

Título: Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1994-D, 948

Cita: TR LALEY AR/DOC/18035/2001

Sumario: SUMARIO: I. Quid de la regulación. -- II. Los marcos regulatorios: su contenido básico. -- III. El sistema tarifario: diversidad de fuentes. Naturaleza del acto o cláusula de determinación de tarifas. -- IV. El retorno de la concepción contractual en la fijación de las tarifas de los servicios públicos. -- V. Las fórmulas tarifarias previstas en los ordenamientos sectoriales y contratos de concesión. -- VI. El principio del equilibrio económico-financiero de la concesión o licencia y su proyección al derecho del concesionario a la modificación tarifaria. -- VII. Técnicas y principios de interpretación de los marcos regulatorios y actos de aplicación. -- VIII. Las sanciones previstas en los marcos regulatorios: tipos de sanciones y principios aplicables. Naturaleza del acto administrativo sancionatorio. -- IX. Régimen de los bienes: lo atinente a la reversión en los contratos de concesión o de licencia de servicios públicos. El rescate

#### I. Quid de la regulación

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura básicamente --en su dimensión normativa-- como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales (en este ámbito resulta trascendente la garantía de razonabilidad) [\(1\)](#). Como la dinámica regulatoria se traduce en fuentes de naturaleza reglamentaria, a través de la técnica de la delegación o atribución de funciones a los entes reguladores, hay un cúmulo de principios generales aplicables en este ámbito que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad (v. gr. reglas que rigen la competencia y la procedencia de la delegación; el principio de inderogabilidad singular del reglamento, etc.). Y, a su vez, al descenderse al plano de la aplicación de las normas legales o reglamentarias, la actividad administrativa concreta creadora de situaciones jurídicas subjetivas (mediante la técnica del acto administrativo) tiene que respetar las reglas del procedimiento administrativo y los requisitos establecidos para la validez de los respectivos actos. De ese modo y sin perjuicio de la importancia valorativa de otros fines, también esenciales de la actividad regulatoria (v.gr. tutela de los usuarios), no hay que perder de vista la función garantística que en todo estado de derecho cumplen tanto el procedimiento como la institución del acto administrativo, para hacer posible que la actividad prestacional se desenvuelva con arreglo al principio de legalidad.

La necesidad de la regulación aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma. Desde luego que el grado e intensidad de la regulación no son ilimitados ni absolutos, siendo mayor en aquellos supuestos donde existen situaciones de monopolio o exclusividad, aunque no todo servicio público posee per se estas características. En menor grado, también están alcanzadas hoy día por las regulaciones administrativas las llamadas actividades de interés público.

En la actualidad se viene sosteniendo que la regulación económica tiene un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, ente otras, la función de estimular y proteger la libre competencia [\(2\)](#) en beneficio de los consumidores, lo que implica adoptar, en forma previa o concomitante, una política de segmentación de los diversos mercados junto a la desregulación de las actividades comerciales o industriales con el objeto de afirmar las libertades básicas del mercado. De lo contrario --el ámbito donde se encuentran oferta y demanda-- recibiría señales falsas o artificiales alterándose el sistema natural de formación de los precios y las condiciones de las transacciones que inciden sobre ellos. Se sabe, por la experiencia de los sistemas interventores, que el costo de los mecanismos estatales que inciden artificialmente sobre el mercado termina siendo pagado por la propia comunidad, sobre cuyos miembros recaen los efectos nocivos de una economía ineficiente e inflacionaria.

Ahora bien, el sentido actual que asume la regulación económica --desarrollada con una intensidad mayor en el campo de los servicios públicos-- no implica que el Estado abdique de las otras finalidades básicas establecidas en los diferentes marcos regulatorios. Esas finalidades se centran en los aspectos siguientes: (i) asegurar la estabilidad de los suministros; (ii) alcanzar grados óptimos de eficiencia y calidad en los servicios y (iii) proteger las libertades de los usuarios (un ejemplo de ello es la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales).

El objeto de la regulación económica se circunscribe a las actividades vinculadas a la satisfacción de necesidades cuyo régimen de prestación aparece regulado por el derecho público. En unos casos, las necesidades son de primer orden, es decir primordiales (servicios públicos), mientras que en otras son meramente generales (actividades de interés público). Aquí nos referiremos principalmente, a aquellos servicios indispensables que se satisfacen a través de prestaciones de naturaleza económica (3) en mérito a los caracteres comunes que presentan los respectivos regímenes jurídico-administrativos y al hecho que la titularidad y, en definitiva, la responsabilidad de su control recae sobre el Estado (4).

En Argentina, han sido declarados servicios públicos el transporte y la distribución de gas (5) y de electricidad (6), el transporte ferroviario, la provisión de agua potable y la operación del sistema de desagües cloacales (7) mientras que no asumen ese carácter las actividades de generación de electricidad y de gas (8), las que configuran meras actividades de interés público. En cuanto al servicio telefónico cuadra apuntar que a la declaración legislativa de la ley 19.798 (Adla, XXXII-C, 3422) --que lo considera servicio público-- se añade la circunstancia de que el Pliego que sirvió de base para la licitación (punto 10.1.2.) y el contrato de transferencia hacen referencia al servicio público que deben prestar los licenciarios (9), aparte de que su régimen jurídico, contiene, en aspectos sustanciales, principios propios del régimen jurídico que rige los servicios públicos (v.gr. en materia de obligatoriedad e igualdad tarifaria) al menos mientras subsista la exclusividad de las licencias (10).

## II. Los marcos regulatorios: su contenido básico

El proceso de privatizaciones de las empresas prestatarias de servicios públicos ha sido acompañado del dictado de una serie de normas reguladoras, en el orden nacional, de la respectiva actividad, las que tienen unas veces su fuente en una ley formal y material y, en otras, en reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo. El conjunto de las normas aplicables a un determinado sector ha recibido el nomen juris de Marco Regulatorio, aunque, en rigor, se trata de algo más que de fijar los principios o bases que deben guiar la regulación, pues el contenido de cada marco regulatorio constituye un sistema completo e integrado, dejando sólo los detalles o pormenores para las reglamentaciones que dicten los distintos órganos de aplicación, mediante el ejercicio de las facultades que les han sido delegadas (11).

Para un sector de la doctrina española que ha seguido las pautas del esquema formulado por Giannini (12), la sistematización de la acción administrativa tendiente a regular las actividades económicas privadas aparece circunscripta a las siguientes funciones: a) Ordenación de los elementos subjetivos de la empresa; b) ordenación de la actividad empresarial, y c) ordenación de la producción (13).

Sin embargo, como se verá seguidamente, el panorama que exhibe la regulación de los servicios públicos en Argentina es mucho más rico y diverso, como consecuencia, quizás, de haberse privatizado, en forma global y sistematizada, la gestión de los principales servicios públicos nacionales.

En ese sentido, sin dejar de reconocer la relatividad que entraña toda sistematización, los marcos regulatorios de los servicios públicos han enfocado la respectiva ordenación sectorial en los siguientes aspectos: A) fijación de los objetivos de política general que no son otros que los fines que persiguen los marcos regulatorios de cada sector; B) ordenación de los requisitos subjetivos inherentes a las empresas que prestan el servicio o actividad (aquí la regulación define quiénes son los sujetos que llevan a cabo las distintas actividades --v.gr. producción, transporte, distribución--, hallándose regulados la mayor parte de los requisitos subjetivos, que se exigen a las empresas concesionarias o licenciarias, en los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones o concursos); C) regulaciones genéricas y sectoriales aplicables a la actividad prestacional. Este contenido es algo así como el núcleo central de la regulación y comprende: (i) declaración legal sobre la publicatio de cada actividad; (ii) limitaciones (14) y prohibiciones; (iii) procedimientos para acceder a la habilitación (concesión, licencia o mera autorización); (iv) normas sobre la calidad técnica de los servicios y/o productos, aun cuando muchas de estas normas figuran en los respectivos contratos que instrumentan la habilitación y, otras, han sido objeto de delegación en los entes regulatorios; (v) los principios que rigen el sistema tarifario y los procedimientos establecidos para su ajuste o modificación; (vi) disposiciones relativas a la creación, fines y potestades de los entes regulatorios; (vii) prescripciones acerca de los procedimientos y control jurisdiccional estableciendo, en algunos casos, reglas especiales como el procedimiento de la audiencia pública (15) y, por último, el régimen sancionatorio aplicable en los supuestos de incumplimiento de las cláusulas de la licencia o contrato de concesión, como, asimismo, en casos de violación de las normas regulatorias.

En lo que sigue vamos a precisar aquellos aspectos principales que configuran una suerte de fondo común de los marcos regulatorios. Cabe advertir, de otra parte, que el fenómeno regulatorio de los servicios públicos no se agota con las leyes o decretos que sancionan los marcos normativos puesto que responde a una diversidad de fuentes entre las que figuran, entre otras, los decretos reglamentarios de cada marco, las resoluciones de esa

naturaleza provenientes de la Administración concedente y de los entes regulatorios y los pliegos y las cláusulas de las licencias o contratos de concesión, a más de la posibilidad que siempre existe de que la regulación aparezca a posteriori del complejo normativo y contractual existente al momento del acto de adjudicación, hecho éste que plantea no pocos problemas jurídicos.

### III. El sistema tarifario: diversidad de fuentes. Naturaleza del acto o cláusula de determinación de las tarifas

En materia tarifaria los marcos regulatorios fijan, por lo general, los principios aplicables por cuyo medio los concesionarios o licenciatarios pueden retribuir los costos y obtener una utilidad razonable, medida en términos de eficiencia comparativa.

Pero los marcos regulatorios (con origen en una ley o un decreto), no son las únicas fuentes que regulan lo atinente a tarifas. En algunos casos, es la propia ley la que remite a los pliegos de condiciones por los que se licitan las habilitaciones (16) mientras que, en otros, la determinación de las tarifas tiene como base un acto de la Administración concedente, o bien, surge de las cláusulas de la licencia o del contrato de concesión, ya sea en forma integral o como complemento del plexo normativo.

Esta última circunstancia es, precisamente, la que ha vuelto a replantear en nuestra país la cuestión concerniente a la naturaleza de la fuente jurídica que las fija y, consecuentemente, el tema de la potestad tarifaria en cabeza de la Administración (17).

En España, después de haberse sostenido ab initio la concepción de la tarifa fraccionada como corolario de la relación contractual que vinculaba al concesionario de servicios públicos con el Estado concedente, ha venido postulándose la tesis que atribuye carácter reglamentario al acto que fija o aprueba las tarifas de los servicios públicos. Esta corriente cobró singular relieve en una clásica obra de Ariño publicada en el año 1976 (en la que es advertible la influencia de Jèze) donde se puntualiza:

"A lo largo del siglo XIX y primeros años del XX la cuestión tuvo su molde jurídico regulador en la figura concesional clásica, de la que deriva una situación contractual presidida por un principio jurídico: el principio de riesgo y ventura, bajo el que la gestión del servicio era asumida, y la intangibilidad de la remuneración en los términos pactados. En el seno de la relación contractual, y ante una Administración no intervencionista y una economía estable, el poder tarifario era como tal inexistente; no era realmente una potestas, sino un ius derivado de la concesión, tanto para el concesionario (que no podía ver sus tarifas alteradas) como para la Administración y el usuario que tenía el derecho a que aquél no las elevase nunca por encima de los términos pactados (18)".

