Eduardo Mertehikian

LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONCESIÓN DE OBRA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L.
Tucumán 1429, 4º - Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N. 950-569-038-X

IMPRESO EN LA ARGENTINA

LA CONCESIÓN DE OBRA Y DE SERVICIO PÚBLICO EN EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN*

INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo de la década del '80 estamos presenciando y viviendo, en todas las naciones, el debate y la experiencia del proceso privatizador. Este fenómeno -sin duda una reacción y giro de 180 grados con relación a las políticas hasta entonces seguidas- comenzó en las naciones más desarrolladas (incluso en los EE.UU., que en realidad no habían experimentado un fuerte proceso previo de estatización, por lo menos en lo que respecta a la institución del "Estado empresario"), luego en las nuestras, las naciones del subdesarrollo. Hoy lo estamos viendo ocurrir en el hasta hace muy poco mundo comunista. Nuestro país lo está viviendo -con gran intensidad-a partir de los últimos dos años. La privatización es la idea fuerza del momento.

Esta verdadera revolución mundial, con la que se cierra el siglo XX, es, como dije antes, una reacción frente a una situación que, en diversos grados de intensidad, se había desarrollado también a escala planetaria. Muy fuertemente en los países comunistas, como un imperativo categórico de la ideología marxista-leninista e, incluso, como un requisito de dominación de la estructura centralista del partido único. Pero también la estatización estaba (está) presente en las naciones democráticas donde, a las necesidades circunstanciales de cada momento, se agregó también una fuerte dosis de ideologización, centrada en la idea del Estado benefactor; en la desconfianza, para determinadas actividades sociales, con relación a la acción de los particulares, tanto porque podían, a través de aquellas actividades, obtener posiciones dominantes en la sociedad, como por considerar que orientarían la inversión de sus esfuerzos hacia áreas de menor interés social, obligando así a la intervención estatal. De allí la necesaria conclusión en el Estado productor de bienes y servicios, es decir, el ensanchamiento del sector publico en la actividad económica.

Las conductas sociales, por ser humanas, no siempre aciertan a situarse en el justo medio. Una lógica reacción frente al capitalismo exagerado de la época de su nacimiento llevó a las naciones democráticas, a partir de los años '30 y con mucha mayor virulencia a partir de la segunda posguerra, a una excesiva socialización de la economía. Debemos aprovechar la experiencia para evitar que la reacción contra esta excesiva socialización nos conduzca también a la actitud extrema contraria, igualmente teñida de ideologismos perniciosos.

Para esto debemos recordar el principio de subsidiariedad -como tan bien lo ha hecho el Papa Juan Pablo II en su reciente encíclica *Centesimus annus*- que, en cierta medida,

---

* Conferencia dictada por el Dr. Rodolfo Carlos BARRA, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el día 4 de Julio de 1991, en ocasión de su incorporación como Académico en la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.

puede resumirse en una relación costos-beneficios sociales. ¿Cuál es el costo (gasto publico, ineficiencia, burocratización, politización) de estatizar?, ¿cuáles son sus beneficios (fomento, pleno empleo, protección ecológica, defensa nacional, etc.)? La misma relación debe hacerse en cuanto a la privatización y sólo así, en una dimensión donde se maximice el pragmatismo (si bien siempre estará teñida de elementos ideológicos, porque así somos los seres humanos), decidir qué le corresponde al sector publico y qué le corresponde al sector privado.

La distinción entre lo publico y lo privado requiere del desarrollo de sociedades complejas, donde resulten evidentes los signos de la organización estatal. Me refiero a la distinción, no estrictamente a la existencia de lo publico y lo privado, pues todos los grupos humanos, aun los más primitivos, reconocen una, siquiera elemental, forma de organización. Y de la organización resulta la autoridad (sin ella, la organización social no existiría), autoridad o mando que, en especial en aquellos grupos primitivos, puede responder a una finalidad egoísta pero que también, aunque más no sea mínimamente, actúa según la razón del bien grupal. Así, en toda organización, coexisten el bien de cada una de las partes con el bien de la organización, en una compleja simbiosis (nunca resuelta del todo en el plano especulativo y de difícil equilibrio en el plano practico) donde el bien del todo es inescindible del bien de las partes y el bien de las partes no puede ser logrado si se contraria el bien del todo. En esta idea reside el concepto aristotélico-tomista del bien común, como el bien supremo de la organización social que, en las sociedades desarrolladas, denominamos Estado.

Lo público es entonces lo que directa e inmediatamente corresponde al bien común; lo privado es lo que directa e inmediatamente corresponde al bien de las partes o bien particular. Por supuesto que queda la ancha franja de los efectos indirectos y mediatos, que es donde siempre se debaten esas dos fuerzas, que se aman y se odian a la vez: la libertad y la autoridad.

Pero el bien común no es una idea terminada y fija. Su mayor o menor extensión (pensando en el alcance de lo publico frente a lo privado) depende de las circunstancias históricas, culturales, económicas, etc. Yo suelo poner como ejemplo de esta situación el alfabetismo. En el siglo X o en el XII, saber leer y escribir era un problema privado, un bien privado. El hombre no era menos hombre por ser analfabeto, ni la riqueza social podía medirse por el grado de alfabetización de sus miembros. Un pensamiento en este sentido hubiese sonado disparatado para el hombre de la Edad Media. Pero esto no es así ahora. El analfabeto es una suerte de discapacitado, y la sociedad es indudablemente más rica (no sólo desde el punto de vista material). si mayor es el grado de alfabetización entre sus miembros (en realidad hoy ya no basta con la alfabetización, sino cuentan los conocimientos superiores, ya que la nueva "riqueza de las naciones" es, como podemos leerlo en la Centesimus annus, el conocimiento humano). Así la educación se ha transformado en un problema de bien común. Pero, en realidad, esto no quiere decir que pertenezca exclusivamente al sector público, sino que es de responsabilidad del sector público.

Veamos las diferencias.
Hay un límite nítido de separación que desvincula casi totalmente a lo público de lo privado. Esto ocurre cuando el bien de las partes es autogestado y autoadministrado. Se origina y se realiza en los mismos particulares y, en su armonía, en el estricto equilibrio

del sistema, beneficia al bien común. El Estado (responsable del bien común) sólo interviene cuando las partes no pueden obtener dicho bien por si mismas, pero lo reclaman, es decir, no se quedan satisfechas con la situación de carencia. En las relaciones jurídicas este es el sector del derecho privado, donde el Estado sólo interviene a petición de las partes cuando el ajuste de la relación, el cumplimiento de las prestaciones comprometidas, se frustra por la conducta de una de las partes.

Aquí, insisto, la distinción de lo público y de lo privado es bien nítida. Lo público es pura suplencia (la actuación del juez) y guía (la actuación del legislador) a través de normas, siempre supletorias, que guían tanto a las partes como al juez. si hay aquí un interés público comprometido es el de la paz social, la armonía del sistema, pero siempre de modo supletorio a lo que los particulares decidan.

Pero hay otro sector donde la distinción no es tan clara, ya que el cumplimiento de lo debido -e incluso el mismo contenido de lo debido- no es de interés exclusivo de los privados, sino del Estado. Interesa a lo público, es de interés público. Se trata de lo debido en una relación jurídica, o de lo que es "debido" (no siempre en el sentido jurídico del término) en las simples conductas no vinculadas jurídicamente. Aquí la actuación del Estado es más compleja, ya que trata de orientar la conducta de los particulares hacia el bien común no sólo garantizando una acción determinada ante los reclamos, como en el caso anterior, sino actuando de manera independiente de los reclamos, no para ayudar al logro del bien querido por los particulares, sino para realizar el fin querido por el propio Estado.

Esto puede cumplirse de tres maneras fundamentales, según un grado de intensidad de intervención creciente.

La primera es a través del fomento. La actividad sigue siendo privada, pero interesa al bien común. Por ello el Estado la alienta, motivando a los particulares a realizarla mediante incentivos positivos de muy distinto tipo. Aun aquí el intervencionismo estatal tiene grados, ya que no es lo mismo un premio científico que un beneficio de la promoción industrial. En este último caso la intervención del Estado, si bien es de poca intensidad en teoría, tiene tremendos efectos en la economía social, ya que supone adjudicar ventajas sociales (p. ej., impositivas) a un determinado individuo. Aquí la relación costo-beneficio tiene que ser medida con extrema severidad.

El segundo grado de intervención estatal es el orden público. Los particulares siguen actuando en el campo del derecho privado, pero aquí la ley no es sólo guía y el juez no es un espectador pasivo. La norma de orden público impone un determinado contenido a la relación jurídica, o a la conducta no relacionada. Por eso el grado de intervención estatal es mucho más intenso. ¿Por qué lo hace el Estado? Por la forma en que valora el grado de compromiso con el bien común que la actividad o relación jurídica en cuestión posee. El matrimonio se encuentra muy relacionado con el bien común, aunque es una institución de predominante interés privado. Pero el Estado interviene en un grado máximo, diciéndoles a los cónyuges: no admito el divorcio vincular (por lo tanto no reconozco el nuevo matrimonio) o, al revés: no admito el compromiso indisoluble, por lo tanto no le daré valor jurídico a ningún compromiso asumido que obligue a no contraer un matrimonio posterior, en vida del otro cónyuge. No importa lo que hayan pactado los interesados; si viola el límite del orden público, ese pacto carece de valor jurídico.

Pero aún existe un grado mayor de intervención, éste es el de la policía. En el caso anterior, el Estado sólo se limita a imponer un contenido a la relación jurídica y a sólo reconocerla en la medida dada por ese contenido. Pero no investiga si las partes están efectivamente cumpliendo con lo dispuesto por la norma de orden público. En el caso de la policía, la norma de orden público autoriza al Estado a investigar de oficio, a sancionar -también de oficio- la contravención o conducta contraria a la norma de policía. Desde cierto punto de vista, esto es también un instrumento de motivación, como en el fomento, pero de motivación negativa, a través de la sanción que, de ordinario, tiene un efecto coactivo del que el incentivo positivo carece.

La policía intensifica la regulación estatal de la actividad privada. En realidad todo el derecho es un orden de regulaciones, pero éstas se producen con los grados de intensidad que hemos visto. La regulación, como técnica de intervención estatal, se da en un sentido propio en el instituto de la policía, ya que no sólo limita y da el contenido a la actividad o relación jurídica, sino que sanciona de oficio el incumplimiento, sin importar la voluntad de las partes, ni siquiera la voluntad del protegido por la regulación. La regulación de policía, o regulación propiamente dicha, también tiene que ser manejada con estricta prudencia, no sólo porque invade el ámbito de libertad, sino porque también -y a veces de manera más intensa que en el fomento- supone un orden determinado de adjudicaciones de la riqueza social. El regulado deberá soportar normalmente, mayores costos en el ejercicio de su actividad, en beneficio de un tercero, que recibe las ventajas de la regulación. Pensemos en el caso de regulaciones a la actividad industrial en defensa del medio ambiente. La industria tiene un mayor costo; la comunidad, un beneficio en su salud. Pero otra vez la relación costo-beneficio, ya que la empresa trasladará ese costo a los precios.

