

Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso (a propósito de las Leyes N° 25.561, 25.790 y 25.820)

Por Eduardo Mertehikian

La Ley N° 25.820 (Boletín Oficial del 04/12/2003) procedió a prorrogar hasta el 31 de diciembre del año 2004 la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, declaración que, con arreglo a lo establecido en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, el legislador había llevado a cabo por la Ley N° 25.561 (Adla, LXII-A, 44). Previamente fue sancionada la Ley N° 25.790 por cuyo Artículo 1° se dispuso la *“extensión hasta el 31 de diciembre de 2004 del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y de servicios públicos dispuesto por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561”*. En el Mensaje de Elevación al Congreso del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo nacional puede leerse que la medida propuesta esta orientada a “[...] posibilitar el adecuado y cabal cumplimiento del mandato que fuera otorgado [...]” a aquél a través de la Ley N° 25.561.

La sanción de la Ley N° 25.820 zanja toda posible discusión que pudiera haber acaecido a partir de la ostensible circunstancia de que la prórroga de los Artículos 8°, 9° y 10 de la Ley N° 25.561 se había realizado sin una concomitante prórroga de la declaración de emergencia, omisión que viene a ser suplida por la Ley N° 25.820. De tal suerte que hasta el 31 de diciembre del año 2004 se encuentra vigente la delegación impropia de atribuciones en el Poder Ejecutivo nacional que el legislador federal llevó a cabo fijando las *“bases”* para su ejercicio en el Artículo 1° de la mencionada Ley N° 25.561.

De entre las aludidas *“bases”* establecidas en el citado Artículo 1°, la que tiene aquí gravitante incidencia es la fijada en el inc. 4°, que textualmente dispone: *“reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido por el Artículo 2°”*. Debe tenerse presente que los Artículos 8°, 9° y 10 de la Ley N° 25.561 se encuentran contenidos en el Capítulo II de la Ley N° 25.561 que lleva por título *“De las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas del derecho público”*, y que éste a su vez se encuentra dentro del Título IV denominado *“De la reestructuración de las obligaciones afectadas por el régimen de esta ley”*. En consecuencia, ése es el núcleo principal de la delegación de facultades llevada a cabo con arreglo a lo establecido en el Artículo 76 de la Constitución Nacional que la Ley N° 25.790 vino ahora a precisar en sus alcances.

Debe retenerse también que más allá de la prórroga formal de la emergencia pública realizada por la Ley N° 25.820 subsistían en este ámbito, a la fecha de su sanción, las consecuencias de las modificaciones operadas en la economía general por la citada Ley N° 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario y que en la materia específica de los contratos de concesión y licencias de servicios públicos, al dejar sin efecto la utilización del dólar estadounidense o de cualquier otra moneda extranjera para la determinación de las tarifas de servicios públicos y adicionalmente derogar *-ex lege-* las cláusulas de ajuste o variaciones de precios pactadas en dichos contratos, aunque no hubiesen ellas previsto el empleo de

indicadores de ajuste extranjeros (cfr. Artículo 8º, Ley N° 25.561)¹, produjo un cambio sustancial en las reglas de la regulación a las cuales estos contratos -en este aspecto- se encontraban sometidos y, -consecuentemente-, de los derechos que de ellos han surgido y que gozan de protección constitucional, no solamente en lo que respecta a los sujetos titulares de dichos contratos, sino también de los usuarios de los servicios prestados².

En efecto, específicamente en lo que respecta a los contratos celebrados por la Administración Pública nacional con sujeción a las normas del derecho público destinados a la prestación -a través de sujetos privados- de los servicios públicos de jurisdicción federal, los mismos han sido afectados sensiblemente en aspectos centrales del modelo de regulación adoptado (tanto desde el lado de los prestatarios cuanto de los usuarios) pues la ley dejó sin efecto uno de los términos del sistema de regulación adoptado en la mayor parte de los procedimientos de traspaso (*"price cap"*)³ sin que se haya determinado aún cómo habrá de reemplazárselo⁴.