Los principales fundamentos en que se basaba entonces Ariño eran dos: por un lado, la quiebra del principio de riesgo y ventura en el contrato de concesión y su reemplazo por el de cobertura suficiente y por el otro, que siendo el poder tarifario una potestad administrativa tal poder es irrenunciable y no puede ser objeto de pacto alguno con el concesionario (19).

Como consecuencia, frente a la cuestión (20) que plantea el ejercicio de la potestad tarifaria por el concesionario, se ha sostenido que éste carece de derecho subjetivo tanto a una determinada tarifa como al ejercicio del poder tarifario, reconociéndole como único derecho el relativo al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. Dicha conclusión, en esa época, fue terminante en el sentido de que el acto de determinación tarifaria posee siempre naturaleza normativa (21). Cabe recordar que a una conclusión similar, acerca del carácter de norma del acto de fijación de las tarifas, arribó unos años antes otro prestigioso catedrático español (22).

Esta fue también la línea doctrinaria y jurisprudencial seguida en Argentina con anterioridad a la ola de nacionalizaciones ocurrida a partir de 1946. En efecto, las más autorizadas opiniones de esa época --siguiendo a Jèze-- negaron el carácter contractual de la tarifa sosteniendo que en todos los casos se trataba de normas reglamentarias (23) y una línea similar se marcó por parte de la jurisprudencia (24).

En la doctrina posterior continuó afirmándose la naturaleza reglamentaria de la tarifa como parte integrante de las reglas inherentes a la organización del servicio público (25), sin perjuicio del derecho del concesionario a intervenir en su fijación (26), habiéndose también sostenido esta tesis en trabajos realizados después de iniciado el proceso de privatizaciones (27) y aun luego de la sanción de los marcos regulatorios aplicables a cada sector (28).

### IV. El retorno de la concepción contractual en la fijación de las tarifas de los servicios públicos

La procedencia de las fórmulas contractuales para la determinación de las tarifas de los servicios públicos depende de los ordenamientos jurídicos generales y sectoriales de cada país pues el servicio público no deja de ser, como casi todas las instituciones administrativas, una categoría histórica cuyo implante y modulación varía según el lugar y la época en que vaya a aplicarse. Esto no significa que por la influencia que siempre reflejan determinados sistemas del derecho comparado no sea útil efectuar algún excursus breve acerca de esta cuestión.

En este punto el sistema que se aproxima más a las formulaciones implantadas recientemente en Argentina, es el francés, donde conviven la potestad tarifaria estatal junto a la posibilidad de que las tarifas emerjan del cahier de charges ya sea en forma automática o dentro de un maximum o tope como un derecho del propio concesionario limitado por el principio de igualdad (29).

Y si bien la tesis mayoritaria en la doctrina francesa se inclina todavía por atribuir naturaleza reglamentaria a la tarifa (30), lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado no vacila en negarle potestad a la Administración para modificarla unilateralmente, sobre la base de que ello altera el equilibrio económico-financiero de la concesión (31). Esta posición de la jurisprudencia conduce a sostener (en la doctrina francesa) una doble naturaleza para la tarifa: reglamentaria, respecto de los usuarios del servicio público y contractual, en lo que atañe a las relaciones entre concesionario y concedente (32).

En Argentina, desde el comienzo del proceso privatizador, la concepción contractual para la fijación o modificación tarifaria afirma una tendencia que no se puede desconocer ni ignorar (33). Pero antes de adentrarnos a los lineamientos generales de los regímenes tarifarios aplicables en cada sector creemos que corresponde analizar, en el plano estrictamente doctrinario, los principales argumentos que se han formulado para negar naturaleza contractual a la tarifa.

El argumento de la potestad de dirección y organización del servicio público, como potestad irrenunciable del Estado para la fijación de las tarifas, encuentra su propia refutación en la circunstancia de que el pacto que autoriza al concesionario a fijarla no implica enajenar o transferir la potestad (34), sino acordar lo inherente a su ejercicio en base a una habilitación legal. En todo caso, si las potestades, como poder del que deriva una situación de sujeción (35), requieren de una base objetiva de habilitación para su nacimiento nada impide sustentar que la norma permite que se configure, en cabeza del concesionario, la potestad tarifaria como consecuencia de un acuerdo bilateral (poder que debe ejercer en el marco del contrato y de los ordenamientos regulatorios) reservándose siempre la Administración concedente (o el ente regulatorio, en su caso) la potestad de control sobre la tarifa, poder este último que, en principio, resulta irrenunciable (36).

Es por demás obvio que ello no implica confundir la potestad con el ius, en tanto el poder del concesionario para fijar tarifas previsto contractualmente tenga su fuente en el derecho objetivo (v.gr. Pliego de Condiciones o Marco Regulatorio) lo que no impide que esa habilitación normativa sea ejercida a través de un acuerdo de voluntades que genera obligaciones para los clientes o usuarios, en mérito a la incidencia que el contrato administrativo puede tener respecto de terceros (37) fenómeno especialmente advertible en la concesión de servicios públicos.

Otro de los argumentos argüidos para desechar la posibilidad de atribuir a la tarifa naturaleza contractual se ha pretendido afincar en la quiebra del principio de riesgo y ventura que caracterizaba al contrato administrativo (38) y su sustitución por el principio denominado indirectamente de cobertura suficiente (39), equilibrio económico-financiero del contrato (40), intangibilidad de la remuneración del contratista (41) o mutabilidad del contrato administrativo (42).

En rigor, esta recepción de principios, operada en el seno de la figura contractual, que abandona la rígida estructura de la contratación y procura adaptarla a la realidad cambiante en la que se desenvuelve, reafirma y no desplaza la necesidad de que las cláusulas contractuales de la concesión regulen lo atinente a la tarifa como una garantía para exigir del concedente el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión. De lo contrario, sólo le cabría, al concesionario, una acción resarcitoria para pretender la compensación debida cuando posee el poder de fijar la tarifa en virtud del pacto celebrado con la Administración concedente.

Por estas razones resultan más ventajosos los sistemas más o menos automáticos (43) de reajuste y actualización que, con base normativa y contractual, habilitan al concesionario a fijar la tarifa cuando se producen ciertos hechos o acontecimientos que alteran la economía del contrato, sin perjuicio del control que corresponde a la Administración concedente o a los entes reguladores, en su caso.

Otro procedimiento de fijación contractual de la tarifa, también utilizado en el derecho argentino, consiste en establecer el cuadro tarifario en el contrato de concesión sobre la base de unas "tarifas máximas" dentro de las cuales el concesionario desarrolla su política tarifaria y hasta puede beneficiarse dado que una mayor eficiencia en el manejo de los costos del servicios mejora la rentabilidad de la inversión al mantenerse inalterada la tarifa.

Es evidente, al menos en Argentina, que estos mecanismos que, en líneas generales, han seguido las licitaciones convocadas para los distintos sectores y empresas que han sido privatizadas a partir de 1989 reportan una doble ventaja ya que, mientras por una parte sustraen la cuestión de las tarifas de las decisiones políticas muchas veces discrecionales y con propósitos puramente electorales, por la otra, reducen

significativamente las posibilidades de corrupción.

En conclusión, la condición jurídica de la tarifa y el poder del concesionario para fijarla conforme a las cláusulas del contrato de concesión es algo que no corresponde establecer a priori ni en forma dogmática pues todo dependerá, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos (general y sectorial). Estos ordenamientos pueden establecer que la tarifa constituya un acto de alcance general, o bien, atribuir el poder de su fijación al concesionario en forma automática (cuando se cumplen ciertos parámetros) o dentro de un máximo acordado para estimular la eficiencia. Por lo demás, si la tarifa tiene base contractual, el concesionario posee un derecho subjetivo que le acuerda legitimación para demandar la protección judicial, derecho éste que incluye la posibilidad de obtener las medidas cautelares del caso para que la sentencia no resulte ineficaz o imposible de cumplir dado que, en materia tarifaria, se torna muy difícil para el concesionario recuperar los atrasos.

En resumidas cuentas, desde el punto de vista jurídico el acto de fijación de tarifas no constituye un reglamento (44) en razón de no integrar el ordenamiento jurídico (45). Y aunque ese acto pueda participar, en algunos supuestos, de la condición propia de los actos de alcance general, hay que advertir que el fenómeno puede explicarse también por vía del efecto general que ciertos contratos --como el de concesión de servicios públicos-- operan respecto de terceros que son ajenos a la relación contractual (ej. usuarios). Lo que sí parece una predicción afirmada en el curso del proceso argentino de privatizaciones, es el reconocimiento de la aptitud del contrato para convertirse en fuente derivada o complementaria de la potestad tarifaria en cuyo supuesto la tarifa integra las cláusulas convencionales, configurando una cláusula exorbitante que delimita el marco jurídico donde el concesionario ejerce la facultad de conformidad al ordenamiento (46). En tal sentido, al no fundarse la cláusula exorbitante en un derecho preexistente, viene a operar como una delimitación que acota el contenido normal del derecho del concesionario.

En otros casos, cuando la potestad pertenece in totum a la Administración concedente y se ejerce fuera del contrato administrativo, no rige el principio contractual de la intangibilidad tarifaria y cualquier modificación que altere el equilibrio económico-financiero debe ser corregida no por vía tarifaria sino mediante una compensación o subvención que restituya la ecuación contractual.

#### V. Las fórmulas tarifarias previstas en los ordenamientos sectoriales y contratos de concesión

Existen numerosos sistemas y fórmulas para determinar las tarifas (47) que se han reflejado en los respectivos Marcos Regulatorios y en los contratos de concesión o licencia.

En principio, las tarifas deben retribuir todos los costos reales del servicio más una utilidad razonable (48). En la actualidad, la mayor parte de las fórmulas tarifarias contienen, básicamente, cuatro elementos, a saber: a) costos de explotación; b) amortización de activos; c) un factor de rentabilidad de la inversión (que puede estar implícito cuando la tarifa es máxima) y d) impuestos, tasas y demás gravámenes fiscales (49).

La característica que presenta el régimen jurídico aplicable a empresas prestatarias de servicios públicos en Argentina, radica en la diversidad de técnicas utilizadas en los distintos ordenamientos sectoriales y contratos de concesión o licencia. En efecto, una mayor semejanza sólo resulta visible entre los sistemas tarifarios de la electricidad y del gas, como se verá seguidamente.

A continuación vamos a puntualizar algunos aspectos que han presidido la fórmula tarifaria en los distintos procesos de privatizaciones, donde la tarifa tiene, indudablemente, una base contractual.

##### V.I. Electricidad y gas

El Marco Regulatorio eléctrico (art. 40, ley 24.065 --Adla, LII-A, 82--) prescribe que los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, con arreglo a los siguientes principios:

"(a) Proveerán a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retornos determinada conforme lo dispuesto en el art. 41 de esta ley;

(b) Deberán tener en cuenta las diferencias razonables que existan en el costo entre los distintos tipos de servicios considerando la forma de prestación, ubicación geográfica y cualquier otra característica que el ente califique como relevante".

