

ESQUEMA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Año 2007 / N° 1 / Pag. 31 /

Autor

Sarmiento García, Jorge H.

Sumario

1. La concesión. a) Diversos conceptos. 1) Precisiones. 2) Los títulos. b) Noción de la concesión de servicios públicos. c) Contratos de concesión de servicios públicos, de obra pública y de concesión de obra pública; la denominada concesión de servicios "pura". 2. Concesión: contrato en la función administrativa. a) La naturaleza jurídica. b) Existencia de vínculos contractuales en el obrar administrativo. c) Contratos civiles y administrativos. d) Contratos de la administración o en la función administrativa. e) La concesión de servicios públicos. f) Principios de su régimen jurídico. 3. Concedente y concesionario. a) Concedente. b) Órgano competente de la entidad estatal concedente. c) Interventores. d) Concesionario. 4. Encargo temporal de la ejecución de un servicio público. 5. Ejercicio de potestades públicas. 6. La ejecución del servicio se efectúa a costa y riesgo del concesionario. 7. La vigilancia y control del ente concedente. a) El marco jurídico adecuado. b) Los organismos de control (art. 42, Const. Nac.). c) Las audiencias públicas. d) Control administrativo y judicial. 8. Fundamento jurídico de la concesión. 9. Contrato intuitu personæ. 10. Elementos del contrato de concesión. a) Los sujetos. b) El consentimiento. c) El objeto o contenido. d) La forma. 11. Elección del concesionario. a) Procedimientos. b) La licitación pública. c) Ausencia de libertad contractual. 12. Ejecución del contrato. a) Principios de hermenéutica. b) Atribuciones del concedente. c) Enunciación. 1) De exigir al concesionario el cumplimiento del servicio. 2) De control del concesionario. 3) De exigir la adecuación del servicio. 4) De imponer sanciones. 5) De invocar la lesión. 6) La exceptio non adimpleti contractus. 7) La teoría de la imprevisión. 8) El hecho del príncipe. 9) La revisión de precios ex lege o por cláusula contractual. d) Derechos del concesionario. 1) A la explotación del servicio. 2) Emergentes de cláusulas eventuales. 3) Derecho al cobro de la contraprestación por el servicio. 4) Derecho del concesionario frente a los usuarios. El contrato y los terceros. 5) Derechos sobre los bienes. 6) Derecho a transferir el contrato. 13. Distintas relaciones jurídicas. a) Concedente y concesionario. b) Concesionario y personal. c)

Concesionario y terceros no usuarios. d) Concedente con usuarios. e) Concesionario con usuario. f) Entre concesionarios. g) Competencia. 14. Extinción del contrato. a) Muerte, falencia o desaparición del concesionario. b) Vencimiento del plazo. c) Renuncia. d) Rescisión. e) Revocación y anulación. f) Invocación de la nulidad del contrato por los terceros. g) Situación de los bienes al extinguirse la concesión. 15. Responsabilidad civil frente al usuario. a) Principios. b) Pautas generales. c) ¿Hacia la responsabilidad de la administración sobre el servicio? 16. Apostillas finales. a) Las crisis. b) Sobre la globalización. c) Una concepción diferente. d) La economía de mercado. e) Los procesos de integración. f) Realización del bien común internacional y la civitas maxima. g) Colofón.

1. La concesión
2. Concesión: contrato en la función administrativa
3. Concedente y concesionario
4. Encargo temporal de la ejecución de un servicio público
5. Ejercicio de potestades públicas
6. La ejecución del servicio se efectúa a costa y riesgo del concesionario
7. La vigilancia y control del ente concedente
8. Fundamento jurídico de la concesión
9. Contrato intuitu personæ
10. Elementos del contrato de concesión
11. Elección del concesionario
12. Ejecución del contrato
13. Distintas relaciones jurídicas
14. Extinción del contrato
15. Responsabilidad civil frente al usuario
16. Apostillas finales

Ver texto completo

ESQUEMA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La concesión

a) Diversos conceptos

Se advierte entre nosotros una lamentable confusión terminológica en diversos planos; y así:

a) En el legislativo

1) Se utilizan las expresiones concesión (electricidad, ferrocarriles y agua) y licencia (gas y teléfonos) en diversos servicios.

2) Se emplea un distinto nomen iuris (por ejemplo para la electricidad y el gas), pese a la similitud de regímenes jurídicos.

3) Además, según algunos, ciertas tareas -como las telefónicas- habrían dejado de ser servicios públicos, pasando a constituir actividades particulares de interés público o industrias reguladas.

b) En el doctrinario

1) Gaspar Ariño Ortiz propone el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que lleva consigo (titularidad de la actividad a favor del Estado, idea de concesión como transferencia de una competencia originariamente administrativa, etc.), acercando el concepto de servicio público a la idea de actividad reglamentada o industria regulada, propia del mundo anglosajón, sustituyendo el régimen cerrado y en exclusiva, que caracteriza hasta ahora -según él- a los servicios públicos, por un régimen abierto, en principio, en cuanto a la entrada en el sector, bajo sistema de "autorización reglamentada", sometida a una regulación por causa de servicio público y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la medida en que haya que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, unilateralmente, por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores cuando se les otorga la autorización para operar, debiendo preverse la correspondiente compensación económica cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios.

2) Otros manifiestan que mediando competencia hay licencia (teléfonos), en tanto que si existe exclusividad hay concesión (aguas).

3) Hay quienes opinan que si hay servicio público existe concesión (gas), en tanto que si existe industria reglamentada o regulada media licencia (teléfonos).

4) Miguel S. Marienhoff, por su parte, opinaba que la licencia se aleja de la concesión y se acerca al permiso que, por principio, es revocable y sin indemnización.

1) Precisiones

Es evidente entonces que en esta materia ha existido y subsiste la gran confusión aludida precedentemente, por lo que en orden a contribuir con la tarea de lograr una cierta uniformidad terminológica que facilite la labor de legisladores y juristas, propiciamos los conceptos que pasamos a explicitar, en el modelo de titularidad estatal de los servicios públicos, luego de unas imprescindibles precisiones sobre el último, que resumimos como sigue:

a) Caracteriza al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y el carácter de mero gestor delegado de quien presta una actividad sobre la que no posee titularidad, por lo que queda vinculado a las condiciones de suministro que han sido determinadas por el delegante, entre ellas la obligatoriedad.

b) No compartimos la idea de quienes propician una evolución del concepto de servicio público hacia otro que llega a identificarse con el de las actividades privadas de interés general (public utilities), propugnando que se cambie en todo caso la técnica o herramienta de regulación, sin abandonar en definitiva el concepto de servicio público, que puede seguir siendo útil, incluso en el ámbito supranacional. Si bien se puede mutar el régimen jurídico de cierta actividad económico-industrial, abandonando el campo del servicio público y pasando al de las actividades privadas de interés público, entendemos no parece conveniente alterar aquél, el que, con un régimen jurídico adecuado, puede seguir siendo útil.

c) La liberalización de la economía, en el ámbito de los servicios públicos, supone ampliar la libertad de empresa, lo cual exige en su caso la eliminación de la publicatio.

Bueno es aclarar que la publicatio o "publicación" implica la titularidad pública de la actividad, aunque hay quienes prefieren hablar de "reserva".

Lo cierto es que la publicatio (o "reserva") -entendida, en última instancia, como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste asume, para sí, la titularidad de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares, quienes no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa, derecho que les ha de ser concedido o delegado por el Estado- no podría, según sostiene José Ignacio Hernández González, ser implícita o tácita, debiendo provenir de una clara e inequívoca decisión

de los poderes públicos competentes; y para que particulares (e incluso órganos o entes distintos al titular de la actividad) puedan emprender el ejercicio de actividades reservadas, se requiere contar con la concesión o delegación estatal.

Por otra parte, dentro del fenómeno de desintervención estatal en la economía, se encuentra la técnica denominada "despublicación" o "acto de despublicar" que conforme a José Araujo-Juárez se caracteriza, a diferencia de los vocablos liberalización, privatización, etcétera, por su significación precisa y no susceptible de graduación, por cuanto se trata pura y simplemente de un acto jurídico-público de contrario imperio a la publicatio, por el que se suprime la calificación de servicio público que ostentaba una actividad o servicio, devolviéndola, en consecuencia, al ámbito de ejercicio de la iniciativa económica de los particulares; de ahí que en toda despublicación hay, pues, siempre, claramente, un antes y un después bien definidos, determinado de ordinario por la entrada en vigencia de la ley que la formalice.

La titularidad, entonces, no es indiferente al régimen a establecer en actividades en las que se encuentra comprometido el interés público, explicando la existencia de dos regímenes distintos:

- a) El propio de la actividad administrativa del Estado (publicación), o
- b) el de regulación externa de actividades privadas de interés público -con todos los límites constitucionales del poder de policía- que presupone, en su caso, la despublicación.

2) Los títulos

Con las aclaraciones que anteceden, propiciamos los siguientes conceptos:

- 1) En la autorización la respectiva actividad no está prohibida, existiendo un sujeto que es titular de un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos. Se aplica en actividades particulares de interés público (por ej., farmacias), y en los servicios sociales (v. gr., sanatorios o escuelas particulares).
- 2) En el permiso, en cambio, por principio se trata del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que constituye una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva (por ej., permiso para portar armas).
- 3) La habilitación es por lo general otorgada a negocios o establecimientos, previa comprobación de que reúnen las condiciones requeridas de seguridad, salubridad, etcétera.

Las figuras que anteceden, en principio propias del *ius politiæ*, no deben ser confundidas con las de la concesión y la licencia en materia de servicios públicos.

4) La concesión es constitutiva de derechos, e implica que -como en la de servicios públicos- se transfiera una atribución que pertenece iure proprio al Estado (lato sensu), dándose por tanto en aquellos supuestos en los cuales existe publicatio, es decir, la asunción formal por la administración de responsabilidades y funciones, que pueden haber sido gestionadas hasta entonces por los particulares, como hemos visto supra.

La concesión es una forma de prestación indirecta de los servicios públicos: la satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva no es cumplida directamente por la entidad estatal, sino por personas a quienes aquélla la encomienda, pero el servicio concedido continúa siendo en todo instante servicio público.

5) La licencia permitiría al menos dos significaciones:

a) La que implica que, como instrumento en materia de servicios públicos, es un acto administrativo unilateral constitutivo de derechos a título precario.

b) La que señala que el concepto de licencia es similar al de concesión: ambas comportan la delegación estatal en favor de una persona, generalmente privada, de la gestión de un servicio público; sin embargo, la diferencia sustancial entre ambos institutos radica en que el otorgamiento de licencias lleva consigo que el Estado cedente no conserva su papel de titular de la actividad que licencia, sino que, en principio, la abandona en forma definitiva en manos de los particulares sin posibilidad de retomarla, transformándose de esta forma en un controlador del cumplimiento de las condiciones impuestas en el contrato, pero no retiene el servicio, ya que su titularidad pertenece al licenciario.

Nos hemos inclinado por la primera acepción, sencillamente porque si hay delegación siempre puede el delegante reasumir lo delegado, y porque el segundo concepto importa, en rigor, que mediando licencia la actividad deja de ser propiamente servicio público.

b) Noción de la concesión de servicios públicos

En nuestro entender, "Es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente".

En el análisis de la idea, conviene ante todo diferenciar este contrato del de obra pública y de concesión de obra pública.

c) Contratos de concesión de servicios públicos, de obra pública y de concesión de obra pública; la denominada concesión de servicios "pura"

1) Para realizar una obra pública valiéndose de la colaboración de terceros, el Estado puede recurrir al contrato de obra pública o a la concesión de obra pública.

La diferencia esencial entre estas dos figuras jurídicas está dada por la forma de remuneración del contratista:

a) En el contrato de obra pública el contratista ejecuta la obra y percibe el precio de la entidad estatal, siendo aquél res inter alios para los administrados. Su objeto es simplemente construir una obra pública por cuenta de la administración; es similar al contrato de construcción del Derecho Privado, y si la obra luego de construida se destina a un servicio público, jurídicamente nada tiene que ver con éste.

b) En la concesión de obra pública el contratista que ha ejecutado la obra no es remunerado por la entidad estatal, sino por ciertos administrados mediante sistemas, como el peaje o la contribución de mejoras; se trata, entonces, de un contrato que produce efectos con relación a terceros.

En definitiva, la concesión de obra pública no es otra cosa que un contrato de obra pública por la que el contratista es remunerado en una forma particular: no por la entidad estatal con la que contrató, sino por ciertos administrados, mediante el peaje o contribuciones especiales.

2) Se han señalado las siguientes diferencias sustanciales entre la concesión de servicios públicos y de obras públicas:

a) La primera supone necesariamente la gestión de un servicio público considerado en su unidad orgánica, mientras que en la segunda el objeto no es el servicio público sino una obra pública.

b) Mientras en la concesión de obra pública el elemento más importante es la "construcción" de la obra, en la de servicios públicos es la "explotación" de un servicio por el concesionario.

3) En orden a precisar las diferencias entre la concesión de obra, la de obra y servicios y la de servicios, suele decirse que la primera es un contrato en virtud del cual la administración encarga a un particular la ejecución de una obra pública, la que es costeadada por los usuarios, y que la concesión de obra y servicios surge a mediados del siglo XIX como fórmula que permite confiar a un particular la ejecución de una obra pública retribuyendo al constructor con la explotación del servicio en el período que se establece -en principio, nunca mayor de 99 años-, durante el cual podrá percibir aquél de los usuarios la tasa estipulada en la tarifa que previamente se fije, pasando la obra, terminado dicho plazo, a la plena propiedad y disfrute de la administración concedente; y que fue al comienzo del siglo XX, cuando Duguit -que inicia su famosa teoría del servicio público como base exclusiva de todo el Derecho Administrativo francés, en el que esa doctrina ejerció una necesaria y notoria influencia sobre el concepto de concesión- destacaba que la nota distintiva de la concesión de obra y la de obra y servicio estribaba en que la importancia de la obra pública en la segunda pasa a un plano secundario, imponiéndose fundamentalmente la idea del servicio, lo que traería, en la doctrina francesa y española posterior, una consecuencia ineludible: la necesidad de admitir la existencia de concesiones de servicios en las que el concesionario no haya sido previamente constructor.

