

El Contrato de Concesión de Servicios Públicos Como Contrato “de Larga Duración”*

Alejandro Pérez Hualde**

Resumen:

En el presente artículo, el autor resalta los beneficios de la incorporación de los conceptos “contrato de concesión” y “contrato de larga duración” dentro del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Así, para el autor, estas figuras contractuales son fundamentales en el Derecho Administrativo para poder comprender los alcances del contrato de concesión de servicios públicos, específicamente, en cuanto a la introducción de variaciones en la ejecución del contrato. Ello conlleva, además, que ya no se tenga que recurrir a conceptos policiales extraños o a teorías como la del *ius variandi* que únicamente añaden elementos autoritarios en el marco del contrato.

Palabras clave:

Renegociación obligada – Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) – Administración – Ejecución instantánea – Mutabilidad – Nivel tarifario – Equilibrio contractual

Abstract:

In this article, the author highlights the benefits of incorporating the concepts “concession contract” and “long term contract” within the new Civil and Commercial Code of the Nation in Argentina. For the author, these contractual arrangements are fundamental in Administrative Law to understand the scope of the concession of public services, specifically in regard to the introduction of changes in the contract. This also means that foreign police concepts or theories as *ius variandi*, which only add authoritarian elements under the contract, are not longer required.

Keywords:

Forced renegotiation – Civil Code and Commercial Procedure – Administration – Instant Execution – Mutability – Tariff level – Contractual Balance

Sumario:

1. La duración como elemento esencial al contrato – 2. La mutabilidad del contrato de larga duración – 3. El precio – 4. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera – 5. Renegociación “obligada” – 6. Reflexiones finales

* Ponencia expuesta en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano celebradas en Pazo de Mariñán, A Coruña, España, entre los días 9 y 13 de marzo de 2015 organizadas por la Universidade Da Coruña, Facultad de Derecho.

** Vocal integrante de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Miembro correspondiente de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Nicaragua, y del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos de Mendoza (Director 2002-2004). Director de carrera de Doctorado de la Facultad de Derecho de la U. Nacional de Cuyo (Mendoza-Argentina). Profesor de “Derecho Administrativo II” de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, de “Derecho Público Económico” de la U. de Mendoza y de “Servicios públicos y regulación de la economía” en el Máster de la Universidad Austral.

Una novedad importante para los argentinos aportada en los últimos tiempos al Derecho Administrativo ha sido la incorporación de los conceptos de “contrato de concesión” y de “contrato de larga duración” al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), en vigencia a partir del próximo primero de agosto. Figuras contractuales que, sin duda, tienen relevancia en el Derecho Administrativo a la hora de analizar y comprender los alcances del contrato de concesión de servicios públicos (en adelante SP).

Una larga tradición argentina nos tuvo entretenidos en el terreno del contrato de obra pública y –tal vez– cerca del contrato de concesión de obra, porque no visualizaba correctamente el contrato de concesión de SP. Así es como se avanzó en líneas que colocaban al SP fuera de la esencia del contrato; a tal punto de sostener que los elementos del SP recién comenzaban a operar una vez terminado el tiempo de ejecución y cobro del precio por el concesionario constructor de la obra (Fanelli Evans), pues recién en ese momento se consideraba que se producía el ingreso del bien al dominio público.

Consideramos, por ello, un aporte muy importante del CCCN, el que su art. 1502 establezca: “hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido”.

La norma pone en evidencia algo en lo que coinciden los doctrinarios de los derechos público y privado, y es que el concesionario aporta una organización empresarial para comercializar mercaderías o, en nuestro caso, servicios que el concedente le provee o le habilita por cuanto es él quien atribuye la posibilidad o no para hacerlo. Esta doctrina establecida pensando fundamentalmente en el terreno de las concesiones comerciales –que se han creado poniendo en primer orden la concesión de venta de automotores¹– concuerda en lo esencial con la noción de contrato de concesión de SP que implica en favor del concesionario una delegación del ejercicio de facultades por parte de la Administración, quien conserva la dirección

y control. Mientras tanto, otros² sostienen que no hay delegación alguna, por cuanto delegar desde el punto de vista técnico se produce cuando un órgano del Estado traspasa a otro competencias que le pertenecen, atribuciones que le son propias conforme a la distribución de competencias (división de poderes y competencias) efectuada por la Constitución y las leyes, desentendiéndose en lo sucesivo del ejercicio que de dichas atribuciones efectúa el delegado.

