

María Laura Alfonso

Enrique O. Aragón

Juan Carlos Cardona

Julio Pablo Comadira

Germán A. Coronel

Alberto Didier

Diego E. Echen

Pablo O. Gallegos Fedriani

Hugo R. González Elías

Miriam M. Ivanega

Federico J. Lisa

Leonardo Massimino

Ismael Mata

Eduardo Mertehikian

Darío O. Paglietta

Guillermo A. Perman

Mario Rejtman Farah

Estela B. Sacristán

Marcelo Schreginger

Domingo J. Sesin

Gustavo Thomas



**REVISTA ARGENTINA DEL RÉGIMEN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**V Y VI JORNADAS ROSARINAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

“Dr. Antonio Pedro Chede”

Organizadas por:

**Carrera de Posgrado de Especialización
en Derecho Administrativo**

**Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario**

**Número Especial
Homenaje a la
Dra. Violeta Castelli de Chede (†)**

Año XXXIV - 405

El deber en el cumplimiento de las reglas contractuales en materia de licencias y concesiones de servicios públicos.

Estela B. Sacristán

SUMARIO: I. Generalidades. II. Nociones introductorias. III. Deberes involucrados y la normativa. IV. ¿De dónde surgen las obligaciones y los deberes del concesionario o licenciataria? V. ¿Puede invocarse la excepción de incumplimiento? VI. Los deberes y las obligaciones en función del tiempo. VII. Síntesis y reflexiones finales.

I. Generalidades.

Inicio estas anotaciones con un sentido agradecimiento por la generosa invitación a participar en estas Jornadas en conmemoración del querido doctor Chede. El tema asignado es un verdadero desafío, que espero modestamente cumplimentar en los párrafos que siguen.

Organizaré el texto de la siguiente manera: inicialmente, repasaré las nociones comprendidas en el título de esta charla—deber, contrato, licencias y concesiones de servicios públicos— a los fines de retener las principales notas de cada una de las tres a efectos de este trabajo; luego abrevaré en la normativa y la jurisprudencia para colocar los deberes emergentes de licencias y concesiones de servicios públicos en el marco de sus dimensiones actuales de cara a tres cuestiones que considero importantes: la cuestión de las fuentes de las obligaciones del concesionario, la de la posibilidad de excepcionarse de cumplir con esas obligaciones si incumple el concedente, y, por último, el tema de los cumplimientos y las modificaciones contractuales, en función del tiempo.

II. Nociones introductorias.

Exponer sobre el deber de cumplimiento de las reglas contractuales en materia de licencias y concesiones de servicios públicos depara detenerse en tres nociones, a saber: “deber”, “contrato” y “licencias y concesiones de servicios públicos”.

Las *licencias y concesiones de servicios públicos* aparecen como nociones pertenecientes al mismo género –contratos administrativos– pues, en su momento, la propia norma positiva las equiparó. Así, por ejemplo, en la pesificación dispuesta en el Artículo 8° de la Ley N° 25.561, de emergencia, del año 2002, enderezada a involucrar a las tarifas de los “*contratos de servicios públicos*”, expresión abarcadora de esas dos figuras. Una inteligencia diversa, que hubiera pretendido la pesificación de las tarifas de las concesiones de servicios públicos, y no la de los precios y tarifas de las licencias cuyo objeto fuera la prestación de un servicio público, hubiera resultado incoherente con los fines de la ley y con la realidad misma¹. La mentada equiparación puso fin al debate doctrinario que, en su momento, propició diferenciar licencias, por un lado, y concesiones de servicios públicos, por el otro, tal que las reglas de aquéllas no se aplicaran extensivamente a éstas y que Tawil expresara en estos términos:

“La utilización no diferenciada de las distintas técnicas mencionadas por parte del legislador ha llevado a un prestigioso sector de nuestra doctrina a considerar que la licencia y concesión presentan [...] un régimen unitario, sin diferencias y propio del derecho administrativo en tanto la técnica de gestión de los mismos corresponde a las propias del derecho público. Como consecuencia de esa concepción, se ha propugnado la aplicación extensiva de caracteres propios de la figura de concesión de servicio público a ámbitos donde el legislador evitó utilizar expresamente esa figura. Más allá del respeto que merece esa posición –alentada por la escasa disciplina visible en el legislador en la utilización de los distintos términos– no creemos que la situación descrita permita considerar presente un régimen unitario común a las distintas técnicas utilizadas”².

En resumen, puede decirse que hoy, para la ley de emergencia –que sigue vigente al día de hoy, más de ocho años más tarde, renovada mecánicamente por un legislador que presencia relaciones jurídicas enquistadas en ese régimen de excepción “*decodificante*” o “*descodificante*”³–, *licencias y concesiones de servicios públicos* son *contratos* regidos por el derecho público –que comprende las ramas constitucional, administrativa e internacional pública– enderezados a la prestación de tal clase de servicio.