En forma complementaria, el art. 41 dispone que:

"Las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad, a aquellas empresas que operen con eficiencia. Asimismo, la tasa deberá:

- a) Guardar relación con el grado de eficiencia operativa de la empresa
- b) Ser similar, como promedio de la industria, a la de otras actividades de riesgo similar o comparable nacional e internacionalmente".

A su vez, cada contrato de concesión contiene un cuadro tarifario inicial (50) válido por un período de cinco (5) años que se ajustará a los siguientes principios:

"(a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido; tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la presente ley;

(b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios;

(c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones;

(d) Las tarifas estarán sujetas a ajustes que permitan reflejar cualquier cambio en los costos del concesionario, que éste no pueda controlar;

(e) En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a un usuario o categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios".

Las tarifas subsiguientes, así como las modificaciones, deben ser aprobadas por el ENRE (51) a diferencia de otros países donde el órgano que la aprueba pertenece a la Administración Central (52).

## V.2. Gas

Según el Marco Regulatorio del gas (art. 37, ley 24.076 --Adla, LII-B, 1583--) las tarifas aplicables a los consumidores serán el resultado de: a) precio de gas en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) tarifa de transporte y c) tarifa de distribución.

Como regla general (53), las tarifas deben ajustarse a los siguientes principios:

a) Proveer a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable, según se determina en el siguiente artículo;

b) Deberán tomar en cuenta las diferencias que puedan existir entre los distintos tipos de servicios, en cuanto a la forma de prestación, ubicación geográfica, distancia relativa a los yacimientos y cualquier otra modalidad que el ente certifique como relevante;

c) El precio de venta del gas por parte de los distribuidores a los consumidores, incluirá los costos de su adquisición. Cuando dichos costos de adquisición resulten de contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, el Ente Nacional Regulador del Gas podrá limitar el traslado de dichos costos a los consumidores si determinase que los precios acordados exceden de los negociados por otros distribuidores en situaciones que el ente considere equivalentes;

d) Sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos en los incisos precedentes, asegurarán el mínimo costo para los consumidores compatible con la seguridad del abastecimiento.

Y de un modo similar a lo prescripto en el Marco Regulatorio eléctrico se fija el criterio de una "razonable rentabilidad"(54) conforme a estas pautas:

a) Que dicha rentabilidad sea similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable;

b) Que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios;

Se prescribe un cuadro tarifario inicial en base a tarifas máximas (55) previéndose su ajuste conforme a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejan los cambios de valor de bienes y servicios representativos de la actividad de los prestadores. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción y mantenimiento de instalaciones ..."(56).

## V.3. Teléfonos

También aquí se partió de un cuadro tarifario inicial, distinguiéndose entre tarifas vigentes a la toma de posesión, al período de transición y de exclusividad y las posteriores a la etapa de exclusividad (57).

Si bien en los instrumentos que sirvieron de base al concurso (58) se estableció el derecho de ajustar las tarifas a los efectos de alcanzar una tasa de retorno anual del 16% sobre los activos fijos sujetos a explotación,

en los contratos de transferencia (celebrados con Telecom y Telefónica) las concesionarias renunciaron a ese derecho, estableciéndose un nuevo sistema de base contractual.

Este sistema tarifario, previsto en los contratos de transferencia (V.gr. cláusula 16.2.1. del contrato de Telefónica), faculta a la sociedad licenciataria a realizar la actualización periódica de la tarifa aplicable a la toma de posesión según la evolución mensual de los índices de precios al consumidor entre el mes anterior al de toma de posesión y el mes anterior al de aplicación de la tarifa, sin perjuicio del ajuste que corresponda por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles o hechos o actos del Estado que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a cargo de las licenciatarias.

Interesa destacar que la vigencia de las tarifas opera al día siguiente de su publicación sin necesidad de aprobación previa, lo que configura uno de los criterios más novedosos a la luz del conjunto de regímenes tarifarios existentes [\(59\)](#).

#### V.4. Agua potable y desagües cloacales

El régimen tarifario inicial, así como los programas y pautas de revisión periódica de las tarifas se fijan en el contrato de concesión [\(60\)](#). De acuerdo a lo prescripto en el Marco Regulatorio el sistema tarifario de la concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales tiene que ajustarse a estos principios generales:

a) Propenderá a un uso racional y eficiente de los servicios brindados y de los recursos involucrados para su prestación.

b) Posibilitará un equilibrio consistente entre la oferta y la demanda de servicios. El concesionario no podrá restringir voluntariamente la oferta de servicios.

c) Atenderá a objetivos sanitarios y sociales vinculados directamente con la prestación.

d) Los precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales incluyendo el margen de beneficio del concesionario e incorporando los costos emergentes de los planes de expansión aprobados.

e) Permitirá que los valores tarifarios aplicados a algunos segmentos de usuarios equilibren el costo económico precisado en el inc. d), de otros grupos de usuarios del sistema.

Este precepto culmina con una garantía tarifaria mínima al estatuir que "el monto resultante de las tarifas facturadas a los usuarios deberá permitir al concesionario, cuando éste opere eficientemente, obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados".

VI. El principio del equilibrio económico-financiero de la concesión o licencia y su proyección al derecho del concesionario a la modificación tarifaria

Tanto la concesión de servicios públicos como la figura de la licencia de explotación de servicios públicos constituyen contratos administrativos en razón de su objeto [\(61\)](#), que reflejan una equivalencia de prestaciones nacida de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular concedente o licenciataria.

En el mantenimiento de esa equivalencia durante la vida del contrato administrativo (y siempre que la economía de ésta no se distorsione por culpa del contratista), estriba una de las distinciones de mayor trascendencia existentes entre el régimen jurídico de los contratos administrativos y los contratos privados (civiles o comerciales).

En efecto, en el derecho público todas las técnicas correctoras de los desequilibrios económicos-financieros no juegan, en principio, para la resolución o extinción de la relación contractual [\(62\)](#) sino para mantener inalterada la ecuación económico-financiera del contrato.

Así concebida, la superación del principio de "riesgo y ventura" en los contratos administrativos implica que el contratista privado asume sólo los riesgos propios y normales de su gestión, quedando a cargo de la Administración todos aquellos riesgos que le son ajenos [\(63\)](#), ya provengan de actos o hechos del propio Estado o de caso fortuito o fuerza mayor.

#### VI. 1. La teoría del contrato administrativo y sus relaciones con el Derecho civil

La progresiva construcción de los principios y reglas aplicables al contrato administrativo demuestra cómo esta institución, que comenzó modelándose dentro de un esquema de casi absoluta dependencia del derecho privado, fue modificando la aplicación de las soluciones privatistas hasta alcanzar cierta autonomía científica que le permite abastecerse con los fundamentos y técnicas que le provee el derecho público, principalmente el derecho administrativo.

Fue un proceso lógico --y hasta si se quiere previsible-- en virtud de la posición privilegiada que el Estado

asume en el contrato administrativo, donde la jerarquía de los fines que persigue, en relación a los interesados particulares de quienes se vinculan contractualmente con la administración, justifica la distinta situación jurídica en que ésta se halla colocada en la relación contractual con el particular o administrado.

La inserción de la figura del contrato administrativo en el derecho público no se hizo sin esfuerzos y sin traspasar estadios intermedios. Entre éstos, cuadra apuntar que el primitivo montaje de los principios se efectuó en forma paralela al Derecho civil del cual tomó gran parte de sus contenidos adaptándolos a las peculiaridades propias de su naturaleza, lo que tenía la ventaja de que, agotadas las soluciones publicistas, quedaba un ancho margen de derecho común aplicable al Estado (64).

En este siglo, sin embargo, el crecimiento del derecho administrativo dio lugar a la concepción de éste como derecho común de la administración pública (65), sin excluir la aplicación del derecho privado, para cierto tipo de relaciones, cuando las entidades administrativas realizan meras actividades industriales y comerciales y no persigan un fin público inmediato (66).

En este proceso evolutivo cuadra señalar que otras concepciones propugnaron una completa autonomía para el derecho administrativo bajo el lema de la "huida de derecho privado" (67), lo que hubiera tenido como consecuencia forzosa la aplicación del bloque del derecho administrativo a todas las relaciones en que fuese parte de la administración pública, incluso aquellas inherentes al tráfico mercantil (v. gr., actividad bancaria estatal) (68). Pero esta tendencia extrema ha chocado abiertamente con la realidad que exhiben la legislación (69) y la jurisprudencia de los tribunales, habida cuenta que la unidad final que tiene el derecho es algo que difícilmente pueda desvirtuarse con concepciones puramente idealistas desvinculadas de aquella realidad.

Desde luego, no se puede desconocer que existe una sustancial distinción en punto a los principios que inspiran al derecho privado y al derecho público respecto a su naturaleza, fines y posición de las partes en la relación jurídica. Pero de allí a sustentar la tesis de la aplicación exclusiva del derecho administrativo a todas las relaciones que vinculan a las personas con el Estado (en forma directa o por medio de sus entidades), hay una distancia muy grande que, al acortarse, genera el peligro de que la situación desemboque en un estado de inseguridad jurídica y de injusticia, frente a la natural incompatibilidad de ciertas normas públicas para regir las situaciones que plantea el accionar estatal mediante formas jurídicas privadas o cuando la actividad fuera, por ejemplo, de naturaleza típicamente comercial.

En este contexto, la teoría del contrato administrativo, como la categoría más trascendente entre los acuerdos que suele celebrar la administración (70), ha tenido un desarrollo considerable, abasteciéndose, en principio, de sus propias formulaciones, lo cual no impide la aplicación analógica de las reglas y principios del Derecho civil o comercial, aplicación que se lleva a cabo --como ha dicho la Corte Suprema-- "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia" del derecho administrativo (71).

Ahora bien, la necesidad de compensar los desequilibrios que se producen en el ámbito de la contratación pública ha dado lugar a una serie de técnicas aplicables a las diferentes situaciones que se presentan, algunas de las cuales pertenecen al derecho administrativo; otras, como la teoría de la imprevisión, son de origen privado, aunque su resurgimiento en este siglo tuvo primero lugar en el campo del derecho público con motivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia.

Sin embargo, no se puede negar el fondo común que, desde la óptica realista, traduce la tesis de que el contrato constituye, al cabo, en su esencia, un intercambio voluntario de prestaciones que viene a realizar, en su ámbito el equilibrio o igualdad que procura la justicia.

## VI.2. La compensación de los desequilibrios en el contrato administrativo

Tanto en el contrato administrativo como en el regido por el derecho civil o comercial celebrado entre dos particulares, pueden producirse desequilibrios que afecten las bases de lo acordado o la llamada ecuación económico-financiera del contrato, por lo cual, a primera vista, no parecería necesario establecer soluciones diferentes para el restablecimiento del equilibrio contractual.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron que esa alteración del equilibrio de las prestaciones podía provenir de actos del propio Estado cuando modificaba unilateralmente el contrato en ejercicio de la potestas variandi, y que esta circunstancia tenía que incidir en la extensión y alcance de la compensación, la cual no debía limitarse a una ayuda a subsidio para morigerar las pérdidas del contratista (como acontecía al aplicar la teoría de la imprevisión), sino en una reparación integral de la ecuación, ya que no es justo que se obligue al contratista a extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la remuneración pactada.