Finalmente, el máximo grado de intervención estatal: la sustitución de los particulares en el desarrollo de una determinada actividad o, dicho de otra manera, la exclusiva asunción por parte del Estado del cumplimiento de una determinada actividad.

Aquí nos encontramos con las actividades tradicionales del Estado: el gobierno, ya sea a través de la legislación, la justicia o la administración. Pero también la producción de determinados bienes o servicios que, estrictamente, no forman parte de la misión de gobernar, aunque, por una especial interpretación acerca de las exigencias del bien común, el Estado decide asumirlos en calidad tanto de responsable de su gestión como de propietario de los medios de producción.

También en este punto es posible efectuar algunas distinciones, lo que es útil (si la distinción fuese acertada) ya que conocer es distinguir. El Estado es empresario en dos campos diferentes. En uno, como simple propietario de los medios de producción. Se trata de cualquier actividad, tanto armamentos como automóviles, o muebles, o entidades financieras, o empresas de turismo, etc. ¿Por qué lo hace? La razón teórica es el bien común, la razón practica o real no siempre coincide con aquélla ya que, muchas veces, el Estado empresario es un instrumento de dominación de ciertos grupos sociales con respecto al resto de la sociedad, o bien una mera exigencia de preconceptos ideológicos.

Pero hay otro campo, muy impreciso en si mismo, donde el Estado asume ya sea la calidad de empresario o bien la calidad de responsable de la actividad (siempre como

titular de la misma), donde lo que se busca es, expresamente, el quitar esa actividad del ámbito de lo que los economistas denominan mercado, es decir, quitar esa actividad del campo de la libertad económica. Estamos (por fin, ya que la conferencia trata de esto) frente al instituto del servicio público, sin perjuicio de las precisiones que haremos más adelante.

Es aquí donde se produce la máxima estatización y, precisamente, el servicio público es considerado por muchos autores como el ejemplo originario de lo que es denominado la publicatio de actividades antes privadas (o que nacieron públicas, pero que en si mismas podrían ser privadas) por razones de interés público.

Excluyendo las razones puramente ideológicas o los intereses de grupo, la justificación de la publicatio en actividades de producción de bienes o servicios de contenido directamente económico se encuentra en que en ellas el sistema de mercado no es capaz de responder a todas las exigencias (no sólo las económicas) envueltas en dicha actividad.

Tal situación puede ocurrir por las siguientes razones, que normalmente se presentan de manera conjunta:

- Cuando existen monopolios naturales, es decir, según lo explican los economistas, cuando un factor de producción no puede ser duplicado. Por ejemplo, una ciudad puede estar constreñida a obtener su suministro de agua de una sola fuente. En estas condiciones hay un monopolio natural, donde quien se dedique a la obtención del agua y a su purificación, es decir, a la producción de agua potable, se encuentra en una situación de ventaja que podría verse reflejada en precios altos y desproporcionados con relación a los costos de producción y distribución.
- Cuando la concentración de la actividad en una sola empresa produce una necesaria reducción en los costos, una mayor eficiencia económica, de manera que naturalmente la actividad tenderá a ser prestada por una sola empresa. En el ejemplo anterior podría haber dos o más empresas que extraigan el agua, la purifiquen y la distribuyan a los usuarios. Pero esto seria económicamente irracional (por lo menos como principio general teórico). Las necesidades de la economía de escala -en ciertos casos- tienden al monopolio económico, que no puede ser evitado, cualesquiera sean las regulaciones que se impongan.
- Cuando existen, como consecuencia de la actividad en cuestión, externalidades que no tienen por qué estar reflejadas en el análisis económico de un empresario privado. Las externalidades son costos o beneficios que inciden sobre terceros no directamente involucrados en el intercambio jurídico y económico de que se trate. La polución es una externalidad negativa; la mejora paisajística es una externalidad positiva, como nuestro edificio de Obras Sanitarias en la calle Córdoba y Riobamba, que es una belleza para la vista y un ornato arquitectónico muy valioso para la ciudad. La publicatio, se dice, disminuye las externalidades negativas e incrementa las positivas, sin tener en cuenta el costo de ellas y sin que se reflejen en el precio de la prestación, ya que el costo y el menor precio quedan distribuidos en toda la comunidad.
- Cuando es dificultoso fijar el precio de un servicio en una estricta relación de costo y beneficio empresario o, incluso, cuando no puede excluirse del uso del servicio a aquellos que no pueden pagar por él. Seguramente esto ocurre con el suministro de agua potable, con la energía eléctrica domiciliaria, con cierto tipo de medios de transporte, etc., y obviamente con otras actividades estatales que (según la tesis que

aquí se desarrollará) no pueden ser consideradas servicio público, como la defensa, la seguridad o la acción de gobierno en general.
- También existe la justificación de la publicatio con los denominados bienes de mérito, que son externalidades positivas pero vinculadas con el usuario directo, como ocurre fundamentalmente con el agua potable. Si ésta se cobrase en función de su uso (esto no excluye su medición, sino el costo debido en función, también, de su consumo) sería menos consumida, con daño a la salud del usuario y a la salud pública.

En todas estas actividades o tipo de bienes y servicios involucrados la publicatio persigue, en términos generales, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, garantizar la satisfacción de ciertas exigencias sociales cuando no se considera conveniente dejar librada a la iniciativa privada -o más exactamente, a la libertad de mercado- la actividad destinada a satisfacer esas necesidades. Como ya hemos visto, en estas técnicas garantizadoras del interés público descuellan, por la profundidad de la penetración en el sector social que debería estar reservado a la actividad de los particulares, el fenómeno empresarial estatal y el servicio publico.

SERVICIO PÚBLICO COMO CONCEPTO DIFERENCIADOR

¿Cómo diferenciar la simple actividad empresaria del Estado de aquella que se realiza para satisfacer un servicio público? Las dos actividades se cumplen bajo la forma de empresa, ambas son actividades productivas; en las dos los medios de producción son, al menos de manera determinante, de propiedad estatal. Una primera aproximación es el monopolio, de manera que una actividad empresaria estatal no será un servicio público cuando el Estado concurre o compite en la misma actividad con los particulares. Pero este monopolio debe ser jurídico, de manera que no sólo no exista de hecho un competidor estatal, sino que, de derecho, no pueda existir.

Lo expuesto supone que la titularidad de la competencia en la prestación del servicio público es estatal, lo que no ocurre si el Estado fabrica automóviles y si, en cambio, si produce y distribuye agua potable o energía eléctrica. También que tal titularidad no pueda ser compartida con los particulares, es decir se trata de una competencia exclusivamente estatal. Por ello la educación no es un servicio público, ya que el Estado concurre en su prestación con los particulares, quienes actúan a titulo propio, no en virtud de ninguna transferencia, delegación o concesión estatal, utilizando, por ahora, estos términos en un sentido genérico. Sin embargo, como ya lo señalara, la educación es una actividad que incide muy fuertemente sobre el bien común, en consecuencia se encuentra por un lado fomentada (p. ej., subsidios) y por otro regulada con normas de policía, a través de la autorización, la exigencia (y su control) de un nivel curricular mínimo, etc. ¿Por qué el Estado no la convierte en un servicio publico? Para respetar mejor la esfera de libertad de los particulares en un ámbito de acción donde tal libertad se encuentra muy comprometida, pero protegiendo, a la vez, el interés publico -también comprometido- mediante las técnicas del fomento y de la policía.

Pero veamos otras diferencias entre el servicio público y otras técnicas de gestión estatal.

La actividad de gobierno es también exclusivamente estatal, sin embargo no debe ser confundida con el servicio público, de lo contrario toda la actividad del Estado sería servicio público, con lo que el derecho administrativo retrocedería más de 50 años. El servicio público es un instituto del derecho administrativo, no es todo el derecho administrativo, simplemente porque el servicio público (si esta denominación tiene algún sentido, es decir, si no es un sinónimo de interés público) es una de las actividades del Estado, no es toda la actividad del Estado. Ya veremos que el criterio diferenciador en este punto pasa por la posibilidad de que la ejecución de la actividad (no la titularidad de la competencia) pueda ser transferida totalmente a los particulares sin afectar ninguno de los atributos esenciales del poder estatal.

El servicio público queda así como un concepto jurídico diferenciador de distintas realidades políticas del Estado y de distintos institutos del derecho administrativo.

EL SERVICIO PÚBLICO COMO ENSANCHE DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES

Debemos ser cuidadosos con los conceptos. Si bien la concesión del servicio público en beneficio de un concesionario privado en sentido amplio constituye una técnica de privatización, en si mismo el servicio público es un modo de estatización en la medida que quita, plenamente, una actividad del ámbito privado para trasladarla al ámbito público.

¿Qué quiere decir que una determinada actividad se encuentra sometida al régimen jurídico del servicio público? Quiere decir que se encuentra alcanzada por lo que la doctrina tradicional denomina "caracteres jurídicos" del servicio público: continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad, igualdad y obligatoriedad.

En la medida que observemos a estos caracteres más estrictamente, advertiremos que no lo son exclusivamente del servicio público, sino de toda la actividad estatal regida por un régimen jurídico de derecho público. Toda la actividad administrativa (en términos generales, toda la actividad del Estado) es continua, ya que no admite interrupción de ninguna especie. Por ello la limitación del derecho de huelga, la imposibilidad de la ejecución forzosa de los bienes esenciales o necesarios para el cumplimiento de la actividad en cuestión, etc. También toda la actividad administrativa es regular, es decir, sometida a reglas, que es la característica típica de la llamada "administración de legalidad", esencial para el Estado de Derecho. Lo mismo ocurre con la generalidad, ya que la actividad administrativa debe ser cumplida en beneficio de todos los administrados, conforme con las reglas pertinentes. Con especial razón también debe serle predicada la igualdad, pues ésta es una exigencia insoslayable derivada de la justicia distributiva y se encuentra expresamente establecida en el articulo 16 de la Constitución Nacional. Finalmente, lo mismo cabe señalar con respecto a la obligatoriedad, teniendo en cuenta que en el derecho administrativo el ejercicio de la competencia es obligatorio e irrenunciable, salvo que la ley habilite expresamente a una decisión discrecional para actuar o no actuar.

Estos caracteres no pertenecen al régimen jurídico del servicio publico, sino al régimen jurídico del derecho administrativo. Son propios de la actuación jurídica estatal, por ello cuando a una determinada actividad se la califica como de servicio público, dicha actividad se encuentra estatizada, en la medida que debe prestarse bajo el mismo régimen jurídico de derecho administrativo que el resto de la actuación de las administraciones públicas. Así ocurre tanto en la administración central como en las administraciones descentralizadas, incluso en las empresas comerciales o industriales de propiedad del Estado, que no prestan servicios públicos, aun cuando, sobre una base esencialmente común de derecho público, puedan ejercer los efectos de estos caracteres en forma atenuada (o inexistente, como en el caso de las limitaciones al derecho de huelga), pero siempre presentes sin agravio constitucional. Así por ejemplo, la actual limitación a la ejecución de las sentencias de condena contra las empresas estatales, cualquiera sea su naturaleza jurídica y tipo de actividad, limitación que, de no tratarse de una actividad estatal (estatizada) y de personas estatales, sería contraria a la regla de la igualdad, ya que se estaría estableciendo un privilegio de un particular sobre otros particulares sin respetar el principio de la igualdad ante la ley que, en definitiva, para determinado tipo de situaciones se encuentra establecido en la ley de concursos, al que las empresas públicas, además, no pueden acceder.