El artículo 8 de la Ley Española define al contrato “de gestión de SP” como: “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendada”.

Resulta particularmente interesante la descripción que efectúa el Tribunal Supremo de España (sentencia de 5/03/2007) cuyos conceptos más destacados nos traen Moreno Molina y Pleite Guadamillas³, quienes sostienen que “la concesión administrativa es una institución que agrupa distintas especies de negocios jurídicos presididos por la idea de cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa”... “es, por tanto, una institución jurídica compleja, susceptible de ser considerada como ‘contrato’ y como derecho real ya que comprende dos modalidades: la de ‘servicio público’ y la demanial”.

Agrega Marienhoff, en una línea más ajustada, que sólo se produce una mera adjudicación o imputación de atribuciones o facultades, una transferencia transitoria de potestades públicas al concesionario, el cual queda supeditado al riguroso y constante control propio de todo contrato administrativo.

Más acorde a la jurisprudencia española, señala Ildarraz⁴ que: “la concesión siempre denota una especie de transferencia o atribución de determinado conjunto de potestades administrativas de la administración concedente al concesionario que comporta lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado como círculo de privilegios, que en atención al interés público a satisfacer, se otorgan al concesionario para que éste pueda cumplir con eficacia la prestación del SP conferido y, en especial, con relación a los terceros administrados”.

1 María L. HERRERA, *Incumplimientos del concesionario en el marco de su relación con el concedente en el contrato de concesión*, IJ Editores, Derecho Contractual, 04/04/2014.

2 Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

3 MORENO MOLINA, José Antonio, y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

4 Benigno ILDARRAZ, *Notas conceptuales de la contratación administrativa de servicios públicos y sus contornos dentro de la globalización*, en Eduardo Mertehikián, director, *Doctrina RAP*, n° XXVI-2, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 227 y sgs.

En este marco descriptivo, podemos resumir que la concesión, la de SP, incluye la atribución o la habilitación al concesionario de la facultad de ejercer, precaria y transitoriamente, un conjunto de privilegios públicos, como el uso comercial de los espacios pertenecientes al dominio público, la facultad de posibilitar o privar el tránsito por vías pertenecientes a ese mismo dominio público, determinar los bienes a incluir en una expropiación, al empleo de la vía procesal de apremio para el cobro de sus acreencias, etc.; con la exclusiva y limitada finalidad, y bajo estricta condición, de cumplir, completa y adecuadamente, con la prestación del SP encomendado, de acuerdo al contrato y a las indicaciones de las autoridades de policía de los SP en ejercicio de sus funciones.

En especial, no le era posible a nuestra doctrina procesar en términos contractuales la mutabilidad propia y los instrumentos de sostenimiento del “equilibrio dinámico” de las prestaciones del contrato “de duración”, denominado “di durata” en la doctrina italiana por Oppo⁵ y Messineo⁶.

Ello trajo como consecuencia la salida del marco contractual hacia la introducción de la actuación de policía y, con ella, del procedimiento administrativo en el ámbito del contrato, atribuyéndole necesariamente una posición –en principio– de autoridad, fácilmente inclinada a ser autoritaria, a la Administración, reconociéndole facultades exorbitantes que, tal como lo demostró Mairal⁷, resultaron inútiles, y de las cuales nosotros opinamos, con Meilán Gil⁸, que son insostenibles por naturaleza en el ámbito contractual.

1. La duración como elemento esencial al contrato

La doctrina ha distinguido, respecto de la duración de un contrato, aquella que se refiere a la “ejecución”, de la que alude a su “existencia” y de la que remite a su “eficacia”⁹.