De otra parte, para lograr la mayor transparencia posible en las cotizaciones que formulan los contratistas y disminuir así el peligro de que trasladen los riesgos contractuales a las propuestas (72), se perfilaron sistemas de revisión de precios ex lege que compensan no sólo el riesgo imprevisto, sino hasta los mayores costos



previsibles por las partes al momento de celebrar el contrato administrativo, tal como acontece entre nosotros con el régimen instituido por la ley 12.910 (Adla, VII-40) (73).

VI.3. Continuación. el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo: su fundamento común

La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo, como una condición implícita en la concesión de servicio público, en la cual se halla comprendida la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se le otorgan al contratista y lo que se le exige fue establecida por primera vez en Francia, en un caso promovido por el Ministro de Obras Públicas contra la Compañía Francesa de Tranvías, resuelto en el año 1910.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado, recogiendo la conclusión de León Blum, expuso el principio, en términos que son todavía citados y seguidos por la doctrina moderna (74), al sentar la tesis de que corresponde a la esencia de todo contrato de concesión de servicio público encontrar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, las cuales "deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige (75)".

En la misma época, casi paralelamente a dicha formulación, nacida para corregir el desequilibrio provocado por el ejercicio de la potestas variandi --que habilita a la administración para modificar unilateralmente el contrato--, el Consejo de Estado, frente al cambio de las circunstancias originalmente pactadas, aplicó la cláusula rebus sic stantibus, o teoría de la imprevisión, y con la idea de morigerar las pérdidas que ese cambio provocaba, reconoció una ayuda en favor del contratista, sin compensar, empero, la totalidad de su déficit financiero.

La extensión de esta teoría al campo de la contratación administrativa, si bien al principio fue resistida, provocando --como recuerda Hauriou-- casi un escándalo (76), terminó por ser reconocida ampliamente más que para propugnar la resolución contractual, como ocurrió en las aplicaciones que de ella se hizo en el derecho privado, para revisar el contrato, con el objetivo básico de no alterar la continuidad de la obra o servicio público (en sentido amplio) (77).

Es evidente que en el derecho público todas las teorías correctoras de los desequilibrios tienen un fondo común que está dado básicamente por una circunstancia de hecho, como es la modificación de las condiciones contractuales originarias que altera el equilibrio financiero entre las obligaciones y los derechos, las cargas y los beneficios, junto a un principio jurídico general que conduce al restablecimiento en forma total o parcial, de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, lo cual no es óbice para la coexistencia de diferentes técnicas de garantías adaptadas a cada situación, como se verá en el punto siguiente.

Esto es así por cuanto existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de nociones, propias del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas. Este fundamento encuentra su directa apoyatura en principios generales del derecho administrativo, algunos de los cuales tienen, entre nosotros, recepción positiva en la Constitución Nacional (v.gr., art. 16, Constitución Nacional, en cuanto prescribe la igualdad ante las cargas públicas).

Este último principio, conectado con la necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública configura, en rigor, el principal fundamento en que se apoyan las distintas técnicas (hecho del príncipe, revisión de precios, imprevisión, etc.) para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo (78).

En efecto, si sobre el contratista pesa la carga de tener que ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea a causa del área administrativa provocada por hechos del propio Estado (factum principios) o provenga de un área que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta justo otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas del Estado sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos "una carga que no pesa sobre las demás personas" (79).

A su vez, como todo menoscabo patrimonial impuesto en beneficio público debe ser indemnizado, por aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17, Constitución Nacional), cuando tal situación acontece en el contrato administrativo, se impone el restablecimiento de la ecuación económico-financiera, por aplicación de aquel principio constitucional (80).

A lo expuesto cabe añadir que la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador (81) de la actividad concreta que cumple la administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales (82).

#### VI.4. Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa

Se ha sostenido, por parte de la doctrina, que la justificación del principio del equilibrio financiero del contrato reposa en razones inherentes a la justicia distributiva vinculadas a la igualdad, proporcionalmente comparativa, que se da entre las propuestas de los diferentes oferentes que concurren al procedimiento de selección contractual (83).

Pero aparte de que dicha tesis no alcanza a explicar plenamente el motivo por el cual igualmente se corrigen los desequilibrios mediante el procedimiento de revisión de precios o mayores costos instituidos por la ley 12.910 y complementarias, en casos donde no ha existido concurrencia (v.gr., contrataciones directas), lo cierto es que no constituye una derivación de la teoría clásica de la justicia (84) y contrasta con lo que acontece en el plano de la realidad.

Ello por cuanto la remuneración pertenece, en todo contrato, a la justicia conmutativa, por cuanto el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra, cosa o servicio contratado, sin atender, en principio, a la condición personal, salvo que esta condición influya decisivamente sobre la calidad o especialidad de la respectiva obra, cosa o servicio.

Hay, pues, una igualdad de objeto a objeto que difiere de la igualdad proporcional que es propia de la justicia distributiva.

En cambio, como lo hemos sostenido anteriormente (85), cuando el Estado distribuye bienes comunes en virtud del principio de igualdad proporcional, que toma en cuenta la situación de cada persona en la sociedad, el gobernante ejerce la virtud de la justicia distributiva, la cual, si bien no deja de ser justicia individual o particular (lo debido por la comunidad a sus miembros como partes del todo de esa comunidad), reposa en una igualdad proporcional entre la cosa y la persona, entre la prestación debida y la situación personal de esa persona en la sociedad.

La materia de la justicia contractual se resuelve casi siempre por aplicación de principios propios de la justicia conmutativa. Así lo ha resuelto nuestro más alto tribunal al apuntar que "en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa ... ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite commensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas, situación equitativa que resulta alterada cuando ... por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido notablemente su valor real"(86).

Además, en el plano de la realidad los criterios legales y jurisprudenciales que se han dado para mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo, descansan sobre el aumento o disminución que sufren las cosas o servicios contratados por acontecimientos económicos no imputables al contratista, sin establecerse igualdad proporcional alguna respecto de las personas que contratan a los efectos de fijar los valores que se compensan o indemnizan.

#### VI.5. Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato

En lo que sigue vamos a analizar algunas de las peculiaridades de las principales técnicas de garantía del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, como son: a) la compensación por el ejercicio de la potestas variandi; b) el hecho del príncipe; c) la teoría de la imprevisión; y d) la revisión de precios ex lege.

##### a. La compensación por el ejercicio de la "potestas variandi"

Las modificaciones que directamente, en forma unilateral (87), puede introducir la administración en el objeto del contrato generan el consecuente derecho del contratista a ser compensado de todas las consecuencias económicas que generen tales modificaciones.

Es sabido que el poder modificadorio de la administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable (88), y que tiene sus límites jurídicos racionales --uno de los cuales es, precisamente, el que veda afectar la sustancia o esencia del contrato (89)--, existiendo también límites legales, respecto de los contratos de obra pública y de suministro, donde la legislación ha tasado el máximo dentro del cual puede ejercerse la mencionada potestad (90). De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a

rescindir el contrato.

En caso de que se produzca, en forma ilegítima la modificación unilateral del contrato administrativo, el contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración (91), a fin que se mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera originaria.

b. El hecho del príncipe ("factum principis")

La teoría del hecho del príncipe, que ha sido calificada como una de las más confusas del derecho administrativo (92), nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato.

A diferencia de la alteración del equilibrio financiero que se opera por el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contrato, el hecho del príncipe concierne a medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual (93).

Por ese motivo se ha sostenido que debe tratarse de medidas de carácter general (94), que adopte el Estado, sean legítimas o no (lo que puede incidir en la extensión del resarcimiento) (95), mientras que si la medida es de alcance particular, el caso encuentra aplicación dentro de la responsabilidad contractual, donde la reparación corresponde en plenitud, aun cuando provenga de una ley formal, siempre que pertenezca al mismo orden de competencia constitucional bajo el cual se realizó el contrato (v.gr., nacional, provincial o municipal, en caso de tener estos entes reconocida autonomía en las constituciones provinciales).

Poco importa, pues, si la medida general proviene o no de la administración contratante, del órgano legislativo pertinente (96) o de otra entidad estatal con personalidad jurídica encuadrada en dicha administración, ya que en todos estos supuestos se consume un "álea administrativa" por una medida general que torna aplicables los principios que rigen en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Para que el contratista pueda invocar el hecho del príncipe para obtener el reajuste del contrato afectado por un álea de esa naturaleza, se requiere que la medida general: 1) sea de índole económica o financiera; 2) provoque una excesiva onerosidad sobreviniente; 3) sea imprevista (97) y no exceda el álea normal de todo contrato; 4) exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato; y 5) que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista que al resto de las personas a quienes se les impone la medida de alcance general, cuyas consecuencias resultan asimilables a la imposición de cargas públicas (98).

c. La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato, recogida en nuestro Código Civil a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) (99).

El desarrollo de esta teoría, que se hallaba, según algunos, también insinuada en el derecho romano (100) se perfila nítidamente en la Edad Media en la cláusula rebus sic stantibus, donde se postula el respeto por la palabra empeñada, en tanto las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el contrato no sufran alteraciones fundamentales que trastruequen el equilibrio contractual.

Su recepción en este siglo obedeció --como se ha visto-- a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que la aplicó en el caso "Compañía de Gas de Burdeos", donde reconoció que cuando el cambio de circunstancias causaba una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del concesionario y se trataba de un "álea económica" imprevisible, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiese compensar sus pérdidas y continuar en la ejecución del contrato de concesión, manteniendo la continuidad del servicio público (101).

Las condiciones que regulan su procedencia han tenido una sistematización rigurosa en el derecho público (102), sosteniéndose la necesidad de que concurren simultáneamente diversos requisitos, a saber: 1) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; 2) que ella sea sobreviniente, o sea, que el acogimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento (103); 3) se trate de un "álea económica", y no de un "álea administrativa"; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista (104); 5) no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato (105); 6) que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo del hecho determinante del "álea económica" (106).

Ahora bien, en la medida en que uno de los objetivos fundamentales de la adopción de la cláusula rebus sic stantibus por el derecho administrativo es la continuidad del servicio público (expresión, ésta, que debe concebirse aquí en sentido amplio, es decir, equivalente a función administrativa), el déficit o quebranto debe ser transitorio (107). De producirse un acontecimiento que trastruque definitivamente el cumplimiento del contrato, sería aplicable la teoría de la fuerza mayor (108) o del caso fortuito (de darse los supuestos correspondientes), o bien, podría configurarse un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado, ya fuera la respectiva actividad legítima o ilegítima.

La aplicación de la teoría de la imprevisión puede ser invocada tanto por el contratista como por la administración, y no se traduce en una compensación integral sino en una ayuda por la cual se distribuye el "álea económica" entre ambos (109), sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato y sólo soporte la parte de las pérdidas que una razonable interpretación del contrato permita dejar a su cargo (110).

