

# UN COMENTARIO CRÍTICO AL PROYECTO DE LEY SOBRE “RÉGIMEN NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS”

Por Mabel Elisa Luján

## I – Introducción

El Poder Ejecutivo Nacional elevó al Congreso de la Nación un proyecto de ley de “Régimen Nacional de Servicios Públicos”<sup>1</sup> que originó fuertes controversias, tanto en el país como en el exterior<sup>2</sup>, y cuyo destino es incierto, conforme a las versiones periodísticas y al pobre tratamiento parlamentario que tuviera<sup>3</sup>. El propósito de este trabajo no es el de efectuar un estudio integral del proyecto de marras, sino el de comentar, adelanto que en forma crítica, algunas previsiones que se encuentran en el centro del debate. El pronóstico incierto del proyecto no excluye, en mi opinión, el interés en el análisis propuesto, en virtud de que la mayoría de los temas debatidos encuentran su fuente en normativa vigente y, por ende, probablemente, sean incluidos en proyectos alternativos.

El trabajo ha sido dividido en tres partes: en la primera, se efectúan comentarios generales; en la segunda, se realiza el examen crítico anunciado, previa reseña de los artículos que han sido objeto de análisis, y en la tercera, se formulan propuestas con miras a salvar algunas de las observaciones antes señaladas.

## II – El proyecto de ley. Comentarios generales

El Mensaje de elevación muestra claramente que la filosofía del proyecto descansa en la teoría clásica del servicio público, de origen continental europeo. Así, en el capítulo “PRINCIPIOS DEL PROYECTO DE LEY” del Mensaje, se expresa: *“La doctrina ha definido al servicio público como la prestación que efectúa la Administración Pública en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general. Nota singular y distintiva del servicio público es que se halla sujeto a la titularidad intransferible o inajenable del Estado, quien podrá cumplir la prestación en forma directa, o a través de terceros, mediante la concesión pertinente. En este último supuesto, la relación enablada será de derecho público. Esa concesión no eximirá al Estado de sus deberes de control y fiscalización (Cfr. Manuel María Diez, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Tomo II, páginas 11 y subsiguientes; Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, página 18 y subsiguientes).*

Las publicaciones especializadas dan cuenta, hace varios años, de la crisis de la mencionada concepción tradicional del servicio público<sup>4</sup>. Por su parte, el proceso de privatizaciones que se abrió a partir de la Ley 23.696 mostró la influencia de la regulación económica de origen anglosajón.

Sin pretender profundizar en las diferencias de ambas escuelas —excedería el objeto del presente trabajo—, se estima oportuno efectuar una reflexión general, que resulta atinente a las controversias generadas en torno del concepto de servicio público.

En primer lugar, la posición jurídica adoptada restringe los medios de intervención del Estado en los servicios públicos, en exclusiva, a la prestación directa o por terceros —reservándose el Estado la titularidad (o *publicatio*) del servicio— a través de concesión, licencia o permiso.

En segundo lugar, siendo la propia definición de servicio público, la que se encuentra en cuestión, no se aportan nuevos elementos en el proyecto que contribuyan a definirlo.

Ahora bien, es necesario recordar que, durante las privatizaciones mencionadas, se excluyeron del régimen de los servicios públicos actividades históricamente prestadas por el Estado bajo ese régimen; a modo de ejemplo, puede señalarse la actividad de generación de electricidad.<sup>5</sup>

Las evidencias empíricas obtenidas en el país, respecto de la eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios públicos bajo uno u otro régimen —concesión de servicios públicos o actividad regulada— no brindan razones para limitar los medios de prestación a las concesiones, licencias o permisos, bajo la titularidad del Estado.

Por el contrario, el diseño de un régimen general debería contemplar la posibilidad futura de explorar medios alternativos para regular la prestación de los servicios de interés general, por medios diversos a la propiedad estatal (manteniendo o transfiriendo la actividad a la esfera privada, con sujeción a controles de precio y calidad; o permitiendo mecanismos de regulación por el mercado cuando fuera posible, a través de su segmentación o fraccionamiento; la generación de competencia por la cotización pública de acciones, la utilización de incentivos económicos, etcétera).