La duración de la “existencia” del contrato toma como punto de partida la celebración del acuerdo y de finalización la conclusión de todos sus efectos, como podría ser la finalización de un período de garantía sobre una obra. La duración de la “ejecución” va desde el comienzo hasta el fin de esta etapa y puede distinguirse en ella la ejecución “instantánea” (de una sola vez), de la

ejecución “sucesiva” (durante un tiempo) y de la ejecución “escalonada” (varias prestaciones que podrían constituir varios contratos pero unidas por uno solo). Finalmente, la duración de su “eficacia”, la que transcurre entre el comienzo y el fin de la exigibilidad de las prestaciones involucradas, que pueden haber estado sujetas a condiciones o plazos suspensivos.

En otras palabras, las distintas duraciones pueden o no coincidir dentro del mismo contrato porque miden distintas circunstancias. En nuestro caso pondremos el acento en la duración de la “ejecución” que será “sucesiva” y también “escalonada”, según las etapas y circunstancias lo requieran.

El contrato de “larga duración” es aquel que – como dijimos – Messineo denomina “di durata”, y que entre nosotros Lorenzetti¹⁰, ha denominado “de larga duración”. El maestro italiano se remite a Giorgio Oppo quien, por su parte, reconoce la precedencia efectiva de los estudiosos alemanes a principios de la segunda década del siglo XX (Gierke, Krüchmann y Gschnitzer).

Como adelantamos, en Argentina, el CCCN los denomina “de larga duración” y, en su artículo 1011, los describe señalando que: “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

El tiempo de duración de la ejecución sucesiva y escalonada es lo esencial y no lo accesorio; es por ello, afirma Messineo, que “el contrato de duración es aquél en el que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable y continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración”... “aquí el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo

5 Giorgio OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1943-I y 1944-I; también en *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y sgs.

6 Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I.

7 Héctor MAIRAL, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, en *El Derecho*, t. 179, p. 675.

8 Conferencia en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano celebradas en Pazo de Mariñán, A Coruña, España, entre los días 9 y 13 de marzo de 2015 organizadas por la Universidade Da Coruña, Facultade de Dereito.

9 Jacques GHESTIN y Marc BILLIAU, *El precio en los contratos de larga duración*, Zavalía, Buenos Aires, 1990.

10 Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto período de tiempo, y no a la ejecución, que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo”.

Consideramos que no es un acierto la denominación en nuestro ámbito, que no ha seguido a la italiana original, pues le ha agregado el adjetivo de “larga” para sustituir lo que otra doctrina denomina “sucesiva”. Se trata de un error pues la naturaleza del concepto está ligada a la relevancia esencial del tiempo en el objeto y en la intención de las partes y no en la efectiva duración más o menos prolongada, “larga” o “corta” del mismo. Y esto más allá de que en la generalidad de los casos esa duración sea realmente dilatada. Puede ser un contrato de “ejecución sucesiva y escalonada” y ésta ser por un tiempo breve.

Son caracteres fundamentales del contrato: a) la duración es esencial; b) es imposible su ejecución instantánea; c) no hay precisión en las cantidades de las prestaciones; d) puede no haber plazo preciso; e) su mutabilidad hace a su naturaleza; f) es un proceso; g) es de renegociación obligada; y, h) su rescisión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones previas para su concreción.

2. La mutabilidad del contrato de larga duración

En este contrato las partes han previsto, según Lorenzetti, la satisfacción “de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada porque seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo”.

En otras palabras, los contratos “de larga duración” se encuentran sometidos a permanentes mutaciones; las obligaciones son concebidas como parte de un proceso. Su objeto es desarrollado en el tiempo, ya que no es posible de ser cumplido en forma instantánea sino en una prolongación temporal, pues ese mismo objeto consiste en “una definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de textura abierta y procedimientos para la determinación”.

Debido a su naturaleza de contrato “de larga duración”, el contrato de concesión de SP parte del reconocimiento de su carácter sujeto a cambios en forma permanente.

