

### CAPÍTULO III

## LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE CONCESIONES Y PRIVILEGIOS

### SUMARIO

1. Introducción.....	671
1.1. Un fallo reciente, una firme y antigua jurisprudencia .....	671
1.2. Aplicación, de la Constitución de 1994.....	672
2. La protección al usuario .....	674
2.1. Una regla constitucional .....	674
2.2. El rol del ente regulador .....	675
2.3. El equilibrio de los contratos. Las auditorías .....	675
2.4. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario.....	676
3. Monopolio o privilegio .....	677
3.1. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario.....	678
3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema. Doctrina .....	679
3.3. Una reciente digresión ideológica .....	681
3.4. ¿Invocación de privilegios que no están en la concesión? .....	683
3.5. Control de costos. Auditorías.....	683
3.6. Conclusión. <i>In maxima potentia, minima licentia</i> .....	683



### Capítulo III

## LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE CONCESIONES Y PRIVILEGIOS<sup>1</sup>

### 1. Introducción

#### 1.1. Un fallo reciente, una firme y antigua jurisprudencia

El fallo que comentamos excede con mucho el marco de una simple medida cautelar concedida o denegada. Más allá del interés actualísimo que tuvo en momentos en que se estaba discutiendo la reestructuración tarifaria o no de los servicios telefónicos, el fallo retorna una línea jurisprudencial que en verdad nunca estuvo abandonada, pero que frecuentemente es ignorada y que se aplica a todos los demás servicios privatizados en condiciones de monopolio o privilegio. (Gas, electricidad, etc.)

Como lo acaba pues de recordar la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, es un principio de antigua data aquel conforme al cual:

“Las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doctr. de *Fallos* 105:26).” (Cap. XV, apartado b), primer párrafo.)

En efecto,

“Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.” (Cap. XV, apartado b, segundo párrafo.)

<sup>1</sup> LL, 14-II-1995. Nota al fallo *in re Telintar S.A. —incidente— y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones —M° de Economía y OSP— s/ proceso de conocimiento*, causa n° 31.277/94, sentencia del 27-XII-1994, Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios.*” (Tercer párrafo.)

Así por ejemplo, “*el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja... debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.*” (Cap. XVI, tercer párrafo.)

Dado que este fallo es el primero que conozcamos que retoma dicha tradición jurídica secular en su aplicación concreta a los servicios privatizados luego de la reforma del Estado, nos ha parecido que puede ser útil una exposición recordatoria del antiguo y actual derecho vigente, no sin antes recordar el nuevo texto constitucional.

Para este comentario preferimos abundar en la cita de doctrina y jurisprudencia, a fin de dejar en claro que en definitiva el fallo, bien que enteramente correcto, no introduce en el citado punto *b* del cap. XV novedad alguna en el derecho argentino y comparado que no sea precisamente la estricta aplicación del derecho.

Que sus principios no sean moneda corriente en nuestro derecho viviente, es una cosa distinta. Esperamos que la difusión de estos viejos principios que el fallo sucintamente enuncia y nosotros aquí abundamos, sirva para contribuir a su vigencia.

### 1.2. *Aplicación, de la Constitución de 1994*

Conviene en todo caso recordar que un tema que antes fue de interpretación constitucional está ahora reforzado en el texto expreso del art. 42 de la Constitución de 1994:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

“Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.”

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la *necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios* y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

El tercer párrafo mencionado es claro en cuanto al derecho de las asociaciones de consumidores y usuarios a tener necesaria participación en los organismos de control, sujeto a la reglamentación legal que contemplará la forma y cantidad de su integración a los directorios de los entes reguladores. Se trata no solo del derecho a participar en los cuerpos directivos de los entes regulatorios, sino también del derecho constitucional al debido proceso, que supone la realización de audiencias públicas previas a la afectación de sus derechos.

[Lamentablemente, nuestra historia contemporánea registra un constante incumplimiento de la reforma con las consecuencias señaladas en el cap. I de la Sección I de este volumen 11.]

El segundo párrafo establece que todas las autoridades, tanto legislativas como administrativas y *en su defecto judiciales*, deben proveer lo necesario al “control de los monopolios naturales y legales.”