En el derecho administrativo, donde la resolución contractual está más limitada que en el derecho civil, el principal efecto de la teoría de la imprevisión radica en la revisión del contrato (111).

#### d. La revisión de precios "ex lege"

La llamada revisión de precios o régimen de mayores costos (112) apareció fundada en sus comienzos en la teoría de la imprevisión, con motivo de los aumentos extraordinarios de precios ocurridos especialmente durante y después de la segunda guerra mundial, circunscribiéndose al contrato de obra pública.

Entre nosotros, a diferencia de lo que acontece en otros derechos, como el español, donde la revisión de precios resulta de la cláusula pactada en cada contrato (113) o en los pliegos de la licitación, se trata de una revisión ex lege, regulada básicamente por el sistema instituido por las leyes 12.910 y 15.285 (Adla, XX-A, 42) y sus decretos reglamentarios (114).

Su fundamento es similar a los demás sistemas y técnicas que tienden a preservar el equilibrio financiero del contrato, esto es, a evitar el grave daño a los intereses públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión, ésta, que resultaría casi siempre inútil, por la simple circunstancia de que si la administración rescindiera el contrato tendría que adjudicar las obras a los nuevos precios, con inclusión de los mayores costos producidos (115).

Esta técnica ha sido acompañada de una nutrida jurisprudencia y traduce, en nuestro ordenamiento nacional, el grado más alto de protección de los derechos de quienes contratan con la administración en la medida en que mantiene incólume la ecuación económica del contrato, compensando las variaciones de costos que ocurren durante su ejecución, sin reparar en que éstos sean o no imprevisibles.

Esto último, en virtud del carácter endémico de la inflación que padeció nuestro país, cuya situación económica condujo a que el sistema estructurado se aparte de la teoría de la imprevisión para adquirir perfiles propios, bajo la forma de una garantía de orden público (116) instituida tanto a favor del contratista como de la administración. En este sentido, las distinciones más significativas con aquella teoría radican esencialmente en que: a) no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; b) no se requiere que el aumento del precio sea excesivo (117); c) el resarcimiento es pleno e integral; d) configura una obligación que asume la administración al celebrar el contrato y que queda a él incorporada.

VI.6. La proyección del principio del equivalente económico en el derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario

El derecho del concesionario o licenciatario a obtener el reajuste tarifario como consecuencia de la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas que no le son imputables, se configura --como se ha visto-- como un auténtico y pleno derecho subjetivo.

Y si bien la forma de realización concreta de ese derecho puede variar de acuerdo a cada régimen jurídico o situación contractual, el concesionario o licenciatario poseen el derecho de exigir a la Administración concedente el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato ya sea a través de una indemnización o compensación (que, en principio, es integral), o bien, mediante la modificación de la tarifa que rige la concesión o la licencia o el otorgamiento de subvenciones (118).

En el derecho argentino y precisamente en las diferentes normas y cláusulas que contienen las regulaciones económicas puede hacerse una sistematización básica según: (i) que el derecho a modificar las tarifas sea ejercido por el propio concesionario o licenciatario sin intervención previa de la Administración o (ii) que se requiera la previa aprobación de la tarifa por la autoridad concedente.

En el primer caso, la modificación tarifaria dispuesta por el concesionario (siempre sobre bases regladas) se aplica en forma automática (119) lo cual no excluye el debido y razonable control que pueda llevarse a cabo por

parte de la autoridad concedente o de los entes regulatorios.

Y aunque los marcos regulatorios o las cláusulas de los contratos de concesión o de licencia limiten o restrinjan el alcance del derecho a mantener intangible la ecuación económico-financiera de la concesión o licencia (120) este derecho existe con independencia de su reconocimiento legislativo, reglamentario o contractual pues tiene base en normas y principios constitucionales (arts. 16, 17, y 28, Constitución Nacional, entre otros) no pudiendo ser objeto de renuncia en virtud de la naturaleza de orden público que se le atribuye (121).

#### VII. Técnicas y principios de interpretación de los marcos regulatorios y actos de aplicación

La hermenéutica no sólo es una técnica que se vincula con la interpretación del derecho positivo sino que utiliza también principios o directivas que exigen conciliar lo que es propio de todo sistema jurídico (incluidas sus reglas interpretativas) (122) con los elementos que proporcionan la realidad en cada caso determinado y los principios generales del derecho (123). Particularmente, en la interpretación de los marcos regulatorios hay que destacar el papel que desempeñan los principios generales del derecho administrativo (124).

Este método interpretativo de carácter tridimensional (125) trasciende el ámbito de la hermenéutica normológica a que se ceñía la interpretación positiva y tiene en cuenta tanto la realidad como el orden de los valores (justicia). En ese contexto, ya se trate de actos de alcance general como de actos de alcance individual que tienden a escoger una solución concreta para el caso, rigen en esos ámbitos una serie de principios de interpretación o pautas aplicables, a saber:

A. La interpretación integrativa de los fines u objetivos fijados en los marcos regulatorios y la protección de los usuarios

La armonización del rango de cada uno de los fines dentro del conjunto de los objetivos demanda muchas veces una interpretación integrativa que resuelva el conflicto entre ellos --sin asignarle como regla general-- prevalencia a uno sobre otro. De ese modo, si uno de los fines de los marcos regulatorios consiste en la protección de los usuarios o consumidores, esta protección no puede traspasar las normas regulatorias y las cláusulas de los contratos de concesión o licencia afectando los derechos de los concesionarios o licenciarios. Tampoco se podría interpretar que corresponde beneficiar al usuario en perjuicio de la calidad técnica del servicio. Se trata de un límite implícito de los poderes que tienen asignados los entes regulatorios para proteger a los usuarios.

Por lo demás, la Administración no ejerce la representación de los usuarios y menos aún la tienen los entes regulatorios que han de actuar con imparcialidad en el ejercicio de las funciones que tienen a su cargo, muchas de ellas de naturaleza típicamente jurisdiccional. Si la Administración tuviera la representación de los usuarios, carecería de sentido el procedimiento de Audiencia Pública donde los usuarios actúan ante los propios entes regulatorios en defensa de un interés común.

B. Flexibilidad de la interpretación en el ámbito de la regulación económica y contratos de concesión o, licencia

Se ha dicho que la realidad económica hace que la Administración tenga que enfrentarse, con frecuencia, con "supuestos de difícil penetración jurídica", heterogéneos y complejos y que la exigencia de obrar con celeridad impuesta muchas veces por la coyuntura obliga a una flexibilidad en su actuación que supera todo formalismo (126).

Por aplicación de este principio, por ejemplo, la proyección de la igualdad licitatoria queda limitada por las modificaciones que se introduzcan a posteriori, siempre que no se altere la esencia y fines del contrato de concesión o licencia y el cambio de circunstancias hubiera obligado igualmente a modificar el contrato cualquiera fuere el adjudicatario (127).

Otro supuesto de flexibilidad lo proporciona la interpretación de los contratos de concesión de distribución de electricidad, a través de la cual el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires han reconocido la situación especial de los barrios carenciados y asentamientos de emergencia, estableciendo una regulación no prevista en el contrato de concesión. Esta nueva regulación, instrumentada en un denominado Acuerdo Marco, implica una modificación del contrato de concesión en lo que respecta a la no aplicación de las normas de calidad del servicio aguas arriba de los centros de transformación vinculados a los asentamientos y barrios carenciados (128).

Pero, en definitiva la flexibilidad de la actuación de la Administración y su informalismo no deben conducir al desconocimiento de las garantías y derechos que fluyen del ordenamiento jurídico (129), principalmente de la Constitución y de los principios generales del derecho (130).

C. El carácter restrictivo de las actuaciones públicas que limitan las libertades económicas

Se ha señalado con acierto que la desregulación y el consecuente aumento de las libertades económicas no genera la eliminación del poder del Estado y que, al contrario, puede ocurrir que se acreciente (131) a raíz de la necesidad que tiene el Estado moderno de estimular y, en algunos casos, regular la libre competencia y combatir los abusos monopólicos.

Nuestra Constitución reconoce, explícitamente, entre los derechos constitucionales básicos el de libertad para el ejercicio de las actividades industriales y comerciales (art. 14, Constitución Nacional). Se trata, en el más amplio sentido, de la libertad económica, comprensiva de la libertad de empresa, base imprescindible del sistema económico de mercado que reconoce la libre función del capital y de las iniciativas individuales, a condición de que sean lícitas.

El ejercicio de las libertades económicas y puntualmente, el ejercicio del comercio e industria, son como apunta Bidart Campos: "actividades humanas y en cuanto humanas, privadas, es decir libradas a la iniciativa de los particulares" (132) por lo que rige con plenitud en esta materia el principio de subsidiariedad. De ahí deriva el corolario que sustenta el carácter restrictivo de toda intervención administrativa que limite las libertades (133).

Hay que tener en cuenta, además, que si bien en todo sistema constitucional no hay derechos absolutos, ello no implica que las regulaciones económicas puedan cercenar o suprimir el respectivo derecho ya que como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación "reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad" (134).

Los límites del poder regulatorio del Estado se encuentran, en primer lugar, en la propia Constitución (principio de legalidad, no confiscación, no configuración de figuras penales y de tributos sin ley previa, etc.) y entre los principios constitucionales que de un modo especial figuran en el capítulo de las limitaciones del poder regulatorio del Estado, hay dos que lo encabezan y que aparecen, casi siempre, recíprocamente influenciados: son los principios de razonabilidad e igualdad. El primero de ellos, corolario del art. 28 de nuestra Constitución, incluye tanto la llamada razonabilidad en la selección de los supuestos de hecho que contempla la regulación como la adecuación o proporción entre los motivos y fines de la ley frente a las medidas restrictivas que impone a los particulares (135) mientras que la igualdad comporta esencialmente lo que en los marcos regulatorios se vincula con la exigencia legal de no discriminación, circunscripta específicamente al mercado respectivo.

En este sentido, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desprende que lo esencial de este principio radica en la garantía --a favor de los particulares-- de que no se establezcan en las leyes, reglamentos, y aun en las actuaciones concretas y singulares de la Administración, distinciones arbitrarias o fundadas en propósitos de hostilidad contra las personas o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (136).

Ahora bien, volviendo al principio que afirma el carácter restrictivo de la intervención económica de la Administración limitativa de las libertades hay que recordar que, en el derecho español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado algunas pautas de interpretación que son perfectamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y la protección de las libertades económicas. Así, se ha entendido que existe la obligación de elegir los medios que impliquen la menor restricción a la libertad (STS, 15 de junio de 1981), los que resultan menos lesivos a los derechos de los administrados (STS, 14 de febrero de 1977), como también que no es posible imponer cargas, obligaciones o prestaciones que resulten más gravosas que las medidas que sean necesarias para cumplir con el interés público (STS, 17 de junio de 1981), lo que configura, según la doctrina un principio general del derecho, incuestionable después de la sanción del art. 38 de la C. E. (137).