Si bien, el proceso de privatización ha sido —y es— objeto de frecuentes críticas, los contratos de concesión de servicios públicos, en los que el Estado se reservara la titularidad intransferible e inajenable, no resultan excluidos de dichas críticas, habida cuenta las renegociaciones tempranas, vulneraciones frecuentes a los contratos y desnaturalización de sus fines (ya sea referidos a las prestaciones del servicio o a las inversiones).

No resulta difícil reconocer en el país la descripción que el autor inglés Ogus hace, de oferta irreales efectuadas para poner “el pie en la puerta” a sabiendas de que, una vez que el contrato está asegurado, podrán negociarse términos más favorables y los precios ajustados hacia niveles monopólicos.<sup>6</sup>

Por el contrario, nadie puede desconocer los beneficios de la competencia entre los prestadores, cuando ésta, por la segmentación de las etapas de producción, transporte y comercialización del servicio, o por las innovaciones tecnológicas, puede producirse.

En otras palabras, en mi opinión, el proyecto de un nuevo régimen jurídico de servicios públicos debería explorar con mayor profundidad la materia a regir y las formas modernas disponibles para regirlas, aprovechando, además, la experiencia de los últimos

años, en lugar de aferrarse a definiciones dogmáticas, como lo hace el proyecto bajo análisis.

### III - Comentarios en particular

Efectuada esta apostilla general, procede entrar en el análisis en particular, que se propone.

Por razones metodológicas, los artículos del proyecto que serán objeto de comentario en el siguiente capítulo se han agrupado en tres órdenes temáticos: 1) las variaciones contractuales; 2) los órganos de control; y 3) la estabilidad de los contratos vigentes.

#### *1. Las variaciones contractuales en el proyecto de ley y en el Régimen de Contrataciones del Estado. Una fuerte discrecionalidad basada en el interés público*

El artículo 18 del proyecto de ley, remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, para aprobar un “Régimen Nacional de Servicios Públicos”, establece: “*Límites del otorgamiento: (.....) El Estado Nacional podrá variar las modalidades y alcances de la prestación, en consecución del interés público, no pudiendo alegar el prestador derechos adquiridos, resultando indemnizable por los daños y perjuicios probados, con expresa exclusión del lucro cesante*”. Por su parte, el artículo 19, expresa: “*Reglamentos sobrevinientes: Ninguna disposición del pliego licitatorio o del contrato podrá invocarse como óbice a la aplicación de la normativa o los reglamentos que, con posterioridad al otorgamiento, pudiere dictar el órgano de control en el ejercicio de sus funciones de control, regulación y fiscalización o que el Estado Nacional emita con arreglo a su poder de policía*”.

Esta previsión normativa cuenta con un antecedente inmediato en el actual Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1023 del 13 de agosto de 2001<sup>7</sup>, que en su artículo 12, modificado por el Decreto N° 666 del 20 de marzo de 2003<sup>8</sup>, establece: “*FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar los efectos de éstas.(.....)*. Debe señalarse que la prerrogativa modificatoria, como consecuencia de la redacción dada por el segundo de los Decretos citados, tiene un límite en el siguiente inciso, que enuncia: “*b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos*”, aunque ésta se refiere, exclusivamente, al monto del contrato, no alcanzando dicha limitación a modalidades de la ejecución del contrato,

que no se traduzcan en cantidad. En este sentido, coincido con la opinión vertida por el profesor MAIRAL, en un trabajo que volveré a citar<sup>9</sup>.

El proyecto bajo análisis no incluye más límite a las variaciones de las modalidades y alcances de la prestación, que *el interés público*, habida cuenta que similar referencia al VEINTE POR CIENTO (20%) realizada en el artículo 24<sup>10</sup>, se vincula, exclusivamente, con el plan de inversiones.