4) Resulta obvio que tampoco debe la concesión de servicios públicos confundirse con ciertos contratos de locación de obra o de servicios que puede celebrar una entidad estatal y cuyo objeto no es la ejecución de un servicio público, como la contratación de un estudio jurídico para la confección de un pliego de bases y condiciones para una licitación.

5) Concesión de servicios pura e impura.

Según Fanelli Evans, la pura es aquella en la que el particular desarrolla una mera actividad, con bienes propios o del concedente, actividad que organiza esos bienes materiales (ómnibus, camiones recolectores de basura, subterráneo, etc.), los pone en movimiento con arreglo a un marco jurídico (para lo cual contrata personal idóneo, diseña horarios, provee al mantenimiento, calcula tarifas, etc.); en suma, gerencia el servicio.

La concesión deja de ser pura cuando el concedente exige inversión privada para agrandar su propio patrimonio, como cuando paralelamente con la prestación del servicio, el concesionario debe realizar una o más obras públicas, con lo que: a) Se complica la cuestión tarifaria por el necesario recupero de la inversión, y b) aumenta el riesgo del concesionario ante una posible revocación o rescate. Ergo, la concesión pura admite la licencia (o permiso), en tanto que en la "impura" se requiere un contrato de concesión.

La concesión impura sería un contrato atípico:

a) En la prestación del servicio en sí, predominan las características de una concesión de servicio público, por lo que se aplicaría el régimen del último, pero

b) respecto de las obras exigidas, se aplicarían las normas y principios de la concesión de obra pública, ya que se trata de la exigencia de obras que el concedente no paga.

2. Concesión: contrato en la función administrativa

a) La naturaleza jurídica

La noción de la concesión de servicio público difiere según la concepción que se acepte en torno a su naturaleza jurídica, la cual constituye uno de los puntos neurálgicos de discusión entre quienes defienden y quienes niegan la existencia de los "contratos administrativos".

b) Existencia de vínculos contractuales en el obrar administrativo

La afirmación de Otto Mayer, en el sentido de que el Estado siempre manda unilateralmente, constituye una hipótesis arbitraria que en manera alguna se compadece con la realidad.

Efectivamente, ella evidencia que los órganos que ejercen funciones administrativas no siempre proceden por vía unilateral, mediante actos administrativos: con frecuencia procuran llegar a un entendimiento con los particulares, celebrando acuerdos de muy diversa naturaleza, es decir, actos bi o plurilaterales, y ello sin perjuicio de la existencia de acuerdos entre entes públicos.

El Estado necesita bienes y servicios de terceros para poder mantener su funcionamiento, su organización, su aparato de gobierno. Ciertamente es que para ello a veces recurre a la colaboración forzosa de los particulares, lo que da lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria, e incluso podría determinar una requisición transitoria de dinero o de cosas, como ocurriría, por ejemplo, con el empréstito forzoso o con el uso de cosas muebles o inmuebles, ya que este uso puede ser objeto de requisición; pero también lo es que recurre a los acuerdos.

Veamos ahora si tales acuerdos entre el Estado y los particulares pueden o no ser considerados contratos, partiendo de la base de que, en general, se admite la existencia de contratos entre entes públicos.

Si se supone que es de la esencia del contrato el determinar las consecuencias jurídicas directas, el contenido de los derechos y deberes recíprocos de los contratantes y que, por tanto, para poder hablar de contrato es menester que las partes determinen no sólo el "sí" sino el "como" de la relación, obviamente muchos acuerdos entre el Estado y los particulares -como, verbigracia, en el caso de la relación de empleo público- no serían propiamente contratos, pues en ellos el particular se limita a aceptar o rechazar el régimen preestablecido.

Pero si no se mira más que la coincidencia de voluntades como condición de la efectividad de ciertas consecuencias jurídicas, no hay inconveniente en considerar que en tales hipótesis hay propiamente contratos.

En este orden de ideas expresaba Bartolomé Fiorini que estos contratos se establecen por un acuerdo creador de relaciones jurídicas o con el simple consentimiento de adhesión por el particular a relaciones previamente establecidas por la administración, y que en cualquiera de los dos casos siempre se destaca como necesaria la manifestación de voluntad del particular en un convenio, pues la figura contractual no existe si no se exhibe esta manifestación de convenio con la voluntad del particular.

Con la expresión "contrato de adhesión" (gráfica denominación dada por Saleilles) se distingue la posición en que una de las partes "impone la ley del contrato" a la otra, que sólo puede optar entre aceptar las cláusulas preestablecidas o no contratar, dándose tal modalidad contractual tanto en el Derecho Privado (como en el caso del contrato de seguro) como en el Público.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, son múltiples los textos -constitucionales y legales- que se refieren a los contratos del Estado; es decir que normativamente se reconoce la posibilidad de que aquél se vincule contractualmente, descartándose las doctrinas negativas.

Admitido, entonces, que el contrato es una forma del obrar administrativo, sea que él se celebre entre entes públicos o con particulares y, en este último caso, aun cuando el particular se limite a manifestar su adhesión, de inmediato se plantea la siguiente cuestión:

c) Contratos civiles y administrativos

Una tendencia -minoritaria- considera que todos los contratos celebrados en ejercicio de la función administrativa están sometidos al Derecho Privado, es decir que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados (a los que excepcionalmente pueden aplicárseles normas de Derecho Público).

Pero una tendencia generalizada distingue, dentro del total de los contratos celebrados en ejercicio de la función administrativa, los regidos por el Derecho Privado y los que se regulan por el Derecho Público y que, en consecuencia, merecen la denominación de "administrativos".

Ahora bien, quienes se colocan en tal tesitura, es decir, admiten la coexistencia de contratos administrativos y de Derecho Privado en el obrar administrativo, divergen en cuanto al criterio para distinguir unos de otros, por lo que a continuación hemos de exponer brevemente los principales sustentados, prescindiendo de los detalles secundarios.

1) Según el criterio de la jurisdicción, habría contrato administrativo cuando los litigios a que pueden dar lugar entran en la competencia de los llamados tribunales "en lo contencioso administrativo", y contrato de Derecho Privado cuando las contiendas que se susciten deban ser resueltas por los jueces comunes.

Este criterio confunde efecto con causa: la competencia, en todo caso, no sería índice de la naturaleza del contrato, sino consecuencia de ella.

2) Para el criterio formal, serían administrativos los contratos cuya celebración se realiza por las formas especiales del Derecho Público, como la licitación pública.

Pero se ha observado que un mismo contrato administrativo, como el de obras públicas, puede celebrarse por licitación pública o directamente como lo hacen los particulares.

3) El criterio legalista afirma que contrato administrativo es aquel calificado como tal por textos de Derecho positivo, y por ejemplo se recuerda al respecto el artículo 815 del Código Administrativo de Portugal de 1940, según el cual son contratos administrativos únicamente los de construcción y concesión de obra pública, concesión de servicio público, suministro y prestación de servicios.

Se ha observado que este criterio, como determinante del carácter administrativo de un contrato, no siempre concordará con los postulados de la ciencia jurídica, pues a veces puede implicar una mera expresión del arbitrio legislativo, tratándose de un punto de vista que no es rigurosamente científico: el legislador, en ejercicio de su poder, tanto puede excluir del concepto de contrato administrativo a muchas figuras que efectivamente lo son como podría incluir en ese concepto a muchos contratos que no revisten carácter administrativo.

4) En el criterio finalista, debe tomarse en cuenta el objeto o fin que se persigue con el vínculo contractual: existiría contrato administrativo cuando el fin es el servicio público o, más ampliamente, la utilidad pública.

Esta opinión también ha suscitado reparos, diciéndose que el concepto de servicio público carecería de precisión -es sabido que en torno a la noción de servicio público existen diversas interpretaciones doctrinales-, y que la noción de utilidad pública sería extremadamente vaga, por lo que permiten soluciones contradictorias respecto de ciertos contratos. Además -se agrega- no hay acuerdo sobre la vinculación que debería tener el contrato con el servicio público.

5) También está el criterio de las cláusulas exorbitantes, según el cual los contratos administrativos se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación con el Derecho común. Aclarando más el concepto, por cláusulas exorbitantes se entiende aquellas que están fuera de la órbita normal del Derecho Privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas; por ejemplo, si disponen que la administración puede aplicar ella misma y ejecutar también por sí ciertas penalidades, o que la administración queda exenta de responsabilidad por falta de pago o por mora en los pagos, salvo el reconocimiento de reducidos intereses, o que si la administración no cumple con el contrato no adeuda indemnización por lucro cesante, etcétera. Según el Consejo de Estado francés, cláusula exorbitante es una estipulación que tiene por objeto conferir a las partes derechos o crearles obligaciones, extrañas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas en el marco de las leyes civiles y comerciales.

Se ha sostenido que este criterio no siempre resulta idóneo para calificar como administrativo un contrato. Así, Marienhoff entiende que un contrato puede ser administrativo por su objeto o por contener cláusulas expresas exorbitantes del Derecho Privado. Cuando el contrato es administrativo por su objeto, como la concesión de servicios públicos, relación de empleo público, concesión de uso del dominio público, etcétera, como principio general apareja cláusulas virtuales exorbitantes al Derecho Privado. Consecuentemente, si las cláusulas virtuales derivan de la naturaleza administrativa del contrato, se requiere la previa determinación del carácter del contrato, porque si éste no es administrativo no existen cláusulas exorbitantes virtuales.

6) Para el criterio de la subordinación, los contratos administrativos se caracterizarían por la subordinación jurídica del particular a la administración.

Pero se ha sostenido que, hoy, en el contrato administrativo hay una relación que es más de colaboración que de subordinación.

7) En cuanto al criterio que atiende al carácter en que obra la administración pública, el mismo parte de la existencia de la doble personalidad del Estado.

Más destacamos que el Estado, para el logro de sus fines, desarrolla actividades que pueden estar sujetas a regímenes jurídicos diversos, no obstante lo cual aquél no tiene sino una sola personalidad jurídica.

Pues bien, del panorama doctrinario expuesto resulta que los distintos criterios son pasibles de observaciones y objeciones, lo que ha llevado a la siguiente conclusión: no se ha hallado una solución satisfactoria para diferenciar los contratos que celebra el Estado en administrativos y privados.

d) Contratos de la administración o en la función administrativa

Así las cosas, hemos adherido a quienes no admiten que haya contratos que se regulen exclusivamente por el Derecho Público -y que, en consecuencia, merezcan la denominación de administrativos- y otros que, también celebrados en ejercicio de la función administrativa, se regulen únicamente por el Derecho Civil o Comercial y deban, por tanto, calificarse de privados.

En efecto, la realidad exhibe que en los acuerdos o vínculos contractuales de la administración rige el Derecho Público y el Privado en mayor o menor grado, según los casos. Entre tales contratos algunos se regulan fundamentalmente por el Derecho Público, como las concesiones en general, pero admiten alguna aplicación de ciertos principios y normas del Derecho Privado, mientras que otros (*exempli gratia*, compraventa de inmuebles, locación y permuta) en casi todos sus aspectos se regulan por el Derecho Privado, no obstante lo cual siempre en algunos puntos rige el Derecho Público: como escribiera años atrás Agustín Gordillo, "es obvio que todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al procedimiento de concertación, a las formas pertinentes, etcétera, se rige estrictamente por el Derecho Público; no sería sino aventurado querer fundamentar la competencia de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la capacidad del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley de contabilidad exija la licitación pública pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil y se trate de un contrato, de ese tipo; ni que si de acuerdo al Derecho Administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública, etcétera". Entre estas dos situaciones hay numerosos vínculos en que el Derecho Público y el Privado se aplican en grado variable, siendo imposible establecer límites precisos.

Lo expuesto supra explica las dificultades para hallar un criterio de distinción neta entre contratos administrativos y civiles de la administración, y aun la imposibilidad de establecerlo.

Por ello, consideramos acertado prescindir de la expresión "contrato administrativo", que sugiere una idea de oposición con los contratos de

Derecho Privado, y hablar, en cambio, de "contratos de la administración" o "en la función administrativa", dado que en lugar de haber contratos privados, con exclusiva aplicación del Derecho Privado, y contratos administrativos, con un régimen privativo de Derecho Público, existen contratos de la administración, en los cuales rige en mayor o menor grado, según los casos, el Derecho Público y el Privado.

En todo caso, si se desea continuar utilizando la expresión "contrato administrativo", que se lo haga entendiendo por tal a aquel que se encuentra regulado por el Derecho Administrativo en una medida importante (de modo similar a lo que ocurre con las denominadas personas jurídicas "públicas"), lo que no excluye que se encuentren sometidos también al Derecho Privado de algún modo o en una cierta medida.

e) La concesión de servicios públicos

Conforme a lo expuesto, ella no es:

- Acto unilateral.

- Contrato de Derecho Privado.

- Contrato administrativo.

- Un acto mixto de:

a) Acto reglamentario, unilateral, que fija la organización del servicio y es modificable por la administración.

b) Contrato que trata las condiciones económicas y financieras de la concesión y que es, en principio, inmodificable.

Es un contrato en la función administrativa que se regula fundamentalmente por el Derecho Público, aunque admita en algunos aspectos la aplicación de normas y principios de Derecho Privado (por ej., regulación de la capacidad civil del concesionario).

f) Principios de su régimen jurídico

El contrato se celebra directamente en el interés público, el que incide en todo su régimen jurídico, siendo (o debiendo ser) muy intenso el control sobre el concesionario.