VIII. Las sanciones previstas en los marcos regulatorios: tipos de sanciones y principios aplicables. Naturaleza del acto administrativo sancionatorio

Las infracciones o incumplimientos de las leyes y reglamentos así como de los contratos de concesión o licencia se encuentran regulados de distinto modo conforme al tipo de cada sanción. Cuando las sanciones, por su carácter retributivo o represivo, poseen naturaleza penal administrativa se aplican todos los principios propios del derecho penal sustantivo (v. gr. legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, non bis in idem, etcétera) (138).

Ahora bien, en los marcos regulatorios no se han tipificado sanciones específicas para los prestadores de los respectivos servicios, lo que implica una remisión a los contratos de concesión o licencia efectuada expresamente en algunos casos (139) y en otros en forma implícita, aunque el vacío legal ha sido cubierto a posteriori por la reglamentación (140). Las sanciones previstas, por ejemplo, en el marco regulatorio eléctrico tienen como sujetos a los terceros no prestadores y consisten en: a) multas, b) inhabilitación especial, c) suspensión en la prestación de servicios, y d) decomiso (141).

En lo que concierne a los principios aplicables al procedimiento de aplicación de sanciones hay que señalar

el deber constitucional y legal (142) de la observancia de las reglas del debido proceso que les imponen los marcos regulatorios a los entes. Esta garantía, que reglamenta el derecho de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, exige que se respeten los tres derechos básicos en que se descompone: a) derecho a ser oído, antes de la decisión que afecte al particular en sus derechos subjetivos o intereses legítimos; b) derecho a ofrecer y producir prueba pertinente para la solución del caso, y c) derecho a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas (143).

En cuanto a la gradación de las sanciones el criterio que debe respetarse es el de razonabilidad o proporcionalidad. En este aspecto, en la reglamentación del Marco Regulatorio del Gas, se sientan algunos criterios que vienen a reglar, y consecuentemente a limitar el poder sancionatorio, los que rigen, por analogía, en los restantes marcos regulatorios (en atención al vacío normativo). En tal sentido, dicha reglamentación (144) estatuye que las sanciones se graduarán en atención a las siguientes pautas: a) la gravedad y reiteración de la infracción; b) las dificultades o perjuicios que la infracción ocasione a los usuarios del servicio prestado o a terceros; c) el grado de afectación del interés público; d) el grado de cumplimiento de las condiciones fijadas en la habilitación respecto del servicio en cuestión, y e) el ocultamiento deliberado de la situación infraccional mediante registraciones incorrectas, declaraciones erróneas u otros arbitrios análogos.

En esta materia hay que distinguir el carácter reglado o discrecional del poder sancionatorio, que se ejerza en cada caso, de la facultad (que puede o no ser discrecional) de graduar las sanciones y hasta de no aplicarlas en base a razones de oportunidad, mérito o conveniencia (145) teniendo en cuenta, además, que en determinados supuestos se carecerá del poder de escoger libremente la opción que estime más adecuada pues se estará ante un concepto jurídico indeterminado, donde sólo cabe, en principio, una única solución justa.

Interesa puntualizar, por último, que no se considera infracción el incumplimiento derivado de fuerza mayor o el originado en causas no imputables al prestador, lo cual no excluye la necesidad de acreditar la culpa (salvo que se trate de un supuesto de responsabilidad objetiva que, en principio, requiere norma o pacto expreso en el contrato de concesión o de licencia), al igual que aquellos supuestos en que el prestador corrige o cesa en su incumplimiento ante la intimación que le curse el ente estatal (146).

IX. Régimen de los bienes: lo atinente a la reversión en los contratos de concesión o de licencia de servicios públicos. El rescate

Con independencia de los bienes que pertenecen ab initio al concedente que se justifica reviertan al concesionario al finalizar la concesión (147) en virtud de haber sido amortizados durante el plazo de la concesión, los bienes que aporte o adquiera el concesionario integran su dominio. Esta postura es compatible con el concepto constitucional del derecho de propiedad que nuestra Constitución ha garantizado en su art. 17, incluyéndose dentro de ella todas las razones (construcciones o instalaciones) que el concesionario hubiere realizado sobre los bienes del Estado, aun tratándose de los bienes del dominio público cuya utilización le facilitó el concedente (148).

Un problema jurídico de trascendencia se plantea con respecto a la denominada reversión de los bienes que, para alguna doctrina ya superada constituía una regla general, implícita en el contrato de concesión, al operarse su extinción por vencimiento del plazo, caducidad o rescate.

El origen de la reversión que se conectaba con el desarrollo de la figura contractual de la concesión de obra pública, donde constituía una cláusula política destinada a resguardar la propiedad de la corona, ha sido actualmente superado sosteniéndose que, en definitiva, no es otra cosa que una cláusula económica (149).

En rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de perder el dominio no se presume (como en general la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva (150).

Una solución similar corresponde aplicar para el rescate de la concesión por el concedente, debiéndose advertir que en la reglamentación del marco regulatorio del gas (151) la facultad de proceder al rescate de la licencia ha sido expresamente interdicta, norma plausible que otorga una mayor estabilidad a la relación bilateral que vincula al concedente con el concesionario.

En cambio, en otros regímenes, como en el Marco Regulatorio de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales, se prescribe que a la extinción de la concesión se transferirán sin cargo al Estado todos los bienes afectados al servicio (152).

Los inconvenientes y desventajas que plantea tanto el rescate como la cláusula de reversión de los bienes al Estado son suficientemente conocidos por las anteriores experiencias, donde el concesionario dejaba de hacer mejoras en el servicio ante la eventual pérdida gratuita de las inversiones realizadas, máxime cuando los respectivos bienes ya habían sido amortizados. Para solucionar este problema, que se plantea incluso en el

supuesto de vencimiento normal del plazo de las concesiones, se ha pactado en las concesiones del servicio de distribución de energía eléctrica, un sistema novedoso que consiste en licitaciones periódicas del paquete accionario del grupo controlante, que se efectúan cada quince (15) años, dentro del plazo de la concesión (153).

La utilización de la técnica del rescate para finalidades políticas o económicas constituye una de las amenazas más generales que se cierne sobre el proceso de privatizaciones y es necesario que el derecho administrativo moderno encuentre el equilibrio para que el sistema jurídico brinde la mayor seguridad jurídica a las inversiones. Por ello, pensamos que el rescate requiere siempre base legal y contractual que asegure, además, el cumplimiento de todas las garantías inherentes a la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) ya que, en el fondo, constituye un sacrificio al particular impuesto por causa de utilidad pública (la reorganización del servicio) (154).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Juan Francisco, "La razonabilidad de las leyes", p. 107 y sigtes., 2ª ed., Buenos Aires, 1970.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, "Marcos regulatorios y regulación económica", en R. A. P. N° 183, ps. 22-23, Buenos Aires, 1993. Sobre la función de los entes reguladores; véase: el interesante trabajo de BARBARA, Jorge Edmundo, "El estado post privatizador. Los entes reguladores", en LA LEY, 1994-B, 1184 presentado al ler. Congreso Nacional de Ciencia Política realizado en Huerta Grande (Córdoba) en 1993. Vid también: DROMI, José Roberto, "Reforma del Estado y privatizaciones", t. I, p. 23 y sigtes., Buenos Aires, 1991, destaca la relación de la libertad económica con otras instituciones como la desregulación y la competencia, aunque no estamos de acuerdo con su afirmación en el sentido de que nuestro régimen es de economía mixta.

(3) Juan Carlos, "En torno a la noción de servicio público", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1988-III. La mayor parte de la doctrina ha repetido y viene repitiendo que el origen de la concepción se encuentra en Duguit y su escuela. De esta idea, hasta se ha llegado a extraer la tesis de que el servicio público surgió en la doctrina, como forma de continuar el conflicto entre Alemania y Francia (Cfr. MAIRAL, Héctor A., "La ideología del servicio público", en R. E. D. A., en prensa) a fin de que este país pudiera alcanzar el predominio en el campo cultural y jurídico que no pudo lograr en el plano bélico en 1870. Sin embargo, se trata de un error que la propia doctrina francesa ha develado al atribuir el origen de la concepción a HAURIOU (Cfr. LAUBADERE, André de, en un trabajo publicado en el libro: "La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence", ps. 209 y sigtes., Paris, 1969; puede verse también en el mismo sentido: RIVERO, Jean, "Hauriou et l'avènement de la notion du service public", en "Etudes en honneur d'A. Mestre", ps. 462 y sigtes., Paris 1956) quien, precisamente, no estaba de acuerdo con diluir el poder público en el servicio público --como lo hizo más tarde la escuela de Burdeos--.

(4) PAREJO ALFONSO, Luciano, "Estado Social y Administración Pública", p. 121, ed. Civitas, Madrid, 1983, donde destaca la visión anticipada de HAURIOU sobre el punto.

(5) 24.076, art. 1°.

(6) 24.065, art. 1°.

(7) 1° del Marco Regulatorio aprobado por dec. 999/92 (Adla, LII-C, 2993).

(8) 24.065, art. 1°; ley 24.076, art. 1°.

(9) ZUBIAUR, Carlos A., "La concesión de servicios públicos", Rev. Jurídica de Buenos Aires, t. 1991-III, p. 99.

(10) 24, inc. c) del dec. 1185/90 (Adla, L-C, 2418).

(11) los problemas que plantea el reconocimiento de la delegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte ver: HALPERIN, David A. y CANOSA, Armando N., "Reflexiones sobre temas de Derecho Administrativo actual a partir de un fallo de la Corte", en E. D. del 11/4/94, ps. 6-7.

(12) GIANNINI, Massimo Severo, "Diritto pubblico dell'economia", Bologna, 1977.

(13) BAQUER, Sebastián Martín, "Derecho Administrativo Económico", t. I, ps. 194-195, Madrid, 1988.

(14) gr. ley 24.076, art. 33 y siguientes.

(15) en el art. 67 de la ley 24.076. Ampliar en: GORDILLO, Agustín A., "El estado actual del Derecho Administrativo", conferencia pronunciada en ocasión de recibir el nombramiento como Profesor Honorario de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1993.

(16) 24.076, art. 40.

(17) GRECCO, Carlos Manuel, "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)", en R. E. D. A. N° 5, p. 481 y siguientes.

(18) ORTIZ, Gaspar, "Las tarifas de los servicios públicos", p. 21, Sevilla, 1976.

(19) cit., ps. 66-69.

(20) ORTIZ, GASPAS, op. cit., p. 119.

(21) cit., p. 124. Sin embargo, en su obra más reciente, no aborda explícitamente la cuestión que examinamos en el texto (véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", Buenos Aires, 1993).