En el contexto de la Ley N° 25.561 (ahora prorrogada por la Ley N° 25.820), la concomitante declaración de *"emergencia pública"* conforma, estrictamente, el sustento constitucional de la delegación legislativa realizada con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución Nacional y no debe perderse de vista que tal declaración legislativa comporta en sí misma una de las excepciones a la prohibición que, con carácter general, dispone la norma constitucional en mérito al reparto de competencias funcionales que ella lleva a cabo. Coincidimos así con las opiniones que sostienen que el constituyente ha establecido como regla general la prohibición de la delegación legislativa⁵ y por lo tanto ese es el criterio que debe

¹ Para un completo análisis de los efectos de la emergencia y sus alcances en la readecuación contractual, nos remitimos a Dromi (Director), Canosa, Mertehikian (Coordinadores), "Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia"; Julio Figueredo, Alicia Piñero, María Alejandra Zizzias, Maximiliano Stegmann, Eugenio Díaz Jausoro, Laura Dromi San Martino, María Lucrecia Marcel, Gastón Diego Prieto, Fernando Figueredo, Ana Florencia Salvatelli, Luciano Lombardi, Juan Manuel Hubeñak (Colaboradores), Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003.

² A ese respecto nos remitimos al análisis que en excelente trabajo ha dejado expuesto Sacristan, Estela B., "Los Contratos de prestación de los Servicios Públicos en la Perspectiva constitucional", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 301: 13, (Año XXIV - 2004), trabajo que puede ser consultado en versión digital en www.revistarap.com.ar.

³ Para un completo estudio del *"price cap"* como mecanismo regulatorio de los servicios públicos nos remitimos al trabajo de Bianchi, Alberto, "La Regulación Económica", t. 1; pp. 346 y sigs., Ed. Abaco; Buenos Aires, 2001. De igual manera puede verse, Mantiñán, Rodolfo, "Evolución del price cap en una economía inestable (con especial referencia a la regulación del sector eléctrico argentino)", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 282:119, (Año XXIV-Marzo 2002).

⁴ Así lo hemos dejado expuesto en "Emergencia de los Servicios Públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestatarios (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos)" publicado en AA.VV. "El derecho administrativo de la emergencia, III"; p. 155; Sebastián D. Alanis (Coordinador), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.

⁵ Bianchi, Alberto B., "Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994", pp. 63 y sigs. y especialmente p. 102, en AA.VV. "Derecho Administrativo" (Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Santiago Marienhoff), Director Juan Carlos Cassagne, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998; Canosa, Armando N., "La Delegación Legislativa en la Nueva Constitución", pp. 163 y sigs., en especial p. 174, en "Estudios sobre la Reforma Constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1995; Comadira, Julio Rodolfo, "Los Reglamentos Delegados", pp. 679 y sigs., en especial p. 685, en "Acto Administrativo y Reglamento" (Obra Colectiva que reúne las

servir como guía para la interpretación de toda norma legal que produzca una traslación de competencias legislativas.

Pues bien, la Ley N° 25.790 vino a precisar los alcances de la autorización conferida al Poder Ejecutivo por el Artículo 9° de la Ley N° 25.561 para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia pública, circunstancia que justifica plenamente pasar revista a la finalidad de la delegación de facultades llevada cabo en este ámbito, procurando vincular las “bases” fijadas por el Artículo 1°, inc. 4° de la Ley N° 25.561 -expresamente prorrogada por la Ley N° 25.820- y los que a nuestro juicio constituyen límites fijados en función de la “política legislativa” trazada por el legislador en esta materia a través de la Ley N° 25.790, pues esta última disposición, si bien está inserta dentro de la situación de emergencia pública, viene a fijar específicas competencias para la superación de esa situación, siempre teniendo especialmente presente -circunstancia nada desdeñable- que la única delegación admitida por la Constitución Nacional es la denominada “delegación impropia”⁶.