El servicio continúa siendo servicio público, particularmente con sus caracteres de regularidad, obligatoriedad o generalidad, igualdad y continuidad.

3. Concedente y concesionario

a) Concedente

Es quien otorga la concesión: entidad estatal competente (Nación, provincias, municipalidades u otras entidades descentralizadas).

En principio, el otorgamiento de las concesiones corresponde a las provincias, a la Nación cuando ello resulta de la Constitución Nacional y a los municipios cuando han sido habilitados por la Constitución o la Legislatura provincial.

Los principios del artículo 42 de la Constitución Nacional deben ser aplicados -mutatis mutandis- por las provincias y municipios.

b) Órgano competente de la entidad estatal concedente

Como se transfiere ejercicio de cierta potestad pública, a veces con privilegios, se requiere la actuación del órgano legislativo, generalmente por los modos siguientes:

a) El órgano legislativo regula genéricamente el otorgamiento de concesiones y, en ejercicio de la habilitación legal, el órgano administrativo pacta la o las concesiones (por ej., servicio público de transporte de pasajeros).

b) El acto legislativo se refiere a una concesión determinada; se configura como una autorización (si es previo) o aprobación (si es posterior).

Marienhoff opinaba que en el ámbito nacional la competencia es del Poder Ejecutivo, responsable político de la administración general del país.

Gordillo, por su parte, entiende que sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio (art. 76, Const. Nac.), por no tratarse de cuestiones internas de administración.

c) Interventores

En principio, los interventores federales no pueden celebrar concesiones que requieran intervención legislativa.

Por otra parte, las atribuciones del interventor o comisionado municipal deben limitarse a los actos de conservación indispensables al manejo de los intereses y a la provisión de los servicios locales -sin perjuicio de aquellas que sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención-, no pudiendo por tanto otorgar concesiones de servicios públicos, ni prorrogar los plazos convenidos, ni autorizar modificaciones del servicio de carácter sustancial, ni aprobar o autorizar aumentos de tarifas ni reducir o limitar los procedimientos de control administrativo o financiero que se ejerzan sobre el concesionario.

d) Concesionario

Puede ser persona física o jurídica, privada o pública; y la calidad de concesionario no influye sobre su condición jurídica: sigue siendo persona física o jurídica, pública o privada, estatal o no estatal.

Cuando es una persona no estatal, por ser concesionario no adquiere -si es física- la calidad de funcionario o empleado público, ni revisten tal carácter las personas de que se sirve para la explotación del servicio.

Ello, sin perjuicio de que la calidad de sujeto auxiliar de la función administrativa pueda atribuirse en razón de una concesión administrativa, particularmente en el caso de concesión de servicios públicos, en la que suelen delegarse al concesionario ciertos poderes jurídicos característicos del Derecho Público, que la administración posee para cumplir sus fines específicos (v. gr., actuar como sujeto expropiante, ejercer servidumbres administrativas relacionadas con la organización del servicio, etc.).

4. Encargo temporal de la ejecución de un servicio público

Las concesiones son siempre temporarias; de lo contrario se estaría enajenando por una vía ilegítima una función propia de la administración, que ésta no puede "enajenar"; sólo puede conceder el derecho de ejecutar el servicio público en las condiciones en que ella lo haría, y, en todo caso, por tiempo determinado.

Por lo común se establece un plazo máximo, y también suele fijarse uno mínimo (para asegurar un lapso de explotación que permita amortizar las inversiones de capital).

Vencido el plazo puede continuar, sin que ello implique tácita reconducción: si terminado el contrato, el concesionario prosigue, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la concesión concluida, y bajo sus mismos términos, hasta que el concedente la concluya, pudiendo hacerlo en cualquier tiempo, sea cual fuere el tiempo en que el concesionario hubiese continuado en la prestación del servicio.

5. Ejercicio de potestades públicas

Al concesionario se le otorga el ejercicio de cierta potestad pública -"prerrogativas de poder público"- para asegurar el funcionamiento del servicio: promover la expropiación, ejercer servidumbres administrativas, poderes de policía de gestión, etcétera.

Son condiciones de la delegación de tales potestades:

- a) Debe ser determinada, limitada por el objeto y fin de la concesión.
- b) Es de interpretación restrictiva.

En ejercicio de sus potestades el concesionario puede dictar actos de administración: los que certifican la deuda del usuario por la utilización del servicio, comprueban una contravención, regulan el funcionamiento del servicio público en la medida de sus atribuciones, etcétera.

6. La ejecución del servicio se efectúa a costa y riesgo del concesionario

El concesionario no actúa en nombre del Estado (lato sensu), sino en nombre y por cuenta propios, lo que -como veremos- reviste importancia por la responsabilidad civil en la ejecución de los servicios públicos.

7. La vigilancia y control del ente concedente

La concesión atribuye al concesionario un derecho personal y temporal -el que constituye una propiedad constitucional-, pero reservándose el concedente poderes de intervención y control (el servicio público constituye un cometido del Estado), por los que en principio puede modificar el servicio concedido, imponer penalidades y hasta declarar la caducidad de la concesión.

a) El marco jurídico adecuado

El marco -conocido de antemano por los interesados- es fundamental para las inversiones y para activar la competencia (cuyo objeto último es el beneficio del usuario).

Ha escrito Daniel Nallar que, en rigor, los "marcos regulatorios" otorgan estabilidad y consistencia a los principios y criterios generales que el Estado y el prestador conocen y aceptan respetar bajo todas las circunstancias conflictivas que acompañan y condicionan inevitablemente la prestación de un servicio

público. Así, en primer lugar, incluye a la misma Constitución del Estado, base fundamental a partir de la cual se construye sólidamente el sistema legal, reglamentario y contractual; en segundo lugar, la integración del marco regulatorio continúa con las leyes dictadas por el Parlamento del Estado; en tercer lugar, se incluyen en el marco las reglamentaciones dictadas en el ejercicio de atribuciones constitucionales. Y en el grado máximo de especificidad encontramos dentro del marco -dice- las normas contractuales, que integran el título habilitante -concesión, licencia o permiso- y que atienden a cuestiones tan particularizadas, como valores y categorías tarifarias, modalidades de facturación, normas de calidad técnica y comercial, planes de inversión, condiciones de accesibilidad, área de prestación, etcétera. Agrega que el marco lato sensu forma parte de las condiciones que el Estado expone cuando invita a realizar ofertas para prestar determinado servicio, y que ya entonces el Estado y el prestador se comprometen a respetar la totalidad de las normas que componen el "marco regulatorio". El término "marco regulatorio", así entendido, pretende asegurar dos premisas fundamentales:

- a) Todo principio, norma o regla que va a ser aplicado en la regulación del servicio debe necesariamente integrar el marco, y
- b) el marco sólo podrá modificarse mediante procedimientos predeterminados en la normativa general que prevean la participación de todos los sujetos involucrados.

En otra vertiente, se requiere un régimen claro de competencias y entidades u organismos titulares, pues suelen intervenir demasiados (el Ejecutivo, uno o varios ministerios, entes reguladores u organismos de control, autoridades provinciales y municipales, centros de defensa de la competencia); ello evita confusiones que dificultan la adopción de resoluciones, siendo conveniente que la entidad o el organismo de supervisión sea único.

La competencia de las provincias y municipios, reguladora y para actividades complementarias, debe ajustarse a los principios constitucionales, con una normativa precisa.

b) Los organismos de control (art. 42, Const. Nac.)

1) Hoy, en la Argentina existe un clamor extendido por el respeto a las instituciones y por la seguridad jurídica. Respondiendo al mismo, hemos preparado las afirmaciones y proposiciones que pasamos a resumir, las que aunque puedan ser en algunos -o muchos- aspectos criticadas desde el punto de vista de su mérito, entendemos son las que se ajustan a nuestro régimen jurídico fundamental, el que debe - siempre, y especialmente en los tiempos que corren- ser acatado, mientras no se lo reforme conforme a derecho.

2) Es menester a esta altura diferenciar en materia de servicios públicos: a) Planificación y establecimiento de políticas (atribución de los "poderes políticos"); b) regulación (competencia de los mismos "poderes" Ejecutivo y Legislativo); c) otorgamiento de los títulos habilitantes (a cargo del Poder Ejecutivo); d) prestación de los servicios (por gestión estatal o particular), y

e) control público sobre los actores del sistema, que corresponde en principio a los organismos de control (mal llamados "entes reguladores"), alcanzados también por la fiscalización de órganos del sector público.

La regulación determina la conducta deseada del regulado, y la verificación de su cumplimiento es la tarea de control.

3) Ahora bien, en la Argentina se advierten tendencias -inconvenientes y en principio inconstitucionales- al abandono de la gestión privada de los servicios públicos. Siendo el Estado -pese a las formas empleadas de descentralización- el regulador, supuesto controlador y prestador del servicio, lo es en general con perjuicio de los usuarios. Además, al declararse prohibida cualquier forma de distorsión de los mercados (art. 42, Const. Nac.), competencia y subsidiariedad tienen status constitucional.

Y de continuarse -como corresponde- la gestión privada, el régimen jurídico debe poner el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia, debiendo el poder regulatorio promover la competencia, sin perjuicio del control administrativo, al que es preciso reconstruir, para permitir mirar dentro de las empresas que realizan tareas de interés público, y también para garantizar la protección de aquéllas frente a los excesos.

4) La Constitución Nacional en su artículo 42 ampara con realce los derechos de usuarios y consumidores, por lo común la parte más débil de la relación, sobre todo en las actividades monopólicas; mas ello, sin perjuicio de asegurar también los derechos de los gestores del servicio.

Es por ende atribución (esto es, derecho-deber) del Estado garantizar la adecuada prestación del servicio, regulándola y controlándola en orden al bien común, de donde deviene la instauración constitucional de los organismos de control.

5) Funcionando en la Argentina organismos creados por leyes y otros por decretos del Poder Ejecutivo, han trajinado en principio más eficientemente los primeros, y puntualizamos que entendemos que, por el artículo 42 precitado, al Poder Legislativo le compete la configuración de los "organismos de control".

6) En el ámbito nacional existe un ente de control para cada servicio, mientras que en el orden local hay casos con el mismo modelo, y otros en los que los entes tienen a su cargo el control de todos los servicios.

La creación de un único organismo de control nacional sería de dudosa constitucionalidad frente al texto del artículo citado, y con más inconvenientes que ventajas. Por lo que apreciamos debe consagrarse la exclusividad de la fiscalización primaria en cabeza de los -y no del- "organismos de control" que prevé la norma fundamental.

7) Según el mismo artículo 42, la legislación se dictará "previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control", otra de cuyas tareas fundamentales es la de "prevenir y solucionar conflictos".

Pensamos que en el organismo no deben estar presentes, en la dirección y decisión, esas asociaciones y las provincias interesadas. La "participación" debe asegurarse citando a intervenir en los procedimientos a tales sujetos. Cuando la Constitución habla de "participación" nos está indicando que tanto las asociaciones de consumidores como las provincias son "parte" indispensable en los procedimientos que se sigan en esos entes; pero una cosa es ser "parte" y otra dirigir y gobernar, a lo que se agrega que si una de las "partes" pudiera dirigir y tomar decisiones, se violaría la igualdad ante la ley: los conflictos entre concesionarios y usuarios serían resueltos por un órgano integrado por los segundos, y no por los primeros.

8) Los organismos son entidades descentralizadas autárquicas en el ámbito del Poder Ejecutivo, a las que se ha de dotar de independencia funcional y autarquía financiera. El Estado conserva sus atribuciones de tutela administrativa o vigilancia jurídica, las policiales y las derivadas de su condición de parte en la concesión o licencia.

9) No son aquéllos "órganos constitucionales extrapoderes", desde que no tienen en materia de servicios públicos las riendas que guían la marcha del Estado en sus manos, ya que políticamente la dirección, la coordinación, etcétera, corresponden precisamente a los denominados "poderes políticos".

10) La independencia funcional es un reforzamiento de la potestad de gestión para el cumplimiento de sus funciones sin sujeción a presiones de ninguna índole, protegiéndolos de los cambios políticos propios del decurso democrático, siendo recaudos de esa independencia que las remuneraciones de sus directores no puedan ser disminuidas en el período de sus nombramientos, y que su remoción por causas graves proceda previo sumario administrativo.

Se postula un directorio constituido por cinco (5) miembros con dedicación exclusiva, que durarán cinco (5) años en sus funciones, designados previa sustanciación de concurso, con renovación escalonada anual, concursando un cargo por año, pudiendo los directores ser redesignados, previo concurso, por un período consecutivo. Actuará un comité de selección designado entre personas con la debida idoneidad moral y técnica. Se funda el sistema en la necesidad de contar con organismos institucionalmente estables, que no estén sujetos a cambios drásticos en su composición, generando de ese modo previsibilidad y preservando la memoria institucional.

Además, las reglamentaciones no pueden recortar sus atribuciones en favor de la administración central, el Poder Ejecutivo no podrá avocar cuestiones de la competencia de los entes, y el recurso de alzada contra la actividad del organismo lo será sólo por razones de legitimidad (en sentido amplio).

11) La autarquía financiera implica un patrimonio constituido por tasas específicas (por ej., canon de concesión pagado por los concesionarios), aportes anuales del tesoro, subsidios, intereses o beneficios resultantes de la gestión de sus bienes, importes de multas aplicadas a los prestadores, etcétera; incluye la elaboración de su proyecto de presupuesto anual y que los aportes del tesoro garanticen el adecuado cumplimiento de sus funciones; entraña la imposibilidad de disponer de los recursos cuya percepción y utilización se les ha conferido a los órganos.