La noción de *deber*, en cambio, ofrece un panorama más complejo. Veamos qué surge de echar una mirada por la Ciencia Política, el derecho administrativo y la filosofía del derecho.

Sánchez Agesta inserta los *deberes constitucionales* en el siguiente esquema: hay derechos y libertades, pero ellos padecen limitaciones que provienen de la justicia como forma del bien común, del mantenimiento y conservación del Estado, o de la trascendencia

¹ A título de ilustración, a la época de la sanción de la Ley N° 25.561 –enero de 2002–, las tarifas de las licencias de transporte y distribución de gas, de la Ley N° 24.076, se hallaban congeladas desde los primeros meses de 2000.

² Tawil, Guido S., “Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público”, en AA VV, *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pp. 457/496, esp. pp. 460/461.

³ La ingeniosa expresión es de Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Bases para la interpretación de la Ley N° 25.561”, en *LL 2002-C*, pp. 1021/1036, esp. p. 1030.

del bien común al orden de la humanidad. Estas determinaciones se plasman en cláusulas generales o en limitaciones específicas, y dan lugar a la enumeración de *deberes*, tales como el deber de trabajar, pues mediante el trabajo se aportan los bienes necesarios para la vida social, o el deber de cumplir las leyes que favorecen la conservación del Estado⁴.

Para Jèze, las situaciones jurídicas son poderes o deberes jurídicos. Explica: “[...] Sucede, en efecto, muy a menudo, que a consecuencia de un acto jurídico, un individuo queda investido de varios derechos y aún de deberes [...]”⁵. Ejemplifica esto con un contrato, de lo cual puede inferirse que este autor equipara deberes y obligaciones contractuales.

Cassagne, por su parte, enseña que, a diferencia de los que ocurre en el ámbito del derecho privado, “una de las partes de la relación jurídica administrativa posee la facultad de crear, unilateralmente, vínculos obligacionales y deberes a cargo del administrado, que se constituyen en deudores y obligados de las respectivas prestaciones”⁶. De tal modo, diferencia vínculos obligacionales y deudores, por un lado, y deberes y obligados, por el otro. La presencia del vínculo obligacional ante el deudor, y del deber ante el obligado, obliga a indagar en las diferencias entre estos conceptos, al menos de cara a la noción de “deber”.

Carrió ha dedicado, al deber jurídico, una obra en la cual efectúa precisiones que agregan elementos de importancia a la conceptualización que aquí se intenta en forma previa al desarrollo de las secciones que siguen. Diferencia, por un lado, (i) la noción generalísima de *deber jurídico* (“obbligò”, en italiano), que se utiliza al nivel de la Teoría General del Derecho; y, por el otro, (ii) el concepto técnico de *obligación* (en italiano, “obbligazione”), que se utiliza a nivel de la dogmática jurídica. Según Carrió, el deber jurídico no tendría cabida entre civilistas, comercialistas, penalistas, etc., y ello me lleva a pensar que: (i) la obligación sí halla cabida entre éstos; y (ii) el deber jurídico hallaría cabida más natural entre los iuspublicistas. Cabe preguntarse si, al así reflexionar, no dejará Carrió preparado el terreno para que iusadministrativistas como Cassagne reparen en el rol fundamental que cumplen los deberes y obligaciones que el Estado unilateralmente crea y que puede sacar adelante apoyado en la presunción de legitimidad de sus actos⁷.

Hasta aquí, parecería haber más diferencias que similitudes entre deber y obligación. Pero no siempre fue así; en su *Teoría General del Estado*, Kelsen afirmó:

“Es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del derecho, considerada tanto en su conjunto como en cada una de sus normas [...]. Una norma de derecho sin deber

⁴ Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 6ª ed. rev., Madrid, Editorial Nacional, 1976, pp. 538/540.

⁵ Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo* (San Millán de Almagro, Julio N., trad. de la 3ª ed. francesa), t. I, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 15.

⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7ª ed. act., t. II, Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2002, pp. 19/20.

⁷ Cassagne, *Derecho... op. cit.*, p. 20.

jurídico es una contradicción, porque el deber jurídico no es ni puede ser otra cosa que la misma norma vista desde el plano de aquel cuya conducta constituye el contenido del ‘deber ser’ jurídico [...]”⁸.

Para el jurista de Praga, entonces, “ordenamiento jurídico” parecería consustancial con “deberes jurídicos” y sumisión a ese ordenamiento significaría obligación; las normas de derecho conllevan deberes jurídicos; el deber ser jurídico brinda sustancia a la conducta a la cual se aplica la norma/deber.