Por último, es útil recordar que el Régimen de Contrataciones es aplicable a las concesiones de servicios públicos y licencias<sup>11</sup>, para acercarse a la primera conclusión de que el proyecto de marras resulta congruente con dicho régimen, en cuanto incorpora la facultad del Estado Nacional de modificar las prestaciones de servicios públicos sin restricciones; sin perjuicio de que sería atinente analizar si el límite en cuanto al monto del contrato, previsto en el artículo 12 del Decreto N° 1023/01, resulta aplicable en forma subsidiaria al artículo 18 del proyecto de ley, lo cual, a primera vista, parecería inapropiado atento al carácter de legislación especial posterior del proyecto, y por ende, derogatoria en la especie de la previsión vigente.

La comparación entre los dos cuerpos normativos: el propuesto para el futuro y el actualmente vigente resulta útil, en mi opinión, en tanto, por un lado, la “discrecionalidad” del primero ha sido el centro de los embates, mientras que, por el otro, la amplitud de las prerrogativas modificatorias por parte del Estado es materia conocida en los debates académicos del Derecho Administrativo.

En el artículo que ya he citado<sup>12</sup> el Dr. Mairal se pregunta: *¿Para qué negociar cada estipulación del contrato, para qué analizar meticulosamente cada cláusula del pliego de condiciones, si todas ellas, cualquiera sea su contenido, pueden ser modificadas por el ente público contratante después de celebrado el contrato?*

La “discrecionalidad” ha sido citada en numerosos comentarios críticos del proyecto<sup>13</sup>, y no resulta necesario profundizar demasiado en el análisis para concluir que efectivamente el proyecto continúa la línea de la legislación vigente en materia de contrataciones del Estado, respecto de las amplias facultades de la Administración para modificar los contratos, por razones de interés público.

“La discrecionalidad, ha dicho Hans Huber, ‘es el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho’”<sup>14</sup> y ha sido objeto de un rico y profuso desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en orden a su control judicial<sup>15</sup>.

Sin embargo, no queremos detenernos en el control *ex post*, muchas veces tardío o insuficiente, al menos desde el punto de vista del interés general, si no en las desfavorables consecuencias que genera la ausencia de límites estrictos y de control, concomitantes a la decisión administrativa de modificar los contratos.

Así, quiere señalarse:

- i) el interés público, en la oportunidad mencionada, es invocado y definido por los funcionarios del gobierno;
- ii) esos mismos funcionarios padecen de fuerte asimetría de información respecto de los controlados, lo que les impone dependencia de los datos de éstos;
- iii) sufren las presiones o el *lobby* de los privados, ya sea de los prestatarios, de sus competidores o de quienes quieren acceder a los contratos, entre otros;

- iv) La extraordinaria complejidad de los contratos dificulta el control por parte de los usuarios.
- v) la experiencia muestra “cooptación” de los controlantes por parte de los controlados, cuando aquéllos no caen en el peligro más grave de la “colusión”;
- vi) la falta de transparencia es una cualidad casi obvia de la discrecionalidad así ejercida.

Así planteadas las cosas, parece ser el paraíso de las empresas privadas que contratan con el Estado; sin embargo, la contracara de la posibilidad de los funcionarios de modificar a su arbitrio los contratos celebrados genera incertidumbre en el sector privado, lo que implica encarecimiento de servicios (por un principio financiero básico: a mayor riesgo, mayor rentabilidad<sup>16</sup>) y, obviamente, de las inversiones: si los fondos deben ser adelantados por los prestadores privados, las tasas de retorno se elevarán por los riesgos; si los fondos son aportados por el Estado, el resultado serán obras públicas más caras.

El corolario es que quienes menos temen al riesgo serán aquellos empresarios con mayores aptitudes para negociar con los gobiernos de turno, o con mayor cercanía a éstos, y ellos no serán necesariamente los mejores.

En resumen, la cláusula de que el Estado todo lo puede hacer, en beneficio del interés público, puede ser una trampa mortal para el mismo interés público.

## 2. Los órganos de control y un diseño institucional deficiente

La propia denominación de “órganos de control”, implica un cambio ideológico respecto del rol que debe asignarse a los entes creados en los años '90, como entes reguladores, con funciones administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales, es decir, cualidades notablemente más amplias que las que denota el nombre propuesto.

El “TÍTULO VII – ÓRGANOS DE CONTROL – MARCO REGULATORIO) ARTÍCULO 34”, establece, “Creación: Todo servicio público debe quedar comprendido en el marco de competencia de un órgano de control, que deberá ser creado por ley de la Nación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.”