Es por esta razón que, la Comisión de las Comunidades Europeas, autora del “Libro Blanco”, propone para ellos “la existencia de una cláusula evolutiva que permita adaptar las exigencias en función de las necesidades e inquietudes cambiantes de los consumidores y usuarios y de la variación del entorno económico y tecnológico”; y, en esta línea, José Luis Martínez López-Muñiz¹¹ incluye como particularidad necesaria su “adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”.

Esta “cláusula evolutiva” es ponderada por Meilán Gil¹² pero considera que no está ínsita en el contrato sino en la regulación. Por el contrario, nosotros consideramos que no es necesario acudir al instrumento regulatorio porque es en este esquema propio de la naturaleza del contrato de concesión donde se canalizan luego las modificaciones.

La naturaleza jurídica “de larga duración”, que determina al contrato de concesión de explotación del SP, brinda la base de sustentación a las permanentes y reiteradas modificaciones que la Administración concedente se ve necesitada de introducir en aras de la ejecución de su facultad indelegable de determinación de la política del SP. Al igual de lo que ocurre con el contrato de suministro, sea que fuera público o privado, la introducción por el suministrado de indicaciones, formas, técnicas, cantidades, etc. es propia del contrato mismo.

El enrolamiento del contrato de concesión de SP dentro de los contratos “de larga duración”, conforme los define el art. 1011 del CCCN, permite encuadrar el ejercicio de las facultades de la Administración en materia de introducción de variaciones en la ejecución, en el marco de la dinámica contractual. No es necesario acudir a otros conceptos policiales extraños al ámbito contractual o a teorías como la del “*ius variandi*” que no suman sino notas autoritarias en el marco del contrato.

La debida comprensión de la “mutabilidad” del contrato permite precisar el terreno propio y adecuado del acuerdo contractual en la interpretación de los alcances, de los límites y de las consecuencias del ejercicio de esas facultades que la Administración puede ejercer en el

11 José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, en “Os caminhos da privatização da Administração Pública”, Stvdia Iuridica, nº 60, Colloquia 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

12 José Luis MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006.

ámbito de los instrumentos de sostenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones. De este modo, el ejercicio de facultades por parte de la concedente se mueve dentro del marco que imponen los principios *"pactae sunt servandae, rebus sic stantibus"* que –además de ligados entre sí– son pilares del contrato desde su origen romano en Ulpiano.

La legislación española sobre contratos tiene previsto el carácter mutable esencial que proviene de la naturaleza misma del contrato de concesión del SP.

Así es como, bajo el título de *"Sección 3ª Modificación del contrato de gestión de servicios públicos"*, se encuentra establecido en el artículo 282: *"Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico"*, que dice *"1. La Administración podrá modificar por razones de interés público... las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. 3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos. 4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado. b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley"*.

Finalmente, es tan importante el ingrediente de mutabilidad del contrato que su exclusión permitiría el planteo, por cualquiera de las partes, perjudicada, de la frustración de la causa fin del contrato en un todo, de acuerdo al art. 1090 del CCCN que dispone: *"Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando*

esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial".

La adaptabilidad permanente de las prestaciones en el contrato de *"larga duración"* hace que su ausencia frustre la finalidad misma del contrato, por cuanto es esa mutabilidad la que las partes previeron y esperaron y –por ello– su supresión se constituye en *"alteración de carácter extraordinario"* que habilita la resolución.

3. El precio

Enseña Lorenzetti que *"los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con un servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones"*.

En consecuencia, se trata de un contrato donde su precio es el fruto de un criterio con que se debe juzgar la relación precio-contraprestación, en tanto equilibrio a lo largo del tiempo; pues existe un equilibrio especialmente dinámico en las prestaciones recíprocas. Es por ello que necesita de un mecanismo de permanente adecuación consensuada de las mismas, de modo tal que permita sostener la vigencia del contrato y su finalidad tanto pública, para la Administración, como privada, para el contratante particular.

Por ello afirma Lorenzetti que *"el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que, de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato"*. Y es por esta razón que Morello¹³ denomina a este contrato como uno de aquellos de *"renegociación permanente"* y Salomoni como *"de contenido altamente aleatorio"*.