Puestos entonces a desentrañar esa conexión que a nuestro juicio puede ubicarse entre las “bases” de la delegación del Artículo 1°, inc. 4° de la Ley N° 25.561 con arreglo a las cuales el Poder Ejecutivo debe ejercer las facultades delegadas y la “política legislativa” o (si se prefiere más la expresión) el “principio inteligible”⁷, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha requerido invariablemente a fin de admitir la constitucionalidad de la delegación legislativa, que ahora viene a completarse con la sanción de la Ley N° 25.790, y entendiendo por “bases de la delegación” -siguiendo en ello a la doctrina- a los “fundamentos, puntos de apoyo, presupuestos conceptuales” y que éstas “son también un estándar, pero en su

exposiciones vertidas en las Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral los días 30, 31 de mayo y 1° de junio de 2001), Ed. Rap S.A., Buenos Aires, 2002.

⁶ Conf. Comadira, Julio Rodolfo, ob.cit., p. 686. Por cierto que con el límite adicional de que no podría por la vía de los reglamentos delegados pretender violarse la prohibición material establecida en el Artículo 99, inc. 3° de la Constitución Nacional con relación a los reglamentos de necesidad y urgencia, pues como lo ha señalado Cassagne en un reciente trabajo, la interpretación que corresponde realizar es la que armoniza los preceptos de los Artículos 76 y 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional, pero a nuestro modo de ver siempre han de prevalecer las reservas legales del último de los artículos citados, puesto que de lo contrario se verificaría el esquema constitucional asistemático que el mencionado autor también advierte (cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La Configuración de la Potestad Reglamentaria”, LA LEY, 2003/11/26, p. 1). Adherimos así a la tesis que en esta materia ha dejado expuesta Gordillo (cfr. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 1, octava ed., p. VII-32, numeral 13.2.; Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003) y ello a nuestro modo de ver es así por la sencilla circunstancia de que el legislador no puede darle al Poder Ejecutivo una facultad que el propio constituyente en términos expuestos y concluyentes le ha negado, reservándola en exclusividad al legislador. Criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece haber confirmado en un reciente pronunciamiento recaído en los autos “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”; sentencia del 21 de octubre de 2003. Ver también las opiniones en favor y en contra de tal postura que este último autor cita en el lugar indicado (ver especialmente nota N° 13.10 en la p. VII-34.)

⁷ Si bien como una expresión que se verifica en la situación previa a la reforma de la Constitución Nacional, pues el constituyente no ha empleado ninguno de ambos términos en el texto del Artículo 76 de la Ley Fundamental, no obstante lo cual entendemos que tal conexión subsiste o al menos que son válidas, en principio, las pautas interpretativas construidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal (Cfr. González Campaña, Germán, “El mito de la delegación legislativa en el Derecho norteamericano”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 304:61, (Año XXVI – 2004).

sentido más primario, laxo y rudimentario, sin desarrollo conceptual alguno, más allá de su mera enunciación”⁸, puede decirse que la “*política legislativa*” trazada está claramente orientada a promover una readecuación de los contratos de concesión y de licencias de servicios públicos con el propósito de conjurar los efectos de la emergencia pública en esta área de la economía, pero preservando el *principio de subsidiariedad estatal* en esta materia y según el cual -siempre es bueno recordarlo- “[...] *la competencia del estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares -individuos o agrupaciones intermedias- no pueda o no deba desarrollarse [...]*”⁹.

Consecuentemente, y por lo que luego también se dirá, nos parece que el legislador ha privilegiado la opción de la renegociación contractual por encima de la extintiva de estos contratos y si bien a la emergencia del estado se la ha pretendido nuevamente equiparar a un supuesto de fuerza mayor o de caso fortuito como si se tratara de una catástrofe natural, la continuidad de la gestión privada de los servicios públicos ha sido la fórmula que el legislador privilegia, lo cual añadidamente configura un camino adecuado para que pierdan sustancia los múltiples reclamos de inversores extranjeros formalizados ante tribunales arbitrales internacionales, aunque es necesario recordar que siempre debe tenerse especialmente presente el límite que impone la real o potencial afectación de los derechos de los usuarios del servicio público, tanto presentes como futuros (Artículo 42, CN)¹⁰.