La referencia a estos órganos resulta paupérrima. En efecto, poco más dicen el siguiente párrafo del artículo citado y el artículo siguiente, que también los menciona: “Deberá asegurarse la participación de usuarios y consumidores –a través de sus asociaciones legalmente inscriptas–, de representantes de las provincias interesadas y de veedores de los trabajadores de los prestadores.” “ARTÍCULO 35.- Marco Regulatorio: Toda calificación de servicio público deberá ser efectuada por Ley, la cual deberá contemplar la simultánea creación del respectivo órgano de control –o de la ampliación de la competencia de un ente u organismo preexistente– y de la sanción de su marco regulatorio....”.

En el mismo sentido, debe destacarse que la única exigencia incluida en el proyecto es la creación por ley del ente, que podría considerarse necesaria<sup>17</sup> pero no suficiente garantía de verdadera independencia. En efecto, la falta de cualquier otra precisión respecto de

las condiciones que deberían cumplir los entes de control (idoneidad técnica, rendición de cuentas, sujeción a controles administrativos internos y externos, además de los judiciales, definiciones respecto de su financiamiento) frustran cualquier buena intención contenida en la obligatoriedad de la creación legal.

Lo expuesto y su ubicación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional -aunque la expresión carece de rigor técnico, intuimos que se descarta cualquier posibilidad de considerarlos "autoridades independientes"- me permite inferir que el proyecto de Régimen resulta, cuanto menos, francamente insuficiente, en uno de los aspectos más trascendentes de la materia.

En efecto, si la crítica más acérrima a la prestación de los servicios públicos en los años precedentes fuera la falta de control, por qué perder la oportunidad de plasmar en el marco legal, las exigencias mínimas que deben cumplir todos los órganos de control, existentes o a crearse.

### *3. La estabilidad de los contratos vigentes. La inconsistencia con los regímenes sectoriales vigentes y la afectación a la seguridad jurídica*

El artículo 35, en su último párrafo expresa: *"Los Marcos Regulatorios Sectoriales, previamente establecidos, se mantendrán vigentes con las restricciones establecidas en los artículos 38 y 39 del presente régimen"*.

El primer artículo al que remite la disposición transcrita, tiene una previsión derogatoria de carácter general, que establece *"En el caso de incompatibilidad insalvable entre la normativa vigente y la contenida en la presente ley, prevalecerán las disposiciones de esta última"*, y derogaciones expresas en sus incisos 3, 4, 5, 6 y 7.<sup>18</sup>

Por último, el artículo 39, señala que *"Las disposiciones de la presente ley referidas al cuadro tarifario resultarán de aplicación a las revisiones posteriores que puedan realizarse una vez completado el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto en la Ley N° 25.561 y en la Ley N° 25.790"*.

La cláusula genérica, no por compatible con la jurisprudencia, resulta menos criticable por su deplorable técnica legislativa, desaconsejada en las «Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativa», aprobadas por el Anexo I del DECRETO N° 333/85 del 19 de febrero de 1985.<sup>19</sup>

Si bien el proyecto establece expresamente que los Marcos Regulatorios Sectoriales, previamente establecidos, se mantendrán vigentes, las disposiciones transcritas, contenidas en los arts. 35 y 38 1° párrafo, más las derogaciones expresas (art. 38, inciso 3 y 4, 5, 6, 7)<sup>20</sup> y la aplicación prevista a las revisiones contractuales todavía no terminadas (con fuente en la Ley 25.561, prorrogada por la Ley 25.790 y 25.972), configura un cuadro de modificación efectiva de los actuales contratos y de incertidumbre respecto de su estabilidad futura, y cuanto menos, de la interpretación de sus cláusulas, que genera, para los prestadores privados, un riesgo económico que se traducirá, como ya ha sido dicho, en rendimientos económicos superiores, ya sea por reclamos de aumentos tarifarios, descen-

so en la calidad de los servicios prestados, disminución o diferimiento de inversiones, tarifas e inversiones más caras en los contratos futuros.