Y agrega también Morello la advertencia acerca de *"la imprescindible necesidad de racionalizar las fases de su desarrollo a raíz de los cambios o alteraciones que durante su ejecutoria necesariamente acontecen, y sin cuya reformulación directa por los propios interesados, los resultados de las expectativas negociales son muy difíciles de alcanzar"*.

La mutabilidad esencial del contrato, debida a las modificaciones introducidas en su ejecución a lo largo de toda su duración, como también ocurre

13 Augusto M. MORELLO, *Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente*, La Ley, 1989-C, p. 1227.

en el contrato de medicina prepaga, necesita ser acompañado de un instrumento esencial de sostenimiento del equilibrio económico de las prestaciones que debe ser permanentemente revisado y reconstituido.

Por esta razón es que Oppo manifiesta que *“en definitiva, la relación sinalagmática existente entre las prestaciones recíprocas en los vencimientos singulares no tienen necesidad de encontrar su fundamento en la construcción contraria: el carácter sinalagmático de las prestaciones que se contraponen en los momentos singulares de ejecuciones se encuentra en la causa del contrato de duración, causa que, cuando el contrato es bilateral, consiste en hacer que las partes obtengan por un cierto tiempo prestaciones recíprocas estables. La sinalagmaticidad, así como existe entre las dos obligaciones duraderas, así existe también en cada uno de los momentos singulares de ejecución: la relación sinalagmática de cada acto de ejecución está implícita en la relación sinalagmática de las dos primeras”*.

Este ámbito contractual aporta el sostén lógico de las prestaciones sucesiva y escalonadamente modificadas, relacionando su sentido vinculado en la duración del contrato, sin necesidad de recurrir a la motivación individualizada y aislada -o no- de cada imposición policial regulatoria.

Son las mismas representaciones en el contrato las que sostienen la vinculación y el sentido lógico de las modificaciones contractuales que van reflejando la relación en el SP y en el precio.

4. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera

Ya hemos hecho referencia a la vigencia estricta, con matices particulares y originales, del principio *“rebus sic stantibus”* propio de los contratos en general.

La celebración del contrato de concesión de SP implica, necesariamente, que las partes han tenido en cuenta y aceptado la existencia de una determinada ecuación o equilibrio económico-financiero, expresando en concreto una relación entre los gastos de explotación del servicio, las inversiones para la expansión y mantenimiento, una renta razonable, considerando el total de las sumas que, por todo concepto, se recaudarán con motivo o con ocasión de él durante todo el tiempo de la concesión.

Como hemos analizado oportunamente, el carácter de contrato *“de duración”* que tiene el

de concesión de SP, impone la necesidad de un mecanismo procedimental para el permanente mantenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones del contrato. El concesionario tiene un derecho, estrechamente ligado a su derecho de propiedad sobre el precio del contrato, a que ese mecanismo sea eficiente y utilizado en todas las ocasiones que sea necesario para cumplir con su objetivo.

En la normativa tradicional el reclamo basado en la ruptura del equilibrio iba acompañado de la opción de rescindir y podía ser contestado por la contraparte con la oferta de reparación.

Esta nota tan particular se ve reflejada en la normativa contractual española cuando en su artículo 258 (inc. 4) prevé que: *“La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado; b) cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”*.

Coincidimos parcialmente con Rivero Ysern¹⁴ cuando afirma que los problemas de ruptura del equilibrio de los contratos son consecuencia, en un gran porcentaje, de la mala preparación de los contratos de concesión; pero no en tanto él considera que en la elaboración del precio del contrato lo que se debe buscar es el precio *“de mercado”*. Consideramos que una vez sustraída la actividad del campo de la oferta y de la demanda, por haber forzado una, otra o ambas, mediante la introducción de la nota de *“obligatoriedad”*, el mecanismo de elaboración de precios propio del mercado queda suprimido automáticamente.

Es por ello que en la elaboración de los términos de las prestaciones debe indagarse adecuadamente en los costos de la prestación y deben introducirse instrumentos que permitan transparentarlos lo más posible.

El comportamiento y los cambios en los costos y en las necesidades que impone el objetivo social perseguido por el régimen público propio del SP son los principales protagonistas de la necesidad de introducir correcciones y rectificaciones durante la prestación del concesionario.