El párrafo primero completa el principio constitucional, al establecer el derecho de los usuarios a la protección de sus

“intereses económicos;

“a una información adecuada y veraz;

“a la libertad de elección,

“y a condiciones de trato equitativo y digno.”

Pero no solamente el art. 42 es de aplicación al caso. Si bien ya antes pudo sostenerse que el Pacto de San José de Costa Rica tenía carácter supranacional,<sup>2</sup> el art. 75 inc. 22 de la actual Constitución es específico en darles al menos carácter constitucional.

Con ello, principios tales como el de la no discriminación pasan a ser de aplicación directamente constitucional también en materia de tarifas de servicios públicos.

Lo mismo ocurre con otra serie de principios jurídicos de carácter constitucional y supraconstitucional.<sup>3</sup> Más aún, toda la construcción del derecho administra-

<sup>2</sup> Tanto que en la segunda edición de 1994 del t. I de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Macchi, cap. V, incluimos a dicho Pacto como primero en la jerarquía normativa, por encima de la Constitución nacional. En sentido análogo se ha pronunciado la Corte Suprema en los casos *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos, 308: 647: ED, 148: 338 y *Fibraca*, sentencia del 7-VII-1993, entre otros.

<sup>3</sup> Algunos de los cuales explicamos en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, reimpresión, 1992, p. 56 y ss. Todo este grupo de principios de orden normativo jerárquicamente superior tienen así prelación por encima de las normas legales o reglamentarias que existan en cada caso. Sobre todo esto puede verse también CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, 2ª ed.; hay traducción portuguesa bajo el título *Pensamento sistemático e conceito de sistema no ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss.; esto no tiene nada nuevo, como que ya fue dicho por el mismísimo SAVIGNY en su *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, 5, p. 10 y ss.; ATALIBA, GERARDO, “Constituição e República,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, “Elementos de Direito Administrativo,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1989, p. 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, pp. 97-103; GORDILLO, *Tratado*

tivo contra el abuso del poder, calza como un guante ahora no contra el poder del concedente, sino contra el poder del concesionario o titular de un privilegio, que asume el rol de poder dominante.<sup>4</sup> Lo mismo cabe decir de los principios generales del derecho,<sup>5</sup> etc.

## 2. La protección al usuario

### 2.1. Una regla constitucional

Es clara la reiteración constitucional del concepto de todos modos preexistente en la legislación y el espíritu constitucional previos, en el sentido de establecer un orden de prioridad constitucional de la libre competencia por sobre el monopolio y asimismo *la imposición ahora constitucional a las autoridades públicas, administradores y jueces incluidos, de controlar los monopolios naturales o legales, en defensa de los intereses económicos, etc., del usuario o consumidor.*

Ya no se trata de un asunto en el que las concesionarias o licenciatarias puedan sostener como lo venían y vienen públicamente haciendo, que la función de las autoridades de contralor era proteger sus privilegios o el sistema y no los derechos actuales y futuros de los usuarios.

Es que como viene de explicar el fallo comentado, el único modo de compatibilizar con la Constitución los monopolios y privilegios otorgados por el Estado es mediante la interpretación restrictiva de estos.

Y como lo señalan el art. 42 de la Constitución y los marcos reguladores, el deber primero de las autoridades públicas es defender los derechos de los usuarios contra cualquier abuso o interpretación extensiva de ese poder monopólico o privilegiado. La ecuación tarifa-ganancias que el fallo comentado recuerda es un pivote de esa interpretación,

*de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1994, 2ª ed., cap. V, § 4. [Hemos vuelto sobre el tema en el cap. VII, "Normas y principios," del Libro II del t. 9.]

<sup>4</sup> Así GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; etc. Lo que fue concebido como control del poder, cuando lo ejercía la administración, tiene ahora también aplicación preponderante cuando el poder real lo ejerce el concesionario o licenciatario, no en verdad la administración. Pues es siempre el mismo adagio latino con el cual luego concluimos este comentario, *in maxima potentia, minima licentia*.

<sup>5</sup> Al respecto ver en general por ejemplo CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1962; JEANNEAU, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État," París, L.G.D.J., 1954, etc. [Esto se mantiene y amplía en el citado cap. VII del Libro II del t. 9 y sus consecuencias para el empobrecimiento del país y aumento de la pobreza se explican en el cap. I de la Sección I de este t. 11.]

