generan, al propio tiempo, dificultades internas y externas para acceder al crédito en condiciones razonables de competitividad (disponibilidad y tasa de interés).

De cara a esta situación, caótica en el plano económico, poco pueden hacer los remedios tradicionales que brinda el derecho administrativo, pues se invierte la regla de la solvencia estatal desapareciendo así el presupuesto básico que permite hacer jugar la responsabilidad del Estado, al menos en el orden interno.

Y mucho más importante que encontrar los culpables de la situación o de solucionar los problemas individuales que todos padecemos es tratar de restaurar el edificio que se desploma sobre la base de un plan de equilibrio fiscal y de estabilidad jurídica que devuelva a los particulares la confianza que han perdido en el funcionamiento normal de las instituciones del Estado.

Ese plan no podría limitarse sólo a la preservación del valor de la moneda, instrumento indispensable para los intercambios que se producen en el seno de cualquier economía, sino que debe encarar una profunda reforma de las instituciones estatales para colocarlas al servicio de la comunidad, eliminando los vicios más notorios del sistema político y administrativo, como son, entre otros, el desequilibrio de los presupuestos públicos y la evasión fiscal junto a la corrupción y la excesiva burocracia. La restauración debe ir así más allá de los valores económicos y comprender la moral pública y el buen orden de la Administración y demás órganos de los restantes poderes del Estado.

La anquilosis institucional que nos agobia conduce a pensar si no será necesario encarar en el futuro una reforma constitucional que reduzca el llamado costo de la política y que implique limitar el dictado de medidas demagógicas y populistas, promoviendo al propio tiempo una renovación en los cuerpos representativos del Estado en todos sus niveles a fin de recuperar la confianza que la mayoría de los argentinos precisamos para invertir en el país y atraer nuevas inversiones del exterior. Pero, por el momento, ello no parece oportuno ya que podría introducir un nuevo factor de incertidumbre.

En ese marco, no hay que perder de vista la necesidad de establecer reglas razonables que garanticen la estabilidad de los contratos administrativos ya que de ellos depende la realización de obras públicas indispensables y la prestación de servicios esenciales a la población, habida cuenta de que la actividad económica del modelo del Estado subsidiario, que empezó a regir tras la reforma de 1989 (alterada sucesivamente en los últimos años), debe necesariamente mantenerse en niveles de competitividad acordes con las exigencias de la globalización.

De la aplicación e interpretación razonable de la reciente ley de emergencia económica a los contratos regidos por el derecho público, así como de las fórmulas que se arbitren para corregir los desequilibrios provocados por los actos del propio Estado, dependen, en buena medida, las posibilidades que existen para salir de la profunda crisis en que estamos, sobre la base del principio del sacrificio compartido y con la mira puesta en que habrá que recrear las condiciones mínimas que hagan posible el crecimiento armónico de la economía.

## II. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA EMERGENCIA Y LA DOCTRINA DE LA "ÉTICA DE MÍNIMA"

Cuando nos referimos al estado de necesidad mentamos una situación en que se encuentra una realidad dada

que nos obliga a actuar de una determinada manera o nos dispensa de hacerlo según las reglas ordinarias que rigen el curso de nuestras conductas.

Esta afirmación lleva de la mano otra: que en el orden jurídico constitucional así como en el derecho administrativo no cabe concebir un Estado de Necesidad con mayúsculas (a no ser por la costumbre de recalcar la trascendencia de ciertas instituciones), ya que si el Estado es la comunidad perfecta y soberana por excelencia no cabe que se funde en una situación de necesidad que lo justifique y absorba. Y menos aún, el Estado de Derecho, que es la fórmula que condensa la distribución de los poderes y las garantías debidas a los particulares, puede llegar a traducirse en un derecho de emergencia, entendido éste como el conjunto de normas que autorizan la suspensión transitoria de los derechos constitucionales o la dispensa de determinadas cláusulas de la Constitución, por la carencia de los supuestos de hecho reales previstos en las respectivas normas.

Esto último que siempre se ha considerado como un remedio extraordinario a que acuden los Estados para defender la subsistencia de la sociedad o la propia conservación institucional no constituye una suerte de bill de indemnidad que justifica el aumento de los poderes de los gobernantes, sino que requiere ajustarse a la doctrina que Sagüés califica como "ética de mínima" (2).

Esta doctrina, que se funda en que la necesidad puede generar derecho (*necessitas ius constituit*), admite su funcionamiento como remedio extraordinario y restrictivo dentro de la Constitución, oponiéndose a la llamada "ética de máxima", que subordina el derecho y sus fines a la propia necesidad, como producto del poder de los gobernantes. Esta necesidad de Estado, sólo justificada en el poder, contraría los principios del derecho natural y constituye la negación del Estado de Derecho, que es el principal basamento del orden constitucional en los países civilizados. La suerte de los derechos de propiedad, entre otros, y, consecuentemente, la estabilidad de los contratos, podrían quedar sometidos a la decisión de los gobernantes de turno, sin respetarse los límites constitucionales y legales.