Cabe tener presente que en el ámbito del contrato de concesión no es posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en su modo tradicional; pues los cambios no son imprevisibles; por el contrario, en

14 Enrique RIVERO YSERN, *El equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios públicos*, en Juan Carlos CASSAGNE, director, *Servicio público y policía*, El Derecho, Universitat, Buenos Aires, 2006.

el contrato “*de larga duración*”, las modificaciones provocadas por los cambios tecnológicos y las necesidades de satisfacer el servicio público son algo absolutamente previsible. Y tampoco es el espacio para aplicación de la teoría del hecho del príncipe, pues también está previsto que la concedente misma, por su decisión o por indicación de la autoridad de policía del servicio – el ente regulador o el órgano de control –, imponga cambios unilaterales que el concesionario tendrá el deber contractual de acatar y aplicar, salvo la existencia del vicio de irracionalidad o de arbitrariedad en la orden impartida.

Erróneamente, nuestros marcos regulatorios, en especial los de la electricidad (Ley 24065) y del gas natural (Ley 24076), contemplan la revisión periódica y también extraordinaria de únicamente la tarifa, como si ésta fuera la única fuente de ingreso o como si pudiera identificarse con el precio del contrato de concesión de SP. Nuestros marcos regulatorios confunden “*tarifa*” con el “*precio*” de la concesión; si bien la primera puede formar parte del segundo, nada indica que necesariamente deba ser así. Pues la “*tarifa*” se determina desde la política del SP, mientras que el “*precio*” se establece y corrige desde la economía del contrato. De lo contrario, podría sostenerse que existe una acción de carácter contractual a exigir a la autoridad concedente la imposición de determinado nivel tarifario, lo que implicaría el traslado de la política del SP a manos de la concesionaria. La acción contractual tiene por fin la reparación del equilibrio contractual, más allá del nivel tarifario que la concedente pretenda sostener.

La revisión debe alcanzar a todos los componentes del contrato de tal modo que se mantenga al concesionario indemne frente a los cambios por causas ajenas o que fueran ordenados por la concedente en el ámbito del contrato, todas las veces que fuera necesario para sostener el mencionado “*equilibrio dinámico*” de las prestaciones.

Como veremos luego, otra diferencia que aleja a la concesión de SP de la teoría de la imprevisión es que en el contrato “*de duración*” la renegociación es jurídicamente obligatoria.

5. Renegociación “*obligada*”

La duración del contrato –con su implícita mutabilidad– es un aspecto esencial que cabe “*presuponer*” en la voluntad de las partes al inicio mismo de la relación, según indaga la moderna doctrina de los contratos¹⁵. Es por eso que este contrato ha sido tomado como referente en la corriente doctrinaria que propone la necesidad

imperiosa del esfuerzo tendiente al sostenimiento, o al mantenimiento (“*manutentivi*”) de la relación contractual en casos de crisis, antes que a su resolución.

Esto se debe a que se trata del medio idóneo tenido en cuenta para la programación y la realización de la actividad económica de los contratantes; tanto es así que el cumplimiento del contrato de concesión del SP, su ejecución sucesiva y escalonada, suele ser el total del objeto mismo de la sociedad comercial constituida para su ejecución específica.

La recomposición obligada de los contratos “*de larga duración*” viene inspirada en un doble juego de fundamentos, tanto de orden público como privado. Sostiene esa misma doctrina italiana que “*ha sido recientemente afirmada la vigencia, en el ámbito de las relaciones entre particulares, del principio de proporcionalidad, inspirado en los valores constitucionales de la igualdad, de la solidaridad y de la razonabilidad, que parece inmediatamente reconducible al orden público constitucional por un lado (aquel de origen publicista), y por el otro (más propiamente privatista), como tendencial impedimento, al aprovechamiento del contratante beneficiado por la situación de desequilibrio contractual*”.

En un contrato que por su naturaleza está destinado a experimentar cambios; tanto ajenos a las partes como producidos por ellas mismas; no es posible fundar la causa disparadora de la necesidad de una renegociación extraordinaria de sus términos en la sola presencia de cambios en sus condiciones.