No se desconoce la emergencia por la que atravesara el país, y aun, las favorables condiciones en las que operaron muchas concesionarias de servicios públicos; sin embargo, de nuevo, superada la emergencia y la renegociación de los contratos, debería pensarse en el diseño de un régimen general de servicios públicos que proteja el interés de los usuarios en acceder a servicios de calidad y al más bajo costo posible, en forma sustentable, lo que quiere decir, que se amplíe la cobertura de los servicios, que se hagan nuevas inversiones, que se aprovechen las ventajas tecnológicas, que se compita entre prestadores cuando ello es posible.

Todo esto es realizable sólo en un Estado de reglas claras y estables.

#### **IV - Propuestas**

El análisis del proyecto, como se anticipara, es parcial. Sin embargo, he intentado advertir hasta ahora que la amplia discrecionalidad consagrada en el proyecto, en pos de la protección del interés público, no conduce a los objetivos pretendidos, sino a los contrarios; que afecta la seguridad jurídica y contiene un diseño institucional deficiente.

La siguiente tarea será la de intentar formular algunas propuestas tendientes a superar las objeciones descritas.

##### *1. La discrecionalidad explícita. La necesidad. Alternativas. Costos y beneficios. Participación e información*

La insistencia en las críticas a la discrecionalidad no puede ocultar la necesidad habitual de revisión de los contratos de concesión de servicios públicos; ni desconocer que uno de los problemas planteados respecto de la regulación económica por contratos es la rigidez de éstos <sup>21</sup>. Es irreal suponer que los contratos de largo plazo no requerirán adecuación a nuevas tecnologías, a nuevas necesidades sociales o a efectos inicialmente no previstos.

El desafío a la creatividad está en el proceso de dicha revisión, descartada que sea la prevista en el proyecto, carente de exigencias.

El primer aspecto a tener en cuenta, en mi opinión, es que deberían definirse con la mayor precisión posible, las causas que pueden dar lugar a la renegociación -aspecto en el cual la experiencia obtenida resulta fructífera-, ordenando establecer en los contratos la periodicidad de las revisiones de temas contractuales específicos -planes de inversión, por ejemplo-, plazos preestablecidos para que se efectúe la revisión, regulación de los controles mínimos y otros aspectos centrales de una renegociación contractual, con la finalidad de equilibrar estabilidad y flexibilidad de los contratos para su adaptación a circunstancias sobrevinientes (tecnológicas y económicas, p.ej.).

El segundo aspecto a considerar, es que, si las modificaciones contractuales no pueden evitarse, como se ha reconocido, y además ellas surgen aun más allá de las previsiones o cronogramas establecidos en los contratos, los funcionarios públicos que las deciden y acuerdan, deberían verse constreñidos a explicar:

- i) la necesidad del cambio
- ii) La propuesta de modificación contractual, previo examen de las alternativas posibles y las razones por las cuales se opta por una de ellas, lo que implica
- iii) Un análisis de costo-beneficio, que no significa que siempre deba elegirse el medio menos costoso, en términos puramente económicos, puesto que las necesidades sociales pueden imponer otra elección. Sin embargo, la exigencia de que el análisis costo-beneficio sea explícito (siempre se realiza algún tipo de análisis, aunque queda en la esfera interna de la administración) hace al proceso más transparente, a los decisores más responsables, y en definitiva, a dicho proceso, más democrático.

En íntima relación con los requisitos señalados, se encuentra la información y la participación de los usuarios. Es necesario reconocer que, en estas cuestiones, los avances han sido notables <sup>22</sup>.

Sin embargo, en este punto, también se estima necesario, profundizar la regulación, por varios motivos.

En primer lugar, para que la participación sea relevante, los usuarios deben ser informados previamente, con información accesible –sabemos de la complejidad técnica que involucran los contratos de concesión de servicios públicos-. Resulta imprescindible para que esta calidad de participación pueda producirse que tanto las empresas como los funcionarios de distintos niveles de gobierno (concedente, autoridad de aplicación, órgano de control) sean obligados a la difusión de informes, y que estos informes sean estandarizados y comprensibles para el público.