Se impone entonces la denominada "ética de mínima", cuyo fundamento puede ubicarse (como se dijo antes) en el principio de subsistencia de la sociedad y del Estado, o bien, como contrapartida, el derecho de la sociedad a poseer un Estado en el que anida un poder inherente a la defensa de la comunidad, en base a una interpretación extensiva de los derechos no enumerados que prescribe el art. 33 de la CN (3).

### III. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA EMERGENCIA. LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Vamos a situarnos en el plano de la emergencia como opción constitucional. Aunque quizás pudiera llegar a sostenerse que, dado el estado de grave deterioro de las finanzas públicas, la cuestión hay que plantearla en el terreno de la denominada dispensa constitucional, aun en este supuesto anormal y extremo no se podrían afectar elementales principios del derecho natural y positivo como son, por ejemplo, los principios de igualdad y de razonabilidad en sus distintas facetas aplicativas (4).

En cualquier caso, la configuración de la emergencia en el ámbito del derecho público, y fundamentalmente en los aspectos sustantivos y procesales del derecho administrativo, condensa un conjunto de fórmulas preceptivas que justifican su encuadramiento en el orden constitucional, tal cual ha sido ella concebida en el modelo de la Constitución argentina y en su fuente norteamericana, las cuales han sido desarrolladas a través de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El contenido de esas reglas —propias del derecho consuetudinario constitucional— constituye un repertorio de principios que deben respetarse para asegurar la constitucionalidad de la legislación de emergencia, y tiene como punto de partida el reconocimiento de los hechos que configuran el estado de necesidad que origina la situación excepcional de emergencia, la cual puede justificar la delegación de facultades en el Poder Ejecutivo conforme al art. 76 de la CN. A partir de allí, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado una serie de exigencias que juegan como presupuestos para determinar la constitucionalidad de cualquier legislación de

emergencia al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes 23.696 y 23.697.

En algunos precedentes la Corte se ocupó de señalar las pautas que permiten definir una situación de grave perturbación social y económica a los efectos de justificar el empleo de remedios extraordinarios y excepcionales (5).

Entre los principales requisitos establecidos por la Corte se cuentan:

a) La emergencia no puede consistir en la supresión o aniquilamiento de los derechos constitucionales habida cuenta de que las leyes que la consagran no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y que la "Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone pues el sometimiento de la misma a la Constitución y el derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no ha sido derogado" (6). En ese sentido, no habilitaría para frustrar un derecho adquirido por una ley o un contrato, sino sólo a suspender su goce de un modo razonable, entendiéndose que la suspensión no implica desnaturalizar el derecho constitucional regulado (7).

En resumidas cuentas y tal como se desprende de la doctrina judicial norteamericana, la emergencia no origina poderes inconstitucionales a favor de los gobernantes "ni suprime ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder otorgado o reservado" (8).

b) El segundo de los requisitos constituye una derivación del señalado en el punto a) precedente, con el propósito de que la nueva regulación no destruya o frustre definitivamente el derecho reglamentado, privándolo de eficacia práctica (9), exigiendo que la restricción o suspensión que prescribe la norma de emergencia sea transitoria (10).

En este aspecto, el art. 1° de la ley 25.561, al declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delega una serie de facultades en el Poder Ejecutivo hasta el 10 de diciembre de 2003, sin perjuicio de prescribir otros plazos menores (vgr: art. 11, ley cit.).

c) En tercer lugar, la ley de emergencia ha de soportar una suerte de test de razonabilidad que demanda, aparte de la acreditación de las circunstancias justificantes, que se den estos requisitos:

— existencia de una finalidad pública que consulte los intereses generales de la comunidad (11) sin imponer sacrificios especiales que recaigan sobre determinadas personas y excluyan arbitrariamente a otras;

— una adecuada proporción entre los medios que prescribe la emergencia y los fines de bien común (12) que persigue la legislación.

En conclusión, el marco constitucional de la emergencia requiere que no se conculque de un modo definitivo el núcleo de derechos básicos de la Constitución, particularmente los derechos de propiedad de los particulares (art. 17), el principio de igualdad ante la ley (art. 16) y la garantía de la razonabilidad o justicia consagrada en el art. 28 de la CN.