12) En cuanto a las funciones de los organismos en trato:

1°) Se deben enunciar sus tareas, resguardando las atribuciones del Estado federal, de las provincias interesadas, los municipios, los derechos de los usuarios y de los gestores del servicio.

2°) La principal función es la de control, empezando por el del cumplimiento normativo por parte de los prestadores.

3°) Cuando no se pueden cumplir los supuestos de la economía de mercado en torno de la competencia, debe ser el organismo el que controle y laude de tal forma que desde posiciones de poder no se abuse de usuarios y consumidores.

4°) Deben asegurar:

- El acceso a la información y transparencia.

- La educación para el consumo.

- El control de las inversiones.

- La contabilidad a efectos tarifarios.

- La medición del grado de satisfacción de los usuarios.

- La adecuación del servicio.

- El asesoramiento a quien deba formular decisiones políticas (por ej., en materia tarifaria). 5°) Tienen legitimación procesal; también, la obligación de denunciar las conductas que afecten la competencia. 6°) La atribución de los organismos de imponer sanciones debe estar fundada legal o contractualmente.

7°) Los organismos de control han de tratar de precisar los conceptos de normas superiores, para facilitar su aplicación por los operadores (recomendaciones, directrices, comunicaciones, instrucciones, circulares, etc.); siendo menester que se asegure: a) que estas reglas no alteren las normas primarias, y b) que tampoco abran la arbitrariedad al organismo de control.

13) Suele el Estado (lato sensu) intentar apropiarse de parte de los beneficios de los gestores de los servicios, mediante contribuciones orientadas únicamente a ello, percibiendo en las instalaciones de redes y servicios una fuente de tasas y cánones. Para evitarlo es apropiado:

a) Establecer por ley la intangibilidad fiscal de estas empresas frente a cualquier autoridad que no sea la nacional, o

b) consagrar por ley el carácter incidente en la tarifa de cualquier impuesto, tasa o canon que pese sobre ella y que no tenga alcance general.

14) Como entes estatales descentralizados, los organismos están sujetos a intervención administrativa. A falta de normas concretas, podrían aplicarse analógica y supletoriamente los principios que recepta la legislación de la Provincia de Mendoza y las que la han seguido, a saber:

El Poder Ejecutivo podrá intervenir las entidades descentralizadas, en casos de suspensión grave e injustificada de la actividad a cargo del ente, comisión de graves o continuas irregularidades administrativas o existencia de un conflicto institucional insoluble dentro del ente. La intervención deberá resolverse en acuerdo de ministros; el acto que la declare deberá ser motivado, y comunicado en el plazo de diez días a la Legislatura. La intervención no implica la caducidad de las autoridades superiores de la entidad intervenida; la separación de éstas de sus funciones deberá ser resuelta expresamente por el Poder Ejecutivo, conforme a las disposiciones vigentes. El interventor tiene sólo aquellas atribuciones que sean imprescindibles para solucionar la causa que ha motivado la intervención, no teniendo en ningún caso mayores atribuciones que las que corresponden normalmente a las autoridades superiores del ente. Los actos del interventor en el desempeño de sus funciones se consideran realizados por la entidad intervenida, con respecto a terceros. La intervención podrá tener un plazo de hasta tres meses, prorrogable por otros tres. Si en el acto que declara la intervención no se ha fijado el plazo, se entenderá que ha sido establecido el de tres meses. Vencido el plazo o su prórroga, en su caso, la intervención caducará automáticamente y de pleno derecho, reasumiendo sus atribuciones las autoridades superiores de la entidad, si no hubieran sido separadas de sus cargos. Si vencido el plazo de la intervención no hubiera ninguna de las autoridades superiores de la entidad que pueda asumir la dirección, el interventor lo hará saber al Poder Ejecutivo y a la Legislatura, continuando interinamente en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se resuelva en definitiva la integración de las referidas autoridades.

Surge de tal normativa la finalidad de establecer un control político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, con disposiciones tendentes en su caso a hacer efectiva una eventual responsabilidad de tal carácter correspondiente al segundo.

Por otra parte, es de principio que el ente estatal sujeto al control administrativo del Poder Ejecutivo no puede cuestionar judicialmente el acto de intervención, pues sería admitir que el Estado litigase contra sí mismo, dado que los organismos de control -como todos los entes estatales descentralizados- son de propiedad del Estado; pero podrían accionar quienes se viesen afectados en su derecho subjetivo, interés legítimo, derecho de incidencia colectiva o interés difuso, más cuando se postula que hay que acercar tales conceptos; ergo, se debería habilitar la instancia cuando se muestre que el que acciona, sea un ente individual o colectivo, exhibe que es o puede ser afectado de algún modo por una lesión injusta a causa de la intervención.

c) Las audiencias públicas

Los organismos -en los supuestos contemplados legalmente, por disposición del Poder Ejecutivo, de oficio o a petición de legitimados- convocarán a audiencia pública.

El Poder Ejecutivo debe dictar un Reglamento Único de Audiencias Públicas, respetando las pautas de publicidad, transparencia y participación, regulando la legitimación, imponiendo la formalización escrita de las propuestas, exigiendo informes razonados, etcétera.

Se han de prever otras modalidades de consulta (reuniones informativas, encuestas, pedidos de opinión por distintos medios, etc.).

d) Control administrativo y judicial

Las cuestiones que se planteen a raíz de la relación "concesionariousuario" deben ser atendidas, concluidas o resueltas por el primero, con ajuste al marco regulatorio.

Los usuarios y quienes puedan verse afectados por la prestación del servicio podrán interponer reclamos -controversiales o consultivos- ante los prestadores, cuya decisión será en su caso impugnante ante los organismos de control.

Los organismos de control se han de regir por la Ley de Procedimientos Administrativos y su reglamentación, salvo norma expresa en contrario.

Para agotar la vía administrativa procederá el recurso de alzada contra los actos del organismo por razones de legitimidad, en un control ajeno a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. La decisión definitiva del Poder Ejecutivo, que causará estado, será impugnante judicialmente para ante la Cámara Federal competente, por la vía del proceso sumario. El recurso podrá interponerse en la delegación local del organismo que corresponda al domicilio del recurrente o en la ciudad de Buenos Aires, a elección de éste, elección que implicará la determinación de la Cámara Federal competente, tribunal colegiado que conocerá en la impugnación con amplitud de prueba y debate, en instancia única, resaltando que la colegialidad ahuyenta los peligros de la única instancia, a lo que corresponde agregar la legalidad que se debe observar en las actuaciones seguidas en sede administrativa y que determina de algún modo analogía con la primera instancia judicial.

8. Fundamento jurídico de la concesión

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que la concesión de servicios públicos se encuentra autorizada por el artículo 67, inciso 16 (hoy, 75, inc. 18) de la Constitución Nacional, que autoriza al Congreso a otorgar concesiones temporarias de privilegios; mas se ha sostenido que la norma fundamental no habla de la concesión en trato, la que es una categoría jurídica creada por la doctrina y no prohibida por la Constitución, siendo éste en verdad su fundamento.

9. Contrato intuitu personæ

La concesión debe ser cumplida por el concesionario, no pudiendo cederse ni transferirse sin autorización del concedente; caso contrario:

- a) La cesión no es oponible a la administración, y
- b) autoriza la rescisión por culpa del concesionario.

10. Elementos del contrato de concesión

a) Los sujetos

El concedente es siempre un ente que ejerce función administrativa, pudiendo el concesionario ser un particular.

La capacidad del particular se rige por el Derecho Privado, sin perjuicio de la aplicación de ciertas reglas de Derecho Público (por ej., cuando establecen que no podrán ser cocontratantes sino las personas inscriptas en registro especiales).

b) El consentimiento

El convenio nace, en principio, cuando se enlazan la voluntad estatal y la del cocontratante; cada voluntad es unilateral, pero el consentimiento -que representa el concurso o la unión de esas voluntades- es un acto bilateral. Hay dos declaraciones de voluntad, que al unirse en el consentimiento, dan nacimiento al contrato.

Median en principio las siguientes etapas:

- a) Una propuesta u oferta de los interesados en la concesión;
- b) la adjudicación, aceptación de la propuesta, y
- c) la notificación de la adjudicación, que perfecciona el contrato.

Si los textos exigen la firma del instrumento del contrato u otra formalidad, es necesario el cumplimiento de dichos requisitos.

Cuando el contrato es con un particular, mientras que su declaración de voluntad tiene la simplicidad de los contratos entre particulares, aplicándosele el Derecho Privado, la declaración de voluntad del concedente es operación compleja, descompuesta en fases, hallándose constituida generalmente por una serie de actos y operaciones materiales.

c) El objeto o contenido

El objeto o contenido del contrato es lo que las partes se obligan a dar, hacer o no hacer; debe ser lícito, posible y cierto. En este contrato -como en todo acto administrativo y en todo contrato en la función administrativa- puede distinguirse un contenido: a) Natural: es necesario que se refiera a un servicio público y que la administración conceda o delegue su explotación.

b) Implícito: integra la concesión necesariamente, aun cuando no haya sido estipulado expresamente (por ej., las obligaciones de los concesionarios que se enumeran en las leyes que regulan la concesión del servicio público de transporte de pasajeros).

c) Eventual: puede o no incluirse según se resuelva en cada caso, como subvenciones, cláusula de exclusividad, etcétera.

d) La forma

A falta de texto expreso que exija una forma determinada, rige el principio de la libertad formal.

Si bien es aconsejable la forma escrita, no hay óbice para que el contrato sea verbal (lo que no es recomendable por la prueba, en su caso).

Es necesario instrumento escrito cuando un texto expreso lo disponga, bastando en ese caso con que sea formalizado ante autoridad administrativa, aunque puede exigirse la escritura pública ante el escribano de gobierno o autorizado.

11. Elección del concesionario

a) Procedimientos

Los procedimientos para la elección del cocontratante en las contrataciones administrativas suelen ser: la licitación -pública y privada o restringida-, la contratación directa, el concurso y el remate público.

En la concesión de servicios públicos conviene la licitación pública si es posible, mas aunque se haga ad inciertam personam, la personalidad del concesionario es elemento particular (sea por su competencia, su solvencia, etc.).

b) La licitación pública

Es un procedimiento administrativo cuyo fin es seleccionar al sujeto con quien se celebrará el contrato.

Sus etapas son:

- Preparación de los pliegos;
- llamado a licitación;
- presentación de las propuestas;
- apertura de las mismas;
- adjudicación;
- firma del instrumento del contrato.

c) Ausencia de libertad contractual

La administración debe seguir los procedimientos de ley, y el contratista está limitado por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración (contrato de adhesión).

Por los principios de igualdad y competencia en la licitación, no se pueden mejorar las condiciones bajo las cuales el servicio fue adjudicado.

La adjudicación está subordinada al pliego, aunque éste emane de autoridad de jerarquía inferior.

12. Ejecución del contrato

El estudio de la ejecución del contrato de concesión importa el de su forma de cumplimiento, analizándose por ende los derechos y obligaciones de las partes.

a) Principios de hermenéutica

Son principios de su hermenéutica:

- a) El respeto a la palabra dada y a la buena fe.
- b) Las cláusulas de exclusividad o monopolio son de interpretación restrictiva, para preservar su constitucionalidad frente a la libre competencia que consagra la Constitución Nacional.
- c) La idea de servicio público, que trae como consecuencias:
 - Que la interpretación debe favorecer el funcionamiento del servicio.
 - Que la concesión, al importar el ejercicio de potestad pública, coloca al concesionario en situación de excepción, y como ésta debe ser interpretada restrictivamente, la ambigüedad de las cláusulas debe resolverse en contra de aquél.
 - El privilegio de la decisión unilateral ejecutoria previo conocimiento judicial, en cuya virtud la administración concedente podría decidir ejecutoriamente sobre interpretación del contrato, *ius variandi*, determinación de situaciones de incumplimiento, sanciones y su ejecutividad, pudiendo el concesionario recurrir *ex post*.

b) Atribuciones del concedente

El concesionario:

- a) En cuanto realiza una actividad comercial o industrial, está sometido a la legislación y al control estatal igual que todos los particulares.
- b) En cuanto ejecuta un servicio público, está además sujeto a los poderes del concedente. La policía de gestión: La "policía de gestión" no es propiamente la conocida como policía administrativa; se relaciona con los servicios públicos, teniendo por objeto: a) El funcionamiento regular del servicio; b) la protección de los agentes (obreros y empleados del servicio público) y de las cosas (medios de explotación del servicio).

Sus formas van desde el contralor técnico constante hasta el procedimiento *vis militari* según lo decida quien manda la fuerza y no el régimen contractual.

El concedente puede atribuirle facultades limitadas y expresas al concesionario, quien además puede ejercitar acciones judiciales (v. gr., interdictos contra los particulares) y reclamar de la administración las medidas necesarias para el funcionamiento del servicio (por ej., desalojo *manu militari* de ocupantes de instalaciones afectadas al mismo, etc.).

El concesionario, entonces, se encuentra sometido a la regulación legislativa, al control estatal, incluso en ejercicio de las funciones de policía administrativa propiamente dicha, y a la policía de gestión.

c) Enunciación

Las atribuciones del concedente en su aspecto de facultad son correlativas de obligaciones del concesionario, las cuales serán aquí indirectamente analizadas.

1) De exigir al concesionario el cumplimiento del servicio

En forma eficiente, obligatoria, continua, regular e igual para los usuarios.

El incumplimiento de la iniciación de la ejecución del servicio por parte del concesionario dentro del plazo previsto, salvo justa causa, apareja responsabilidad, pudiendo determinar la caducidad de la concesión.

2) De control del concesionario

Abarca los aspectos técnicos, comerciales y financieros de la explotación; su omisión puede hacer surgir responsabilidad para el concedente (v. gr., en caso de omisión de fiscalizar que el concesionario del transporte de pasajeros hubiese constituido o renovado los seguros).