- (22) GIL, José Luis, "La distinción entre norma y acto administrativo", ps. 48 y sigtes., Madrid, 1967.
- (23) Cuarta Conferencia Nacional de abogados, celebrada en la ciudad de Tucumán en el año 1936 (publicada en el T° 61 de J. A.). En ella participaron juristas de la talla de BIELSA y VILLEGAS BASAVILBASO señalándose sobre este tema que: "La tarifa no tiene carácter contractual, es un acto reglamentario de la administración pública sobre el precio del servicio para el usuario. El contenido jurídico de la tarifa no es bilateral; es un reglamento" (JA, p. 107).
- (24) otros casos puede consultarse el registrado en Fallos: 184-280 "in re": "Andrés Schill c. Cía. Telef. del Río de la Plata".
- (25) Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 151, Buenos Aires, 1975; DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", t. III, p. 287, Buenos Aires, 1967; para FIORINI se sustentan en una cláusula contractual pero debe ser homologada por la autoridad administrativa sin cuyo requisito carecen de legitimidad (cfr. FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", t. II, p. 214, Buenos Aires, 1976); FANELLI EVANS, Guillermo E., "La concesión de obra pública", Buenos Aires, 1989, sería lo que, a diferencia de la concesión de obra pública, en la de servicios públicos el poder concedente es quien aprueba o autoriza las tarifas (p. 25).
- (26) Miguel S., op. cit., t. II, p. 148.
- (27) TAWIL, Guido S., "Servicio público": ¿Eficacia o desgobierno?", en LA LEY, t. 1991-C, 652 y siguientes.
- (28) Javier, "Retribución en los servicios públicos, puntos 1.1 y sigtes. en el libro "Los Servicios Públicos", en prensa.
- (29) LAUBADERE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, "Traité des Contrats Administratifs", t. 2, ps. 335 y sigtes., 2ª ed., Paris, 1984; DUFAU, Jean, "Les concessions de service public", ps. 150-153, Paris, 1979.
- (30) Georges - DELVOLVE, Pierre, "Droit Administratif", p. 1143, 9ª ed., Paris 1984. Otros autores han comenzado a sostener, sin embargo, que la tarifa posee naturaleza contractual (Cfr. LINOTTE, Didier - MESTRE, Ahille - ROMS, Raphael, "Services publics et droit public économique", t. I, p. 334, 2ª ed., Paris, 1992) afirmando que el "cahier de charges" integra el instrumento convencional (op. cit., p. 332).
- (31) E. 30-9-69 en el arrêt "Cie française d'irrigation", p. 506.
- (32) LAUBADERE, André de - MODERNE, Franck - DELVOLVE, Pierre, op. cit., t. 2, ps. 330-332, especialmente p. 353 (punto 1143, "in fine").
- (33) de los primeros juristas que advirtió el fenómeno fue GRECCO, al analizar el régimen del servicio telefónico (op. cit., ps. 501 y 503).
- (34) el mismo sentido: ROMANO, Santi, "Fragmentos de un diccionario jurídico", trad. de SENTIS, Melendo, ps. 340-343, Buenos Aires, 1964.
- (35) GARCIA de ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, ps. 440 y sigtes., Madrid, 1989, a quienes hemos seguido en nuestro "Derecho Administrativo", t. I, p. 107, 4ª ed., Buenos Aires, 1994.
- (36) algunos años ROMANO había advertido que la relación entre concedente-concesionario podía generar un nuevo poder al señalar que "... puede también ocurrir que sobre la base de un poder perteneciente a su sujeto, surja en favor de otro sujeto un poder menos amplio y diferente, como cuando, por ejemplo, los poderes del Estado de gobernar una colonia o de gestionar un servicio público, quedan limitados o disminuidos por cuanto dicho gobierno o dicha gestión son asumidos por un llamado concesionario. Dicha concesión da lugar a una sucesión no traslativa, sino, como se suele decir, constitutiva, que, por lo demás, no es una verdadera y propia sucesión, ya que no se transmite ningún poder, sino que se da vida a otro poder, que puede ser análogo al del concedente, pero que, de todos modos, es no sólo más restringido y circunscripto, sino también nuevo. En otras palabras, hay una restricción del poder del concedente, no una transferencia a otro sujeto, restricción a la cual corresponde el nacimiento de un poder diferente en favor de este último" (cfr. ROMANO, Santi, op. cit., p. 340).
- (37) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-A, ps. 325-326, N° 706, Buenos Aires, 1983.
- (38) el principio de riesgo y ventura véase: GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, "Riesgo y ventura en la contratación administrativa", R. A. P. N° 2, p. 83 y sigtes., Madrid, 1950, donde demuestra que el principio juega con menor rigor en la contratación administrativa que en la contratación privada.
- (39) ORTIZ, Gaspar, "Las tarifas...", cit. ps. 42 y sigtes. y 112.
- (40) Juan Carlos, "El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo", R. E. D. A. N° 1, ps. 27 y siguientes.
- (41) Rodolfo Carlos, "La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", ED, 62-727.
- (42) FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, ps. 80-81 y 85 y sigtes., Madrid, 1989, puntualiza cómo el principio de la mutabilidad puede jugar también en beneficio del contratista.
- (43) TAWIL, Guido, op. cit., p. 655, cita como ejemplo de automaticidad el servicio telefónico.

- (44) Juan Carlos, "La intervención administrativa", 1ª ed., p. 62, Buenos Aires, 1993.
- (45) de ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, op. cit., t. I, p. 201, Madrid, 1989.
- (46) la distinción entre cláusula y régimen exorbitante nos remitimos al trabajo que publicamos en "Cuestiones de Derecho Administrativo", ps. 71 y sigtes., Buenos Aires, 1987.
- (47) MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas", R. A. D. A., Buenos Aires, 1971, ps. 53 y siguientes.
- (48) ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", cit. p. 411.
- (49) R. J., "Updating Public Utility Regulation", ps. 3 y sigtes., Chicago, 1966, cit. por ARIÑO ORTIZ (op. cit., p. 414, nota 16).
- (50) 41, ley 24.065.
- (51) 42, inc. c) y 46, ley 24.065.
- (52) es el caso de Chile donde está claramente separada la función de superintendencia sobre las concesiones (que corresponde a un organismo descentralizado) de la potestad tarifaria que es ejercida por el Gobierno --Ministerio de Economía-- y concertada en la práctica con las empresas, previa intervención de la Comisión Nacional de Energía, lo que es un mecanismo apropiado en tanto no prevalezcan criterios políticos para la fijación de las tarifas (véase: dec.-ley 2224/78, actualmente vigente).
- (53) 38, ley 24.076.
- (54) 39, ley 24.076.
- (55) 40, ley 24.076.
- (56) 40, ley 24.076.
- (57) de bases y condiciones aprobado por dec. 62/90, Capítulo XII.
- (58) 12.3.2. del Pliego de bases y condiciones.
- (59) GRECCO, Carlos Manuel, op. cit., R. E. D. A. N° 5, p. 500.
- (60) 43 el Marco Regulatorio aprobado por dec. 999/92. Este precepto prescribe que las revisiones previstas serán resueltas de acuerdo con las provisiones de los arts. 44 y sigtes., con intervención del ente regulador.
- (61) Miguel S., op. cit., t. III-A, ps. 54 y sigtes., Buenos Aires, 1978.
- (62) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", p. 285, donde al comentar la teoría de la imprevisión señala: "en los contratos privados se propugna la rescisión; en los contratos administrativos, en cambio, la imprevisión tendrá como primer objetivo el mantenimiento de la relación pues con ello lo que se busca es, ante todo, la realización continua de la obra o el servicio: Por ello, el contrato no se rescinde sino que se revisa".
- (63) URRUTIGOITY, Javier, op. cit., punto iii.
- (64) BULLINGER, Martín, "Derecho público y derecho privado", ps. 91 y sigtes., trad. del alemán, Madrid, 1976.
- (65) de ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, p. 29, Madrid, 1977.
- (66) Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. I, ps. 386-388, Buenos Aires, 1983.
- (67) FLEINER, "Institutionem", p. 326; LEISNER, "Grundrechte und Privatrecht", München, 1960, p. 200, citados ambos por BULLINGER (ob.cit., p. 101, nota 239).
- (68) ob. cit., ps. 98-99.
- (69) Bartolomé A., "Derecho Administrativo", t. v., p. 51, Buenos Aires, 1976, admite que los entes estatales actúen en la órbita del derecho privado, pero a condición de que exista una norma estatal imperativa que le imponga ese tipo de actuación.
- (70) general, se ha propiciado que el contrato administrativo constituye una de las especies de los contratos de la administración (además de los interadministrativos y de objeto privado), sin perjuicio de la posibilidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia de extender las reglas de la contratación pública a los convenios que celebran, entre otras entidades, las sociedades comerciales que posee el Estado (ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "Naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados por empresas estatales", ED, 110-610 y siguientes).
- (71) el conocido caso "Los Lagos", registrado en el t. 190:151, de "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", cuya jurisprudencia ha permanecido invariada en este punto.
- (72) de ENTERRIA - FERNANDEZ, ob. cit., t. I, p. 522, respecto de la revisión de precios.
- (73) SPOTA, Alberto G., "Contratos", t. III, p. 583, Buenos Aires, 1980.
- (74) André - MODERNE, Franck - DELVOLLE, "Traité des contrats administratifs", t. I, ps. 716-717, Paris, 1983.
- (75) - MODERNE - DELVOLLE, ob. cit., t. I, p. 717, nota 2.
- (76) Maurice, "La jurisprudence administrative de 1892 a 1929", t. III, p. 675, Paris, 1929.
- (77) reconocimiento de la posibilidad de revisar el contrato, por el derecho administrativo, en virtud del cambio

imprevisible de las circunstancias originarias del contrato, se adelantó en muchos años a la evolución de esta idea en el derecho civil moderno. Ver: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", p. 285, nota 31, Madrid, 1968.

(78) ORTIZ, Gaspar, ob. cit., p. 321.

(79) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, ps. 482-483 y sigtes., Buenos Aires, 1983, respecto del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión; BERÇAITZ, Miguel Angel, "Teoría general de los contratos administrativos", p. 460, Buenos Aires, 1980.

(80) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. III-A, ps. 483 y sigtes., fundamento que considera aplicable aun para la teoría de la imprevisión (ps. 507 y siguientes).

(81) FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III, ps. 79-80, Madrid, 1987.

(82) CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno de la figura del contrato administrativo", en el Libro "Cuestiones de Derecho Administrativo", ps. 83-84, Buenos Aires, 1987, donde señalamos la incidencia de este principio en punto a la modificación de los pliegos de la licitación "a posteriori" de perfeccionamiento del contrato.

(83) Rodolfo Carlos, "Contrato de obra pública", t. 3, p. 1146, Buenos Aires, 1988, al tratar la intangibilidad de la remuneración del contratista en el contrato de obra pública.

(84) el "Tratado de la Justicia", al referirse a la división de la justicia, Santo Tomás se expresa en términos que no admiten duda alguna acerca de lo que sustentamos, pues dice: "... si se da a un servidor de la comunidad un pago por un servicio prestado, no sería esto justicia distributiva, sino conmutativa. Y es que en la justicia distributiva no se toma como norma la igualdad objetiva entre lo que se da a uno y los servicios que ha prestado; sino más bien a lo que cada uno recibe según la dignidad de la persona" (Suma Teológica, II,II, q. 61, a. 4).

(85) Juan Carlos, ob. cit., en "Cuestiones...", p. 113.

(86) el caso de "Vieytes de Fernández, Juana (suc), c. Provincia de Buenos Aires", publicado en ED, 69-86.

(87) GARRIDO FALLA, la potestad de modificar los contratos administrativos aparece en la misma génesis de la concepción sobre el contrato administrativo "como una de las notas que viene a caracterizarlo decisivamente desde un punto de vista sustancial" (ob. cit., t. II, p. 82).