Comprender que estos caracteres son los específicos de la actividad jurídica estatal, en especial de las administraciones públicas, ayuda a comprender que la calificación de servicio público supone la estatización de la actividad así calificada, se encuentre esa actividad a cargo de un sujeto estatal o privado.

En el campo estrictamente económico, la calificación de servicio público supone, como ya dijimos, excluir a una determinada actividad de las reglas del mercado, por razones de bien público, como garantía a los usuarios, y a este fin sirven los caracteres jurídicos antes enumerados.

Por tal razón aquella calificación jurídica es un acto de extrema gravedad, que debería provenir del legislador y no de la autoridad administrativa, requisito que tendría que estar contenido en la Constitución Nacional.

PRIVATIZACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

Lo expuesto es útil para comprender el limite entre la estatización y la privatización.

Someter una actividad privada a reglas, incluso las más severas como las reglas de policía, no implica estatizar, aun cuando signifique un alto grado de intervencionismo estatal. La actividad regulada sigue siendo privada, aun cuando los limites de libertad en su desarrollo o ejecución se angosten. Una farmacia debe, entre otras reglamentaciones, permanecer abierta los días de "turno", pero ello no impide que el propietario decida cesar con su actividad en cualquier momento, ni que su empresa farmacéutica se encuentre sujeta a rescate por parte del Estado. En ciertas condiciones la farmacia puede permanecer cerrada aun en días y horas laborables, si no está de "turno". Si los medicamentos no tienen precio máximo de venta (y esa posibilidad, buena o mala, no es

exclusiva de los medicamentos, sino de cualquier producto) el farmacéutico puede venderlos a los precios que estime conveniente, y así muchos otros ejemplos que muestran que aun bajo regulaciones muy estrictas la actividad sigue siendo privada, sometida también a las reglas del mercado. La fuerza de las regulaciones en este campo puede justificar la calificación de este tipo de actividades como "servicio público impropio", calificación que no es inexacta en la medida en que nos atengamos al calificativo "impropio".

Por supuesto que un exceso en la regulación convertiría a estas actividades en servicios públicos de hecho, lo que seria cuestionable jurídicamente. Se encuentra aquí presente el límite de la razonabilidad en la regulación, que es controlable por los tribunales, en la medida que la regulación sea tan intensa que confunda la actividad con un servicio publico cuando, por el contrario, esa no sea la voluntad expresa o implícita de la autoridad competente (existe una contradicción de medios y fines), voluntad que puede advertirse por la ausencia de otros requisitos esenciales del servicio público, como la posibilidad del rescate, de la caducidad, de la reversión de bienes afectados a la prestación, del plazo, de la transferencia o delegación (por distintas figuras jurídicas) del ejercicio de la competencia estatal, datos éstos reveladores de la ausencia, precisamente, de la titularidad del Estado en el ejercicio de tal competencia. Al no ser servicio público, el exceso de regulación se tornaría abusivo por convertir a la actividad regulada en un servicio público de hecho, más allá de las razonables limitaciones impuestas por las exigencias de interés público en juego en el caso concreto.

Regular es intervenir, pero no es estatizar. No hay aquí publicatio, en cambio si la hay en el servicio público, pues el servicio publico es siempre una actividad estatal, por ello la exigencia constitucional que, como aspiración, mencionara anteriormente.

Inversamente, desregular no es, estrictamente, privatizar, aunque ayude al mejor desempeño de la actividad privada. Privatizar es transmitir la titularidad de los medios de producción o de la competencia para ejercer una determinada actividad del sector público al privado.

Se privatiza cuando la actividad, o la competencia para ejercerla, dejan de ser públicas, de ahí que la privatización propiamente dicha consista en la venta de empresas o activos públicos. Sin embargo no es erróneo -y así lo ha hecho el legislador en nuestro país- tratar bajo la figura gene rica de la privatización ciertas formas de transferencia de responsabilidad en la gestión de actividades estatales a manos privadas. No es una privatización absoluta, si en cambio relativa, ya que lo que se privatiza es la gestión de la actividad, lo que siempre supone una disminución en el gasto estatal, un aliciente para la innovación tecnológica, un incentivo para la mayor eficiencia; alicientes e incentivos que vienen de la mano con la iniciativa privada y el ánimo de lucro.

La ley 23.696 es un ejemplo de lo que estamos afirmando. Así, bajo la exigencia común de que, para habilitar el procedimiento de privatización, el Congreso defina por ley, o más exactamente, califique legalmente a una determinada empresa o actividad como sujeta a privatización (según lo dispone el art. 8°) en el artículo 11 se aclara que tal habilitación faculta al Poder Ejecutivo "para proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo". En realidad en el citado artículo 11 no se está diferenciando

estrictamente a la privatización de la concesión, interpretación que se fortifica en la medida que dicha norma sea leída en conjunto con el artículo 17, que enumera las "modalidades" de la privatización: "Las privatizaciones reguladas por esta ley podrán materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin que esta enumeración pueda considerarse taxativa: 1) venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada; 2) venta de acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento; 3) locación con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el valor del precio de venta; 4) administración con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el valor del precio de su venta; 5) concesión, licencia o permiso". Es importante también remarcar que la ley prevé la utilización combinada de estas modalidades. Así, por ejemplo, puede utilizarse la figura de la privatización propiamente dicha en combinación con la concesión, como lo autoriza el anexo de la ley para el caso, entre otros, de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel). Allí se identifica a la empresa -ENTel- y se aclara que se podrá utilizar la modalidad de la "privatización" (obviamente aquí el legislador se está refiriendo a cualquiera de las dos primeras modalidades del articulo 17) y/o de la "concesión", es decir, la venta de acciones o de activos empresarios y la concesión para desarrollar la actividad.

¿Por qué razón la "concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras" (como dice el art. 11 de la ley) es una modalidad de la privatización?

En estas figuras concesionales (ya veremos la razón de utilizar el plural) el Estado mantiene para si la titularidad de la competencia en la prestación de la actividad. Desde esta perspectiva, la actividad continúa perteneciendo al sector público, sometida al régimen garantístico que justifica dicha pertenencia. Pero la gestión concreta de tal actividad pasa a manos privadas, a la titularidad de los particulares, quienes, si bien deben actuar siempre según las condiciones -más amplias o más estrechas, según los casos- de la transferencia, dentro de ese marco mantienen un ámbito de libertad y de iniciativa, actúan a su propio riesgo y, como todo emprendimiento empresario, basan el desarrollo de ese emprendimiento en la relación costos-beneficios. Incluso el propio riesgo empresario, debe suponerse, fue planteado tomando en cuenta los costos de las condiciones de la transferencia y su incidencia sobre el resultado empresario. Es decir, la existencia de condiciones de ejecución del servicio predeterminadas por la Administración Pública en el acto de transferencia de manera alguna pueden interpretarse como excluyentes del riesgo comercial empresario, habida cuenta que se trata de condiciones que debieron ser valoradas por el particular en el momento de ofertar en el procedimiento de selección contractual respectivo.

El caso más singular en este aspecto del análisis se encuentra en la "privatización" de obras por la modalidad de la concesión. Se trata de la concesión de obra pública donde, sin duda, la obra continúa de propiedad del Estado, incluso en la mayoría de los casos (por lo menos en los casos más usuales de obras viales), la obra, en si misma, pertenecerá al dominio público. El particular concesionario-constructor (aunque estas figuras pueden estar diferenciadas, lo que no es habitual en nuestro medio) parece estar efectuando sólo un negocio financiero, unido al constructivo. ¿Por qué, entonces, hablar de privatización? En realidad se está privatizando, fundamentalmente, la financiación de la obra, su estructura presupuestaria, que deja así de pesar sobre el Tesoro nacional. Más importante

aún, se está privatizando el riesgo de la obra. En el contrato de obra publica tradicional, el riesgo se encuentra ubicado en el comitente estatal, a través del régimen de variación de precios; de gastos improductivos directos e indirectos frente a eventuales paralizaciones o disminuciones del ritmo de los trabajos; por las llamadas "dificultades materiales imprevistas"; por la ubicación especial del riesgo del caso fortuito, etc. Todo esto -salvo supuestos de excepción pasa, en la concesión de obra pública, a estar ubicado en cabeza del concesionario. Así, lo esencial en este contrato es el denominado "plan económico-financiero" que supone, también, un análisis de la rentabilidad de obra, cuestión normalmente ajena en la valoración estatal. Es decir, si la obra goza de "rentabilidad de explotación" parece indicado ejecutarla bajo el sistema de la concesión de obra publica, porque éste implica un aprovechamiento máximo de tal rentabilidad y por tanto la posibilidad de un traslado máximo del riesgo en cabeza del empresario. También con la concesión de obra se "privatiza" la gestión en la ejecución, con un menor costo estatal en servicios administrativos afectados a esa construcción e, igualmente, se "privatiza" la explotación de la obra y su mantenimiento. Quien debe mantener la obra en las condiciones pactadas durante doce años (que es el termino por el cual se han concedido los denominados corredores viales") va a tener un especial cuidado en lograr que las inversiones originales efectuadas tengan su mejor rendimiento (por lo menos así evitará una mayor incidencia de los gastos generales, aun cuando el costo directo no sea sustancialmente inferior) a través de la calidad de la primera inversión hecha. Por lo mismo, el concesionario tratará de evitar los factores externos de deterioro, fundamentalmente por el exceso de carga, que es el enemigo número uno de la conservación vial. Es decir, habrá un mejor aprovechamiento social de la inversión hecha, aprovechamiento que es una consecuencia directa de su incidencia sobre el riesgo empresario, es decir de la "privatización" de la obra.

PRIVATIZACIÓN POR DELEGACIÓN DE ACTIVIDADES

Antes utilicé la expresión "privatización mediante el uso de figuras concesionales". En realidad se trata de un conjunto de figuras jurídicas con modalidades diferentes, pero que tienen en común el hecho de la transferencia del sector público al privado (de la Administración a un particular o administrado) del ejercicio de la competencia que la Administración tiene con relación a determinada actividad en virtud de la titularidad que supone la publicatio.

La transferencia de la competencia en si misma (de su titularidad) es una dejación, un cese de la responsabilidad que tal competencia supone. En este caso la transferencia de la competencia es un supuesto de privatización plena o absoluta. En cambio si la transferencia sólo se refiere al ejercicio de la competencia, no a su titularidad, estamos frente a la privatización relativa, a los casos que el legislador de la ley 23.696 previó en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 17. Esta transferencia del ejercicio de la competencia se denomina (en la doctrina iusadministrativa) delegación. Tuve ocasión de estudiar el tema hace ya mas de diez años, denominando a este fenómeno de delegación de un órgano o ente público en beneficio de un administrado, como delegación transestructural de cometidos. Es decir, se trata de una verdadera delegación ("desprendimiento de un

deber funcional", la califica el Dr. MARIENHOFF) con los efectos que enseguida veremos, que sale fuera de la estructura de la Administración Pública, del sector publico en general, por eso el nombre de transestructural. Lo que se delega son determinados cometidos confiados a la Administración en virtud del fenómeno de la publicatio.