Abona esta postura la elocuente omisión del legislador que no ha facultado al Poder Ejecutivo a rescindir estos contratos y siendo -también- que el Congreso Nacional dictó la norma a instancias del propio Poder Ejecutivo es claro, a nuestro juicio, (y auspicioso a la vez) que la voluntad común de los órganos del gobierno que ejercen la función política del estado está orientada a preservar dicho *principio de subsidiariedad* estatal en este ámbito y de ello da buena cuenta -además- la plausible derogación del Decreto N° 293/2002 por su análogo 311/2003 (Adla, LXII-B, 1644; LXIII-D, 3853), que cuando incluía la posibilidad de rescindir estos contratos por parte del Poder Ejecutivo nacional en caso de que las partes no arribasen a un acuerdo satisfactorio, sin que se desprendiera de la legislación delegante tal solución, mereció nuestra firme crítica¹¹, toda vez que -por lo dicho- el legislador no confirió tal competencia rescisoria, por lo cual es indudable que ella no ha sido atribuida.

Entrando de lleno al análisis detallado del texto legal, debe mencionarse, en primer término, que el Artículo 1º, párr. final, de la Ley N° 25.790 establece que la renegociación podrá abarcar a determinados sectores de servicios públicos o a

⁸ Barra, Rodolfo C. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 1, p. 501, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002.

⁹ Barra, Rodolfo C., y sus citas en “Principios de Derecho Administrativo”, pp. 35 y sigs. y en especial p. 36, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1980.

¹⁰ Nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios”, Columna de Opinión, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 282:27, Año XXIV, Marzo 2002; y en “Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos”, JA, Lexis Nexis, Suplemento de Derecho Administrativo, 18 de Diciembre de 2002, p. 62.

¹¹ Conf. “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios”, citado anteriormente.

determinadas contrataciones en particular. Esta previsión no puede entenderse -a nuestro juicio- en el sentido de que le esté asignando al Poder Ejecutivo la facultad de establecer criterios de regulación (económica, técnica o jurídica) diferentes dentro de un mismo sector de servicios¹², pues en tanto esa consideración diferencial no responda a circunstancias objetivas (verbigracia: del área en que se presta) o a las particularidades en que está inmerso un determinado contrato, o a la incidencia diferenciada que una medida de carácter general pudo haber tenido en la vida de un determinado contrato, la atribución se estaría ejerciendo con grave afectación del principio de igualdad de trato constitucionalmente garantizado, tanto con relación a los usuarios del servicio como a los mismos prestatarios.

En segundo lugar, debe señalarse que el Artículo 2° de la Ley N° 25.790 dispone que “ [...] *las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo en el desarrollo del proceso de renegociación no se hayan limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencias de los respectivos servicios públicos*”. A nuestro juicio, el legislador federal -en el marco de las posibilidades que le asigna el Artículo 76 de la Constitución Nacional- parece haberse inclinado en este caso y al mismo tiempo, por considerar que la “*materia*” contenida en la Ley N° 25.790 es de aquellas que pueden comprenderse entre las que él mismo ha definido a través del Artículo 2°, inc. e de la Ley N° 25.645 (Adla, LXII-D, 4036), como “*materias determinadas de administración*”¹³ en los términos de la citada disposición constitucional ya que le ha conferido potestad al Poder Ejecutivo nacional para levantar el límite establecido en los marcos regulatorios aunque estos se encuentren contenidos tanto en leyes formales -como sucede con las Leyes N° 24.065 (industria eléctrica) y 24.076 (industria del gas)- como en otras disposiciones con idéntico rango que rigen otros servicios públicos (verbigracia: Leyes N° 13.577, 23.696 y Decreto N° 999/2002 para el servicio de provisión de agua y saneamiento) (Adla, LII-A, 82; LII-B, 1583; IX-A, 289; XLIX-C, 2444) disponiendo -a su vez- que el pleno ejercicio de las atribuciones de los entes reguladores de dichos servicios públicos en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación contractual al que se habilita expresamente al Poder Ejecutivo nacional (Artículo 2°, último párr., Ley N° 25.790).