(88) Miguel S., ob. cit., t. III-a, p. 399.

(89) André - MODERNE, Franc - DELVOLLE, Pierre, "Traité des Contrats Administratifs", t. II, p. 407, Paris, 1984.

(90) 13.064, arts. 30 y 53, inc. a; "Reglamento de las contrataciones del Estado", inc. 84 de la reglamentación del art. 61 de la ley de contabilidad (Adla, VII-404; XIII-A, 155).

(91) BARRA, Rodolfo Carlos, "El caso 'Pizarro Aráoz' y la modificación del sistema de variación de costos pactado en los contratos de obra del sector público", ED, 95-736, con respecto a la variación de costos en los contratos de obra pública o locaciones de obra en sector público.

(92) ob. cit., t. II, p. 516, N° 1291.

(93) responsabilidad, conforme a nuestra doctrina y jurisprudencia, es objetiva y directa; ver CASSAGNE, ob. cit., t. I, ps. 309 y siguientes.

(94) de ENTERRIA - FERNANDEZ, ob. cit., t. I, p. 513; ARIÑO ORTIZ, ob. cit., p. 263.

(95) ob. cit., t. I, ps. 314.

(96) ORTIZ, ob.cit., p. 269.

(97) ob. cit., t. III-A, p. 494.

(98) ORTIZ, ob. cit., ps. 266-267.

(99) actual art. 1198 del Cód. Civil tiene su fuente en el art. 1467 del Cód. Civil de Italia.

(100) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", p. 313, Buenos Aires, 1987; REZZONICO, Luis María, "La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión", p. 21, Buenos Aires, 1954.

(101) dicho GARCIA de ENTERRIA y FERNANDEZ en este sentido que "la lógica del "contractus lex", que postula la rescisión por incumplimiento, se enfrenta así a la lógica del servicio público, que aboga en por de una solución que garantice la continuidad del mismo" (ob. cit., t. I, p. 514).

(102) ob. cit., t. III-A, p. 522.

(103) la imprevisión en el derecho privado, en casos de devaluación monetaria, ver: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión", en Responsabilidad civil y estudios, ps. 187 y sigtes., Buenos Aires, 1984.

(104) inc. 56 del dec. 5720/72, que reglamentó el art. 61 de la ley de contabilidad, que prescribe que "los precios correspondientes a la adjudicación, por norma, serán invariables. No obstante, cuando causas extraordinarias e imprevisibles modifiquen la economía del contrato se podrá, por acuerdo de partes: a) reconocer variaciones de costos en la medida en que dichas causas incidan en los mismos; b) dar por rescindido el contrato sin penalidades". Al respecto, BARRA apunta que: "la diferencia esencial respecto del art. 1198 del Cód. Civil consiste en una inversión de la mecánica de aplicación de este artículo: no hay demanda de rescisión sino un acuerdo de partes para mejorar la economía del contrato y en caso de fracaso la rescisión el contrato sin

penalizaciones" (ob. cit., t. III, p. 1162).

(105) ob. cit., t. III-A, p. 520, sostiene que ello "es así porque, precisamente, la teoría de la imprevisión tiende 'ayudar' económicamente al cocontratante, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando, en cambio, el cumplimiento del mismo, cualquiera sea su especie (concesión de servicio público, construcción de obra pública, suministro, etc.). En esto hay una fundamental diferencia entre teoría de la imprevisión y fuerza mayor".

(106) ob. cit., t. III-A, p. 523 (ver jurisprudencia citada).

(107) Georges - DELVOLVE, Pierre, "Droit Administratif", p. 1152.

(108) ob. cit., t. III-A, ps. 521-522.

(109) de ENTERRIA - FERNANDEZ, ob. cit., t. I, p. 517.

(110) fue el criterio expuesto por el Consejo de Estado Francés en el caso de la Compañía de Gas de Burdeos.

(111) BARRA, ob. cit., t. III, p. 1152.

(112) lo denominan, entre otros: DIEZ, Manuel María, "Manual de derecho administrativo", t. I, p. 418, Buenos Aires, 1977; BERÇAITZ, ob. cit., p. 466.

(113) 12 de la Ley de Contratos del Estado; ver: GARCIA de ENTERRIA, - FERNANDEZ, ob. cit., t. Y, p. 519.

(114) otros: dec. 11.511/47, modif. por dec. 3772/64; dec. 6927/61, modif. por dec. 4124/64 (Adla, VII-660; XXIV-B, 1444; XXI-A, 793; XXIV-B, 1463), que reglamentan las leyes 12.910 y 15.285.

(115) de ENTERRIA - FERNANDEZ, ob. cit., t. Y, p. 519.

(116) el carácter de orden público del sistema de mayores costos: BERÇAITZ, ob. cit., p. 468, señala las cláusulas que excluyan la aplicación del régimen de mayores costos son ilegítimas, salvo que no se refieran a determinado rubro específico; BARRA, ob. cit., t. III, p. 1156, recuerda que conforme a la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación tal exclusión se acepta siempre que ella obedezca a razones técnicas o a la poca trascendencia económica del rubro que se excluye.

(117) ob. cit., t. III, ps. 1156-1157, apunta que "no importa la magnitud de la onerosidad causada en la prestación a cargo del particular. Es suficiente con que ocurra el mayor costo, cualquiera sea su entidad para generar el derecho a su reconocimiento por parte del contratista, sin perjuicio de que los pliegos o cláusulas de los contratos fijaran un porcentaje por debajo del cual no proceda dicho reconocimiento, y ello por razones de simplicidad acorde con la poca importancia de la variación".

(118) MESTRE DELGADO, Juan Francisco, "La extinción de la concesión de servicio público", ps. 79 y sigtes., Madrid, 1992.

(119) gr. el traslado a la tarifa del aumento del precio del gas que adquieren los distribuidores (art. 37, inc. 5 del reglamento del Marco Regulatorio, aprobado por dec. 1738/92 --Adla, LII-D, 4080--). Igualmente, el traslado a la tarifa telefónica de los incrementos en los índices de precios al consumidor, conforme lo hemos puntualizado "ut supra".

(120) general, los distintos ordenamientos sectoriales admiten, en tales supuestos, la modificación tarifaria: véase: art. 7, inc. 4 del dec. 1143/91 (Adla, LI-C, 2988) (marco regulatorio del transporte ferroviario del área metropolitana) que prescribe la posibilidad de compensar con subsidios el déficit de la tarifa en relación al costo global de los servicios, los costos de inversión, los de explotación y una utilidad razonable; arts. 48 y 57 de la ley 24.076; art. 46 de la ley 24.065, concordante con los arts. 40 y 41 de dicha ley; en el Marco Regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales también se admite la revisión (ordinaria y extraordinaria) de la tarifa (art. 46).

(121) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-B, N° 1141, ps. 562-563.

(122) VILLAR PALASI, José Luis, "Consideraciones sobre el sistema jurídico", en R. A. P. N° 100 a N° 102, ps. 509 y siguientes.

(123) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "El principio general de la buena fe en el derecho administrativo", p. 44, Madrid, 1993.

(124) en nuestro libro: "Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", ps. 43 y sigtes., Buenos Aires, 1988.

(125) Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", ps. 18 y sigtes., especialmente ps. 258 y sigtes., Buenos Aires, 1973.

(126) BAQUER, Sebastián Martín, op. cit., t. II, p. 60.

(127) Juan Carlos, "Cuestiones de Derecho Administrativo", p. 84, Buenos Aires, 1987.

(128) por dec. 584/94 del Poder Ejecutivo Nacional y dec. 1495/94 del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires; art. 9°, inc. b, si bien esta excepción debe hallarse autorizada por el ENRE.

(129) RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, op. cit., t I, p. 61.

(130) Juan Carlos, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", ob. citado.

(131) GARCIA, José Eugenio, "Desregulación, privatización y derecho administrativo", ps. 9-10, Bolonia,

1993.

(132) CAMPOS, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", p. 271, Buenos Aires, 1984.

(133) GONZALEZ NAVARRO, Francisco, "Derecho Administrativo Español", t. I, p. 124, Pamplona, 1987, señala que: "el derecho administrativo encuentra su justificación última en hacer más libre al hombre mediante el condicionamiento y limitación de la actuación de los poderes públicos, actuación que habrá de ajustarse no sólo a la ley sino también al derecho, que es previo a la ley".

(134) 136:171, en el conocido caso "Ercolano c. Lanteri Renshaw".

(135) en: MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, N° 1611 d), ps. 681 y sigtes., Buenos Aires, 1987; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", t. III, ps. 356 y sigtes., Buenos Aires, 1985.

(136) 115:111; 132:410; 203:701.

(137) RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, op. cit., t. I, p. 172.

(138) respecto a las distintas cuestiones que se plantean en torno a la aplicación de estos principios nos remitimos al artículo "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", en ED, t. 143, p. 939.

(139) 78, ley 24.065.

(140) 1738/92, reglamentación a los arts. 71 a 73, ley 24.076.

(141) 77, ley 24.065, un criterio similar ha seguido el art. 71 de la ley 24.076 (Gas).

(142) 56, inc. m) y 81 de la ley 24.065.

(143) art. 1°, inc. f, ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752). Por aplicación de este principio, la práctica administrativa, seguida por algunos entes regulatorios, de denegar medidas de prueba en sumarios donde se discuten aspectos fácticos resulta ilegítima y arbitraria.

(144) 1738/92, reglamentación de los arts. 71 a 73 de la ley 24.076, inc. 2.

(145) GAMBIER, Beltrán, "¿La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria actividad reglada o actividad discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto", punto III, texto y notas 10, 15, 16, 17, trabajo presentado a la Revista de la Procuración del Tesoro con motivo de celebrarse 130 años de la creación de este organismo. En este meduloso artículo GAMBIER destroza, con acierto, los diferentes equívocos y comparte la necesidad de despejar la confusión entre la discrecionalidad y el mérito, oportunidad o conveniencia de los actos administrativos que expusimos con anterioridad ("La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", en R. E. D. A. N° 3, ps. 94 y sigtes., Buenos Aires, 1990).

(146) Dec. 1738/92, reglamentación de los artículos 71 a 73 de la ley 24.076, inc. 3.

(147) DUFAU, Jean, op. cit., ps. 138 y sigtes. En el derecho francés se denominan bienes de "retour" que se diferencian de los bienes de "reprise", que son aquellos que el concedente tiene derecho a que reviertan al Estado. Además, existen los bienes propios del concesionario.

(148) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-B, N° 1180, p. 630.

(149) GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, "El dogma de la reversión de las concesiones" en "Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo", Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

(150) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-B, p. 639.

(151) 4°, inc. 5 del reglamento aprobado por dec. 1738/92. Por lo demás, el rescate sólo puede imponerse por ley y previo cumplimiento de las garantías constitucionales consagradas en el art. 17 de la Constitución.

(152) 64 del Marco Regulatorio aprobado por dec. 999/92.

(153) plazo de la concesión es de noventa y cinco (95) años; Véase: arts. 3° a 11° del contrato de concesión de EDENOR.

(154) PRITZ, Osvaldo A. F., "El rescate", en libro "Los Servicios Públicos", en prensa, Cap. III.