En la misma línea interpretativa puede ubicarse a Hohfeld, quien considera, al sistematizar su terminología, que no se debería hablar de correlativos tales como “derechos y obligaciones”, sino de “derechos y deberes”, y ello parecería, en parte, concordante con la jurisprudencia británica que creara el “deber de prestar el servicio” y el “deber de ser cuidadoso”¹⁰.

De acuerdo con las sólidas opiniones reseñadas, puede considerarse que no habría diferencias sustanciales entre los conceptos de obligación y de deber. Sin embargo, debe tenerse presente que, en el lenguaje jurídico diario, utilizamos el término obligación para referirnos al vínculo entre acreedor y deudor, mini-universo en el cual obligación es vínculo y exigibilidad de la obligación es derecho subjetivo (por ej.: obligación contractual de pagar el precio convenido, derecho subjetivo al precio que debe pagar el cocontratante); pero utilizamos el término deber en el ámbito de relaciones con terceros indeterminados (por ej.: deber de confidencialidad del médico hacia todo el mundo, el deber de actuar de buena fe, el deber del concesionario de servicios públicos de prestar el servicio a todo aquel que se lo solicite).

Trasladar estas diferenciaciones al plano de los contratos administrativos implicaría que de ellos nacerían, entre las partes contratantes, obligaciones, mas no deberes, pues los deberes nacerían en cabeza del Estado o del contratista pero no hacia la contraparte sino hacia los terceros. De tal modo, en el campo contractual se generarían obligaciones –un contrato es, después de todo, un acto jurídico bilateral que crea obligaciones– interpartes y deberes hacia terceros.

La doctrina iusadministrativista ha puesto, a lo largo de los años, el énfasis en los “derechos” del concesionario; así lo han hecho: Mertehikian¹¹, Sarmiento Gar-

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (Legaz Lacambra, Luis, trad.), México D.F., Nacional, 1973, pp. 79/80.

⁹ Hohfeld, Wesley Newcomb, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 8 (Jun., 1917), pp. 710/770, esp. cuadro en p. 710.

¹⁰ Arterburn, Norman F., “The Origin and First Test of Public Callings”, en *University of Pennsylvania Law Review* (1926-1927), Vol. 75-5, pp. 411/428.

¹¹ Mertehikian, Eduardo, “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso. (A propósito de las Leyes Nros. 25.561, 25.790 y 25.820)”, en Gordillo, Agustín, *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2004, pp. 79/85, esp. p. 80.

¹² Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 249 y sigs.

¹³ Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, t. III, Buenos Aires, Ábaco, 1988, cap. XV.

cía¹², Barra¹³, Cassagne¹⁴, Bercaitz¹⁵. Marienhoff¹⁶ se detiene en los “derechos, prerrogativas especiales y deberes” de la Administración y en los “derechos” del cocontratante; Villegas Basavilbaso¹⁷ identifica los derechos, potestades y privilegios del concesionario. Ahora, Canasi¹⁸ alude a “derechos y obligaciones” del concesionario, y similar tesis adopta Escola¹⁹; Fiorini²⁰ se explaya acerca de la “conducta debida” así como acerca de los “derechos establecidos” para cualquiera de las partes intervinientes; y Pérez Hualde²¹ pone de resalto los “derechos debilitados” del concesionario.

De otra parte, Bielsa²² y Jèze²³ adoptaron, en su momento y derechamente, la noción de “obligación” contractual sin detenerse en los derechos del concesionario. Es de destacar que Jèze dedica dos de los siete tomos de su obra –de 1936, traducida y publicada en Argentina en 1950– a estudiar múltiples obligaciones del concesionario.

Con la mirada en el presente, y teniendo en cuenta los matices que diferencian obligaciones de deberes, estoy en condiciones de decir que enfocar el contrato desde la vereda de los deberes y centrando la mirada en su fuente puede abrir la puerta para analizar dos temas que considero de importancia: la cuestión de la fuente de los deberes y obligaciones del concesionario (secciones III y IV, *infra*) y la de la posibilidad de que el concesionario incumpla si el concedente incumple (sección V).

III. Deberes involucrados y la normativa.

Los deberes que suelen incorporarse en los contratos de concesión de servicios públicos a los fines de que se controle si se verifica el cumplimiento del respectivo contrato abarcan: (i) el deber de continuidad que es prácticamente consustancial con la concesión de

¹⁴ Cassagne, Juan Carlos (Sacristán, Estela B., colab.), *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis AbeledoPerrot, 2005, pp. 195/196.

¹⁵ Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., corr. y act. con la Ley N° 19.549, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 437 y sigs., donde se explaya sobre los “derechos del cocontratante”.

¹⁶ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed. act., t. III-A, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1983, pp. 348/449 y 449/554, respectivamente.