En esta especie de la figura de la delegación se presentan dos tipos de relaciones: las que vinculan al delegante (Administración Pública) con el delegado (particular) y las que vinculan al delegado o al delegante con los terceros.

En el primer caso, las notas que caracterizan al instituto son las siguientes:

- La delegación deberá encontrarse autorizada por una norma expresa que, en el caso, es de jerarquía legal, mediante la declaración de "sujeta a privatización" que efectúa el Congreso, conforme a lo ya analizado.
- Sobre la base de esa norma expresa, el acto de delegación (puede ser un contrato, o un acto administrativo bilateral en su formación y en sus efectos, o sólo en sus efectos, aunque esta es una posibilidad infrecuente) deberá precisar estrictamente los alcances de la delegación, su núcleo central. Así se fijarán las condiciones básicas en las que el delegado realizará la actividad, modalidades de prestación, inversiones mínimas, régimen tarifario o de precios, etcétera.
- El delegante podrá retomar el cometido delegado, ya sea discrecionalmente (rescate y caducidad) o ejerciendo competencias regladas, como en el supuesto de la revocación por incumplimientos del delegado, sin perjuicio de la recuperación del cometido por la extinción normal de los efectos de la relación de delegación, por extinción del objeto, transcurso del plazo u otras modalidades pactadas o establecidas. En el supuesto de rescate, naturalmente deberá existir la debida indemnización al delegado, e incluso en el supuesto de revocación, con relación a la devolución de las inversiones efectuadas y no amortizadas.
- En cualquier caso deberá existir una metodología de reversión de los bienes afectados al núcleo central de la delegación, con su incidencia económica.
- Control por el delegante de la gestión del delegado, en particular sobre el núcleo central de la delegación.
- Régimen jurídico de derecho público para tratar la relación delegante-delegado, con aplicación del modelo o sistema denominado "exorbitante", aplicación del procedimiento recursivo administrativo contra los actos del delegante (que siempre serán actos administrativos) y proceso y jurisdicción contenciosoadministrativa.

Otro grupo de relaciones jurídicas se establecen entre el delegado y los terceros, es decir, en lo que aquí interesa, los usuarios de servicio o de la obra. En este punto es necesario distinguir entre el núcleo central de la delegación y las otras actividades que el delegado pueda desarrollar, las que, aunque eventualmente vinculadas o accesorias con aquel núcleo central, no constituyen estrictamente el objeto de la delegación. Con respecto a las primeras la situación del tercero administrado no debe variar de la que le correspondería si la delegación no se hubiese efectuado. Recordemos que la publicatio tiene una finalidad de garantía en beneficio de los administrados y que la delegación, estrictamente, no significa un abandono de la publicatio. Por consiguiente, el cambio del sujeto prestador de la actividad (de delegante a delegado) no debe importar para el tercero una modificación de su status garantizado, que, como vimos, se plasma en relaciones jurídicas regidas por el derecho público, administrativo en la especie. Por supuesto que el legislador o, incluso, la Administración Pública a través del acto de

delegación puede establecer excepciones a la regla antes enunciada, siempre que tales excepciones se encuentren razonablemente ordenadas a facilitar el ejercicio de la actividad del delegado y no signifiquen una modificación sustancial en la situación del tercero. Hay aquí un criterio de decisión para la autoridad legislativa o administrativa (y también un criterio de interpretación para los tribunales) basado en la relación medios a fines y también costo a beneficio. La excepción, a la que podemos denominar regla de derecho público, debe ser un medio apto y necesario o conducente para facilitar el cumplimiento de la actividad delegada (de lo contrario la excepción no se justifica) y, a la vez, la excepción a la regla de derecho público no debe significar para el tercero un sacrificio excesivo (costo) de su situación garantizada frente al beneficio que se busca obtener con la excepción. De todas formas, la presencia del delegado -persona privada- no es indiferente para la calificación de las relaciones jurídicas que aquel establecerá con los terceros administrados, en particular con los usuarios de la obra o servicio. Lo natural es que las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado se rijan por el derecho privado. Por ello, mediando delegación transestructural de cometidos, la regla de derecho público será de aplicación restrictiva: sólo con relación a aquello que incida directa e inmediatamente con el núcleo de la delegación y en la medida que afecte a las situaciones jurídicas garantizadas en favor de los usuarios.

Así entonces:
- Las relaciones entre el delegado y los usuarios, en la medida estricta de la delegación, serán regidas por el derecho administrativo. Esto significa que el delegado deberá respetar los caracteres jurídicos de la actividad administrativa que ya enunciáramos antes: continuidad, igualdad, regularidad, generalidad, uniformidad, obligatoriedad
- Por el contrario, las relaciones que no afecten al núcleo central de la delegación quedarán regidas por el derecho privado.

Lo expuesto tiene también los mismos efectos en las relaciones entre delegante y terceros administrados. Fundamentalmente:
- Derecho del administrado de recurrir ante el delegante de los actos del delegado, siempre que estos sean emitidos en el marco, o sean susceptibles de afectar el núcleo central de la delegación.
- Derecho del administrado de responsabilizar al delegante por los actos u omisiones del delegado que afecten el núcleo central de la delegación.

Otra vez aquí se encuentra presente la "regla de derecho publico", con las excepciones razonables que pueda imponer el legislador o, en un ámbito más estrecho, la misma autoridad delegante. Es que si no se quisiera este régimen jurídico, o si este fuese absolutamente inconveniente para el programa privatizador, la modalidad de privatización elegida debería ser otra, la total privatización, por la venta de la empresa, de su paquete accionario o de sus activos, con renuncia por parte del Estado a la publicatio. Naturalmente esta decisión supone que ya no se considera más a la actividad en cuestión como susceptible de afectar directa e inmediatamente el bien común, o, visto desde otra perspectiva, que ya no es necesario garantizar de manera especial la situación de los administrados. En este caso, la técnica será, o deberá ser, la de la privatización absoluta, sin perjuicio de sujetar la actividad a regulaciones de policía, pero sin alterar básicamente la libertad de mercado.

Volviendo al servicio público, si lo expuesto hasta ahora es acertado, su régimen jurídico

no califica en realidad a la actividad realizada por las administraciones públicas, por cuanto toda la actividad de las administraciones públicas exhibe los mismos caracteres jurídicos, es decir, se encuentra sujeta al mismo régimen jurídico. La utilidad de la noción de servicio público aparece cuando la actividad, en un régimen de delegación, es prestada por un particular, porque con respecto a él si tiene interés destacar aquellos caracteres jurídicos. En consecuencia, según lo afirmara en un articulo publicado hace ya diez años, el servicio público es el régimen jurídico de la concesión de servicio público. No se trata de una afirmación tautológica, simplemente se quiere significar que el concepto jurídico de servicio publico debe ser estudiado desde la perspectiva de su ejercicio por el particular concesionario, más que como un régimen jurídico regulador de una de las modalidades de prestación directa por parte de las administraciones públicas, que, en su relación con los usuarios, siempre estarán alcanzadas por el sistema de prerrogativas y garantías caracterizantes del modelo de relación jurídica de derecho público denominada comúnmente "régimen jurídico exorbitante".

En síntesis: 1) el servicio publico es un instrumento jurídico idóneo para garantizar ciertas prestaciones en favor de la comunidad; 2) el elemento subjetivo es irrenunciable en orden a la calificación de una actividad como servicio público (publicatio o titularidad por parte del Estado-Administración Pública); 3) las nociones exclusivamente objetivas de servicio público (por el tipo de actividad) son insuficientes; 4) el servicio público, entonces, se especifica como una disciplina cualificante en cuanto elemento garantístico en el interés de los beneficiarios o usuarios y, por tanto, cualificante de la actividad de los particulares en un régimen de delegación por parte de la Administración delegante.

LA SITUACIÓN EN LA PRACTICA

Resulta evidente que un programa profundo de privatizaciones deberá tender a disminuir la incidencia del concepto de servicio público en beneficio de la actividad meramente reglamentada y, en un segundo paso, disminuir la incidencia de la reglamentación en orden a arribar a modalidades más perfectas del libre juego del mercado en la actividad de que se trate. Por supuesto que esto no se podrá lograr en todas las áreas, por lo menos de inmediato. Pero lo cierto es que los adelantos tecnológicos pueden ayudar a que muchas actividades tradicionalmente calificadas como servicio publico puedan ser hoy prestadas bajo formas de libertad, con regulaciones cada vez menos intensas, sin daño al interés público.

Esta es la intención del legislador en la ley 23.696 (un verdadero programa de privatizaciones) y en sus actos de aplicación, durante la breve pero intensa vigencia desde agosto de 1989.

Tal experiencia practica muestra que se ha buscado establecer un ámbito estricto de protección al usuario -el núcleo central del servicio- y otro librado a la iniciativa empresaria, mucho más amplio cuanto más alejado se encuentre de aquel núcleo central.

Así aparece regulado, por ejemplo, en el caso del servicio telefónico, de acuerdo con el plan de privatización que, siguiendo lo dispuesto en la ley 23.696, han regulado los decretos 731/89 y 59/90. Conforme con estas reglamentaciones, el régimen del servicio

telefónico fue dividido en dos grandes categorías: a) servicios en competencia, que son los que representan "valor agregado" ampliado, de información, de procesamiento de datos, de telefonía móvil de todo aquello que no quede definido como "servicio básico". Los servicios en competencia, establece la reglamentación, "serán prestados o provistos en un régimen de competencia abierta, sin exclusividad ni división en regiones"; b) servicios básicos, o, en la terminología aquí utilizada, el núcleo central de la delegación, los que fueron definidos como los correspondientes a "la provisión de los enlaces fijos de telecomunicaciones que forman parte de la red telefónica pública o que están conectados a dicha red y la provisión por esos medios del servicio de telefonía urbana, interurbana e internacional de voz viva Esta categoría goza de un régimen de monopolio relativo, tanto por la división del servicio en dos regiones adjudicadas a dos empresas distintas, como por razón del tiempo, ya que la exclusividad en cada región está otorgada por un plazo en principio de siete años, que pueden llegar hasta diez si "las licenciatarias cumplieran con exceso las metas básicas fijadas en el pliego de condiciones", según lo dispone la reglamentación comentada.

El decreto 1185/90 establece el régimen jurídico básico para la prestación del servicio telefónico. Por el citado decreto se crea la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con el cometido de regulación administrativa y de contralor en materia de telecomunicaciones, con excepción de la radiodifusión. Entre dichos cometidos se destaca el de "asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios y promover el carácter universal del Servicio Básico Telefónico a precios justos y razonables, así como la competencia leal y efectiva en la prestación de aquellos servicios que no estén sujetos a un régimen de exclusividad" (art. 8°) Como se ve la norma tiene dos partes: la primera referida al núcleo central del servicio, donde deben respetarse los clásicos caracteres jurídicos del servicio público; la segunda parte está referida a los servicios en competencia, sobre el cual sólo prevé una regulación adecuada y razonable para garantizar la actividad empresaria y la prestación a los usuarios en un régimen de leal y efectiva competencia.