## 2.2. *El rol del ente regulador*

El ente regulador no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario.

Por eso pensamos también que la supuesta facultad “jurisdiccional” que la ley reconoce a estos entes no puede ser entendida en sentido estricto. Es una facultad administrativa de resolver conflictos en sede administrativa [en tanto el ente sea imparcial e independiente], sujeta a revisión judicial plena y adecuada a pedido de cualquiera de las partes.

## 2.3. *El equilibrio de los contratos. Las auditorías*

Las concesionarias y licenciatarias tienen derecho a tener ganancias razonables, no desproporcionadas, para asegurar la estabilidad y crecimiento del sistema, pero para poder determinar la ecuación económico financiera real de las empresas y por ende el nivel adecuado de las tarifas, es imprescindible adicionar a los elementos de control con que cuentan las empresas auditorías cruzadas, por ejemplo de carácter independiente, que determinen la exactitud y realidad de sus inversiones y las de sus empresas vinculadas o indirectamente subsidiadas, tanto en libros como, sobre todo, en la realidad fáctica y económica concreta. La carga de la prueba recae, desde luego, sobre quienes invocan el monopolio o privilegio.

[Cuando, a la inversa, todas las tarifas son sociales por el subsidio generalizado del Estado, se pierde el control racional de costos, precios y tarifas.]

La Constitución de 1994 zanja la cuestión y torna abstractas las previas discusiones de política empresarial o económica, o política lisa y llana.

La norma superior ha resuelto definitivamente el punto: Las autoridades públicas, sean ellas legislativas, administrativas o judiciales, *deben* controlar los monopolios naturales o legales, *en defensa de los intereses económicos del usuario o consumidor*; como también dice el fallo anotado, “*el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja... debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.*”

Hay en esto un fundamento empírico y jurídico: En algunos casos excepcionales las exorbitantes ganancias de las licenciatarias prueban que el privilegio ha sido excesivo y se ha apartado del marco constitucional. La ecuación económico financiera de estos contratos a que el fallo se refiere nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional.

Debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable.”<sup>6</sup> El Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios:<sup>7</sup> Aquí ella falta. Procede el reajuste *en menos*. Ya hay contratos que el presente equipo económico ha procurado revisar en menos por *excesivas ganancias* del contratista, *excesiva onerosidad* para la sociedad y los usuarios. Corresponde hacer lo mismo y concluir el inconstitucional privilegio al menos en la primera oportunidad, 1997, no el mítico “año 2.000.” [Que ya pasó largamente sin introducirse racionalidad al sistema, al subsidiar *todas* las tarifas y a veces *todos* los costos.]

#### 2.4. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario

La audiencia pública es uno de los instrumentos para propender a la defensa de tales derechos de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo. Un ejemplo del mismo mes de diciembre es el amparo en el cual ADELCO pidió y obtuvo la realización de audiencias públicas previamente a la renegociación tarifaria en materia telefónica, con citación e intervención, por cierto determinante en el caso, del *Ombudsman* nacional.

Ya puede decirse que este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, con sus características propias,<sup>8</sup> haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.

Y por supuesto el régimen de audiencias públicas debe ser de carácter general, no uno *ad hoc* o *ad usum delphini* para ser dictado y aplicado en cada oportunidad, como si fuera un régimen jurídico “descartable,” como ya se ha dicho en nuestro medio. Hasta ahora el único régimen integral publicado y [formalmente] vigente es el del Ente Nacional Regulador de la Electricidad.<sup>9</sup> [Pero los subsidios discrecionales distribuidos por doquier han hecho perder racionalidad al sistema y destruido el autoabastecimiento.]

<sup>6</sup> ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 453 y 454.

<sup>7</sup> *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'Etat*, 21-III-1910.

<sup>8</sup> Al respecto ver GORDILLO, “El estado actual del derecho administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 287 y ss., pp. 307-9; CASAGNE, JUAN CARLOS, “Los nuevos entes regulatorios,” *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 489; del mismo autor, *La intervención administrativa*, Segunda edición actualizada con estudios sobre los nuevos entes y marcos regulatorios, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1944, p. 164.