A su vez, cuando la legislación de emergencia delega en el Poder Ejecutivo facultades para dictar las medidas de excepción o de limitación de los derechos constitucionales, resulta preceptivo el cumplimiento de los recaudos estatuidos en el art. 76 de la CN, a saber: a) declaración legislativa de la emergencia; b) fijación de un plazo para el ejercicio de las facultades delegadas y c) determinación de las bases de la delegación o de la

política legislativa. Tal es el caso de la reciente ley 25.561 que, en este punto, se ajusta al referido precepto constitucional.

Finalmente, no hay que confundir el ejercicio de las facultades delegadas que el Poder Ejecutivo ejerce a través de los respectivos reglamentos conforme el art. 76 con la figura del reglamento de necesidad y urgencia que autoriza, a partir de la reforma constitucional de 1994, el nuevo art. 99, inc. 3° de la CN.

En efecto, este tipo de reglamento, también fundado en el estado de necesidad, puede comprender o no la limitación de los derechos constitucionales que es propia de la doctrina de la emergencia y establecer, por razones de urgencia imperiosa, normas que, de ordinario, pertenecen a la competencia del Congreso, sujetas a la aprobación de éste último (13).

#### IV. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 25.561 EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

En primer lugar, cabe advertir que la ley 25.561 implica la pretensión de retornar tanto al sistema nominalista que rigió en el país aproximadamente hasta el año 1976 (modificado a partir de entonces por la jurisprudencia que admitió la actualización monetaria), como al mantenimiento de la interdicción de incorporar a los contratos mecanismos de indexación de precios o fórmulas de actualización de costos que prescribía la Ley de Convertibilidad (14).

Sin embargo, en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, la rigidez de los principios de la Ley de Convertibilidad cedió frente a la necesidad de atraer inversiones privadas y garantizar razonables tasas de rentabilidad, lo que así fue reconocido por diversas leyes (vgr. las leyes que rigen los servicios de gas y electricidad) e incorporados mediante cláusulas específicas en los respectivos contratos de concesión o de licencia.

Hay que advertir también que la mencionada prohibición de utilizar mecanismos de actualización monetaria, indexaciones de precios o variaciones de costos rige "con las salvedades previstas en la presente ley" conforme el texto del art. 7° de la ley 23.398 (con las modificaciones introducidas por la ley 25.561), salvedades que, como se verá seguidamente, se aplican a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos.

El sistema que surge de los arts. 8°, 9° y 10 de la ley de emergencia 25.561 resulta bastante complejo y requiere de una interpretación armónica de sus prescripciones para que ellas tengan algún sentido jurídico y económico.

Por de pronto, su ámbito de aplicación es amplio y, a la vez, restrictivo. Su amplitud se revela a poco que se advierte que prácticamente todos los contratos regidos por el derecho público, y no sólo los contratos administrativos típicos, quedan comprendidos en la nueva regulación de emergencia (vgr. los contratos regidos parcialmente por el derecho privado que contengan elementos pertenecientes al derecho público, como la competencia y la forma). Pero, al propio tiempo, el ámbito de aplicación se circunscribe a los contratos celebrados por la Administración Pública, lo cual permite inferir que se han excluido los contratos celebrados por otros poderes del Estado (Legislativo y Judicial).

Mientras el art. 8° consagra los principios generales aplicables a los contratos de obras y de servicios públicos, los arts. 9° y 10 se refieren principalmente a estos últimos, en virtud de su peculiar naturaleza y la necesidad de regulaciones específicas que deberán adoptarse en el marco de la renegociación contractual prevista en la ley.

El art. 8° contiene las siguientes reglas:

- a) derogación de las cláusulas de ajuste en dólares o en otras divisas extranjeras;
- b) derogación de las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio;
- c) que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas quedan fijados en pesos a la relación de cambio un peso igual a un dólar estadounidense, lo cual, en los hechos, implica el congelamiento de los aumentos contractuales basados en las cláusulas contractuales derogadas.

Esas derogaciones de las cláusulas contractuales importan la modificación unilateral de los respectivos contratos públicos, situación que, en la medida que afecte la ecuación económico-financiera de cada contrato, genera el derecho del contratista a obtener su recomposición y, en caso de no ser ello posible, el derecho a rescindir el respectivo contrato (15). La compensación debida a los contratistas resulta del derecho de éstos a la intangibilidad de la ecuación patrimonial que constituyó la base de la contratación, la cual se encuentra protegida por la garantía constitucional de la propiedad que emerge del art. 17 de la CN (16).

Ahora bien, el art. 9° autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar todos los contratos comprendidos en el artículo anterior, y en el caso de aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, consagra una serie de criterios, a saber: 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.

Va de suyo que el reconocimiento de la rentabilidad empresarial traduce uno de los términos esenciales de la ecuación económico-financiera en esta clase de contratos, la cual debe permanecer incólume para mantener subsistentes las garantías que protegen los derechos de propiedad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, amparados tanto por los principios del derecho público interno como por los numerosos tratados de protección de las inversiones extranjeras celebrados por Argentina con la mayor parte de los países en que se encuentran radicados los inversores.