No pretendo aquí adelantar opinión sobre la naturaleza jurídica de la actual modalidad de prestación del servicio telefónico, cuestión que merece un mayor y especifico análisis. Pero lo cierto es que la tendencia es hacia la mayor libertad en la prestación, por consiguiente a un alejamiento del régimen jurídico del servicio público. Esto se nota en el capitulo IV del decreto comentado que dispone (obviamente para el futuro, pues el decreto es posterior a la privatización de ENTel y a la adjudicación del servicio a sus nuevos responsables) que la prestación del servicio de telecomunicaciones estará sujeta al otorgamiento, según los casos, de licencia, autorización o permiso. Es decir, se elimina la clásica figura de la concesión para sustituirla por la licencia, que puede interpretarse como el tipo jurídico genérico, mientras que la autorización y el permiso son los medios específicos de otorgamiento de la licencia. La autorización es una licencia plena en un régimen que crea efectivos derechos subjetivos en el licenciatario, expidiéndose sin término de vigencia (ésta es una notable diferencia con el régimen habitual del servicio publico) aunque con la obligación de realizar una adecuación de las condiciones técnicas de prestación del servicio por lo menos cada cinco años. El permiso es sustitutivo, por razones circunstanciales, de la autorización, pero con carácter precario o provisional, cuestión que queda sometida a la decisión de la autoridad administrativa, tal como lo establece el articulo 21 del decreto 1185/90: "cuando ello sea necesario para coordinar la entrada en servicio de diversos titulares, debiendo en tal caso constar expresamente ese

carácter".

Un aspecto importante de destacar, por su incidencia en la relación delegante-terceros usuarios, es el reglamento aprobado por decreto 182/91, relativo al régimen de reclamaciones del usuario ante el delegado (por problemas de mal funcionamiento del servicio o defectos en la facturación), con plazos breves para su satisfacción y con una instancia ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para los supuestos de incumplimientos por parte de (según las denomina la norma) las licenciatarias, "a los efectos de la aplicación de las sanciones previstas en las normas vigentes" (art. 60).

También resulta útil una siquiera muy rápida referencia a algunos de los importantes procesos de privatización -con especial empleo de la modalidad de la concesión de servicio publico- que hoy se encuentran en elaboración.

Así el proyecto de ley que conforma el marco regulatorio para el subsector eléctrico. Interesa destacar que el proyecto prevé la distinción del subsector en tres áreas: generación, transporte y distribución.

La generación queda abierta a la libre competencia, aunque regulada, mientras que el transporte y la distribución se encuentran expresamente calificados por el artículo 1° del proyecto como "servicio publico". Cabe aclarar que la generación de fuente hidroeléctrica continúa bajo el régimen de concesiones de la ley 15.336, lo que permitirá, quizás, interpretarlo también como servicio público.

En el proyecto se destacan las normas de protección a los usuarios, estableciendo en tal sentido principios y orientaciones que deberán ser respetados por el Ente Nacional Regulador (creado por el proyecto), en quien se delega la actividad reguladora en concreto, así como también el control, la audiencia de los usuarios y otros interesados, la función de arbitraje de todo tipo de conflicto "con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad" (art. 72), es decir, de cuestiones que afectan al núcleo central del servicio público, aun cuando esta jurisdicción arbitral obligatoria parece extendida a la generación, cuando la disputa pueda afectar al suministro de la energía.

Nos encontramos frente a los primeros pasos en el desarrollo de un nuevo sector del derecho administrativo, el "derecho de las privatizaciones", donde sin duda el régimen del servicio público ocupará, durante un tiempo relativamente prolongado, un papel muy especial, para dar lugar luego al "derecho administrativo de las reglamentaciones", que obligará a redefinir conceptos como el de actividad discrecional y reglada, su control judicial, derecho subjetivo, adjudicaciones derivadas de la actividad reglamentaria, etc. Son los primeros pasos pero, felizmente, bastante seguros y efectivos.

NOTA PRELIMINAR

Cuando nos propusimos la redacción de estas páginas, nos preocupamos en delinear (confío en que hayamos sido fieles a dicho propósito) algunas ideas en torno a este novísimo mecanismo de transferencia a la esfera de los particulares de determinados cometidos públicos.

Sin pretender agotar toda la infinita gama de posibilidades que se abren por aplicación de las figuras concesionales en materia de ejecución de obras y prestación de servicios públicos, y más precisamente a través de la acción de los particulares a cuya instancia se inician los procedimientos de otorgamiento correspondientes, se han querido mostrar algunas particularidades que el mismo presenta a partir de la experiencia recogida a poco más de dos años de ser sancionada la Ley de Reforma del Estado 23.696.

Estamos absolutamente convencidos, y así hemos querido ponerlo en evidencia a través de este libro, que el instituto de la iniciativa privada le permite al Estado, a no dudarlo, encauzar un sinnúmero de actividades públicas posibles de ser llevadas a cabo bajo la forma del contrato administrativo de concesión y le permite hacerlo descargando actividad materialmente administrativa, con el consiguiente ahorro de fondos públicos.

Es más aún, ahora que hemos redescubierto esa inmensa fuerza creadora que encierra la acción de los particulares, es dable afirmar que no existe razón jurídica de peso suficiente que impida sostener que el nuevo instrumento jurídico consagrado por la ley 17.520 podría ampliarse al campo de todas las otras modalidades de privatización previstas en el artículo 17 de la citada Ley de Reforma del Estado.

Sostener que el mecanismo de la iniciativa privada aquí estudiado es por su misma esencia sinónimo de eficiencia, es una afirmación tan dogmática como predicar lo contrario de la iniciativa pública. Ni una cosa ni la otra subsistirían o tendrían razón de ser sin el impulso de ka fuerza creadora del hombre, principio y fin de todas las cosas. Sin embargo, esa fuerza creadora sólo será posible de recrearse y expandirse cuando el hombre tenga conciencia de su infinita capacidad de crear y el derecho la proteja suficientemente, promoviendo al mismo tiempo su ejercicio.

EL AUTOR

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo dedicamos unas páginas a las modificaciones de la Ley de Concesión de Obra Pública 17.520, por su similar 23.696, correctamente nominada de Reforma del Estado, o más popularmente y con justicia, "Ley Dromi"[1].

Decíamos entonces que un profundo proceso de cambio se estaba produciendo en la sociedad argentina y que ese proceso se veía acompañado, necesariamente, con una sustantiva modificación en las instituciones jurídicas que gobiernan la sociedad.

Lo dicho no es sino el resultado de la plena vigencia, nuevamente entre nosotros (lo repetiremos hasta el cansancio), del principio del Estado subsidiario, por el cual la competencia estatal alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares no pueda o no deba desarrollarse.

En esta ocasión, nos interesa destacar el papel que juega la iniciativa privada en la implementación de tal principio ordenador de la conducta estatal. De tal modo, es importante destacar que en el marco de la legislación vigente la ley 23.696 pone en "vigencia", en relación al contrato de concesión de obra pública, la iniciativa de los particulares como instrumento idóneo para el desarrollo de actividades de interés público.

Es a esa manera de participación privada y a su debida protección legal a la que nos interesa referirnos en la ocasión, es decir, a aquella que pone en movimiento las estructuras burocráticas con el propósito de que una determinada actividad de interés de la comunidad se desarrolle en el marco jurídico consagrado por la ley 17.520.

La experiencia vivida en estos últimos tiempos demuestra que la nueva legislación cumple con los fines propuestos, toda vez que la gama de actividades que pueden ser llevadas a cabo bajo la figura del contrato administrativo de concesión de obra pública mediante el régimen de peaje o tarifas, es rica en contenido. Saneamiento, puertos, caminos, energía, etc., son sólo algunas de las posibilidades de desarrollo del instituto examinado, sea que se trate de la construcción de obras nuevas o del mantenimiento, ampliación y remodelación de las ya construidas.

A efectos de mejor caracterizar y comprender, desde el plano jurídico, el proceso en marcha y fundamentalmente la importancia del instituto contractual de la concesión, nos parece de capital importancia traer a colación algunos conceptos vertidos por Prosper Weil[2], cuando afirma que la Administración ya no está solamente en la administración: "... En efecto -dice dicho autor-, la acción administrativa ha desbordado el marco de las personas públicas propiamente dichas y, más allá de los establecimientos públicos más descentralizados, integra en la actualidad a personas privadas".

---

[1] Análisis de algunas de las modificaciones introducidas a la ley de concesión de obra pública (A propósito de la ley de reforma del Estado), LL, 1990-B, 1130

[2] Weil, Prosper, Derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1986, ps. 73 y ss.

El autor comienza a configurar así el concepto del concesionario de servicio público, afirmando, a su vez, que "... ya ha mediados del siglo XIX la Administración confiaba la ejecución de servicios públicos de carácter técnico a empresarios privados a los que estimaba mejor equipados para cumplirlos de manera satisfactoria. Tal es el origen de la fórmula de la concesión de servicio público, a través de la cual una colectividad pública, mediando un convenio, encarga a un particular el cumplimiento de un servicio público asumiendo los riesgos y peligros que son inherentes y remunerándose con el precio pagado por los usuarios. La fórmula de la concesión -remata luego- ha experimentado, por otra parte, una profunda evolución, inversa en cierto modo a la del establecimiento público: mientras el establecimiento público se ha aproximado a las personas privadas, la concesión se ha ido integrando en la Administración"[3].

Lo dicho, en este aspecto (esto es, la presencia de los particulares colaborando con la Administración en la gestión de cometidos públicos), es absolutamente trasladable al ámbito dela concesión de obra pública, donde también la actividad prestacional de los particulares es de la esencia del citado contrato administrativo.

Por lo demás, la misma palabra concesión indica que la Administración desgaja de su seno alguna facultad, derecho, poder en fin, que entrega a otro sujeto[4].

[3] Weil, Prosper, ob. cit.
[4] García Trevijano Fos, José Antonio, Los actos administrativos, Civitas, Madrid, 1986, p. 238.

CAPÍTULO II

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y LA NUEVA LEGISLACIÓN

A) Concesión de obra pública sobre obras preexistentes

1. LA CUESTIÓN EN LA LEY 17.520

Hasta la sanción de la Ley de Reforma del Estado 23.696, una de las discusiones que planteaba la aplicación de la ley 17.520 en el orden nacional consistía en determinar si podían otorgarse concesiones cobre obras públicas preexistentes o, dicho en otros términos, cuya construcción había sido financiada mediante la aplicación de tributos recaudados con fines específicos o sin ello (vgr. combustibles, lubricantes, etc., para la construcción de caminos), o si, por el contrario, la modalidad del peaje sólo era factible de ser utilizada para el caso de construcción de obras nuevas.

Tal divergencia era absolutamente trasladable, en principio, al ámbito de aquellas provincias que hubieran dictado leyes de concesión que siguieran las aguas de la anterior ley 17.520.

Con la sanción de la ley 23.696 se produce una profunda modificación de las normas que rigen el contrato administrativo de concesión de obra pública, desde que ahora, sin duda alguna, es posible que la Administración Pública concedente celebre concesiones sobre obras ya construidas, con el solo objeto de proveer a su conservación, remodelación y explotación comercial, sin que por ello deba considerárselas subvencionadas, al punto que el producido de las mismas puede ser afectado a la construcción, conservación, etc., de otras obras, aun cuando estas últimas no necesariamente deben conllevar el sistema de la concesión (cf. art. 57 de la reglamentación aprobada por decreto 1105/89).