¹⁷ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, pp. 98/100.

¹⁸ Canasi, José, *Derecho administrativo*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1974, pp. 571/572.

¹⁹ Escola, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 682 y sigs., donde estudia los “derechos y obligaciones de las partes”.

²⁰ Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2ª ed. act., t. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1976, p. 601.

²¹ Pérez Hualde, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos de servicios públicos”, en AAVV, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 469/481, esp. p. 478: “Respecto del carácter ‘debilitado’ de algunos de los derechos del concesionario [...] pueden ser legítimamente modificados en su ejercicio como consecuencia del empleo de atribuciones discrecionales de parte de la autoridad pública”.

²² Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, 4ª ed., t. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1947, pp. 433/439, donde se explaya sobre las “obligaciones del concesionario”.

²³ Jèze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo* (San Millán de Almagro, Julio N., trad. de la 3ª ed. francesa por Marcel Giard, París, 1934), Buenos Aires, Depalma, 1950, t. IV, pp. 191/484 y t. V, pp. 3/408.

servicios públicos; (ii) el deber de regularidad; (iii) el deber de uniformidad; (iv) el deber de universalidad; (v) el deber de accesibilidad, abarcativo del acceso al servicio público o, en su caso, del acceso al servicio universal; (vi) la obligatoriedad, que equivale al deber de prestar el servicio en las condiciones acordadas, y que enraíza en el deber de prestar el servicio o *duty to serve* del derecho anglosajón²⁴ y que representaría la esencia del servicio público²⁵; (vii) el deber de prestar el servicio de forma económicamente eficiente, que se consagra constitucionalmente en el Artículo 42, CN, y que trae aparejada la conservación, por la firma, de las ganancias obtenidas por el desempeño más eficiente, es decir, más económico, dentro de las condiciones acordadas, y que presupone un régimen endógeno de sanciones por ineficiencia, v. gr., la no obtención de esas ganancias.

Otros deberes que pueden acordarse, con el concesionario, son los de prestar el servicio de forma satisfactoria; cumplir estándares de calidad predeterminados; cumplir estándares de seguridad prefijados; educar al usuario; asegurar un pronto acceso a la información amplia, adecuada, comprensible y veraz; proteger la salud, seguridad y derechos de los usuarios, consumidores y población en general; asegurar a los usuarios un trato equitativo y digno; procurar los máximos niveles de competencia, evitando prácticas anticompetitivas o de abuso de posición dominante, y neutralizando los efectos distorsivos de los monopolios u oligopolios naturales o legales; cumplir la ejecución del plan de inversiones previsto en el contrato de concesión o licencia acordado con los usuarios y aprobado por el ente regulador; desarrollar red de proveedores locales; proteger el medio ambiente asegurando el uso racional de los recursos presentes y potenciales; aplicar un sistema tarifario justo, razonable y transparente que –en un marco de sustentabilidad del servicio a largo plazo– minimice su costo total, contemple la equidad social, las prioridades en cuanto al crecimiento sectorial y regional, la protección de la competencia y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa, brindando al prestador la posibilidad de obtener una rentabilidad justa y razonable; entre otros.

El Decreto N° 1.023/2001 establece una serie de deberes –en rigor, las denomina “obligaciones”– que pesan sobre el contratista, y que, no obstante su origen normativo, integran la relación contractual pues a ella se aplican tanto el contrato como la legislación. Esas obligaciones son las del Artículo 13, y abarcan: (i) la obligación de ejecutar el contrato por sí, quedando prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa, en cuyo caso el cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato; (ii) la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, supuesto de *exceptio non adimpleti contractus*.

²⁴ Sobre este deber y su origen jurisprudencial, ver Arterburn, *op. loc. cit.*

²⁵ Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, en *ReDA*, Buenos Aires, Depalma, septiembrediciembre de 1989, N° 14, pp. 359/437, esp. p. 430: “Es, pues, tal obligatoriedad lo que constituye actualmente el factor definitorio del servicio público” y sus citas de Benoit y de De Valles, así como de variada jurisprudencia.

Empero, otras normas, como la Ley N° 25.561, del año 2002, afectaron los contratos de concesión de servicios públicos, así como las licencias que tuvieran por objeto la prestación de tal clase de servicio, pesificando y congelando las tarifas respectivas (Art. 8°), pero esa ley estableció que esas medidas “en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones” (Art. 10), con evidente afectación de los derechos de propiedad de aquéllas. Es claro que el deber del Artículo 10 vino a retroaccionar para afectar contratos en marcha en algunos casos desde un decenio atrás: la obligación de fuente legal formal afectó derechos emergentes de la ley y del contrato, con fundamentos en la emergencia.

