

COLUMNA DE OPINIÓN

Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derechos de los usuarios

Una vez más, el Congreso Nacional ha ejercido poderes extraordinarios para circunstancias anormales, declarando la emergencia pública con alcances en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (Artículo 1° de la Ley N° 25.561), lo cual resultaba imprescindible a los fines de la delegación de facultades que para ser ejercidas hasta el 10 de diciembre del año 2003 realizó en el Poder Ejecutivo Nacional con sustento en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, lo que no significa que todas las materias que han sido objeto de delegación encuentren sustento en la atribución constitucional.

En lo que aquí interesa señalar, la ley autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública, razón por la cual corresponde determinar cuál es el ámbito de los contratos comprendidos en el proceso de renegociación y cuáles son los límites de la citada autorización. La norma del Art. 8° de la Ley N° 25.561 involucra a los "contratos celebrados por la Administración Pública *bajo normas de derecho público*", comprendidos entre ellos "los de obras y servicios públicos", en los cuales –según la disposición– quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras o cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio.

A su turno, la disposición del Art. 9° de la citada ley, primera parte, incluye una autorización genérica al Poder Ejecutivo Nacional, pues lo autoriza a renegociar los contratos comprendidos en el Art. 8°. Sin perjuicio de ello, el artículo continúa haciendo mención a "los contratos que tengan por objeto la pres-

*Por Eduardo Mertehikian**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo.

tación de servicios públicos”, para los cuales fija los criterios que deberán ser tenidos en cuenta en la renegociación, a saber: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuvieren previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas. El esquema legal se completa con lo establecido por el Artículo 10 de la ley, según el cual las disposiciones anteriormente descriptas “en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”, previsión legal harto debatible, particularmente de cara a la discusión originada en la aplicación al ámbito de los contratos cuyo objeto es la prestación de un servicio público, de la denominada *excepción de incumplimiento contractual* regulada en las normas del Derecho común.¹

De todo ello, parece derivarse que para que la renegociación proceda es necesario que se verifiquen los siguientes extremos materiales:

- Que se trate de *contratos*, con lo cual quedarían excluidos los *permisos* u otros actos unilaterales emanados de la Administración Pública con la finalidad de otorgar privilegios administrativos.
- Que dichos contratos hayan sido “[...] celebrados *bajo normas del derecho público*”, con lo cual quedan excluidos todos aquellos contratos regidos por disposiciones del Derecho común.
- Que contengan *cláusulas de ajuste* en dólares u otra moneda extranjera o bien cláusulas basadas en índices de precios extranjeros y cualquier otro mecanismo indexatorio.
- Que, en particular, se trate de contratos regidos por normas del Derecho público, que posean cláusulas de ajuste (indexación) cuyo *objeto sea la prestación de servicios públicos*, con lo cual se encontrarían excluidas todas aquellas actividades que *no hayan sido legalmente caracterizadas* como un servicio público.

Debe tenerse en cuenta que el Artículo 76 de la Constitución Nacional *prohíbe* como regla general la delegación de facultades del Congreso Nacional en el Poder Ejecutivo, “[...] salvo en materias de administración o de

emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca [...]”.

Ahora bien, el Congreso Nacional ha fijado las bases de dicha delegación en el Artículo 1° de la citada Ley N° 25.561, de entre las cuales aquí nos interesa destacar la contenida en su inciso 4, en cuanto allí se dispone: “[...] reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el Artículo 2°” (el subrayado es propio).

Lo anterior se menciona al efecto de señalar que la medida o el límite de la autorización conferida al Poder Ejecutivo en el Artículo 9° de la Ley N° 25.561, con relación a los contratos comprendidos en el Artículo 8°, viene dado por la emergencia pública que da sustento a la precitada delegación de facultades. En la medida que ésta se exceda, la decisión que se adopte podría ser considerada contraria a la norma constitucional.