En rigor de verdad, la mencionada ley 17.520 (antes de su reforma) no impedía de modo alguno el otorgamiento de concesiones sobre tales obras preexistentes, toda vez que su artículo 1° establecía expresamente que dichos contratos podían tener por objeto la construcción, conservación o la explotación de una obra pública.

Tal como lo destaca Guillermo Fanelli Evans[5], en el caso de una concesión sobre una obra existente, la misma tendrá por objeto la modificación, conservación, mejoramiento, etc., de lo ya construido. “No advertimos inconveniente alguno en que así ocurra -continúa diciendo- ya que en esto supuestos el objeto de la concesión de obra o trabajo público sería impracticable si no existiera una obra preexistente”[6].

2. LOS CRITERIOS DE APROXIMACIÓN. LOS CONCEPTOS

[5] Fanelli Evans, Guillermo E., La concesión de obra pública, Ciencias de la Administración, p. 19.

[6] Fanelli Evans, Guillermo E., ob. cit., p. 20.

DE TRABAJO PÚBLICO Y DE LA DELEGACIÓN TRANSESTRUCTURAL DE COMETIDOS

En una ocasión anterior[7] tuvimos oportunidad de sostener que, quizá, si la discusión se hubiera planteado desde otro plano, las dudas (antes de la reforma, me refiero) podrían haberse disipado respecto de aquellos que sostenían la tesis contraria a la explicitada en el texto. En efecto, la solución desde nuestro punto de vista venía dada a través de la distinción de las nociones de trabajo público y obra pública.

En tanto el primero representa un conjunto de operaciones técnicas y jurídicas para obtener como resultado la segunda, ésta es justamente el objeto terminado de ese conjunto de operaciones técnicas y jurídicas[8].

Desde la óptica de este distingo puede afirmarse que la obra pública, como tal, no tiene (al menos en el orden nacional) un régimen jurídico específico más allá del que le pudiera corresponder en virtud de ser o constituirse en un bien del dominio público del Estado. De tal suerte, la ley 13.064, a pesar de que en su artículo 1° defina a la obra pública, regula, en rigor de verdad, el contrato administrativo de obra pública como un modo que la Administración posee a su alcance para obtener dicho resultado final.

De manera análoga, cuando nos referimos a la facultad que la ley le asigna al Poder Ejecutivo Nacional para otorgar, a favor de un particular una concesión de obra pública a ser financiada mediante el sistema de tarifas o peaje, nos estamos refiriendo al contrato administrativo de concesión de obra pública.

Una parte de la doctrina afirma que para destacar la diferencia entre los conceptos de trabajo público y obra pública puede señalarse que el trabajo público (aquel conjunto de operaciones al que hacíamos mención) puede no crear una res nova, sino sólo conservar o modificar una obra pública ya existente.

Ahora bien, partiendo de este primer y necesario distingo cabe interrogarse sobre cuáles son las diferencias esenciales que existen entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública. Desde la perspectiva de la delegación transestructural de cometidos nosotros no encontramos más que dos.

Por una parte, la presencia de un sujeto delegado de la Administración en el caso de la concesión, y por ende diferenciado de ésta, y por la otra, el mecanismo de financiamiento o régimen de pago -para ser más estrictos- del precio del trabajo público de que se trate, que la Administración incorpora a la esfera de sus bienes que, en un caso (la concesión), será abonado exclusivamente por los particulares usuarios de la obra, y en el otro (contrato de obra pública) por la Administración contratante es decir, por la totalidad de la comunidad, haga o no utilización directa de la obra. Las apreciaciones del texto merecen una mayor explicación.

Sin perjuicio de lo que se expresa más adelante sobre el particular (var infra, Cap. IV), conviene aclarar que si el Estado considera que una determinada actividad resulta de

[7] Ver del autor de este trabajo: "La concesión vial", en la obra del Dr. José R. Dormí, Reforma del Estado y privatizaciones, t. 3, ps. 366 y ss.
[8] Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, ábaco, Buenos Aires, 1984, t. 1, p. 64.

interés público -y por lo tanto integra el bien común- dicha actividad se encuentra comprendida dentro de la esfera de competencia estatal. Ahora bien, por aplicación del principio de subsidiariedad que caracteriza al bien común, el Estado puede que considere que dicha actividad debe ser ejercida por los particulares. Por consiguiente, en tal caso el Estado puede ser que transfiera el ejercicio de dicho cometido a favor de un sujeto privado, sin renunciar a la titularidad del mismo[9].

Se opera de tal suerte una verdadera delegación que trasciende la estructura de la Administración Pública delegante, para recaer en una estructura extraña, diferente de ella misma y de naturaleza estrictamente privada. Por tal motivo, Barra la denomina delegación transestructural de cometidos.

Consecuentemente, y desde la perspectiva de tal delegación, ningún otro distingo cabe efectuar -a mi juicio- entre la realización de un trabajo público que, o bien puede tener como resultado final la realización de una cosa nueva, o bien la modificación, conservación o mantenimiento de una obra pública preexistente.

A su vez, dicho trabajo público puede ser efectuado por la Administración a través de la celebración de un contrato de obra pública, o bien por el delegado de ésta que toma la figura de concesionario, a través de la celebración de un contrato administrativo de concesión de obra pública.

Dicho de otra manera, porque la Administración (antes de la reforma de la ley 23.696, me refiero) podía celebrar un contrato de obra pública para ejecutar trabajos de modificación, conservación, mantenimiento, etc., y no podía, en cambio, otorgar una concesión con idéntico propósito, al amparo de la legislación consagrada por la ley 17.520, máxime teniendo en cuenta los amplios términos en los cuales se encontraba concebido el objeto de dicho negocio jurídico (cf. art. 1°, ley 17.520).

En tal sentido, y a partir de la sanción de la ley 23.696, no pueden caber dudas sobre tal posibilidad.

3. LA CUESTIÓN EN LA LEY DE REFORMA DEL ESTADO 23.696

El artículo 58 de la ley 23.696 ha procedido a incorporar al texto del artículo 1° de la ley 17.520 el siguiente párrafo: "Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económica financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario."

[9] Barra, Rodolfo C., Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 247.

En tales casos, la norma en comentario dispone que "... La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva".

De los textos legales supra transcriptos, se concluye en que la ley 17.520 de concesión de obra pública permite, ahora sin lugar a duda alguna, que los particulares colaboren con el Estado -gestor y distribuidor del bien común- en la conservación y explotación de obras públicas ya existentes a través del cobro de tarifas o de peaje.

4. EL PEAJE. UNA CORRECTA CARACTERIZACIÓN

En relación a esto último, Marienhoff afirma que el peaje es la contribución o pago que el concesionario de la obra pública tiene derecho a exigir a los administrados que utilizan la obra[10].

Esta conceptualización del peaje, en opinión de Barra[11], no es totalmente inexacta, pues con el peaje se compensa, en principio, el costo de la obra y sus gastos de explotación y mantenimiento. Sin embargo, a través del peaje se paga a los inversores y prestamistas que adelantaron los fondos que el concesionario destinó a la ejecución de los trabajos. En realidad, entonces, el concesionario ya percibió la casi totalidad de su remuneración durante la ejecución de la obra, es decir, con anterioridad a los ingresos por peaje, difiriendo sólo, y según los casos, al momento de la explotación de esa obra, la percepción de su beneficio empresario, con más el reembolso por los gastos de explotación y mantenimiento.

Conviene aclarar que el peaje no debe ser caracterizado como un gravamen a la circulación de personas, bienes y servicios. "El peaje -afirma el autor citado precedentemente- no es el precio por la utilización de la obra, se encuentre ésta concedida o no. Es una tasa o contribución especial, es decir que posee naturaleza tributaria, que en cualquier caso tiene como destino preciso el integrar (exclusivamente o no) los fondos destinados a solventar, ya sea la construcción de la obra y/o sus gastos de conservación"[12].

Tal caracterización del peaje ha sido incorporada a los pliegos que rigieron el traspaso de la actividad privada de 10.000 km de rutas nacionales, mediante el régimen de la concesión de obra pública, con el propósito de llevar adelante la remodelación, conservación y mejoramiento de la red vial nacional, de acuerdo a lo dispuesto por el decreto 823/89 del Poder Ejecutivo Nacional que fuera dictado en cumplimiento de las competencias asignadas por la ley 23.696 de Reforma del Estado[13].

[10] Marienhoff, Miguel S., Tratado …, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t, III-B, p. 531.
[11] Barra, Rodolfo C., Contrato ..., Ábaco, Buenos Aires, 1984, t. 1, p. 341.
[12] Barra, Rodolfo C., ob. cit., ps. 348 y ss.
[13] Para una mayor explicación sobre el referido proceso de traspaso puede verse nuestro trabajo Reforma del Estado. El proceso de traspaso a la actividad privada de cometidos estatales, LL del 25/7/91.

5. LAS CRÍTICAS AL SISTEMA

Contra la nueva posibilidad que abre la ley (aunque en nuestra opinión, y tal cual lo dicho en algunos párrafos más arriba, tal posibilidad se encontraba perfectamente autorizada por la anterior legislación), parte de la doctrina nacional se ha manifestado en contra de la posibilidad de conferir concesiones sobre obras públicas ya existentes al punto de caracterizarlas como concesiones anómalas[14].

Se sostiene que al incorporar la figura de la concesión de otras obras públicas para que mediante su explotación se construyan nuevas, se está apartando de la doctrina y de aquellas modalidades compatibles propias del derecho administrativo. "En contra de lo normal (afirma esta doctrina) se permite otorgar en concesión (de obra pública) obras ya existentes con el fin de obtener fondos para realizar otras obras que pueden no tener nada que ver con la anterior"[15].

A este último respecto, entendemos que la ley sólo posibilita el otorgamiento de concesiones en tales condiciones, en la medida en que los fondos provenientes de la obra concedida se afecten a la construcción o conservación de otras obras que siempre y por imperativo legal, deben tener vinculación física, técnica o de otra naturaleza con la primera (cf. art. 58, ley 25.696).

Desde otro ángulo y tal cual lo sostuvimos con anterioridad[16], se critica el instituto de la concesión de obra pública sobre obras preexistentes, por entender que se está confiriendo la explotación cautiva de un bien del dominio público cuya construcción se ha financiado a través de recursos tributarios. Como ejemplo de esto último baste recordar las efectuadas a la licitación de corredores viales nacionales, cuya construcción y mantenimiento se ha efectuado históricamente a través de la recaudación de impuestos específicos establecidos sobre combustibles, lubricantes, etc., que la ley 23.697 de emergencia económica ha suspendido.

La crítica asumida adolece, en nuestra opinión, de un grueso error, como consecuencia de no advertir que la fijación de cualquier tarifa de peaje se establece siempre (sea que se trate de una obra nueva o del mantenimiento, mejora y conservación de una preexistente) como el repago de la obra a construir, es decir que sobre la base de la proyección financiera de las inversiones a ser llevadas a cabo por el concesionario es un tiempo dado, el peaje tiende a solventar (en forma exclusiva o no si se trata de una concesión subvencionada) las inversiones a ser incorporadas al bien del dominio público objeto de la concesión.