<sup>9</sup> Resolución n° 39-94 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, publicada en el *B.O.* de la República Argentina del 9-V-1994, p. 11 y 12.



### 3. *Monopolio o privilegio*

La regla de nuestra Constitución, retomada por la legislación de reforma del Estado, es precisamente la desregulación y la libre competencia con base en la libertad de comercio; no el monopolio, el privilegio o la exclusividad<sup>10</sup> otorgados por el Estado.

El Diccionario de la Real Academia define al monopolio como una “Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que ésta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio,” y en otra acepción como el “Ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguiente.”

En sentido jurídico más preciso la quinta edición del *Black's Law Dictionary* expresa que el monopolio es:

“Una forma de estructura de mercado en la cual una o solamente unas pocas firmas dominan el total de las ventas de un producto o servicio.” (P. 908, ed. 979, West Publishing Company: “A form of market structure in which one or only a few firms dominate the total sales of a product or service.”)

También lo define como “Un privilegio o ventaja peculiar ejercida (*vested in*) por una o más personas o compañías, consistente en el exclusivo derecho (o poder) de realizar un negocio o comercio particular, fabricar un determinado artículo, o controlar la venta del total de las existencias de una mercancía en particular.”

Ya el concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, sugiere etimológicamente la idea de “trato ilegal,”<sup>11</sup> y si bien nuestra legislación actual se inclina por el concepto de punir, incluso penalmente, el abuso de posición dominante en el mercado, el resultado para nuestro caso es el mismo.

El privilegio de exclusividad, por imponer una ventaja adicional al concesionario o permisionario,<sup>12</sup> sigue con mayor razón la regla de todo privilegio.

A estar al mismo MARIENHOFF su otorgamiento “es, siempre, de competencia *legislativa*,”<sup>13</sup> “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos.”<sup>14</sup>

En suma, la regla constitucional es la desregulación y la libre competencia, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad. A partir del art. 10 de la ley 23.696

<sup>10</sup> GORDILLO, “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en el *Periódico Económico Tributario*, Buenos Aires, n° 1, noviembre de 1991; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2284/91,” en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1991, n° 7-8, p. 379 y ss.

<sup>11</sup> COROMINAS, JOAN, *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellano*, Madrid, Gredos, 1976, 3ª ed., p. 401 y 402.

<sup>12</sup> MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo Perrot, 3ª ed., reimpresión, 1983, p. 627.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 624.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 626.

y de las leyes de marcos reguladores, toda norma que establece alguna restricción a la libre competencia es temporaria y con tendencia a la desregulación, y desmonopolización plena, o sea hacia la plena competencia.

Un principio de orden constitucional y legal, dentro de la actual reforma del Estado, lleva a interpretar *extensivamente* las normas referidas a la competencia, y *restrictivamente* los supuestos de privilegio que la excluyan, máxime cuando no emergen claramente de norma legal o contractual alguna.

Dado el sostén constitucional de las normas que tienden a la desmonopolización, cabe darles prevalencia ante cualquier duda interpretativa que pudiere presentar una norma menor, como el pliego o una circular no aprobada por el Poder Ejecutivo.

En derecho corresponde estar a favor de la libertad de comercio y no del monopolio o la exclusividad.

### 3.1. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario

Para ampliar el encuadre que ahora deviene expresamente constitucional por aplicación del art. 42 de la Constitución de 1994, conviene recordar en todo caso una multiplicidad de principios jurídicos absolutamente pacíficos para la interpretación y aplicación de cualquier régimen jurídico de concesiones, monopolios, privilegios, licencias de exclusividad, etc.

En primer lugar, cabe recordar que es un principio sempiterno que viene del derecho romano, el que *Privilegia sunt strictissimae interpretationis* (los privilegios se interpretan de forma muy restrictiva); del mismo modo, no se aplican por analogía: *Privilegia non sunt trahenda ad exemplum*, 14 D.L. 3.<sup>15</sup>

Dicho principio milenario se halla también recogido desde siempre por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por doctrina uniforme.<sup>16</sup>

Queda también en claro que la concesión no altera la naturaleza del servicio concedido, el cual “*continúa, en todo momento, siendo servicio público,*”<sup>17</sup> con el alcance de la aplicación de todos los principios jurídicos de antigua data al respecto.