Dicho en otras palabras, es la emergencia pública declarada por el legislador la que le otorga sustento constitucional a la delegación de facultades del propio Congreso al Poder Ejecutivo, y, con base en ella misma, se autoriza a este último a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas del Derecho público cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos. Es decir que *emergencia pública* y *renegociación* son conceptos que se encuentran estrechamente ligados, al punto que, sin la declaración de la primera, no tendría sustento la mencionada autorización.

Siendo así, la autorizada renegociación debe hacerse en el límite de las pautas de la delegación que el Congreso determinó, entre las que –se insiste– señalamos la contenida en el inciso 4 del Artículo 2° de la Ley N° 25.561, de tal manera que únicamente estarían comprendidas las obligaciones surgidas de contratos –celebrados bajo normas del Derecho público– en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario y –claro está– en la medida de la afectación producida, razón por la cual la medida de la *afectación* del nuevo régimen cambiario en las obligaciones en curso de ejecución configura una pauta central de la renegociación que el Congreso ha autorizado, pues ése es –precisamente– el marco de la delegación de atribuciones que el propio Congreso Nacional ha llevado a cabo, con sustento en el transcripto Artículo 76 de la Constitución Nacional.

Lo contrario podría implicar que el Poder Ejecutivo, con fundamento en una medida de carácter excepcional y transitoria, como es la emergencia declarada con un plazo fijo de duración (dos años), adoptara decisiones con vocación de permanecer más allá del plazo por el cual el propio legislador ha declarado la emergencia. Abordando el problema desde esa óptica, no sería razonable que

¹Me remito a lo dicho en el trabajo de mi autoría “La excepción de incumplimiento contractual en el ámbito de la contratación administrativa”, *Estudios de Derecho Administrativo II* (obra colectiva), Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, donde también se hace mención al rico debate que sobre el punto se ha verificado en la doctrina científica argentina.

se adoptasen soluciones o remedios cuyos efectos pretendiesen ser permanentes, sobre la base de analizar circunstancias que, por esencia, son excepcionales y transitorias. En consecuencia, cualquier solución contractual que se tomase para regir más allá de los motivos que dieron origen a la emergencia y por los plazos que ésta habrá de regir tropezaría con el serio inconveniente de transgredir los límites de la delegación.

El cuadro normativo se completa con el Decreto N° 293/02 del Poder Ejecutivo Nacional que atribuye al Ministerio de Economía la competencia para llevar adelante las tratativas que habrán de desembocar en el acuerdo de renegociación, el cual deberá ser sometido a la aprobación del citado Poder Ejecutivo. La disposición establece, erróneamente a nuestro juicio, que, en caso de no ser posible arribar a un acuerdo, el citado departamento de Estado deberá proponer al propio Poder Ejecutivo la rescisión del respectivo contrato sin que –adicionalmente– se hayan especificado los efectos de tal eventual rescisión; y decimos *erróneamente* pues no se encuentra explícita esa intención del legislador al tiempo de proceder a otorgar la indicada autorización.

En un contexto económico de marcada incertidumbre, provocada por los bruscos avatares que acontecen, hu-

biera sido preferible que el legislador diera señales claras acerca de la continuidad del modelo de prestación privada de los servicios públicos que aun con muchos defectos y asignaturas pendientes ha demostrado ser superior al modelo de prestación pública de los años que lo precedieron, lo que en modo alguno significa desatender los derechos de los usuarios garantizados por el Artículo 42 de la Constitución Nacional.

Muy por el contrario, dada la excepcionalidad de la emergencia declarada por el legislador con plazo fijo de duración, las medidas que se tomen para superarla tienden a ser también de carácter transitorio –por la propia esencia de la norma que autoriza la renegociación– razón por la cual no es dable adoptar al actual contexto económico como un escenario permanente o que no habrá de sufrir variaciones sustanciales. Cristalizar las modificaciones que se introduzcan en los contratos podría afectar la calidad de los servicios hacia el futuro y, con ello, los derechos de los usuarios de esos servicios a contar con prestaciones de la mayor calidad, eficiencia y a más bajo precio. El argumento de que la Ley N° 25.561 en su Artículo 10 impide a los prestatarios suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones es, cuando menos, ingenuo.