En ningún caso la tarifa (cuya titularidad siempre se encuentra en la órbita estatal), sino que los términos de la ecuación económica se establecen sobre la case del recupero de la inversión a ser llevada a cabo en un tiempo dado, a lo que cabe adicionar, obviamente, el margen de utilidad del empresario.

---

[14] Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Greco, Carlos M., Reforma del Estado. Ley 23.696, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, ps. 338 y ss.
[15] Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Greco, Carlos H., ob. cit. p. 339
[16] Ver nuestro trabajo citado en nota 9

Este y no otro ha sido también el criterio utilizado en el traspaso a la actividad privada del mantenimiento y explotación de las rutas de jurisdicción nacional a través del decreto 2039/90.

Como dato ilustrativo, puede mencionarse la circunstancia de que aproximadamente el treinta y cuatro por ciento (34 %) de la red vial nacional tiene más de treinta (30) años de antigüedad en su construcción y que cerca del ochenta y siete por ciento (87 %) posee más de quince (15) años, de donde es muy fácil concluir que las reseñadas críticas se esfuman, toda vez que dichas obras, financiadas mediante la aplicación de impuestos, se encuentran suficientemente amortizadas. Para decirlo en términos más claros, la inversión originalmente realizada ya se ha consumido.

B) Constitucionalidad del peaje. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El análisis de la validez constitucional del peaje es una cuestión que guarda íntima y estrecha vinculación con el tema precedentemente tratado, por cuanto -en especial- los críticos del sistema se interrogan sobre tal validez, en relación a un peaje impuesto en semejantes condiciones.

Para decirlo en otros términos. Admitida la constitucionalidad del peaje cuando se refiere a la construcción de obras nuevas, se cuestiona desde la perspectiva de la Constitución Nacional la facultad que la ley le acuerda al órgano concedente para establecer concesiones de obra sobre obras ya existentes, con el propósito de obtener fondos y financiar otras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras.

Se ha llegado a sostener que la ley 17.520 fue concebida para hacer obras nuevas y que jamás se pensó en utilizar este instituto jurídico para reparar obras preexistentes, pues para ello existían recursos específicos del Estado Nacional a través, por ejemplo tratándose de obras viales, de la Dirección Nacional de Vialidad[17].

Como quedó expresado, desde nuestro punto de vista, tal afirmación no surge ni de la letra ni del espíritu de la ley 17.520. Antes bien, dicha normativo autorizaba concesiones de la naturaleza de las que se examinan. La ley 23.696, sin embargo, ha venido a ratificar este aspecto, permitiendo incluso que el producido de aquellas concesiones onerosas sea destinado a otras obras siempre que tengan vinculación con las primeras.

Si nos colocáramos en el otro extremo de la discusión, se podría hasta afirmar que en el sistema de la ley 17.520 tal posibilidad tampoco estaba prohibida, ya que cuando existiera una concesión onerosa, es decir aquella en la que el Estado percibe un canon de parte del concesionario, sea en dinero o a través de una participación sobre sus beneficios (cf. art. 2°, Ley 17.520), dicho producido no tenía un destino expresamente establecido en la ley (a no ser el de ingresar en las arcas generales del Estado), a contrario de lo que

[17] Véase diario "Clarín" del 18/8/89, p. 10; Loitegui, Bernardo J., La privatización de los caminos, en diario "La Nación" del 7/8/89, entre otros.

actualmente sucede. Nada obstaba, en dicho supuesto, a que la administración concedente derivara el canon que percibía a cualquier cometido que podía -perfectamente- no tener vinculación alguna con la obra concedida.

Desde otro ángulo no puede afirmarse que el peaje sea inconstitucional en sí mismo. Lo sería se de cualquier modo la tarifa que se estableciera fuera confiscatoria, discriminatoria o de cualquier forma comportara la imposibilidad del real y efectivo ejercicio del derecho constitucional de transitar libremente.

Es que, como afirma Marienhoff, la reglamentación del ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos no puede significar trabas irrazonables a su real y efectivo ejercicio. La norma que así lo dispusiera sería abiertamente inconstitucional[18].

En tal sentido, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada en autos "Estado Nacional c/Arenera el Libertador S.R.L. s/cobro de pesos"[19], ha venido a resolver definitivamente el punto a establecer con precisión los alcances de los aspectos examinados.

Así, entre otras consideraciones, ha dicho: "... 7°) Que entre las funciones del Estado Nacional figuran las del art. 67, inc. 16 -ver para las provincias el art. 107- que no tienen más antecedentes ni jurisprudencia que los nacionales (Fallos, 68:227; 183:190). El poder conferido al Congreso por dicha norma es el de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias y el progreso de la ilustración; la enumeración de los fines que contiene no es sino enunciativa (Fallos, 183:190). Es fácil inferir que así como la "construcción de ferrocarriles y canales navegables", es también función del Congreso atender no sólo a su "construcción", sino también a su conservación y mejora, y que la norma es aplicable a todo tipo de vías".

"... 8°) Que el peaje no es mencionado en la Constitución Nacional, por lo que ésta no contiene una calificación expresa a su respecto ..."; "... 10°) Que para caber dentro de la Constitución Nacional, el pago del peaje debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el art. 4°. La circunstancia de que el legislador predetermine su destino con una precisión mayor que la que regularmente emplea al establecer otras contribuciones no entorpece su carácter de tal". Y para culminar también ha sostenido, "... 11°) Que por ello es capital en el caso señalar que el peaje -constitucionalmente- es una contribución, caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto suyo -de construcción, conservación o mejora- que identifica con particular claridad, lo que por otra parte no choca sino que se adecua a los principios constitucionales antes referidos en relación a la renta pública".

Como queda de manifiesto la Corte no ha venido sino a ratificar los criterios resumidos, a la par que ha establecido la innecesidad de las denominadas vías alternativas gratuitas como requisito de validez constitucional del peaje otorgado en las condiciones aquí examinadas[20].

---

[18] Marienhoff, Miguel S., ob. cit., p. 531.

[19] Causa E-107, XXII, de fecha 1/86/91. Su texto completo puede consultarse en el Apéndice de este trabajo.

[20] Conf. fallo citado y en especial Considerandos 14 y ss.
Para el análisis de las cuestiones aquí abordadas resulta sumamente interesante el trabajo de los Dres.

Bianchi y Mihura Estrada: El peaje: de la ley de concesión de obra pública a la ley de convertibilidad (Reflexiones a propósito de un fallo importante), LL de los días 2 y 3 de diciembre de 1991, donde los citado encaran, como primera medida los antecedentes históricos y jurídicos del instituto del peaje para luego, con abundante cita de doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, examinar las situaciones que se plantean en los contratos celebrados por el Estado Nacional (mediante decreto 2039/90) a la luz de la denominada Ley de Convertibilidad 23.928, así como también el alcance de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "Arenera el Libertador S.R.L.".

CAPÍTULO III

RÉGIMEN LEGAL

A) Antecedentes

6. LAS TRATATIVAS PRELIMINARES EN LA LEY 17.520

La norma referida antes de su reforma, en su artículo 4°, inciso c, preveía entre los modos de selección del contratista, el sistema de tratativa preliminar entre la persona o entidad privada y la entidad pública concedente, con el propósito de fijar las bases principales de la futura concesión; hecho lo cual, la norma disponía que la Administración podía optar por llamar a licitación pública con dichas bases o a una convocatoria publica para la presentación de proyectos en competencia.

Para este ultimo supuesto, si no se presentaban mejores ofertas, el contrato podía celebrarse directamente con la persona o entidad privada que inició las tratativas preliminares hasta la redacción de aquellas bases. Si por el contrario, se presentaban ofertas mejores, a juicio exclusivo del Estado, se podía proceder al llamado a licitación publica o privada entre los oferentes.

Como puede observarse, la iniciativa de realizar la obra publica por el régimen jurídico de la concesión mediante el cobro de peaje o de tarifas partía de una empresa privada, quien proponía su realización, incluyendo las bases para el llamado a licitación, a la Administración competente[21].

Se iniciaba, de tal manera, un procedimiento de negociación directa entre el proponente y la Administración Pública, la que finalmente decidía entre llamar a licitación publica con las bases propuestas por el administrado (y con las modificaciones surgidas de esas tratativas previas) o bien convocar a un concurso publico para la presentación de proyectos[22].

Este régimen, sin embargo, no regulaba la protección de los derechos del autor de la iniciativa particular, no al menos de un modo indubitable, y de allí, quizás, derive el hecho de que el sistema, tal como estaba concebido, no tuviera demasiada aplicación practica.

7. LA BUENA FE PRECONTRACTUAL

Sin embargo, si la Administración Pública decidía encarar la ejecución de la obra a través de la celebración de un contrato administrativo de concesión tomando como base para ello la iniciativa del administrado, debía respetar, sobre la base del principio de

[21] Cf. Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, Ábaco, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 314.
[22] Cf. Barra, Rodolfo C., ob. cit., p. 314.

buena fe contractual establecido en el artículo 1198 del Código Civil, de aplicación al ámbito de los contratos administrativos por vía subsidiaria[23], los derechos del autor de la iniciativa, otorgándole preferencia frente a un eventual tercer oferente que presentara, en el transcurso del procedimiento de selección propiamente dicho, una propuesta equivalentemente conveniente.

La doctrina administrativa, comentando este régimen, participaba de la idea referida en el texto y que someramente explicitáramos.

En particular, cabe referir que la buena fe, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del derecho con la moral. El derecho que a veces no absorbe todas las exigencias éticas del comportamiento e incluso las modifica, permitiendo estimar que algo sea jurídicamente correcto, pero moralmente recusable, en ocasiones, por el contrario, acude de un modo expreso a la moral[24].

De la función integradora del ordenamiento jurídico del principio de la buena fe se ha dicho que aun cuando la ley no la consagrara de un modo explicito, hallaría su aplicación, ".... como tal principio general del derecho, a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de estas y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos"[25].

En cuanto a su aplicación concreta en el ámbito del derecho administrativo, siempre con función integradora del ordenamiento jurídico, Jesús González Pérez afirma que el principio de la buena fe puede válidamente prestar tal función, no ya como limitadora del ejercicio de actividades discrecionales, "... sino para llenar los vacíos de las normas legales, y completar los supuestos ciertamente numerosos en que, tanto en la regulación del nacimiento de las relaciones, como en el ejercicio de los derechos o cumplimientos de las obligaciones, la norma olvida las exigencias de la buena fe"[26].

Actualmente, la cuestión relativa a los derechos del autor de la iniciativa ha sido suficientemente resuelta, pero antes de entrar de lleno a su estudio hagamos un poco mAs de historia.