En segundo lugar, debería canalizarse, en cuestiones tales como la relación precio-calidad del servicio, a través de consultas masivas, más allá de las propias organizaciones sectoriales, mediante encuestas periódicas, realizadas por organismos públicos (por ejemplo, por el INDEC, a través de su Encuesta Permanente de Hogares (EPH), llegando, según los casos, no sólo a los usuarios sino a otros ciudadanos que no consumen el servicio, pero lo afrontan con sus impuestos.

Asimismo, no debería desestimarse la experiencia obtenida en el país, con la actividad de mediadores comunitarios o facilitadores, que pueden contribuir a la calidad de la participación.

Todos estos mecanismos alternativos no impedirían la cooperación de los usuarios en la resolución de otros aspectos más técnicos, a través de cauces institucionales previamente reglados (intervención en los órganos de control u otro medio que se evalúe como más idóneo).

En relación con la necesidad de la información, a modo de ejemplo puede citarse una experiencia comunal en Francia, surgida como resultado de la falta de transparencia y alta discrecionalidad de los procesos contractuales, y como medio de controlar a las



autoridades municipales que gestionaban servicios públicos. Es la Ley Sapin “*sobre la prevención de la corrupción y la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos*” el 23 de enero de 1993, referida directamente a la organización y la gestión de los servicios municipales de agua y de saneamiento. En ella se obliga a los prestadores a producir, cada año, un informe de la totalidad de las operaciones y un análisis de la calidad del servicio público, que sirve de base al informe anual sobre precios y calidad del servicio, que a su vez los funcionarios deben presentar a los consejos municipales.

Ese es sólo uno de los diversos modelos legislativos –y adviértase que bien modesto, porque se trata de una experiencia de descentralización de servicios públicos municipales– que pueden reconocerse en el derecho comparado, como medio de control permanente sobre la prestación de los servicios públicos.

No se pretende que una Ley Marco regle todos los detalles porque se desnaturalizaría como tal, pero, al menos sería apreciable, que el Congreso Nacional definiera una política legislativa en la materia.

## *2. La reserva de la ley para la creación de los órganos de control*

Se propone incluir en el proyecto, además de la reserva legal respecto de su creación, loable por cierto, una nómina de requisitos que deberán cumplir todos los entes de control, a saber: independencia del Poder Ejecutivo Nacional; designación periódica de sus autoridades por concursos de antecedentes y oposición; especialidad técnica de sus funcionarios; rendición de cuentas y control de gestión por parte del Poder Legislativo; definición de las modalidades, de los procedimientos, o al menos de sus recaudos mínimos, que deben asumir la participación de los usuarios y la transparencia de sus decisiones; definición de su financiamiento.

Asimismo, debería incluirse un régimen transitorio para los entes creados por decreto, y la necesidad de su adecuación legislativa, con las notas mínimas antes señaladas.

## *3. La estabilidad posible y la seguridad jurídica*

Como último aspecto a destacar, en relación con la estabilidad y con la seguridad jurídica, cuya relevancia en el costo y calidad de los servicios y de las inversiones ya ha sido advertida, es la importancia de la participación previa a la celebración de los contratos o a la sanción de medidas regulatorias. En efecto, la posibilidad cierta y seria de que los diversos sectores sean escuchados –usuarios, pero también, interesados en participar de los contratos, afectados por las medidas propuestas– debería disminuir la litigiosidad durante la ejecución, y también la presión sectorial por los cambios. Por su parte, la necesidad de respetar exigentes procedimientos previos a los cambios contractuales debería, además, desalentar, los cambios intempestivos.

## V – Conclusiones

La extensión del presente trabajo sólo permite una aproximación al vasto tema tratado. El objetivo ha sido el de llamar la atención sobre algunos problemas que plantea el proyecto, no en relación con sus fines sino con los medios para obtenerlos; y sobre la excelente oportunidad que se presenta para legislar sobre diversas cuestiones que, genéricamente, apuntan a democratizar la toma de decisiones en la materia, y que, tengo la convicción, ayudarán a cumplir con los fines invocados en mejor medida que la supuesta omnipotencia del Estado para obtenerlos.