Vale la pena aclarar, por lo demás, que toda la construcción restrictiva sobre el régimen jurídico de los servicios prestados al público quedó en hibernación cuando ellos estuvieron a cargo del Estado, pues aquella construcción la realizó y mantiene tanto la jurisprudencia francesa como la norteamericana, y ha sido

<sup>15</sup> Recordado en PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1936, prólogo de RAFAEL BIELSA, p. 9.

<sup>16</sup> *Fallos*, 146: 297, 110: 219, 114:124, 111: 339, citados por BIELSA, *op. loc. cit.*; en igual sentido CARRILLO, P., “Concesión de servicios públicos,” *LL*, 62: 948 y ss.; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., 2: 259 y ss., Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos (A propósito de la 4ª Conferencia Nacional de Abogados), Buenos Aires, Abeledo, 1937.

<sup>17</sup> IVª CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, 1936, Talleres de “Artes Gráficas,” pp. 30 y 31.

receptada desde siempre por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, precisamente para los supuestos de concesiones otorgadas a particulares.

La Sala, correctamente, identifica al efecto concesiones de monopolio y licencias de privilegio. Estamos pues en el preciso y exacto punto de correspondencia de aplicación de toda aquella tradicional jurisprudencia.

En la misma IV<sup>a</sup> CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *op. cit.*, p. 37, se define con particular énfasis estos principios y su recepción en la jurisprudencia nacional y comparada:

“La interpretación del contenido contractual de la concesión *tiene carácter restrictivo*.

“El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que *toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara*. (Fallos C.S.J.N. t. 155, p. 12.)

“No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario.

“La afirmativa —en materia de interpretación de concesiones— necesita ser demostrada, *el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario*.” (Fallos C.S.J.N. 49: 224, cit. de COOLEY, *Const. Limit.*, ed. 7<sup>a</sup>, p. 565.) La jurisprudencia norteamericana es concordante con el principio de la interpretación restrictiva. (97. U. S. 659, *in re Northwestern Fertilizing C<sup>o</sup> v. Village of Hyde Park*.)

### 3.2. *Jurisprudencia de la Corte Suprema. Doctrina*

Son estos viejos principios jurisprudenciales que ya recordaba BIELSA,<sup>18</sup> transcribiendo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se registra en el t. 146, p. 207, en que la Corte declara (pp. 232-3):

“Que la conclusión a que arriba el Tribunal *a quo* en el recordado fallo, se ajusta estrictamente a los principios ya consagrados de una manera que puede decirse definitiva por la doctrina y la jurisprudencia en materia de precio de los servicios públicos.

“*La absoluta libertad de contratar y fijar el precio de las cosas o de los servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicados a objetos puramente privados*.

“Cuando lo son a usos públicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, como ocurre, precisamente, en

<sup>18</sup> *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937, Compañía Impresora Argentina, p. 49.

el caso de que se trata en esta *litis*, el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial de parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargada de prestar.

“Y ello se justifica tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que en principio correspondan al Estado o dependen de una concesión del mismo, cuando porque *importando el privilegio acordado un monopolio real o virtual, la absoluta libertad de contralor o de fijar los precios sometería al público que no puede prescindir de tales servicios a la opresión, económica de los concesionarios.* (Doctrina del fallo, 136: 161 y otros.)

“En consecuencia, toda concesión del Estado para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio aun cuando sólo sea virtual —como es el caso de los ferrocarriles—, lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa correspondiente.”  
 Suscriben el fallo los jueces A. BERMEJO, J. FIGUEROA ALCORTA, RAMÓN MÉNDEZ, ROBERTO REPETTO y M. LAURENCENA.

Recuerda también BIELSA en su famoso opúsculo,<sup>19</sup> que nuestra Corte Suprema *in re Ercolano vs. Lante de Renshaw*, t. 136, p. 161, hizo mérito de la jurisprudencia americana del caso *Munn v. Illinois* (94 US 113) en el cual se expresara que:

“Todo aquel que dedica su propiedad a un uso de interés público, confiere por ese hecho al público un interés en ese uso y debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado.”