La precitada fórmula legal hace prevalecer las decisiones del órgano que ha recibido la atribución por encima de las asignadas a los órganos de regulación y control cuya

¹² Una gama de supuestos que nos vienen a la mente y cuya factibilidad legal negamos sería, como ejemplos, que si tomamos a la industria eléctrica y, para el segmento de distribución, se establece que un contrato se regula por el sistema del “price cap” y otro por el sistema del “costo plus”, o que los periodos de revisión tarifaria serán diferentes en los distintos contratos, o que las causales que motivan una revisión extraordinaria de las tarifas sean también distintas, o bien que los parámetros que inciden en la determinación de una determinada tarifa (verbigracia: la que retribuye la función técnica de transporte del distribuidor) se establece con parámetros diversos según sea el contrato que nos ocupe.

¹³ Recuérdese que la Ley N° 25.645 es la que actualmente rige en la especie y que con una técnica, que ciertamente deja, cuando menos, un sabor amargo, extiende en su totalidad el plazo de caducidad de la legislación delegada en el Poder Ejecutivo -preexistente a la entrada en vigencia de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 dispuesta por la Cláusula Transitoria Octava- hasta el 24 de agosto de 2004. Caducidad que debió operarse -salvo aquella delegación que fuera expresamente confirmada- a los cinco años de la reforma constitucional. Recordamos también que dicha ley 25.645, en rigor, reproduce idéntica técnica a la empleada por la ley 25.148 (Adla, LIX-D, 3932) que ya había prorrogado por el término de tres años dicha legislación delegante.

existencia e intervención viene exigida y garantizada por el Artículo 42 de la Constitución Nacional, criterio que no se condice con la separación de funciones que se encuentra residenciada en el diseño institucional del sistema de reparto de funciones entre quien tiene la competencia para otorgar y extinguir el título de prestación y quien la tiene para controlar y regular su ejercicio.

En otra oportunidad¹⁴, señalamos que el objeto de la regulación que despliegan estos entes -dicho en términos sencillos- es recrear las condiciones del mercado donde las reglas naturales del mismo se encuentran suprimidas, sea por las condiciones en que se desarrolla la prestación del servicio (monopolio natural o de hecho), sea por las condiciones en que ha sido otorgado el título habilitante, licencia, concesión o permiso (monopolio de derecho, exclusividad). A ello debe añadirse la actividad de control que despliegan, verificando el ajuste de la conducta de los actores involucrados en la prestación del servicio, actividad o industria, a las condiciones en las que se otorgó el respectivo título habilitante de prestación o desarrollo de la actividad y la atribución de imponer sanciones.

Ahora, si bien es cierto que el Estado en tanto sujeto público que otorga el título habilitante de prestación (más allá de la discusión acerca de si es o no titular de dicha actividad) puede, en el ejercicio razonable de las prerrogativas que le asigna esa condición y dentro de los límites que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico al que se encuentra vinculado, variar el contenido de la prestación habilitada, no lo es menos que debe respetar el ámbito de incumbencia funcional que la propia Constitución Nacional le asigna a los entes de regulación. Y en este sentido la norma legal lo afecta. Lo que se agravaría en tanto -además- la determinación que en cada caso correspondiera realizar acerca de la compatibilidad de la tarea del ente con el desarrollo del proceso de readecuación contractual quede librada a la consideración del propio órgano que recibe la atribución, razón por la cual -en caso de conflicto- se impone la ulterior revisión judicial suficiente.

Desde otro aspecto, la remisión al Artículo 9° de la Ley N° 25.561 que la disposición analizada lleva a cabo, no puede entenderse -a nuestro juicio- en el sentido de que dicha norma fije las “bases” de la delegación efectuada, ya que los criterios enunciados en el citado Artículo 9° configuran, en rigor, modernas manifestaciones de los caracteres que se predicán de los servicios públicos, o que, en buenos términos, condicionan toda labor de gobierno, puesto que al estar basada la delegación en la declaración de emergencia pública como expresamente lo dispone el Artículo 1° de la Ley N° 25.561 (texto según Ley N° 25.820) es en dicha disposición, y más precisamente en su inc. 4°, en la que deben ubicarse las denominadas “bases de la delegación” con el alcance que viene ahora a señalar la Ley N° 25.790 para modificar el contenido de estos contratos. Bien entendido, que ello es factible dentro de los límites que le vienen establecidos al Estado por el texto