3) De exigir la adecuación del servicio

Ello, ante nuevas necesidades y mejoras técnicas, introduciendo las modificaciones del caso en su organización y funcionamiento, las que pueden incidir sobre:

a) La duración del contrato (por ej., haciendo uso del rescate); b) el volumen o cantidad de la prestación (y así, ante la expansión de una ciudad el concesionario de transporte puede ser obligado a extender su línea a un radio mayor del previsto); c) las condiciones de ejecución del contrato (como con los concesionarios de alumbrado a gas que, después de haberse comenzado a utilizar la electricidad, fueron constreñidos a adoptarla en reemplazo de aquel alumbrado). Límites: a) Ese poder no supone el sacrificio del cocontratante, ni beneficiarlo indebidamente. Si se le impone mayores gastos, la administración debe compensarlo, y si se reduce la prestación y ello implica una economía, hay que hacer el reajuste pertinente.

b) La modificación puede justificar el pedido del concesionario de que se declare rescindido el contrato (no puede ser obligado a realizar una prestación que exceda su capacidad técnica y sus recursos).

c) La modificación es discrecional, no arbitraria; presupone cierto cambio en la situación de hecho existente al otorgarse la concesión, que la exige.

d) También la finalidad alegada no debe estar viciada por desviación de poder.

La negativa del concesionario a admitir la modificación puede facultar a otorgar nuevas concesiones a terceros, extinguiéndose el derecho de preferencia o la exclusividad otorgada a aquél, sin perjuicio de una eventual caducidad del contrato.

Se tiende a reglar esta atribución de principio, por la propia legislación o por cláusulas contractuales.

4) De imponer sanciones

Si se entiende que esta atribución es de principio: a) A falta de texto expreso el concedente no está desarmado, ya que su poder de sancionar deriva de sus atribuciones de vigilancia y control (es decir, no juega el *nullum crimen, nulla poena sine lege*). b) Si sólo se han previsto sanciones para ciertas faltas, el concedente no está inerte con respecto a otras. c) Ante faltas con sanciones precisas, éstas deberán ser aplicadas, pero ello debe considerarse más como una directiva que como una regla estricta. Si, por el contrario, se piensa que esta facultad debe estar fundada legal o contractualmente, la misma se interpreta restrictivamente (v. gr., si el pliego dispone que en caso de rescisión el contratista perderá la fianza, la pierde sólo en forma proporcional a la parte no cumplida). Las principales sanciones son: a) Sanciones pecuniarias, como multas. b) Medidas coercitivas provisionales, como la ejecución directa. c) Medidas represivas definitivas, como la caducidad.

5) De invocar la lesión

Hay quienes han estimado que el concedente puede invocar -mutatis mutandis- el instituto de la lesión, receptado en el artículo 954 del Código Civil en los siguientes términos: "...podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

"Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

"El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

6) La exceptio non adimpleti contractus

Según el artículo 1201 del Código Civil, "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

¿El concesionario de servicio público puede invocar y poner en ejercicio la tal exceptio? Para una corriente de opinión, como está en juego la continuidad del servicio público, la excepción no es aceptable, o lo es limitadamente:

a) Ante un grave incumplimiento, el concesionario puede aducir la exceptio en tanto lo que deje de cumplir no sea el propio servicio, sino una prestación accesoria, como el pago del porcentaje sobre el beneficio que se hubiere obligado a dar al concedente (Marienhoff);

b) es viable la exceptio si existe una razonable imposibilidad de cumplir en las condiciones convenidas - por ejemplo, el atraso en los pagos a cargo de la administración de cierta magnitud habilita al concesionario para suspender la ejecución y pedir la extinción del contrato en sede judicial, en tanto que la mora provoque una razonable imposibilidad en la ejecución- (doctrina de la Corte nacional en el caso "Cinplast", según Juan Carlos Cassagne).

Por otra parte, se ha sostenido que la administración puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones, en cuanto su cocontratante deje de hacerlo con las suyas, suspensión que funciona más como forma de sanción, para compeler al concesionario a cumplir con las obligaciones que le corresponden, que como una verdadera exceptio.

7) La teoría de la imprevisión

Es aplicable a los contratos en la función administrativa, aun con la distinción entre "contrato administrativo" y "contrato de Derecho común": a éste por lo dispuesto en el artículo 1198 del Código Civil, y a aquél porque la doctrina hallaría fundamento en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional (con lo que no sería necesario ley formal que la declare vigente).

La justicia fundamenta la teoría, que además puede ser conveniente. En efecto, el funcionamiento del servicio público puede verse afectado por hechos sobrevinientes ajenos a las partes, que comprometen la estabilidad económico-financiera (guerra, suba anormal de precios), casos en que la aplicación rígida del contrato perjudicaría a todos sin beneficio para nadie: el concesionario arruinado, desorganización e interrupción del servicio, y la administración tendría que restablecerlo a costos basados en las nuevas condiciones económicas.

Ante ello el concesionario tiene derecho a una ayuda del concedente, para mantener el servicio. Son condiciones para la viabilidad de la teoría: a) Que el contrato esté en curso de ejecución. b) Un acontecimiento anormal ajeno a la voluntad de las partes.

c) Y "razonablemente imprevisible". Anormalidad e imprevisibilidad deben darse conjuntamente, aunque el hecho fuese extraordinario; si era previsible, el cocontratante debe soportar las consecuencias. La imprevisibilidad hace que generalmente la teoría tenga andamio en contratos que deben cumplirse en plazos largos, pues en los a plazo corto rara vez las alteraciones no pueden preverse.

d) El acontecimiento debe tornar excesivamente onerosa la prestación, pero el contrato debe poder ejecutarse (si hiciera imposible la ejecución, se ingresa al ámbito del caso fortuito o de la fuerza mayor).

e) Según el artículo 1198 citado, la perjudicada podrá demandar la resolución, pero la otra parte podrá impedirlo, ofreciendo mejorar los efectos del contrato.

8) El hecho del príncipe

La doctrina de la imprevisión requiere que el acontecimiento perturbador sea ajeno a la voluntad de las partes. Si por ejemplo un contrato celebrado por el Poder Judicial resulta afectado en su ejecución por un acto legislativo del mismo Estado, no sería de aplicación la teoría de la imprevisión, pues el acontecimiento perturbador proviene de una de las partes, del Estado, pero sí lo sería la del hecho del príncipe, viable si la alteración es provocada por actos de autoridades públicas.

En la teoría del *fait du prince*, no hay entonces problema cuando el acto emana de la misma persona estatal contratante, aun cuando provenga de un órgano distinto al que celebró el contrato; pero sí lo hay cuando el acto emana de una persona estatal distinta (se celebra un contrato de concesión de un servicio público entre una provincia y un particular, luego la Nación sanciona una ley de precios máximos que impide se pueda aumentar la tarifa), caso en el cual como el acto de *marras* es ajeno a las partes en el contrato, la situación debe trasladarse a la teoría de la imprevisión.

Mientras que en la teoría de la imprevisión la indemnización es parcial, en la del hecho del príncipe es integral, pues el acto es imputable a una de las partes.

Aquí, el concedente puede evitar el pago de la indemnización modificando o reajustando la tarifa u otras cláusulas económicas a fin de adaptarlas a la nueva situación.

9) La revisión de precios ex lege o por cláusula contractual

Se han generalizado cláusulas y normas legales estableciendo precios básicos para materias primas, salarios, etcétera, y coeficientes para la modificación de las tarifas en caso de alteraciones; pero ello no elimina totalmente la aplicación de las teorías precedentes, ya que pueden producirse alteraciones que excedan el alcance normal de aquéllas.

d) Derechos del concesionario

1) A la explotación del servicio

La ejecución del servicio público, según contrato, por el lapso convenido, es correlativa al deber del concedente de asegurar al concesionario la prestación del servicio, hasta impedir que terceros obstaculicen su desenvolvimiento o hagan competencia ilícita, sin perjuicio de la responsabilidad civil de esos terceros frente al concesionario.

2) Emergentes de cláusulas eventuales

Subvenciones:

Se suelen acordar en servicios deficitarios o que no arrojen utilidades, pudiendo asumir diversas formas: suma de dinero fija, periódica o no; adjudicación de tierras fiscales; trabajos realizados por el concedente; primas por viaje o kilómetro recorrido; garantías acerca de un beneficio mínimo; etcétera.

También, para compensar la utilización gratuita del servicio por ciertos individuos (por ej., personal policial uniformado en el transporte público) o reparticiones administrativas (así, en el mismo servicio, transporte de correspondencia oficial).

Con estas cláusulas se busca asegurar la prestación del servicio, no ganancias al concesionario.

Cláusula de no mejores condiciones:

El concedente se obliga a no otorgar nuevas concesiones en condiciones más ventajosas (cláusula en verdad implícita en toda concesión de servicio público, porque si se otorgase a los nuevos concesionarios condiciones más ventajosas, se estaría creando una concurrencia desleal, incompatible con la buena fe).

Cláusula de preferencia:

Se ha de preferir al concesionario, en igualdad de condiciones, en caso de:

a) Nuevas concesiones para extender el servicio, o

b) para continuar la explotación al vencimiento del plazo.

Privilegios:

Son ventajas que implican una excepción (exención de tributos, exclusividad, monopolio).

Tienen como principios comunes:

a) Su otorgamiento es de competencia legislativa y son temporales.

b) Constituyen una propiedad que integra la ecuación económico-fi

nanciera. c) Deben ser expresos e interpretarse con criterio restrictivo.

1) Exención de tributos:

Si se refiere a impuestos, sólo a ellos alcanza y no a otros gravámenes.

Limitada a ciertos impuestos, deben pagarse los que no han sido mencionados expresamente.

El Congreso tiene competencia (art. 75, inc. 18) para eximir al concesionario del pago de impuestos y tasas locales (provinciales y municipales).

2) Cláusula de exclusividad:

El concedente se obliga a no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio. Por el principio de la competencia, donde se consagra la exclusividad se impone a los prestatarios el "libre acceso" (open acces) a la red de transporte (gas, electricidad, telefonía básica): se trata de facilitar el acceso en igualdad de condiciones a productores ubicados sobre la red que compiten entre sí.

El plazo puede coincidir con el de la concesión o ser más reducido.

3) Monopolio:

Importa la supresión de la concurrencia en una actividad libre para reservarla a una persona pública o privada.

En relación con la cláusula de exclusividad, adviértase que ésta sólo puede surgir en los servicios públicos propiamente dichos, donde para explotarlos se necesita concesión; por ejemplo en la concesión de energía eléctrica: la cláusula de exclusividad veda nuevas concesiones, pero no impide a los particulares producir electricidad para su consumo propio, por lo que, ante la posibilidad de que puedan generar su propia energía, sin adquirirla al concesionario, cabría establecer un monopolio en beneficio de éste.

También el plazo del monopolio puede coincidir con el de la concesión o ser menor.

Es importante destacar que, en nuestro concepto, el monopolio no constituye dato esencial de la noción de servicio público.

3) Derecho al cobro de la contraprestación por el servicio

Lo que el usuario debe pagar por la prestación de un servicio público constituye la retribución, que puede asumir las figuras de la tasa o del precio.

Tarifas, tasas y precios:

La tarifa es una lista de los precios o de las tasas.

Tasa es la retribución correspondiente a los servicios de utilización obligatoria para los usuarios (alumbrado, barrido y limpieza).

Precio es la retribución correspondiente a los servicios de utilización facultativa para los administrados (v. gr., gas, electricidad).

4) Derecho del concesionario frente a los usuarios. El contrato y los terceros

El concesionario tiene derecho a cobrar a los usuarios el precio o tasa que consta en la tarifa. Es que el convenio no sólo regula las relaciones jurídicas entre concedente y concesionario, sino también las dadas entre concesionario y usuarios, pues al tener un fin público -procurar la satisfacción de una necesidad colectiva-, debe producir efectos respecto de todos y cada uno de los usuarios a quienes beneficie o pueda afectar.

Por otra parte, terceros pueden invocar cláusulas que los favorezcan: por ejemplo, el personal del cocontratante podrá exigir de éste el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato sobre salario, jornada, forma y tiempo de pago de sus remuneraciones, condiciones de trabajo, seguridad, higiene, etcétera; los subcontratistas -en el caso de haberse previsto o autorizado su intervención en la ejecución de obras- podrán reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones impuestas en el contrato al respecto.

Naturaleza jurídica de la tarifa:

Tiene carácter reglamentario pese a la necesaria participación del cocontratante, constituyendo la pauta, regla y escala de la cual derivan derechos y deberes para los sujetos.

Principios fundamentales en materia de tasas y precios:

- De igualdad:

Exige que el precio o la tasa sean iguales para todos los usuarios, aunque teniendo en cuenta las distintas categorías de prestaciones.

- De causalidad:

En virtud del cual la obligatoriedad en el pago no se concibe jurídicamente sin la efectividad del servicio.

- De certeza:

Reclama que las tarifas sean establecidas -y en su caso, autorizadas o aprobadas- por la autoridad competente, y publicadas.

- De irretroactividad:

No procede la aplicación retroactiva de una tarifa; pero -erróneamente- la Corte nacional la ha aceptado cuando por ejemplo se trata de servicios públicos prestados pero cuyo pago aún no se ha realizado en forma definitiva.

Es que la naturaleza jurídica general de ella viabiliza el principio de irretroactividad (conf. art. 3°, Cód. Civ.). La aplicación retroactiva es inconstitucional por cuanto el pago del valor fijado al momento de realizarse las prestaciones se configura siempre como un derecho adquirido.