El que otrora conociéramos como “proyecto de ley de servicios públicos”²⁶ fue pródigo en proponer obligaciones del prestador del servicio. Así, el deber de “prestar el servicio por su cuenta y riesgo, de acuerdo con los principios establecidos en [...], ateniéndose estrictamente al marco regulatorio sectorial, al pliego licitatorio, al contrato, a las instrucciones y resoluciones del órgano de control y a toda la normativa aplicable en la materia”, previsión por demás debatible pues no discrimina entre monopolios naturales y monopolios legales, no considera los riesgos que crea el propio Estado que contrata, no discrimina entre los diversos riesgos que puede sufrir el concesionario, v. gr.: comerciales, de gestión o permanente. También prevé ese Proyecto la obligación de “satisfacer toda la demanda de servicios que le sea requerida de conformidad con el pliego y con el contrato”, sin preverse qué sucedería en el caso de que una ley o reglamento posterior los modificase. El proyecto parecería limitar sustancialmente la posibilidad de invocar la *exceptio non adimpleti contractus* pues establece, sin modulación alguna, que, atento al principio de continuidad del servicio, el concesionario deberá abstenerse de interrumpirlo en forma total o parcial por ninguna causa, incluyendo mora o incumplimiento del Estado Nacional excepto cuando ello conlleve la imposibilidad de cumplir con la prestación, considerándose dicha interrupción como abandono del servicio y causal de rescisión culpable, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, el citado Proyecto repara en que el concesionario debe “preservar su capacidad financiera para cumplimentar el servicio; observar a tal fin las obligaciones establecidas en el marco regulatorio sectorial, en el pliego y en el contrato en cuanto a capital propio, reservas, inversión y reinversiones, distribución de dividendos y coeficiente de endeudamiento respecto al patrimonio neto y solicitar al órgano de control las autorizaciones que correspondieren, en relación a decisiones en la materia que pudieran afectar su capacidad financiera futura, según disponga la reglamentación”, previsión que soslaya toda consideración sobre endeudamientos en moneda extranjera contraídos en épocas de convertibilidad a tasas inferiores respecto a la moneda argentina, en cumplimiento de la manda de eficiencia de raigambre contractual y constitucional (Art. 42, CN). Otro deber que se le impone al prestador –independientemente de que el impacto financiero haga peligrar la continuidad del servicio– es el de “dar respuesta oportuna a los reclamos e indemnizar los daños que causare a consumidores, usuarios o terceros, resul-

²⁶ Se trata, en rigor, del proyecto del Poder Ejecutivo 0043-PE-04 (T.P. N°: 120): Mensaje N° 1075/04 y proyecto de ley por el cual se crea el Régimen Nacional de Servicios Públicos, comentado en AAVV, *Servicios Públicos. Regulación. Primer congreso nacional*, Dike - Foro de Cuyo, Mendoza, 2004.

tantes de la prestación del servicio, respetando el principio de reparación integral”. Equiparándose arbitrariamente al concesionario o licenciatario con un órgano o ente estatal, se lo obliga a “proporcionar al órgano de control, en toda ocasión que éste determine, y a todo aquel que esté habilitado por la legislación, toda aquella información que requieran para evaluar el cumplimiento de las prestaciones a su cargo”. Sin perjuicio de otros deberes, el Proyecto propicia que el prestador debe “[c]ontinuar brindando el servicio a todo usuario en caso de verificarse manifiesta incapacidad de pago de la factura respectiva y que la interrupción afectare las condiciones básicas esenciales para la subsistencia, conforme los términos que establezca la reglamentación. El costo de mantenimiento del servicio en los términos del presente inciso será financiado a través del Fondo Solidario previsto en el segundo párrafo del Artículo 22²⁷”, deber relativo a la implementación, a través de todos los servicios públicos, de la denominada tarifa social, régimen que exige modulaciones acordes con las particularidades de cada servicio: como se recordará, en los segmentos de transporte y distribución de gas, para las licenciatarias, tal deber no existe, con lo que nunca podría ser exigido, ni siquiera por derivación implícita.

IV. ¿De dónde surgen las obligaciones y los deberes del concesionario o licenciataria?

Las apreciaciones de la jurisprudencia, con relación a la fuente de los deberes u obligaciones del concesionario o licenciatario, ofrecen diversas ópticas respecto de tal aspecto.

Con apego a la tesis de la concesión como manifestación de la soberanía o de la decisión estatal unilateral, se ha determinado que es la concesión como “acto administrativo de derecho público” la fuente de los derechos y obligaciones del concesionario²⁸. En similar tesitura se ha afirmado que “la concesión es un acto de soberanía que atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario, y que reviste la forma de ley”²⁹.

También se ha hallado, en el “contenido” de ese acto, la extensión y medida de los derechos y deberes del concesionario con las restricciones impuestas por el poder de policía³⁰.