¹⁴ Conf. “Breves anotaciones sobre los Entes Reguladores de servicios públicos en la República Argentina al comienzo del tercer milenio”, incluido como Introducción en la obra colectiva “Regulación y Control”, “Cuadernos de Epoca - Serie de Servicios Públicos”, N° 6, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2003. La obra reúne las tesinas de los doctores Gustavo Cresta, Mario Pedersoli y Fernanda Rubio, calificadas como sobresalientes en la Maestría en Derecho, Economía y Administración de los Servicios Públicos, dictada por las Universidades Carlos III de Madrid, Université Paris X Nanterre, Universidad del Salvador y Escuela de Posgrado Ciudad Argentina.

constitucional y haciéndose cargo de las consecuencias patrimoniales que en el derecho de propiedad de los afectados tales decisiones pudieran ocasionar¹⁵.

A su turno, el Artículo 3° de la Ley N° 25.790 dispone que la renegociación podrá abarcar aspectos parciales de los contratos, lo cual implica indudablemente que la readecuación contractual puede también ser total. Debe, a su vez, ser definitiva pudiendo realizarse adecuaciones transitorias mientras se define aquella (verbigracia: modificaciones provisionales de tarifas; reducción de canon; postergación de compromisos de inversión), con tal que dichas adecuaciones transitorias sean debidamente tenidas en cuenta al momento de celebrar los acuerdos definitivos. Puede, además, incluir mecanismos de revisión periódica y pautada, circunstancia que es de toda lógica habida cuenta el dinamismo propio de estos contratos (Artículo 3°, Ley N° 25.790) y de su condición de contratos que han sido definidos por la doctrina como contratos de “*larga duración*”¹⁶, característica esta última que el legislador atiende adecuadamente (cfr. Artículo 3°, ley citada).

Una especial atención justifica el contenido del Artículo 4° de la Ley N° 25.790, norma que establece que la omisión de un pronunciamiento expreso del legislador produce un efecto “positivo” o “aprobatorio” de la propuesta de renegociación contractual remitida por el Poder Ejecutivo nacional a la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el Artículo 20 de la Ley N° 25.561, si aquel no emite su pronunciamiento en el plazo de sesenta (60) días corridos contados desde que se reciba dicha propuesta.

Ante todo, creemos que las “propuestas” a las que se refiere la disposición legal y sobre las que -por ende- corresponde que el Congreso se pronuncie son aquellas que le sean remitidas como propuestas de “carácter o con contenido definitivo”, pues amén de que lo contrario importaría un dispendio de actividad administrativa y legislativa innecesaria, ningún sentido tiene que por un lado la ley faculte al Poder Ejecutivo nacional a celebrar enmiendas transitorias -imponiéndole la obligación de contemplarlas al celebrar los acuerdos definitivos- si al mismo tiempo limita el ejercicio de esa facultad estableciendo el criterio de la necesaria aprobación previa del legislador cada vez que se realice una enmienda que reviste carácter meramente transitorio. Es un principio de interpretación recibido que no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, de donde no parece concebible que si legisló el instituto de un modo íntegro y completo fijándole al Poder Ejecutivo una competencia específica y expresa, imponga a renglón seguido limitaciones innecesarias al ejercicio de esa misma competencia expresamente atribuida.

La otra cuestión que se presenta como mucho más compleja, es la del efecto positivo o aprobatorio que a la omisión de un pronunciamiento expreso del legislador la disposición le asigna frente a la norma contenida en el Artículo 82 de la Constitución Nacional, la cual establece que: “*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*”. Con relación a esta disposición constitucional, incorporada por la reforma de

¹⁵ Mairal, Héctor A., “Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública”, p. 131, publicado en AA.VV., “El derecho administrativo de la emergencia, III”, Coordinador Sebastián Alanis, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003. Sacristan, Estela B., ob. cit.