- De razonabilidad:

Es necesario que entre prestación y retribución medie una "discreta equivalencia", no que el precio o tasa equivalga matemáticamente a la prestación que se recibe.

5) Derechos sobre los bienes

El concesionario ejerce sobre sus bienes que emplea en el servicio un derecho de propiedad regido por el Código Civil (sin perjuicio de que a los mismos se les apliquen normas públicas mientras dure su afectación al servicio público).

Puede el mismo agente tener ventajas sobre bienes públicos (derivadas por ej. de un permiso o de una concesión de uso), bienes que no integran su patrimonio, pero sobre los cuales ejerce potestades más o menos exclusivas.

6) Derecho a transferir el contrato

Por ser *intuitu personæ*, no puede ser transferido ni cedido, total o parcialmente, sin autorización del concedente.

13. Distintas relaciones jurídicas

a) Concedente y concesionario

El vínculo es contractual; es un contrato en la función administrativa. Las relaciones se rigen primordialmente por el Derecho Administrativo.

b) Concesionario y personal

Son en principio contractuales, de Derecho Privado o del Trabajo.

c) Concesionario y terceros no usuarios

Pueden establecerse tanto relaciones contractuales como extracontractuales: contratos para provisión de diversos elementos (combustibles, víveres, etc.); responsabilidad "aquiliana", como en el supuesto de que un tercero sufiere daño causado por personal del concesionario en actos de servicio.

d) Concedente con usuarios

A partir de la reforma de 1994, existe relación entre ellos (por ej., en materia de deber de control del concesionario), la que en principio está regulada por el Derecho Público.

e) Concesionario con usuario

Depende de que el uso del servicio público sea obligatorio o facultativo para el usuario.

Si es obligatorio la relación es reglamentaria, y si es facultativo es en principio contractual. La reglamentaria se rige principalmente por el Derecho Público, en tanto que a la contractual la rige en medida importante el Derecho Privado.

f) Entre concesionarios

Entre compañías gestoras, el problema se ha planteado o puede plantearse especialmente en servicios públicos de amplio ámbito, con pluralidad de gestores, sometidos a un régimen de explotación conjunta o unificada (servicio eléctrico, transporte urbano de las grandes áreas metropolitanas, servicio de gas).

Y así, en transferencias de energía entre empresas que suele imponer la explotación conjunta -donde están comprometidos los intereses de las partes y el interés público en la optimización de la gestión del servicio-, que trasciende a otros y que debe asegurarse en primer lugar, relaciones entre empresas que eran consideradas de Derecho Privado se han convertido (o han de convertirse) en una gran parte en materia del Derecho Público, sometidas a las órdenes y resoluciones de las autoridades competentes en lo que haga referencia a la explotación conjunta (naturalmente, en otras materias, las relaciones entre empresas privadas siguen siendo privadas).

En tales casos serían contratos en la función administrativa que, de una parte, tienen una clara naturaleza pública -en cuanto sometidos a la reglamentación pública, puestos bajo la vigilancia y protección de la administración- y que, de otra, se celebran entre partes privadas y se regulan por el Derecho Privado, en todo aquello que no afecte a la reglamentación pública del servicio.

g) Competencia

Para determinar si corresponde la competencia "contencioso administrativa" o la "civil", lo que se debe tomar en cuenta es cuál es el Derecho aplicable para resolver la contienda, sin entrar a pretender establecer una distinción entre contratos "civiles" y "administrativos" de la administración.

14. Extinción del contrato

Se extingue cuando cesan definitivamente sus efectos jurídicos.

a) Muerte, falencia o desaparición del concesionario

Porque es *intuitu personæ* (se suele exigir la declaración de caducidad de la concesión); pero en principio nada impide que, en caso de muerte, se autorice que la concesión continúe con los herederos del concesionario.

b) Vencimiento del plazo

Siendo las concesiones temporarias, por lo general se establece un plazo máximo (y suele fijarse uno mínimo, para permitir amortizar las inversiones de capital).

Es causa normal de extinción del contrato el término.

Se puede acordar una prórroga de la concesión, salvo que la ley lo impida.

Si se hubiere convenido opción de prórroga en beneficio del concesionario, la sola declaración de éste la opera.

Cuando no obstante el vencimiento del plazo el concesionario continúa prestando el servicio, debe - como hemos visto supra- continuarse en las mismas condiciones en que se lo prestaba mientras el plazo estaba vigente, pudiendo el concedente dar por finalizada en cualquier momento la actuación del concesionario.

c) Renuncia

En las concesiones de uso del dominio público (que se otorgan en interés particular del concesionario), se suele entender que la renuncia produce por sí sola efectos extintivos.

En una concesión de servicio público -o en un contrato de obra pública o de suministro- la renuncia, por principio, no puede ponerle fin al contrato (se celebra para atender directamente al interés público): él se extingue cuando es aceptada por el concedente, con lo que en rigor no sería una renuncia -medio unilateral de extinción, que produce efectos extintivos una vez notificada a la autoridad- sino una extinción por acuerdo de partes o por mutuo acuerdo.

d) Rescisión

Rescisión bilateral:

O rescisión por mutuo acuerdo, cuando las partes convienen extinguir el contrato. Debe responder a motivos fundados y no puede basarse en el solo propósito de favorecer al concesionario, para luego tener que celebrarse un nuevo contrato en condiciones más onerosas.

Rescisión unilateral:

Aquí el contrato se extingue por voluntad de una de las partes.

La rescisión puede ser motivada por:

a) Incumplimiento del ente concedente. Ante ciertos hechos o actos del concedente, el concesionario puede solicitar al órgano jurisdiccional competente la rescisión del contrato (por ej., si pese a una cláusula de exclusividad se otorgan nuevas concesiones).

b) Incumplimiento del concesionario. Si el concesionario incurre en incumplimiento de sus obligaciones, de cierta gravedad, procede la rescisión, que se suele denominar caducidad (aunque también se utiliza esta expresión donde no media incumplimiento, v. gr., en el supuesto de muerte). En caso de incumplimiento culposo, si la falta es de poca trascendencia no se justifica la caducidad, debiendo acudir a otras sanciones (multas, descuentos, etc.): si bien la rescisión afecta al concesionario, también perjudica a la entidad concedente. Antes de la rescisión debe intimarse al concesionario para que cese en el incumplimiento dentro del plazo que razonablemente se establezca.

Cuando la causal de rescisión está prevista, el concedente puede declararla y hacerla valer por sí y ante sí, sin perjuicio del derecho del concesionario para impugnar el acto respectivo ante la justicia, y hay quien entiende que cuando la causal de rescisión no está prevista, debe ser declarada por el órgano jurisdiccional.

c) Incumplimiento por caso fortuito. El caso fortuito, o la fuerza mayor, es una causal invocable por el concesionario, ya que la ejecución de sus obligaciones se ha hecho imposible. Como la causal deriva de un hecho ajeno al concedente, el contrato se extingue sin responsabilidad de ninguna de las partes, y el concesionario debe en principio solicitar en sede judicial la declaración de rescisión del convenio.

e) Revocación y anulación

Partimos de la base de que se revoca (por legitimidad o mérito) en ejercicio de la función administrativa y se anula (por legitimidad) en ejercicio de la jurisdiccional o judicial.

Por legitimidad:

El contrato puede adolecer de irregularidades que afecten su validez, y ante uno, cuando de él han nacido derechos para el cocontratante, el concedente no puede extinguirlo (revocarlo) por sí mismo, debiendo recurrir al órgano jurisdiccional para que lo anule por la acción de lesividad (procedente contra los actos irrevocables administrativamente, cuando el órgano competente previamente los declara lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad).

Por mérito o conveniencia:

En razón de los plazos extensos que generalmente se establecen en la concesión, suelen pactarse cláusulas que permiten su revocación por el concedente antes de término; si él decide revocar el contrato, sólo ejerce facultades estipuladas. Cuando nada se ha previsto al respecto, la cuestión debe resolverse como sigue:

La revocación -o rescate (Marienhoff estima que éste es una medida de reorganización del servicio destinada, por ej., a sustituir la concesión por la ejecución directa, y que si lo que se desea es suprimir el servicio público, el medio es la revocación por oportunidad)- exige -a efectos de respetar el artículo 17

de la Constitución Nacional, y sin perjuicio de la indemnización en su caso- una ley habilitante, pues aquélla no es una atribución administrativa "de principio".

El derecho que surge de un contrato integra el patrimonio, y se halla tan protegido como el resto de éste, sin que la aplicación de un régimen de Derecho Público signifique exclusión de la garantía constitucional de la propiedad.

Además, si hay analogía entre revocación y expropiación y si, para fundamentar el derecho del administrado a ser resarcido en los supuestos de revocación, se invoca la inviolabilidad de la propiedad, admitiéndose la revocación sin habilitación legislativa aunque con la exigencia de la justa indemnización, se hace una aplicación parcial de aquella garantía: siempre es menester texto legal habilitante para que proceda la revocación.

Es apropiado destacar siempre que la propiedad tiene una protección especial. El artículo 17 constitucional tiene como un propósito establecer la garantía de la propiedad, previendo los casos en que puede ser "privado de ella" quien tenga ese derecho, y en todos se requiere, en definitiva, "ley":

- Los impuestos deben ser establecidos por "ley";
- los servicios personales, de los que pueden resultar daños, sólo pueden establecerse en la "ley" o en "sentencia fundada en ley";
- la privación de la propiedad por "sentencia fundada en ley" se da cuando el pronunciamiento judicial desposee a una persona para otorgar la propiedad a otra con mejor derecho, o condena a una persona a pagar a otra una suma de dinero y, ante el no cumplimiento de la sentencia por la primera, se ejecutan y rematan los bienes del demandado para pagar al acreedor con el producto de la subasta;
- la expropiación debe ser por causa de utilidad pública "calificada por ley" y previa indemnización.

La interpretación que dejamos expuesta se ve reforzada con el "principio de legalidad" que vale para nuestro orden jurídico democrático, republicano, con Constitución rígida, garantías individuales y contralor de constitucionalidad.

Ahora bien, son posibles actos confiriendo un derecho que, expresa o implícitamente, se otorga a título precario (por ej., permisos -o licencias- precarios para la prestación de algunos servicios). Aquí la revocación, aunque procedente sin indemnización, no puede ser arbitraria.

Si una concesión no tiene plazo, puede ser rescatada -o revocada por oportunidad- en cualquier momento, mas la revocación no puede ser inmotivada ni arbitraria (las concesiones sin plazo son generalmente denominadas "precarias").

En cuanto a la extensión de la indemnización, la Corte nacional ha tenido decisiones diversas, extendiéndola al daño emergente y lucro cesante o sólo reconociendo el daño emergente.

f) Invocación de la nulidad del contrato por los terceros

Los contratos de la administración pueden ser invalidados por terceros: a) Por vía de excepción, en cuanto se les exija el cumplimiento de cargas o prestaciones, y

b) por vía de acción, si pueden invocar un interés legítimo (por ej., violación del procedimiento de contratación) o en caso de que la sola celebración del contrato conculque derechos subjetivos de terceros (v. gr., otorgamiento de un segundo contrato que desconozca una cláusula de exclusividad).

g) Situación de los bienes al extinguirse la concesión

Los bienes que el concedente facilitó para el cumplimiento de la concesión le deben ser devueltos, salvo texto en contrario.

Los bienes del concesionario afectados a la prestación del servicio público le siguen perteneciendo, salvo texto en contrario, y el concedente no puede apropiárselos sin expropiación.

En virtud del denominado "pacto de reversión", los bienes del concesionario, al extinguirse la concesión, pasan a ser del concedente, con indemnización o sin ella (aunque la expresión "reversión" no es recomendable: si los bienes nunca fueron del concedente, se presta a confusión decir que ellos revertirán a aquél, siendo más apropiado hablar de transferencia de bienes del concesionario al concedente).

Si bien la reversión se conviene generalmente para la extinción por vencimiento del plazo, puede pactarse para otros supuestos (caducidad por incumplimiento culpable del concesionario).

Si es sin indemnización, se justifica en el caso de vencimiento del plazo, en que ella obedece a que el valor de los bienes hállese amortizado, y en el supuesto de caducidad por incumplimiento del concesionario, porque la transferencia gratuita actúa como sanción, aparte de que excluye, en principio, daños y perjuicios en favor del concedente, pues el valor de tales daños aparece satisfecho con el monto de los bienes que se transmiten.

Respecto de los bienes afectados a la concesión con reversión pactada, no es procedente el ejercicio de medidas conservatorias, sin perjuicio de las medidas de control que el concedente pueda ejercer (por ej., impedir que el concesionario disminuya el número de ómnibus en circulación) y la responsabilidad que pueda corresponder al concesionario (quien si por circunstancia que le fuera imputable no entregare la cantidad de ómnibus pertinente, o entregare unidades deterioradas o dañadas en mayor grado que el aceptable por desgaste normal, deberá resarcir al concedente los daños y perjuicios respectivos).

15. Responsabilidad civil frente al usuario

a) Principios

Si la explotación se hace a costa y riesgo del concesionario, la responsabilidad por el ejercicio de la concesión le corresponde.

b) Pautas generales

Tutela del usuario:

Por la Constitución Nacional reformada, el usuario debe ser visto como la parte débil frente al concesionario, lo que impone:

- a) Aplicarle un orden público económico de protección;
- b) actuar la norma que resulte más beneficiosa para el usuario, y
- c) en caso de duda, estar siempre a la interpretación más favorable para él.

Las potestades del concesionario se interpretan restrictivamente, sus responsabilidades extensivamente.

Responsabilidad objetiva:

Las obligaciones del concesionario frente al usuario son de resultado y la responsabilidad objetiva, asumiendo aquél, además de la obligación específica, una de seguridad.