## Notas

1. Mensaje N° 1075/04 y proyecto de ley remitido por el P.E.N., ingresado por la Cámara de Diputados, bajo el N° expediente 0043-PE-04, el día 25/08/04, fue girado a las Comisiones de Obras Públicas, Defensa del Consumidor, Justicia, Energía y Combustibles, Presupuesto y Hacienda, Comunicaciones e Informática y Transportes. El último movimiento que registra es de fecha 8 de septiembre de 2004. (Fuente: Base de Datos Documentales de la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso Nacional, sitio oficial de Internet).
2. Pueden consultarse los medios gráficos de la época en la que se envió el proyecto.
3. Me remito a la información dada en la nota al pie 1.
4. En la doctrina nacional, puede citarse el trabajo del Dr. Mairal, Héctor A, *La ideología del servicio público*, RDA, Buenos Aires, Depalma, 1993, ps. 359 y ss.
5. Ley 24.065. B.O. 16/01/1992. Artículo 1°.
6. Traducción libre. En el original: *The history of franchising is not short of cases of unrealistic bidding designed to get 'a foot in the door' in the knowledge that once the contract is secured, more favourable terms can then be negotiated and the base-period pricing adjusted towards monopoly levels.* v. Ogun, Anthony, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press-Oxford, 1994, pág. 333).
7. B.O.16/08/2001
8. B.O. 25/04/2002
9. Mairal, Héctor A., “La teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas”, en el Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley “El Contrato Administrativo en la Actualidad”, Mayo 2004. “*En cuanto a las prerrogativas en sí, obsérvese, en especial, que la facultad de modificación unilateral aparece conferida sin límite en cuanto a los aspectos del contrato sobre los que puede incidir, ya que solo respecto de la cantidad contratada existe un tope (el 20%). En efecto, si bien el inciso (b) del artículo 12, que permite aumentar o disminuir hasta ese tope el monto del contrato, obliga a respetar “las condiciones y precio pactados”, el precedente inciso (a) establece en forma genérica e ilimitada la posibilidad de modificar el contrato por razones de interés público. Interpretamos que el precio (se supone unitario) queda comprendido en la parte no modificable (salvo en los casos en que ella ocurre de común acuerdo como prevé el artículo 38 de la Ley de Obras Públicas), pero no así las restantes condiciones pues entonces la mención de la potestad modificatoria del inciso (a) carecería de sentido. Cabrá entender, entonces, que se pueden modificar no solo el objeto de la prestación sino también, entre otros elementos, la forma y lugar de pago y el lugar y plazo de entrega.*”
10. Art. 24 .- “*Modificación del contrato o la licencia: El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar u ordenar, previo dictamen del órgano de control, la modificación del contrato o la licencia por expansión del servicio no contemplada en el plan de inversiones original, no pudiendo ampliarse dicho plan en más del VEINTE POR CIENTO (20%). Cuando el incremento no fuere financiado con fondos del Tesoro Nacional, el reajuste de la tarifa será definido por el Poder Ejecutivo Nacional previa audiencia pública no vinculante o implementación de otro mecanismo de consulta de ese mismo carácter que la reglamentación establezca.*”
11. Decreto N° 1023/01, artículo 4° inciso b) “*Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.*”
12. Véase cita Nota 6.