¹⁶ Pérez Hualde, Alejandro, “Renegociación de Contratos Públicos”, en especial ver en la p. 53 lo que el autor sienta como principio en el apartado 5.1, Abeledo-Perrot, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

1994, la doctrina también ha señalado que los convencionales constituyentes rechazaron de ese modo el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Peralta*” (La Ley, 1991-C, 158; LLC, 1991-666; DJ, 1991-2-219)¹⁷, con base en la cual, y hasta la reforma constitucional, con relación a los reglamentos de necesidad y urgencia, podía sostenerse que la ausencia de una legislación no contradictoria del Congreso en la materia contenida en el reglamento debía interpretarse como una aprobación tácita de parte de éste. La doctrina seguida en este aspecto también señala que tal solución tampoco es predicable a partir de la reforma constitucional en lo que respecta a la sanción de las leyes¹⁸.

Ciertamente que la solución que nos proporciona el legislador en el mencionado Artículo 4° de la Ley N° 25.790 no es ortodoxa y ha recibido severa crítica de parte de la doctrina¹⁹ pero debemos hacernos cargo también de la particular circunstancia de inestabilidad en la que se encuentran inmersos los contratos de concesión y licencias de servicios públicos delegados en su ejecución en sujetos privados, por la afectación que en los mismos produjeron las modificaciones unilateralmente decididas por el Estado en las reglas regulatorias fijadas para este sector de la economía.

En verdad, la fórmula elegida nos ofrece más dudas que certezas pero también debe decirse que desde el punto de vista substancial, material u objetivo²⁰, conviene retener también que no toda la actividad que despliega el legislador posee sustancia legislativa. Antes bien desde esa consideración la actividad que despliega en lo que se refiere al ámbito de esta delegación puede ser calificada como administrativa, de donde parece que el propio legislador ha considerado que no es imprescindible que su voluntad sea expresada a través de la sanción de leyes formales, sino que ella podría ser vertida, en el caso, a través de la emisión de actos administrativos, o bien de dictámenes u opiniones, siendo -además- que en este supuesto esa opinión posee efecto vinculante, pues en caso de rechazo obliga al Poder Ejecutivo a reanudar el proceso de renegociación (Artículo 4°, último párrafo). Esta última previsión legal abona el criterio más arriba expuesto, en el sentido de que la ley privilegia el principio de continuidad en la prestación privada de este sector de la economía. Obsérvese, por lo demás, que la ley no establece expresamente cuál es el órgano encargado de emitir tal aprobación o rechazo, aunque dado que las propuestas deben ser remitidas a la Comisión Bicameral específicamente creada por el Artículo 20 de la Ley N° 25.561, y que esta última debe controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo y poner a consideración de ambas Cámaras los “dictámenes” que en el ejercicio de esa competencia emita (cfr. norma citada), no es desproporcionado asumir que el procedimiento administrativo renegocial concluya

¹⁷ Conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, p. 646, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁸ Conf. Gelli, María Angélica, obra y lugar citados. En ese sentido, el profesor Bidart Campos participa de la opinión de que el mencionado Artículo 82 de la Constitución Nacional contiene un criterio general aplicable a todos los casos. (Conf. Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, “La Reforma Constitucional de 1994”, p. 431, Ediar, Buenos Aires, 1995).

¹⁹ Conf. Sánchez Marincolo, Miguel A., “La renegociación de los contratos de obras y servicios públicos y la delegación legislativa”, La Ley, 2003/12/24, p. 1.

²⁰ Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, numeral 11, p. 77, 2ª ed. actualizada.

en el ámbito del Poder Legislativo con la opinión expresa o ficta de dicha Comisión Bicameral.

Desde ese punto de vista podría encontrar justificación que su opinión aprobatoria pueda ser considerada vertida de un modo ficto en caso que no se pronuncie de un modo expreso en el término legal establecido. No puede tampoco dejar de considerarse que tratándose del ejercicio de una competencia administrativa de naturaleza técnica, el legislador haya considerado que la Administración Pública se encuentra mejor preparada para su desarrollo (verbigracia: determinación de parámetros y criterios para la fijación de tarifas, de niveles de calidad de servicio; metas de inversión; etc.) y que en cualquier caso ella deberá ser ejercida conforme a la política legislativa trazada de antemano por él mismo.