La secuencia habitual de cambios y de adaptaciones que el contrato requiere, impone la necesidad de que las partes respeten el espacio de “*renegociación permanente*” referido por Morello, concurriendo a él en ejercicio de sus derechos, “*conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total*”, como lo prevé el art. 1011 del CCCN.

Tanto es así que esa doctrina ya ha incorporado como parte esencial del contrato “*de larga duración*” su renegociación obligatoria, pues refiriéndose a ellos, afirma Macario que: “*la jurisprudencia arbitral ha empleado otro principio de la así llamada ‘lex mercatoria’, aquél de la conservación como regla para la utilidad social, en un sistema de libertad de mercado (...) razón por la cual su estabilidad y sobrevivencia representan un bien de la colectividad... Con estas justificaciones,*

15 Francesco MACARIO, *Riesgo contractual y relaciones a largo plazo, en el nuevo derecho de los contratos: de lo que se presupone, a la obligación de renegociar*, en Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2005, p. 56, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.

la jurisprudencia arbitral internacional, incluso en ausencia de remedios contractuales, ha consagrado en ellos la obligación de renegociar”.

Y se destaca cómo también, en su jurisprudencia, “el juez estadounidense llega a obligar a renegociar a las partes contendientes, las cuales alcanzarían efectivamente el acuerdo de modificación que re-equilibraría la relación entre los prestatarios, impidiendo así que se realizase la inconveniente adecuación judicial del contrato, amenazada como última ratio para el caso de que no prosperaran las tratativas” (caso “Aluminium Co of America v. Essex Group”).

Y ya más generalizadamente, en los “Principios de Unificación del Derecho”, normas conocidas como “Unidroit”, se ha contemplado en favor de la “parte desventajada” el derecho a “pedir la renegociación del contrato” especificando que la gestión “debe ser realizada sin injustificado retardo y debe indicar los motivos sobre los cuáles se basa”, con la aclaración de que “no otorga, de por sí, a la parte desventajada el derecho de suspender la ejecución”.

En nuestro caso, converge y coadyuva sobre esta solución además de la naturaleza del contrato, el carácter de “continuidad” propio del SP. La obligación de renegociar tiene también su raíz hundida en uno de los caracteres propios del SP como es el de “continuidad”.

Finalmente, se suma a este panorama del Derecho comparado, el texto propuesto para el proyecto de “Código de Conducta de la Sociedad Transnacional”, presentado en la Sede de Desarrollo y Cooperación Económica Transnacional, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1990, donde prevé en el punto 12, bajo el título de “Reexamen y renegociación de contratos y acuerdos: (a) Los contratos y acuerdos entre gobiernos y sociedades transnacionales deberán ser negociados y ejecutados de buena fe. Esos contratos y acuerdos, y particularmente los que son de larga duración, deberán normalmente contener las cláusulas de reexamen o de renegociación. (b) En ausencia de tales cláusulas y cuando las circunstancias sobre las cuales está fundado el contrato o el acuerdo han experimentado un cambio fundamental, las sociedades transnacionales, actuando de buena fe, deberán cooperar con los gobiernos para reexaminar o renegociar dicho contrato o acuerdo”.

Ahora bien, ¿podría haber un caso de necesidad de revisión de todo el contrato de concesión de SP? La respuesta es afirmativa; cuando el contrato entra en crisis y ello ocurre cuando se frustra el instrumento de mantenimiento del equilibrio.

En el contrato de concesión deben producirse cambios extraordinarios en las circunstancias

sobre las cuales está fundado el contrato, a tal punto que haga imposible la aplicación de la cláusula destinada a sostener el equilibrio dinámico de las prestaciones, que es precisamente una de esas circunstancias fundamentales sobre las que está fundado. No es cualquier cambio. La frustración debe alcanzar al instrumento previsto por las partes para absorber y enfrentar aquellos cambios que las partes siempre supieron, aun cuando no con precisión –o con poca–, pero sí que vendrían. Nos referimos a la parálisis del contrato, a la inmovilidad incompatible con su “mutabilidad” esencial.