En el mismo fallo citado de nuestra Corte Suprema, enfatiza BIELSA el párrafo referido a que:

“Aplicaciones sucesivas de la misma doctrina la hicieron extensiva a los ferrocarriles (*Granger Cases* 94 U. S. 155 y siguientes), a las empresas de suministro de aguas (*Spring Valley Water Works v. Shottler* 110 U. S. 347) y a otras dedicaciones de la propiedad a negocios de intenso interés público, susceptibles por su carácter de monopolio de hecho de oprimir económicamente a la comunidad.”

Recuerda igualmente BIELSA<sup>20</sup> que a tenor de lo resuelto por Nuestra Corte Suprema en el caso registrado al t. 149, p. 219 y ss., “...es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, *en caso de duda la interpretación debe ser contra de los concesionarios*, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que *el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos.*

<sup>19</sup> *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos, op. cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>20</sup> En el mencionado *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos, op. cit.*, p. 52 y ss.

“*Vacilar acerca de la extensión del privilegio es estar resuelto y toda resolución que dimanase de una duda debe ser en contra de la concesión.* COOLEY’S, *Constitutional Limitations*, pp. 565 y 566, séptima edición.

“Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido, lo siguiente:

“*La regla de interpretación más segura en esta clase de casos es la de que aquélla es en contra de la corporación.*

“Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa.

“Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara.

“*La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación, y la duda es fatal para el derecho del concesionario.* 97 U. S. 659.”

### 3.3. Una reciente digresión ideológica

Hasta el presente no se ha enunciado variante alguna en esta forma clásica de interpretar las facultades del particular que presta voluntariamente un servicio al público por un título de derecho administrativo, sea éste concesión, licencia, permiso, etc.

Cabe sin embargo destacar por lo novedosa una reflexión formalmente ideológica formulada al sistema por un distinguido jurista,<sup>21</sup> que ha dado ya lugar a controversia.<sup>22</sup> Ello, sin entrar a considerar la posición de quienes ha negado antes de ahora la necesidad de recurrir a una noción de tal naturaleza.<sup>23</sup>

La imputación que este importante autor hace de *socialistas* a los grandes cultores del derecho administrativo francés de comienzos de siglo, fuere o no correcta, nada tiene que ver con la construcción jurisprudencial del derecho administrativo francés en la materia, que es producto de la creación pretoriana del Consejo de Estado de Francia, organismo napoleónico por excelencia. [El problema, como el mismo autor lo apunta en otro trabajo, es cuando se crea un sistema prebendario y el acceso al poder permite o impide tener tarifas que cubran el costo del servicio y permitan una razonable utilidad, cuando esto se produce por razones de corrupción, nacida de las propias normas que se dictan.]

En cualquier caso, la creación pretoriana del Consejo de Estado es siempre recogida y seguida virtualmente sin crítica alguna por la doctrina francesa, como

<sup>21</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., “La ideología del servicio público,” *Revista de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, n° 14, 1993, p. 259 y ss.

<sup>22</sup> Se trata de la conferencia de clausura pronunciada por el Dr. GUILLERMO MUÑOZ en las Jornadas realizadas en la Universidad Notarial Argentina.

<sup>23</sup> GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, reimpresión, Macchi, cap. XII.

con acierto lo señala desde España TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, entre otros.<sup>24</sup> Más aún, basta con consultar cualquiera de las obras francesas de la época o del presente para encontrar su constante y casi única y exclusiva referencia a los fallos del Consejo de Estado, fuente predominante de su derecho viviente.

Uno de los más conspicuos expositores de la materia del contrato administrativo francés, GASTÓN JÈZE, en la traducción castellana editada aquí,<sup>25</sup> no puede ser más prístino en cuanto a la fuente de la doctrina francesa del servicio público: “El Consejo de Estado ha proclamado, de manera inequívoca, el principio fundamental que rige en materia de contrato de concesión de servicio público:

“*La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.*”<sup>26</sup>

“Al imponer al concesionario un *servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.*”

En la nota 88 se remite JÈZE al Comisario de Gobierno LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways*. Allí agrega BLUM, en la cita de JÈZE sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, que:

“La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario.” (P. 240, nota 88 *in fine*.)