²⁷ El mismo proponía: “Servicio solidario: Se asegurará a los hogares indigentes en tanto revistan dicha condición, con respecto a las modalidades establecidas en la presente ley, el acceso a los servicios que se califiquen como esenciales según se determine en los marcos regulatorios sectoriales y la reglamentación. Solo quedan comprendidos en dicho acceso el cargo por conexión o la tarifa hasta un nivel de consumo de subsistencia básica. Si tal acceso requiriera subsidiar total o parcialmente dichos conceptos a fin de reducir el impacto de esta disposición sobre las tarifas de los restantes usuarios y consumidores, el Estado Nacional contribuirá, en la medida que se encuentre reflejado en el Presupuesto Nacional, a financiar el costo en las proporciones, la forma y con los alcances que se establezcan en el marco regulatorio sectorial, el pliego licitatorio, el contrato o la licencia. El Poder Ejecutivo nacional invitará a las provincias y municipios a contribuir con el financiamiento de este servicio”.

²⁸ “Municipalidad de Rosario c/ Compañía General de Luz y Fuerza”, *Fallos*: 178: 243 (1937).

²⁹ “Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 211: 83 (1948).

³⁰ “Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina” y “Romero, Carlos S. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 183: 116 (1939).

Las posturas de los dos párrafos precedentes parecerían verse conjugadas en la jurisprudencia que admite que se debe distinguir “el acto de imperio que motiva la concesión”, por un lado, y “los derechos y obligaciones que surgen entre ambas partes en virtud del contrato”, por el otro; en este contexto, se opera un cambio de enfoque y, soslayándose que la concesión es un acto de soberanía del Estado, se entiende que, una vez otorgada la concesión, “concedente y concesionario adquieren derechos y obligaciones que se desenvuelven en la esfera del derecho en un pie de perfecta igualdad, sin perjuicio de los derechos de policía que siempre se supone en toda concesión de servicios públicos”³¹, poder de policía o reglamentario que halla, como origen, la posibilidad de reglamentación de los derechos del Artículo 14, CN, y que se encuentra limitado, en su habilidad para crear cargas, deberes u obligaciones, por la regla de razonabilidad emergente del Artículo 28, CN.

También se han advertido obligaciones del concesionario fundadas en los “principios generales del derecho” –en el caso, el que prohíbe el enriquecimiento sin causa³²– y en el principio de buena fe, Artículo 1198, CC³³.

Más recientemente se perfila un apego a la letra del “contrato de concesión” a los fines de identificar la fuente de los deberes u obligaciones del concesionario: así, en materia de gastos de conexión de usuarios de la red de agua y cloacas de la zona metropolitana, con remisión al anexo VII del contrato aprobado por el Decreto N° 787/1993³⁴, apego por la letra del contrato que ha conocido épocas mucho menos rigurosas³⁵.

Por último, un caso que fija, acertadamente, el ámbito de aplicación del régimen iusadministrativo aplicable a la concesión –v. gr.: el contrato y el marco regulatorio, con derechos y obligaciones del concesionario, en ellos comprendidos–, desplazando la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor, a los efectos de la determinación de las obligaciones del concesionario, es el caso “Correo Argentino”³⁶.

V. ¿Puede invocarse la excepción de incumplimiento?

Un segundo tema de interés en punto a las obligaciones o deberes del concesionario o licenciataria es el relativo a si pueden excepcionarse de cumplir sus obligaciones si media previo incumplimiento del Estado contratante.

³¹ “Ferrocarril del Sud c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 183: 429 (1939).

³² “Gas del Estado S. E. (en liq.) c/ Transportadora de Gas del Sur S. A. s/ contrato administrativo”, *Fallos*: 326: 2457 (2003).

³³ “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Pcia. de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios”, *Fallos*: 329: 4944 (2006).

³⁴ Ver dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en “Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/ proceso de conocimiento”, *Fallos*: 330: 1649 (2007).

³⁵ “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - PEN - MEOySP y otros s/ amparo”, *Fallos*: 323: 2519 (2000).

³⁶ “Correo Argentino S.A. s/ Ley N° 24.240”, *Fallos*: 333: 662 (2010).

En “Cinplast”³⁷, la Corte Suprema, en el marco de los hechos de la causa, resolvió que correspondía confirmar la sentencia que –al condenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al pago de las sumas adeudadas en orden a las prestaciones cumplidas del contrato de suministro– sostuvo que el contrato se encontraba sometido al derecho público y que la *exceptio non adimpleti contractus* podía ser opuesta por la contratista si mediaba prueba de una “razonable imposibilidad” de cumplir con las obligaciones impuestas frente al incumplimiento de pago por parte de la Administración. Asimismo, entendió que esa situación no se había presentado al momento en que la actora dispusiera la rescisión del acuerdo. Huelga recordar que, poco tiempo después, Mertehikian calificó al incumplimiento estatal requerido –a efectos de la invocabilidad de la *exceptio*– como “grave y trascendente”³⁸.