En las obligaciones de medio, corresponde al acreedor probar que el deudor no observó la conducta prometida o bien que lo hizo en forma incorrecta; en las de resultado, basta con la prueba del incumplimiento objetivo; ergo, la prueba para la destrucción de la responsabilidad derivada del incumplimiento objetivo incumbe al concesionario.

Deber de información:

Existe en las etapas precontractual y contractual: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo [...] a una información adecuada y veraz..." (art. 42, Const. Nac.), deber fundado en la protección de los derechos e intereses que pudiesen corresponder y en el normal funcionamiento del servicio.

Responsabilidad extracontractual del prestador:

Su responsabilidad es extracontractual:

- a) Cuando el incumplimiento degenera en delito del Derecho Criminal (art. 1107, Cód. Civ.);
- b) cuando se causan daños a terceros, y
- c) cuando el servicio público es obligatorio para el usuario (pues la relación es reglamentaria).

Prescripción:

A falta de norma pública expresa:

- En la responsabilidad contractual, se aplica la de 10 años (arg. art. 4023, Cód. Civ.).
- En la responsabilidad extracontractual, la de 2 años (arg. art. 4037, Cód. Civ.). Responsabilidad de los entes reguladores: Se ha sostenido que si no cumplen su función de control, el usuario puede forzarlos a ejercerla, pero no a obtener el resarcimiento del daño. También, que los entes son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de sus deberes, con una responsabilidad extracontractual y, en su caso, concurrente con la del prestador del servicio. Reparación: La reparación debe ser plena, teniéndose por no convenida toda limitación de la responsabilidad.

c) ¿Hacia la responsabilidad de la administración sobre el servicio?

Se ha entendido que el Estado sería responsable extracontractualmente por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas cuando conserva su propiedad.

Gaspar Ariño Ortiz últimamente ha sostenido que si el servicio público constituye una actividad cuya titularidad y dirección asume la administración, ésta debe asumir también su responsabilidad, que compartirá con el concesionario, de acuerdo con:

- a) No hay responsabilidad del concesionario (y sí de la administración), cuando aquél obró en cumplimiento de órdenes recibidas de ésta, o de alteraciones del clausulado concesional impuestas a posteriori.
- b) En los demás casos, concesionario y administración serán responsables solidarios, con responsabilidad primaria del concesionario; pero la administración tendrá que hacer frente a los daños en caso de insolvencia del concesionario, o de imposibilidad de abonar de inmediato la indemnización.

Alejandro Pérez Hualde concluye en que en principio el Estado no responde por el accionar del concesionario en ningún caso, ni siquiera en los que las doctrinas civilistas pretenden hacerlo responsable, fundado especialmente en que eliminar o disminuir ese factor de riesgo empresarial y natural, o incrementarlo injustificadamente, implicaría la pérdida de justificación ética y jurídica de la remuneración, generalmente excelente, del concesionario.

Agustín Gordillo por su parte ha escrito que el principio de la culpa in vigilando e in eligendo sustentaría clásicamente la del Estado; mas esa responsabilidad:

a) Aparece trasladada primero en los propios contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión, y

b) si el Estado por ley se ha desembarazado de la responsabilidad por sus entidades descentralizadas, no se visualiza un desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad subsidiaria por entidades a las que sólo ha dado la concesión.

16. Apostillas finales

Insertamos las adiciones que siguen, por su relación -a veces íntima- con la prestación de los servicios públicos y la concesión de los mismos.

a) Las crisis

Enseña Gaspar Ariño Ortiz que, por lo que se refiere a los usuarios, se deben distinguir situaciones de normalidad y situaciones de crisis, y si normalmente la seguridad para los usuarios se centra sobre la disponibilidad de la prestación, la calidad del servicio y su accesibilidad, se pregunta cómo aportar seguridad jurídica en estos elementos.

Llama "servicio universal" a la prestación que está permanentemente disponible para todos a un precio asequible, agregando que aquél es un concepto:

a) De mínimos, porque no se pueden universalizar prestaciones "de máximos", salvo que el máximo coincida con el mínimo, como ocurre, por ejemplo, en muchos países en el campo de la salud, en los que las prestaciones son en principio las mismas para todos, y

b) evolutivo, porque lo que hoy puede ser inalcanzable para la generalidad, mañana puede dejar de serlo (y así, el abastecimiento domiciliario de agua potable a todos los hogares del casco urbano no se consiguió hasta bien entrado el siglo XX).

Ahora bien, el servicio universal (agua, electricidad, etc.) no puede diseñarse -agrega- de tal modo que se descapitalice la empresa con costos excesivos que pongan en peligro el servicio para los usuarios futuros: sería ilógico que un servicio universalizado deje de estarlo dentro de unos años, salvo que haya aparecido una tecnología sustitutiva.

Anota que la descapitalización de un servicio no se da de repente, pero es real y se produce cuando una insuficiencia tarifaria prolongada impide la renovación de equipos o su buen mantenimiento; los "apagones eléctricos" suelen ser un ejemplo de descapitalización provocada por la falta de inversión en redes, como también cuando se producen accidentes ferroviarios, consecuencia casi siempre por detener las inversiones e "ir tirando" con lo que hay.

Por ello es esencial que los servicios universales (y en general las tarifas "sociales", subvencionadas) se limiten a lo estrictamente necesario y que, como regla general, en tiempos normales se paguen regularmente, se cubran con ellas los costos (incluido un normal beneficio industrial), las instalaciones se renueven y no haya ni grandes esperas por el servicio, ni grandes oscilaciones en la economía de la empresa gestora. Es obvio que siempre podrá haber un pequeño porcentaje de morosos (que se afronta con medidas tales como el corte del suministro y el juicio de apremio); mas ésta y otras incidencias forman parte de la normalidad del servicio y no afectan ni a la seguridad jurídica de los usuarios ni a la confiabilidad del servicio.

Ahora bien, destaca que los servicios públicos pueden pasar por dos tipos de crisis:

a) Ordinarias, que si bien tienen un impacto importante sobre el servicio, no destruyen su entorno, como las "crisis del petróleo" de 1973 y 1979. De ellas pueden derivar suspensiones de pagos, quiebras, fusiones o absorciones de empresas. Requieren medidas específicas para algunos servicios esenciales, sistemas de racionamiento o similares, pero no afectan a la estructura del sistema. Suele darse prioridad al mantenimiento del servicio respecto a cualesquiera derechos de terceros (acreedores o titulares de derechos reales sobre los bienes afectados), como ocurrió con la exención de las compañías de ferrocarriles (y, por extensión, de las empresas de obras y servicios en general) del régimen general de quiebras, promulgada en muchos países en el siglo XIX con el fin de que sus componentes esenciales (propiedades, maquinaria, equipamiento, acopios, etc.) no pudieran ser embargados y detraídos del servicio.

b) Extraordinarias, caracterizadas por la pérdida de parámetros de referencia sólidos en los que anclar la economía del servicio (como la crisis argentina de 2001), que suelen llevar a que el Estado se involucre directamente en determinadas actividades, bien a través de nacionalizaciones, bien mediante la adopción de medidas excepcionales de intervención sobre los mercados: congelaciones de precios y tarifas, medidas monetarias, renegociación de las concesiones.

Puntualiza que es importante no confundir "renegociar" con "renacionalizar". La renegociación tiene que hacerse compatible con la seguridad jurídica de la concesión y esto significa que debe mantenerse su equilibrio financiero, si bien adaptado a la crisis: con nuevos plazos, con menores derechos y menores obligaciones o como resulte más conveniente, pero manteniéndose el equilibrio concesional. La renegociación no puede suponer una confiscación larvada del capital de las empresas.

Y tanto en las crisis ordinarias como en las extraordinarias debe tenderse, no a la nacionalización, sino a la renegociación de las concesiones o a la intervención temporal sobre la empresa y su actividad. La experiencia histórica enseña que la renacionalización no es en modo alguno la solución. Pero en todo

caso, si se adoptase este tipo de acciones, deberá hacerse indemnizando al capital -intervenido, incautado, nacionalizado- según los principios de la expropiación forzosa.

b) Sobre la globalización

Según Guillermo de la Dehesa -quien ha sido asesor del Fondo Monetario Internacional sobre gestión de deuda externa, consultor del Banco Mundial sobre liberalización del comercio y asesor de varios gobiernos en privatizaciones, entre otras cosas, y a quien en esto seguimos, en principio- la globalización es un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales, que viene desarrollándose gradualmente desde mediados del siglo pasado y que demorará mucho en completarse, si es que la política lo permite.

Las causas determinantes de tal evolución serían:

a) El desarrollo de nuevas técnicas en el transporte y en las telecomunicaciones, que ha permitido una gran disminución en sus costes, y

b) la liberalización de los tráficos de bienes, servicios y capitales, sea por acuerdos multilaterales o bilaterales, o por decisiones exclusivas de los Estados o de uniones de ellos en procesos de integración.

Es de señalar que en 1946 había 74 países, estando actualmente por los 200, y siguen surgiendo otros, lo que proviene de:

a) El proceso descolonizador en su más amplio sentido, y

b) el creciente auge del nacionalismo.

Mas la globalización y la apertura de los mercados estarían permitiendo que dichos Estados subsistan, tratándose de países pequeños que tienen que vivir del comercio, cuando no disponen de recursos que les permitan ser de algún modo autosuficientes.

Ahora bien, la menor efectividad de la política macroeconómica, tanto monetaria como fiscal, en una economía globalizada, hace que los gobiernos tengan que dedicar mayores esfuerzos a las políticas institucionales y microeconómicas, lo que sería muy positivo ya que tienen que hacer una política de permanente reforma y flexibilización de su economía para que pueda ser competitiva, a través de un mejor funcionamiento de los mercados y de las empresas.

Para que el Estado salga favorecido de la globalización económica, obteniendo una mayor confianza y recursos financieros estables y a precios razonables, sería decisivo que lograra una buena educación, una formación de calidad, unas buenas infraestructuras, un sistema eficiente de salud, un sistema financiero saneado y bien supervisado, una justicia rápida e imparcial, una seguridad ciudadana, etcétera (siendo

evidente que la corrupción, la delincuencia y la inseguridad jurídica y policial son en alto grado disuasivas de la inversión internacional).

Se debería asimismo -sostiene De la Dehesa- buscar la "despolitización" de la política económica, conforme a una corriente creciente de pensamiento económico que propugna el establecimiento de reglas claras y transparentes en ambas políticas, que se cumplan sin cambios a largo plazo y que eviten las intervenciones discrecionales y permanentes por parte de los políticos que suelen resultar siempre desestabilizadoras, lográndose por ejemplo que la mayor parte de los bancos centrales vayan ganando autonomía frente a los gobiernos y estén dirigidos por personas independientes del poder político y con un profundo conocimiento de la política monetaria, pues las economías que tengan bancos centrales independientes tendrían una mayor estabilidad macroeconómica y una menor tasa de inflación.

También se impondría una política fiscal independiente del poder político, lo que está aún muy lejos de conseguirse, aunque se hayan dado pasos intermedios en tal sentido, como el de la Unión Monetaria Europea, sometiendo, a través del Pacto de Estabilidad, a un duro ceñidor a las autoridades fiscales de los países miembros, obligándolos a observar unos límites máximos para los déficit públicos de sus países.

Añade que las empresas multinacionales estarían siendo el principal conducto por el cual la globalización se desarrolla y, a su vez, ésta estaría promoviendo el rápido crecimiento de aquéllas. Sería entonces lógico que, en la medida en que el proceso de globalización avanzare y se consolidare, las empresas sean más grandes y el número y volumen de fusiones y adquisiciones transfronterizas se multiplicase. La globalización, ampliando los mercados para las empresas, por un lado, y aumentando la competencia, por otro, crearía unas enormes oportunidades para el desarrollo de las empresas y de los países donde están ubicadas y unos enormes retos de ajuste y transformación de las mismas para hacer frente a un mundo más competitivo.

Habría que acostumbrarse -dice- al hecho de que con la globalización son las empresas y no los gobiernos de los Estados los que toman la iniciativa y el protagonismo en la economía mundial, pero estos últimos deberían tener siempre los instrumentos de regulación y control adecuados para asegurar que dicho proceso sea un éxito y se minimicen sus posibles efectos perversos sobre la competencia.

c) Una concepción diferente

Veamos ahora algo de lo que expone Sally Burch sobre una concepción a todas luces diferente a la precedente.

El foro Enlazando Alternativas 2, que se realizó en Viena del 10 al 13 de mayo de 2006, en paralelo a la Cumbre de Presidentes y Jefes de Estado de la Unión Europea y América Latina y el Caribe, se clausuró con la adopción de una Declaración Final que rechaza la propuesta de la Unión Europea (UE) de impulsar un área de libre comercio para el conjunto de la región en el 2010; apela, eso sí, al establecimiento de

relaciones comerciales y de espacios de cooperación entre ambas regiones, orientados a promover el bienestar y la soberanía.

La Declaración cuestiona particularmente el rol de las transnacionales europeas en América Latina, las cuales han dado lugar a conflictos masivos, especialmente entre usuarios de servicios públicos poniendo en riesgo el acceso a servicios básicos, y han causado un fuerte impacto ambiental. Resalta, a la vez, las expresiones de resistencia al modelo económico que han ido creciendo en ambos continentes, incluyendo el rechazo popular a la Constitución Europea -que la califica de "neoliberal y militarista"- por parte de los pueblos francés y holandés, y las luchas en América Latina y el Caribe contra los tratados de libre comercio, y expresa esperanzas por "la irrupción de gobiernos transformadores como el de Venezuela y el de Bolivia", en esta región.