“*Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.*” (P. 240.) Esta misma cita y este mismo énfasis en la *jurisprudencia* del Consejo de Estado de francés es retomado hoy en día por MARIENHOFF en nuestro medio, sin un ápice de duda ideológica como la que asalta posteriormente al otro citado jurista.

Del mismo modo recuerda JÈZE en la nota 89 de la p. 240 al Comisario de Gobierno CORNEILLE en sus conclusiones al *arrêt Société d'éclairage de Poissy, Recueils*, p. 124; R.D.P., 1918, p. 242 y ss., en el sentido que “la organización del servicio no es de competencia del concesionario..., que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”

[Pero quedan las salvedades del cap. I de la Sección I de este t. 11.]

<sup>24</sup> *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 31; lo mismo, más suavemente, expresa LACHAUME, J.F., *Les grands décisions de la jurisprudence. Droit Administratif*, París, Puf, 1986, 3ª ed., p. 364 y ss.

<sup>25</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación, Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 239.

<sup>26</sup> En la nota 87 de la p. 139 aclara JÈZE que se trata de una transcripción de la doctrina del *Conseil d'Etat, arrêt* del 11-III-1910, *Compagnie française des tramways, Recueils*, p. 216 y ss., R.D.P., 1910, p. 274 y ss.

### 3.4. *¿Invocación de privilegios que no están en la concesión?*

Retomando la exposición del régimen tradicional y actual de los servicios públicos dados en concesión monopólica o de posición dominante en el mercado, es también obvio que ninguna norma de inferior rango, posterior a la licitación, puede ya modificar en beneficio del concesionario las bases públicas e igualitarias con las cuales se efectuara el llamado y consiguiente adjudicación.

### 3.5. *Control de costos. Auditorías*

No existe ninguna duda jurídica de la facultad y el deber del órgano de control de constatar que los costos de los concesionarios o licenciatarios son reales, realizando auditorías independientes y cruzadas para verificar la realidad de las inversiones y sus precios, que no existan subsidios cruzados, que no se contrate con empresas subsidiarias para inflar artificialmente los costos de libros, etc.

Esa es una tarea aún pendiente, específicamente donde se intentó una renegociación tarifaria sin auditoría alguna de costos *reales* de las empresas licenciatarias o concesionarias y sus subsidiarias o vinculadas.

Uno de los camaristas del fuero<sup>27</sup> se extiende sobre los poderes de control en la licencia, compatibles con “un desarrollo maximalista de las potestades o poderes inherentes:” “1) Poder de fijar tarifa y de controlar el beneficio lícito de los inversores...; 3) *control de costos, de modo que éstos sean razonables, con facultad de rechazar o reducir aquellos que resulten extravagantes o excesivos.*”

Esa certeza teórica, lamentablemente, se enfrenta en la práctica con los escasos medios técnicos y económicos que dichos entes tienen para efectuar tales controles y con la creciente práctica de la contratación y renegociación directa.

### 3.6. *Conclusión. In maxima potentia, minima licentia*

Se trata en suma del antiguo principio de derecho inglés, conforme al cual al más poderoso le corresponde la mínima licencia, la mínima libertad.<sup>28</sup>

El derecho siempre ha sido concebido para proteger al relativamente más débil contra el relativamente más fuerte, pues “La idea central en que el Derecho ... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”<sup>29</sup>

<sup>27</sup> GRECCO, CARLOS MANUEL, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel),” *Revista de Derecho Administrativo*, n° 5, 1990, p. 481 y ss., p. 498.

<sup>28</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, St. Paul, Minnesota, Estados Unidos, West Publishing Co., 1989, 5ª ed., p. 708.

<sup>29</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Parte General*, Macchi, 2ª ed., 1994, cap. III, p. 29.

Esa es la tarea del presente, conforme al art. 42 de la Constitución, de los tres órganos del Estado: La protección del usuario contra los concesionarios o licenciarios de servicios privatizados. [Nadie imaginaba entonces que con un sistema de subsidios discrecionales se pudiera llegar a desfinanciar los servicios hasta los niveles que se ha llegado.]