El criterio de “razonable imposibilidad de cumplir” por parte del concesionario o licenciatario fue posteriormente receptado en el Decreto N° 1.023/2001, Artículo 13, pero con una redacción diversa: “Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá: [...] c) La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo [...] actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”. De tal modo, parecería haberse elevado el nivel de exigencia³⁹ para poder oponer la excepción pues, en vez de requerirse el extremo fáctico de “razonable imposibilidad” de cumplir con el contrato, pasó a requerirse un extremo fáctico distinto: “imposible ejecución” del contrato. No obstante la literalidad de la norma que motiva estas reflexiones, considero que es una norma de rango superior –el Artículo 28, CN– la que fija la regla de razonabilidad, y como tal irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento infraconstitucional, incluyendo el Decreto N° 1.023/2001, y todo su articulado. Es por ello que, por implicancia constitucional, la imposibilidad a que alude el Artículo 13, inc. c), Decreto N° 1.023/2001, es, en rigor, una “razonable” imposibilidad.

Finalmente, en enero de 2002 la legislación de emergencia –Artículo 10 de la Ley N° 25.561– cortó retroactiva e inconstitucionalmente las alas de esta *exceptio* en punto a concesionarios y licenciatarios de servicios públicos que llevaban, en algunos casos, más de un decenio como tales: “Las disposiciones previstas en los Artículos 8° [pesificación y congelamiento tarifario] y 9° [renegociación] de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”⁴⁰.

³⁷ “Cinplast IAPSA c/ ENTel s/ ordinario”, *Fallos*: 316: 212 (1993).

³⁸ Mertehikian, Eduardo, “La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública”, en su *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 202 y sigs.

³⁹ También considera que el criterio se tornó más exigente Comadira, J. Pablo, “La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo”, en AA VV, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 695/704, esp. p. 700.

⁴⁰ Ampliar en García Sanz, Agustín A. M., “La *exceptio non adimpleti contractus* en la emergencia económica: ¿Es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?”, en Gordillo, Agustín (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 170/175.

Cabe agregar que la jurisprudencia ha analizado la posibilidad de invocación de esta excepción por parte de una prestadora de un servicio público, concursada: Correo Argentino S.A.⁴¹. Puede apuntarse que en el fallo respectivo se afirmó: (i) “la *exceptio non adimpleti contractus* –reglada en el Artículo 1201 del Código Civil para los contratos bilaterales–, que autoriza a excepcionarse del cumplimiento de una obligación interdependiente y recíproca si la otra parte no cumple y, en forma coincidente, el Artículo 510 –que prevé que uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir la obligación respectiva– imponen, como *conditio iuris* al demandante, que no sea un incumplidor moroso”; (ii) “para reclamar el cumplimiento de la obligación, se exige que el demandante acredite haber cumplido con las impuestas a su cargo”; (iii) “la defensa de incumplimiento –equivalente a la expresión ‘no cumplo si no cumples’– constituye una excepción sustancial dilatoria”; (iv) la misma “presupone necesariamente la coexistencia de obligaciones exigibles y vencidas al igual que lo que ocurre con la configuración de la mora, que presupone un retraso o retardo imputable al deudor en el cumplimiento de la obligación”.

VI. Los deberes y las obligaciones en función del tiempo.

Una última cuestión que puede traerse a colación en relación con los deberes y obligaciones del concesionario o de la licenciataria hace a aquellos casos que, en función del tiempo, presentan un gravamen todavía no formado, o un caso de inoficioso pronunciamiento. Se trata de “Aguas de Formosa”⁴² y “Camuzzi”⁴³, en los que las obligaciones que pesaban sobre las firmas actoras sufrieron una transformación. Veamos.

En “Aguas de Formosa”, la empresa de servicios públicos actora solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo provincial que había establecido la aceptación obligatoria, como medio de pago y cancelación, de unos bonos y letras provinciales al tiempo que dicha empresa debía seguir prestando servicios y cumpliendo sus demás deberes y obligaciones como hasta ese entonces. Aún cuando había mediado posterior rescate de esos títulos, las actoras entendían que habían quedado “legalmente sujetas a un nuevo y futuro medio de pago que sustituyere a los títulos referidos”. En sede judicial se resolvió que no había caso judicial maduro pues ese aserto era “una mera especulación conjetural ante la circunstancia inequívocamente hipotética a la cual está condicionado el agravio que se invoca”, con lo que el gravamen no había alcanzado el “grado de concreción suficiente para configurar el acto en ciernes” (Art. 116, CN, y Art. 2° de la Ley N° 27).