13. “La discrecionalidad en servicios públicos la termina pagando la gente con tarifas más caras o más impuestos”. Daniel Montamat, “El proyecto de ley para los servicios públicos plantea un debate de fondo”, El Cronista Comercial, 07/09/2004.
14. V. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. 7º ed., Civitas, pág. 445).
15. Una pequeña obra maestra en la materia es *La lucha contra las inmunidades del poder*, de Eduardo García de Enterría, ed. Civitas).
16. Véase Brealey – Myers, *Principios de Finanzas Corporativas*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, España, 5º ed.
17. “En síntesis, desde el punto de vista de la validez formal del acto de creación del ente regulador, creo que no existe ninguna disposición constitucional que designe al Congreso como el titular exclusivo de esa facultad, salvo en lo relativo al BCRA (art. 75, inc. 6º, Const. Nac.) como órgano regulador de la actividad bancaria, según lo he calificado más arriba. Y si ponemos el acento en las cuestiones sustanciales de la creación del ente, esto es, en su independencia política y su idoneidad técnica, ellas –como dije– no dependen tanto de la naturaleza de su acto de creación, como de su contenido específico en algunas materias particularmente sensibles en este terreno. Sí creo, en cambio, que la naturaleza de la norma creadora influye –o debería influir– en su vida posterior” Bianchi, Alberto, *La regulación económica*, T. 1, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1º ed., pág. 237, consultar también las páginas previas.
18. ARTÍCULO 38: *Legislación supletoria y derogada: En el caso de incompatibilidad insalvable entre la normativa vigente y la contenida en la presente ley, prevalecerán las disposiciones de esta última. En ese sentido, se establece:*
  - 1) el carácter supletorio de la Ley N°24.240 de Defensa del Consumidor respecto de la presente ley;
  - 2) el carácter supletorio de la presente ley respecto de la Ley N°25.156 en materia de Defensa de la Competencia;
  - 3) Sustitúyese el artículo 42 de la Ley N°24.065 por el siguiente texto:  
“Artículo 42.- Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de CINCO (5) años y se ajustará a los siguientes principios: a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente de acuerdo con los indicadores de mercados que reflejen los cambios de valor de bienes y/o servicios. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones; d) Las tarifas estarán sujetas a ajustes en los términos previstos en el artículo 23 del Régimen Nacional de Servicios Públicos; e) Tanto la tarifa hasta un nivel de consumo de subsistencia básica como el acceso al servicio en tanto se lo califique de esencial podrán ser recuperados en los términos del artículo 22 del régimen Nacional de Servicios Públicos.”
  - 4) Sustitúyese el artículo 25 de la Ley N°24.076 por el siguiente texto:  
“Artículo 25.- Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda razonable de servicio de gas natural de acuerdo a los términos de su habilitación y a lo normado en la presente ley, asegurando a los hogares indigentes el acceso a los servicios que se califiquen como esenciales.”
  - 5) Sustitúyese el artículo 32 de la Ley N°24.076 por el siguiente texto:  
“Artículo 32.- Las habilitaciones podrán obligar a los transportistas y distribuidores a extender o ampliar las instalaciones cuando ello resulte conveniente a las necesidades del servicio público, todo ellos en los términos del artículo 22 del régimen Nacional de Servicios Públicos.”
  - 6) Sustitúyese el artículo 41 de la Ley N°24.076 por el siguiente texto:  
“Artículo 41.- Las tarifas sólo podrán ser modificadas teniendo en consideración únicamente las pautas fijadas en el artículo 23 del régimen Nacional de Servicios Públicos. Tanto la tarifa hasta un nivel de consumo de subsistencia básica como el acceso al servicio en tanto se lo califique de esencial podrán ser recuperados en los términos del artículo 22 del Régimen Nacional de Servicios Públicos.”
  - 7) Sustitúyese el artículo 46 de la Ley N°24.076 por el siguiente texto:  
“Artículo 46.- Los transportistas, distribuidores y consumidores, podrán solicitar al ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS las modificaciones de tarifas en los términos previstos en el artículo 23 del Régimen Nacional de Servicios Públicos.”

19. "ANEXO I - 3. PROYECTO DE LEY: 3.2.6. *Derogación o modificación de normas: La norma que se proyecta derogar o modificar se distinguirá con la cita expresa, evitando expresiones como «Queda derogada toda disposición que se oponga a la presente».*
20. Véase nota 18.
21. Aunque la doctrina francesa de los contratos administrativos ha sido muy criticada, entre otras causas por la incertidumbre que crea el régimen exorbitante del derecho privado, que es uno de sus pilares, la ausencia de esta doctrina se ve como una falencia en el derecho inglés (v. Ogus, op. cit., pág. 332: "*English law suffers from its failure to develop an independent set of principles to govern public contracts, in particular to deal with breaches*" y su cita 82. Cf. P. Craig, *Administrative Law* (2nd. Edn, 1989). P.509. French law provides a striking contrast: see L. Brown and J. Bell, *French Administrative Law* (4th. Edn, 1991) pp. 196-201.
22. Audiencias públicas, documentos de consulta, Decreto N° 1172/03.