Experimentada la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato y excedida la capacidad del instrumento de equilibrio acordado por las partes, hay que tener en cuenta las otras pautas de sostenimiento del procedimiento de recomposición de aquella ecuación.

Debemos recordar, en primer lugar, que aquel equilibrio contractual originario del contrato que se desea recuperar en la renegociación no es, ni –tal vez nunca fue–, un equilibrio técnico, objetivo, sino solo económico y subjetivo; en otras palabras, que puede no existir desde el punto de vista matemático financiero, puede no ser un verdadero equilibrio real y científico. Se trata de un equilibrio presunto; de aquella ecuación alcanzada entre los intereses de las partes al momento de contratar, acordado entre las dos contratantes, cargados de subjetividades y de intereses, no todos expuestos ante el concedente –aunque los de éste sí son necesariamente públicos–, que llevaron a cada uno a la celebración del acuerdo de voluntades. Es al mantenimiento de este equilibrio contractual al que tiene derecho el concesionario.

También es importante recordar, en segundo lugar, que esto que parece un privilegio extremo a favor del concesionario, no lo es tanto si se considera que, por la naturaleza del contrato, no tiene derecho al sostenimiento de un determinado nivel tarifario sino a la remuneración que, de esa ecuación económica financiera, surgía en su favor. Así lo estableció la CSJN en el caso –ya mencionado– “Maruba” (Fallos, 321:1784), pues una cosa es el derecho a un nivel de remuneración (que puede estar ligada o no a un determinado nivel tarifario en el origen del contrato) y otra –muy distinta– es sostener que el derecho del concesionario alcanza a la pretensión del sostenimiento de un nivel determinado de tarifas, sustrayendo de la órbita estatal la intransferible facultad tarifaria en la que se materializa el aspecto más importante de la política de los SP.

Finalmente, el derecho a una renta razonable que se reconoce al concesionario, y que –como vimos– disminuye el factor “por cuenta y ventura” del

contrato, está reñido con la salida de un “sacrificio compartido” que propone el régimen de la “teoría de la imprevisión”.

6. Reflexiones finales

El debido encuadramiento del contrato de concesión de SP en los términos de los contratos de “larga duración” (hoy definidos con precisión por el CCCN, en vigencia a partir del primero de agosto de 2015) tiene una serie de ventajas que consideramos importantes para el futuro desempeño de los numerosos contratos de concesión de SP que se encuentran en curso de ejecución en el mundo del transporte y la distribución eléctrica, del gas natural domiciliario, de recolección de residuos, de aeropuertos, de transporte de pasajeros, etc. Esta es, justamente, la precisión de su entorno de naturaleza contractual.

Sólo quedan fuera del ámbito del contrato, y sujetas a la regulación, aquellas determinaciones que no son susceptibles de ser objeto de contratación con el particular por involucrar competencias intransferibles del Estado. Son ejemplos de tales cuestiones la determinación de tarifas y sus modificaciones; la garantía de acceso universal (estrechamente ligada a la facultad tarifaria); el control de los servicios (que también recae sobre el concedente) como garantía de raíz

constitucional expresamente contemplada por el artículo 42 CN.

Y esta actividad de regulación debe ser entendida en el sentido moderno y participativo de la actividad que hoy se ha impuesto decididamente y que define con precisión Tornos Más al señalar: “La referencia a la regulación nos obliga a precisar este concepto, que no puede confundirse con el de reglamentación. En este sentido, entendemos por regulación la intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales. El regulador no impone un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados. Para ello no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación”¹⁶.

La claridad del espacio contractual impide abusos de autoritarismo en la posición de la concedente; evita la pérdida de derechos y de posibilidades de realización del contrato por la preclusión de etapas, por imposición de plazos propios del procedimiento estrictamente administrativo y que son ajenos al contrato, al sinalagma de las prestaciones que debe sostener y a la causa fin del contrato. ■

16 Joaquín TORNOS MAS, *La actividad de regulación*, en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. I, p. 1332.