La Declaración expresa que "Nuestro mayor logro [...] ha sido el de poner en evidencia la convergencia de nuestros análisis y acciones contra las políticas neoliberales y los gobiernos que las impulsan". Luego del Enlazando Alternativas 1, realizado en Guadalajara en mayo de 2004, los organizadores señalan que se ha fortalecido la red bicontinental y se ha avanzado en la definición de posicionamientos comunes. Hacia adelante, una de las principales actividades de seguimiento será la continuación del Tribunal de los Pueblos sobre Políticas Neoliberales y Transnacionales Europeas en América Latina, con sesiones de consulta y profundización en varios países donde haya problemas clave, hasta la próxima Cumbre bicontinental que tendrá lugar en Lima en 2008, donde emitirá su veredicto.

Añade que la imposición del orden neoliberal ha redundado en la desindustrialización y en el desmantelamiento de los servicios públicos, lo cual -destacó en el foro- ha contribuido a colocar a América Latina en una situación crónica de pobreza y exclusión social. En cambio, se considera que la defensa de servicios públicos modernizados puede ser un vector de justicia e igualdad entre las personas. Hubo consenso en la importancia de seguir luchando para impedir la privatización de los servicios públicos (agua, educación y salud, en particular). En cuanto al combate a las políticas de las instituciones financieras internacionales, se concluyó que implica también interpelar a los gobiernos que votan estas políticas.

Asimismo, el proceso de desestructuración del Estado ha ido de la mano con una reorganización del capital, expresada en más de 2000 tratados de protección a las inversiones firmados en la región desde 1994. Tales tratados establecen tribunales de arbitraje, donde se ventilan más de 50 juicios de empresas transnacionales contra Estados nacionales de la región. Ello implica ceder soberanía a un organismo que no rinde cuentas a nadie, se denunció.

El foro analizó también -agrega- el cambio que se ha producido en el concepto de la cooperación europea con América Latina, pues ya no se destina principalmente al apoyo de iniciativas de los sectores populares, sino que se ha puesto al servicio de los objetivos comerciales de la Unión Europea. Además, se observa un enfoque diferenciado entre la política hacia los países más pobres, donde la prioridad son las metas del milenio, y hacia los países menos pobres, donde se trata de favorecer la inversión europea y el libre comercio. En este marco, la sociedad civil no tiene espacios para opinar. Por lo tanto, hubo

acuerdo en la necesidad de reclamar espacios democráticos para poder incidir sobre las decisiones y en las evaluaciones de proyectos, como también en reclamar que la cooperación vuelva a vincularse a propuestas que surjan de los pueblos.

La propuesta de la Cumbre oficial de establecer un diálogo político no fue tal, pues no existe diálogo sino imposición desde Europa, según se afirmó en el foro. Un verdadero diálogo implicaría buscar soluciones a los problemas que vive la gente, y es lo que proponen emprender las redes sociales de los dos continentes, que apuntan a construir una alianza social más amplia, involucrando a nuevos actores (particularmente de Europa). También hubo intercambios sobre la relación entre movimientos sociales, organizaciones políticas y gobiernos progresistas, logrando cierto reconocimiento de la necesaria autonomía de los primeros con relación a los otros dos.

El evento condenó el uso del militarismo como brazo armado de la política neoliberal, y el servilismo de la Unión Europea respecto a la política belicista de los Estados Unidos, además de sus mutuos intereses armamentistas. Hubo denuncias del uso de las bases militares de Aruba-Curaçao, como centro de recopilación de información, y censura a la ocupación británica de las Islas Malvinas; como al uso del narcotráfico y del terrorismo como pretexto de la política militarista. Se pide, además, la salida de las tropas extranjeras de Haití.

En el acto de clausura, los participantes expresaron con una fuerte ovación su respaldo a la nacionalización de los hidrocarburos, anunciada el 1° de mayo por el presidente de Bolivia Evo Morales, quien estuvo presente en el acto junto con el presidente venezolano Hugo Chávez y el vicepresidente de Cuba Carlos Lage. Morales, a la vez que expresó su afinidad y solidaridad mutua con Venezuela y Cuba, destacó que el proceso boliviano es distinto, porque surge de las luchas sociales, y pidió a los movimientos presentes que lo controlen permanentemente.

d) La economía de mercado

Hemos sostenido antes que, en aplicación de los principios de subsidiariedad y competencia, si basta para satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva la regulación policial, no hay por qué avanzar; si el régimen de concesión satisface, no hay para qué ir al desempeño directo, aunque este último sistema pueda ser en algunos casos indispensable por razones de bien común.

Es que en la economía de mercado las primeras incumbencias estatales son garantizar la libertad -con responsabilidad-, además de un sistema monetario estable y servicios públicos y sociales eficientes, oponiéndose:

a) A la estatización de los medios de producción, que reduce al individuo a una pieza en el engranaje de la máquina estatal, y

b) a una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción.

Más siempre debe aclararse que en una auténtica economía de mercado el Estado puede y debe estatizar ciertos bienes productivos y ciertos servicios, ante la manifiesta incapacidad o ineficiencia o desinterés del sector privado para asegurar la producción suficiente de esos bienes o servicios, o cuando la importancia de ciertos bienes o servicios es tal para toda la economía nacional, que resultaría peligroso dejarlos en manos de grupos o intereses privados; más el Estado, en principio, ha de administrar los rubros respectivos contribuyendo al mismo tiempo, activamente, a facilitar la capacitación del sector privado, para que este último pueda hacerse cargo de ellos, aunque es frecuente que una vez que el Estado asume temporalmente una actividad propia del sector privado, tiende a no devolverla a éste, por creer los gobernantes que ha de disminuir su poder de decisión futuro, marginando que el respeto pleno del principio de subsidiariedad es la mayor garantía de la estabilidad política.

Por lo demás, debe el Estado actuar en observancia del principio de subsidiariedad, el cual es nota distintiva de la tradición cultural de Occidente; pero también debe el Estado intervenir según el principio de solidaridad, conforme al cual los individuos, cuanto más indefensos están en la sociedad, tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública.

No obstante lo precedentemente expuesto, suele ocurrir que en algunos países, una vez aparentemente conjuradas las crisis de desfallecimiento, a medida que parece afirmarse una vida económica saludable, se acentúan en algunos sectores el crecimiento y el ahonde de la tendencia estatizadora en lo tocante a los servicios públicos, siendo que una enérgica puntualización económica (y constitucional, cuando la misma es procedente) exige -también como regla de prudencia y sagaz administración- que prevalezca la gestión privada (por ejemplo a través de la concesión), conservándose una adecuada regulación y un apropiado control para la competencia, en beneficio de los usuarios y, en definitiva, del bienestar general, fin de la comunidad política.

e) Los procesos de integración

Nos parece conveniente referirnos aquí a los denominados "procesos de integración regional".

En la actualidad se considera que el proceso de integración regional no puede reducirse a la búsqueda de grandes espacios económicos para la liberación comercial, la unión aduanera y el ensanchamiento de los mercados, pues para ser plenamente efectivo debe extender sus alcances hasta la dimensión política.

En América Latina ha prevalecido -como señala expresivamente Raúl Baca Carbo- "una visión comercialista, cuya eficacia debía medirse por el número de operaciones de compraventa", subestimándose o desdeñándose -según Marcos Kaplán- la dimensión política y, por lo tanto, la indispensabilidad de sólidas bases y garantías político-institucionales.

Esa reducción obedece a diversas causas, entre las que podemos mencionar:

a) El fracaso de los intentos de unión política posteriores a la independencia, y las separaciones, recelos y antagonismos entre los Estados nuevos, por lo que sólo los problemas económicos de los mismos hicieron que se pensara, hacia mediados de la década de los '50, en un proceso de integración, pero bajo un sesgo economicista y, tal vez con más propiedad, de carácter comercialista.

b) Los actores de la integración fueron los gobiernos, a impulsos de tecnócratas bien inspirados, preocupados aquéllos por preservar la "soberanía nacional" mal entendida, por lo que los esquemas institucionales han sido fundamentalmente intergubernamentales y no supranacionales, sin encarnar en elites dirigentes y sin bases populares.

c) Las modalidades practicadas de integración -anota Juan Mario Vacchino- intentaban adecuarse a una realidad inestable institucional e ideológicamente en cada uno de los países y, además, en la comparación entre países. En otros términos, no sólo los países eran democráticos y dictatoriales sucesivamente, sino que en la región había, simultáneamente, países democráticos y dictatoriales. Dinámicamente, mientras que en algunos países empezaba o se consolidaba la democracia, otros comenzaban o se consolidaban como dictaduras.

Creemos que la integración regional no es simplemente una idea mesiánica de tecnócratas, sino una expresión del desarrollo de la economía y de la política en las sociedades de nuestro tiempo; por ello en Europa se buscó con perseverancia, desde la Segunda Guerra Mundial, la realización de alguna forma de unión.

Nos parece que es hora de que los países latinoamericanos abandonen el fraccionismo y las rivalidades recíprocas para arribar a acuerdos políticos fundamentales capaces de orientar un destino común, dando sustento firme a los objetivos económicos, sin descuidar los relativos a ciencia y técnica, información y comunicaciones, etcétera.

Pero no se puede progresar hacia las fases superiores del proceso de integración, si en el mismo proyecto participan Estados con regímenes económicos y políticos divergentes que tendrán, por definición misma, un enfoque diferente de los problemas y una escala de valores diversa. Además, se requiere el compromiso en un proceso que reconoce la existencia de un interés que ha de englobar al interés nacional y que debe conducir a la transferencia de competencia a instituciones comunes.

Además, la participación de la ciudadanía en el proceso de integración es un factor de legitimidad y una condición de éxito: si sólo participan los gobiernos y las tecnoestructuras, el proceso se estanca y fracasa.

Es por todo ello que creemos que economía de mercado, la auténtica democracia, etcétera, son fundamentales para la integración regional, con apertura -sobre las mismas bases- para la integración global.

f) Realización del bien común internacional y la civitas maxima

El bien común internacional, la paz, el orden justo entre las naciones deben establecerse y mantenerse por consentimiento y ayuda activa de los Estados en relaciones de coexistencia y coordinación. Los gobiernos, como promotores del bien común internacional, deben especialmente procurar preparar una época en la que pueda ser absolutamente prohibida cualquier guerra, instalando una autoridad universal reconocida por todos y con medios eficientes para garantizar a todas las comunidades seguridad, cumplimiento de la justicia y, por ende, respeto de los derechos.

Mas no se trata del establecimiento de una civitas maxima unificada con competencia ilimitada: así como el Estado no debe destruir ni absorber las asociaciones intermedias que existen en su seno, tampoco la organización internacional propugnada implica la desaparición de los Estados, ni de las uniones de Estados a las que pueden conducir los procesos de integración regional.

En suma, el establecimiento de una autoridad internacional con potestades jurisdiccionales e, inclusive, coactivas no implica un Estado mundial o civitas maxima que anule la pluralidad de Estados y los procesos de integración regional, que se justifican en razón de las diferencias a las que deben adaptarse las instituciones. La crítica general que se puede hacer a la civitas maxima es la que ya hicieron los teólogos españoles: la inconveniencia de gobernar un Estado mundial por razones de ineficiencia.

Y reiteradamente se ha expuesto que el Estado mundial es la negación más redonda y absoluta del principio de subsidiariedad, que si bien suele exponerse respecto a las comunidades intraestatales, con mayor razón aún debe aplicarse al campo internacional.

g) Colofón

Bien se ha dicho que Occidente no ha podido ofrecer nada a la antigua Unión Soviética, salvo el señuelo de un materialismo práctico y liberal radical más eficiente y competitivo que el materialismo ideológico y estatista, es decir, la podrida panacea de moda.

También, que estarían muriendo en Occidente Dios y la moral "burguesa", aunque en general no tan rápidamente y por decreto como en los países comunistas, habiéndose encargado a dúo de aquella tarea cierta planificación teledirigida de una sociedad de consumo, así como gran parte de la clase intelectual - filomarxista toda ella- y que, ahora, huérfana de referente, va siendo reciclada por el vigente materialismo.

El materialismo práctico, que niega toda realidad trascendente y hace superflua la fe, es toda aquella doctrina según la cual los fines últimos a los que se dirige el hombre, aquello que le traerá la felicidad o el bienestar se basa o se obtiene a través de bienes materiales (corpóreos).

Así, pueden denominarse como tales las prácticas que tienen como guías de la conducta el placer, la salud e incluso la riqueza.

Sobre el tema en trato ha reflexionado S. S. Benedicto XVI más o menos en estos términos:

Las sociedades pueden tirar de la persona cada vez más hacia abajo o ayudarla a ascender. En el primer caso reina un predominio tal de las cuestiones materiales y una vinculación intelectual a lo meramente material que todo lo que trascienda ese materialismo parece algo superado, absurdo e inadecuado a la persona. En el segundo caso existe realmente una cierta evidencia de Dios, y es más fácil moverse hacia Él.

Satisfacerse con lo material, con lo palpable, con las vivencias felices que se puedan comprar o suministrar es, por el momento, lo más sencillo. Pero esto se revela muy pronto como un engaño: al final nos quedamos vacíos, agotados y, cuando caemos del éxtasis, no somos capaces de soportarnos ni de soportar al mundo. Y nunca participamos en este drama personalmente, sino bajo forma colectiva.

La sociedad de orientación atea o agnóstico-materialista, sin fe, no nos hace de verdad mejores, más compasivos y altruistas, menos codiciosos, menos vanidosos. La sociedad, con la evaporación de la fe, se ha vuelto más dura, más violenta, más mordaz.

En fin, concluimos en que pareciera que debiéramos decir -con Ignacio San Miguel- que todo esto comenzó cuando a alguien se le ocurrió pensar que Dios y la moral no eran sino proyecciones interesadas de la mente humana y carentes, por lo tanto, de realidad externa, teoría que se extendió vertiginosamente y a todos los niveles, y, sin duda, Dios no va a hacer acto de presencia para contradecirla, por que somos nosotros los que tendremos que pechar...