En “Camuzzi” se debatió el cumplimiento o incumplimiento, por parte de la licenciataria actora, distribuidora de gas, de sus deberes y obligaciones de índole contractual en el marco de la emergencia declarada en la Ley N° 25.561. Como se recordará, en el

⁴¹ “Correo Argentino S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por la concursada al crédito del Estado Nacional argentino”, *Fallos*: 332: 479 (2009).

⁴² A. 919.XXXVII ORI, “Aguas de Formosa y otra c/ Pcia. de Formosa s/ inconstitucionalidad”, del 27-2-2007.

⁴³ C.88.XLV ORI, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Pcia. de Río Negro s/ medida cautelar”, del 23-3-2010.

segmento de distribución de gas no se prevé tarifa social alguna, ni en la ley del gas ni en las respectivas licencias. En el caso, una ley provincial –posteriormente derogada– suspendió la posibilidad de que las licenciatarias de gas dispusieran cortes de suministro domiciliario del “servicio público de gas natural respecto de aquellos usuarios en situación de desempleo o condición socioeconómica que impida el cumplimiento de sus obligaciones en término”. Como el plazo de vigencia de esa ley –que empezó a regir en diciembre de 2008, prorrogada por la Ley N° 4.432– venció el 31 de diciembre de 2009, la Corte consideró que el caso era abstracto. Así, el valor económico de la trascendente modificación de las obligaciones de la licenciataria, durante la vigencia de esa ley, pareció desaparecer sin rastros.

VII. Síntesis y reflexiones finales.

Exponer sobre el deber de cumplimiento de las reglas contractuales en materia de licencias y concesiones de servicios públicos depara detenerse en tres nociones, a saber: “deber”, “contrato” y “licencias y concesiones de servicios públicos”. Éstas, como se vio, parecen pertenecer al mismo género –contratos administrativos– pues, en su momento, el legislador las equiparó. La noción de *deber*, en cambio, ofrece un panorama más complejo pero, a efectos de este trabajo, podemos considerar deberes y obligaciones como nociones equivalentes, si bien, en rigor, un contrato genera obligaciones *inter partes* y deberes hacia terceros (sección II). Cuestiones relevantes en la materia son: (i) la cuestión de la fuente de los deberes y obligaciones del contratista; (ii) la cuestión de la invocabilidad de la denominada “excepción de incumplimiento”; (iii) los deberes y obligaciones en función del tiempo.

Más allá del nivel de detalle con que se puedan explicitar los deberes y obligaciones del concesionario o de la licenciataria (sección III), aquéllos pueden nacer, según la jurisprudencia, de diversas fuentes: la concesión como “acto administrativo de derecho público”; la concesión como “acto de soberanía”; el específico “contenido” de ese acto; el poder de policía que fija la extensión y medida de los derechos y deberes del concesionario con las restricciones que aquél impone; los “principios generales del derecho”; la letra del “contrato de concesión”; el régimen iusadministrativo desplazando pretendidas obligaciones emergentes de la ley que protege a los consumidores (sección IV).

El criterio de “razonable imposibilidad de cumplir” a efectos de que el concesionario o licenciatario pueda eximirse de cumplir ante el incumplimiento del concedente perdió el calificativo de razonabilidad en el texto del Artículo 13 del Decreto N° 1.023/2001. Ello no implica que aquel calificativo sea aplicable atemporalmente y haciendo caso omiso de la letra del citado artículo pues surge del Artículo 28, CN (sección V).

Por último, la jurisprudencia parecería muy cuidadosa en punto a acoger reclamos por nuevas obligaciones del concesionario o licenciatario nacidas de legislación de acotada vigencia en el tiempo y/o de emergencia (sección VI).

Una reflexión final que me permito formular vuelve sobre la cuestión de las fuentes de los deberes y obligaciones de concesionarios y licenciatarias. Esos deberes y obligaciones pueden estar explicitados, en el contrato, con un menor o mayor nivel de detalle,

y en ello inciden factores varios que exceden estos párrafos. Ahora, más allá de ese nivel de detalle, considero importante puntualizar que la ejecución de las licencias y concesiones de servicios públicos, dado el objeto que tienen, debe (i) facilitar la permanente colaboración o cooperación entre las partes contratantes para llevar adelante el contrato libre de serios incumplimientos de deberes u obligaciones, (ii) mantenerlo alejado de litigios contractuales de trascendencia y (iii) con apego a la idea de que si concedente y concesionario o licenciataria cumplen recíprocamente con sus deberes y obligaciones, los beneficiados serán los terceros usuarios de los servicios que prestan.