En tales supuestos cede la prohibición de establecer fórmulas que autoricen mecanismos de variación de las tarifas por variaciones de costos, ya que en contratos de larga duración no puede obligarse a los concesionarios a soportar las pérdidas consecuentes. Igualmente, será necesario reestablecer los desequilibrios financieros provocados por la ruptura unilateral de la ecuación financiera, ya que las concesiones no podrán subsistir mucho tiempo mientras sus ingresos tarifarios se encuentren congelados en pesos y tengan que pagar los préstamos y sus intereses en dólares, tal como acontece en la mayor parte de los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios públicos.

De cualquier manera, los cambios que se introduzcan en los diferentes contratos deben ser efectuados en forma transparente, armonizando el interés de los clientes o usuarios con la viabilidad económica de las concesiones y licencias, en base a sistemas que se caractericen por su sencillez metodológica y predictibilidad, despejando las incertidumbres interpretativas que suelen frenar las inversiones en sectores claves de nuestra economía (17).

El capítulo referido a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos se cierra con una norma (art. 10) que enfáticamente proclama que las disposiciones previstas en los arts. 8° y 9° en ningún caso autorizarán a suspender o alterar el cumplimiento de las obligaciones.

Lo menos que cuadra decir de esta norma es que, interpretada a la letra, constituye una causal típica de arbitrariedad legislativa, habida cuenta de que se establece, por una parte, la modificación unilateral de los contratos y se reconoce, por la otra, que habrá que renegociarlos para ajustarlos a las nuevas circunstancias que los alteraron, no se les puede exigir a los contratistas que no suspendan ni alteren el cumplimiento de sus

obligaciones. Como una norma semejante sería a todas luces inconstitucional (por abierta violación de la garantía constitucional del art. 17), cabe interpretar que ella sólo rige en cuanto la modificación unilateral del contrato no altere sustancialmente el equilibrio financiero de la ecuación que le sirve de base y en tanto exista una razonable posibilidad de mantener la continuidad del servicio.

El deber del contratista se limita a mantener la subsistencia del contrato y la continuidad del servicio en tanto los ingresos provenientes de las tarifas permitan mantener la ecuación vigente a la fecha de la ley, adecuando los planes de inversión, si ello resulta necesario, a la nueva ecuación resultante de la ley, hasta tanto se recomponga el equilibrio contractual de la concesión o licencia.

(1) La literatura sobre la emergencia ha sido en los últimos años tan nutrida como constante; véase además de los citados en el curso de este trabajo, entre otros, los estudios de BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL, 1991-C-141; y de HALPERIN, David - CANOSA, Armando N. - MARTORELLO, Beatriz R., Emergencia económica. Ley 25.344, Buenos Aires, 2001.

(2) SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", Anales, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXV, segunda época, nro. 28, Buenos Aires, 1990, ps. 11/12, anota como antecedente de esta doctrina a Francisco Suárez, citado en el clásico trabajo de BIELSA, Rafael, "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo", que publicó originariamente en el Anuario del Instituto de Derecho Público, t. III, Rosario, 1940, p. 85.

(3) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho...", cit., ps. 36 y ss.

(4) LINARES, Juan F., La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª ed., Buenos Aires, 1980.

(5) Fallos, 313:1368 ("Videla Cuello") y 313:1513 ("Peralta").

(6) JA, 26-903.

(7) Fallos, 243:467.

(8) LINARES QUINTANA, Segundo V., "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", LL, 30-908 y ss.

(9) Fallos, 209:405.

(10) La jurisprudencia de la Corte sobre el punto ha sido reiterada en numerosos precedentes, véase Fallos, 136:171 ("Ercolano v. Lantieri de Renschaw"); 200:450 ("Martini e hijos"); 202:456 ("Ghiraldo").

(11) Fallos, 202:456; 238:76, entre otros.

(12) Fallos, 200:450; 202:456, etc.

(13) Este punto lo hemos desarrollado en nuestro Derecho administrativo, T. I, 6ª ed., Buenos Aires, 2000, ps. 153/154.

(14) Cfr. las modificaciones introducidas en los arts. 7º y 10 de la ley 23.928.

(15) MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. III-A, Buenos Aires, 1983, p. 400; funda el derecho de rescindir el contrato en el art. 19 de la CN.

(16) Véase CASSAGNE, Juan C., El contrato administrativo, Buenos Aires, 1999, ps. 73/77.

(17) Véase DE QUINTO, Javier, "Principios económicos de tarificación", en ARIÑO, Gaspar (ed.), Precios y tarifas regulados, Granada, 2001, ps. 248 y ss.