8. EL DECRETO 1842/87

Con fecha 19 de noviembre de 1987 el Poder Ejecutivo Nacional, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 86, inciso l°, de la Constitución Nacional que lo autoriza a sancionar "reglamentos autónomos", dictó el decreto n° 1842 (B.O. del 27/11/87), mediante el cual se estableció (o pretendió establecerse al menos) un procedimiento tendiente a la desmonopolización de la producción de bienes y servicios prestados por las diferentes empresas estatales, la mayoría de ellas bajo la órbita del

[23] Para una mayor explicación sobre la aplicación subsidiaria de normas del derecho civil al ámbito del derecho administrativo puede consultarse a Linares, Juan Francisco, Caso administrativo no previsto, Astrea, Buenos Aires, 1976.
[24] Conf. González Pérez, Jesús, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1983, p. 17.
[25] Cf. González Pérez, Jesús, ob. cit., p. 53.
[26] Ob. cit., p. 56.

entonces Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

A través del artículo l° del decreto se estableció, como principio general, la libre concurrencia del sector privado en materia de prestación de bienes y producción de servicios, en el área de actividad de las empresas o sociedades que se encontraran en la órbita del citado órgano ministerial.

Consecuentemente, con tal medida y a efectos de hacerla operativa, el precitado reglamento también dispuso dejar sin efecto todos los privilegios, derechos y/o exclusividades de cualquier naturaleza "... cuya finalidad o efectos sea la exclusión del sector privado de la prestación de servicios al público ..." (conf. art. 2°, decr. 1842/87).

De tal modo, algunos ven en la citada disposición un antecedente inmediato de la luego sancionada "Ley Dromi" de Reforma del Estado, aunque tal semejanza se encuentra distante, al menos en lo aspectos que aquí se analizan. Las diferencias que encontramos no son sólo de matices, sino y principalmente de sustancia y de procedimiento. Ello, sin perjuicio de reconocer en la citada disposición el embrión de la discusión que luego se instalaría definitivamente en la sociedad argentina respecto de la necesidad de modificar las estructuras burocráticas del Estado, permitiendo la incorporación de capitales privados.

A su vez, y sin reconocer demasiados antecedentes[27], la norma instaura el silencio administrativo positivo, como estimatorio de la pretensión de un administrado que desee producir bienes o prestar servicios en las áreas de competencia del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, puesto que de no mediar oposición de parte de la Secretaria de Estado competente en razón de la materia o en cuya jurisdicción actuara el ente o empresa productora del bien o servicio que el particular deseara producir o prestar, respectivamente, el administrado quedaba autorizado de pleno derecho, sin necesidad de acto alguno de autoridad competente, a producir tales bienes o prestar los servicios propuestos (cf. art. 40)

Ahora bien, si la prestación del servicio propuesto por el particular se encontraba necesariamente vinculada o debía integrarse a redes troncales o a otros servicios prestados por alguna empresa o sociedad del Estado, aquel estaba obligado a solicitar autorización previa, acompañando su proyecto y una síntesis del mismo con el objeto de que el mismo sea difundido y así conocer la eventual existencia de observaciones u oposiciones de terceros, para lo cual el reglamento examinado preveía la convocatoria a una audiencia publica a celebrarse en los plazos y condiciones allí dispuestos (conf. art. 50, decr. 1842/87).

9. EL DECRETO 1842/87 NO ERA REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 4°, INCISO C

[27] Sobre los ejemplos existentes puede verse Creo Bay; Horacio D., El amparo por mora de la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 7, nota 8, donde cita el caso del artículo 19 de la ley 17.811 referida a la Comisión Nacional de Valores y el del artículo 8° de la ley de sociedades de economía mixta (decr. ley 15.349/46 ratificado por ley 12.962).

Así las cosas, se llegó a pretender encontrar en la citada normativa una suerte de reglamentación del artículo 40, inciso c, de la ley 17.520 antes de la profunda reforma introducida por la ley 23.696.

A nuestro juicio nada más alejado de la realidad jurídica por entonces imperante, desde que no pueden en modo alguno confundirse los institutos de la concesión de obra publica y de la concesión de servicios públicos.

La necesidad de desarrollar la distinción entre ambas instituciones resulta de trascendental importancia por dos razones:

En primer lugar, es necesario recordar que a la fecha del dictado del aludido decreto 1842/87, no existía en el orden nacional una normativa que regulara lo relativo al contrato de concesión de servicios públicos, situación que si bien actualmente se mantiene, se encuentra parcialmente resuelta por la aplicación analógica de las disposiciones de la ley 17.520 cuando la actividad u objeto principal del contrato no se refiera a la ejecución de obras nuevas o de su conservación, según lo dispone el artículo 11, in fine, del decreto 1105/89 reglamentario de la ley 23.696.

En segundo lugar, por cuanto si establecemos que existen diferencias de naturaleza entre ambos contratos administrativos debemos forzosamente concluir en la inaplicabilidad de las disposiciones del mentado decreto 1842/87 al contrato de concesión de obra publica.

B) Ley 23.696. Breve síntesis

No está de más recordar que la ley 23.696 de Reforma del Estado produjo importantes modificaciones en la conceptualización del contrato de concesión de obra publica, tanto que aun hoy sigue siendo materia de discusión y criticas.

Ya con anterioridad[28], nos hemos ocupado de examinar algunas de esas modificaciones, sobre todo en lo atinente a la posibilidad de que con la remozada legislación se confieran concesiones sobre obras públicas preexistentes y que fueron financiadas mediante la aplicación de recursos tributarios, que en algunos casos son recaudados con carácter especifico (ejemplo de ello son los impuestos a los combustibles y lubricantes para atender el financiamiento de obras viales).

La legislación en comentario ha sido dictada, según nuestra opinión, como consecuencia de la necesidad colectiva de modificar las estructuras burocráticas estatales vigentes y revertir un proceso que la doctrina ha denominado como el feudalismo administrativo[29], e incluso permitiría caracterizarla como lo que otros autores han descripto como una verdadera administración paralela[30].

[28] Reforma del Estado. El proceso de traspaso a la actividad privada de cometidos estatales. (Peaje. Licitación de corredores viales. Marco jurídico), LL, 25 de julio de 1991.
[29] Cf. Barra, Rodolfo C., Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980.
[30] Gordillo, Agustín, La administración paralela, Cvitas, Madrid 1982.

Aunque parezca una verdad de perogrullo, la ley le ha otorgado a la propia Administración un conjunto de competencias destinadas a modificar su propia estructura, su misma conformación. Es indudable que la Administración es la actividad del Estado que más profundamente penetra en la vida social. Cuando el Estado dicta sentencia, su acción llega sólo a unos pocos: las partes interesadas en el pleito. Pero cuando construye carreteras, cuando abre escuelas y hospitales, cuando mejora los transportes, u ordena la circulación, su acción llega a todos, está a la vista, está en la calle[31].

[31] Conf. Barra, Rodolfo C., con cita de López Rodó, en su obra principios ..., p. 54.

CAPÍTULO IV

CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

10. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Afirma la doctrina que la concesión de obra pública, el contrato administrativo mediante el cual la administración delega en un particular la construcción de una obra con o sin la obligación de prestar con ella un servicio, percibiendo por su trabajo una tarifa justa, es uno de los más tradicionales contratos administrativos[32].

Según esa misma corriente de opinión, en sistemas como el nuestro, que admiten la caracterización de este contrato como de derecho público y por ende sometido a un régimen jurídico exorbitante, a diferencia de lo que ocurre -por ejemplo- en Italia y Alemania, donde los contratos de obras y suministros son considerados privados, se advierte que la relevancia que adquieren es semejante a la noción de servicio público en sistemas como el francés[33].

Enseña Giannini que la doctrina del "contrato de derecho público" es del siglo pasado, a contrario de lo que afirman ciertos autores que lo hacen nacer durante la presente centuria. Según dicho autor, "... la noción de contrato de derecho público nació en los países alemanes en el siglo pasado, de la matriz de la concepción autoritaria del Estado ... y que cuando este quiera actuar mediante contratos, debe de disponer contratos sui generis que son de "derecho administrativo". Esta tesis tuvo un cierto seguimiento incluso fuera de los países alemanes. Sin embargo, cuando la jurisprudencia se encontró ante casos en los que el problema que se planteaba era el de si podían aplicar, a estos contratos, las instituciones civiles relativas al mismo y respondió que si, se vio que no había razón alguna para inventar una nueva figura, cuando con las normas civiles se podían explicar todos los aspectos del caso, incluso aquellos aparentemente anómalos. Por ello, esta tesis, en Italia y en otros lugares, salió tácitamente de escena"[34].

11. DIFERENCIAS

Las notas que diferencian estos institutos se encuentran subyacentes, y a pesar de que muchas veces se produce una confusión de conceptos, puede afirmarse, como lo hace la doctrina más autorizada, que en la concesión de servicios públicos se requiere una actividad del concesionario aunque, en el marco de la delegación de competencia estatal que se le ha conferido necesite para el desarrollo de esa actividad (en la que está interesada el bien común) la construcción de una obra pública. En tal caso, la obra es

[32] Abad, Hernando Jesús L., y otros, Comentarios a la ley 23.696 de Reforma Administrativa, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 123.
[33] Abad, Hernando Jesús L., ob. cit.
[34] Giannini; Massimo Severo, El poder público. Estado y administraciones públicas, Civitas, Madrid, 1986, p. 149, y en especial nota 1.

algo instrumental, accesorio del verdadero compromiso del sujeto delegado cuyo cometido se desenvuelve a través de la realización de esa actividad de interés público[35].

"Si en cambio la prestación principal a cargo del concesionario es un opus, la obra o trabajo público, se tratará de una concesión de obra pública. El objeto del contrato es conseguir la construcción, reparación, conservación, mantenimiento, modificación, etc., de una obra pública; mientras que el servicio posterior que el constructor deberá prestar para cobrarse es sólo accesorio, y el único medio que tiene el Estado de hacer la obra sin pagarla"[36].

Ahora bien, como enseña Garrido Falla, para llegar a tal caracterización diferenciante entre las nociones de concesión de servicio público y de concesión de obra pública ha sido necesario un largo proceso evolutivo a través del cual el concepto de la concesión de servicios públicos ha terminado por desprenderse de lastres innecesarios.

"En efecto, originariamente -manifiesta dicho autor-la concesión de servicios públicos es una noción íntimamente conectada con los sistemas de realización de las obras públicas. Puesto que el concepto de obra pública, así como el sistema contractual para su ejecución, se perfiló como institución jurídico-administrativa antes que la del servicio público, la concesión se configuró oficialmente como una modalidad de la ejecución de obras públicas. Resulta necesario, por tanto, insistir en la independencia conceptual de la concesión de servicios públicos, como contrato administrativo, respecto de las nociones de obra pública y de dominio público. Lo característico de aquel está precisamente en que la gestión del servicio, del cual la Administración es titular, se encomienda a un particular. Es indiferente, en cambio, que como etapa previa a la explotación el particular haya de acometer la construcción de determinadas obras"[37].

Por su parte, examinando la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y al mismo tiempo criticando sus primeras conclusiones, Jéze afirmó que la base racional del contrato administrativo de concesión de servicio público está muy claramente desentrañada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Pero durante mucho tiempo y con el afán de sustraer esos contratos al derecho civil y juzgarlos desde la perspectiva del

---

[35] Cf. Fanelli Evans, Guillermo E., La concesión de obra pública, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989; Barra, Rodolfo C., ob. cit. , Contrato ..., p. 509.

[36] Fanelli Evans, Guillermo E., ob. cit. En sentido concordante se expide Héctor Escola, para quien dos elementos fundamentales configuran a la concesión de obra pública, y contribuyen a facilitar su diferenciación de los dos contratos administrativos que más se le aproximan: 1) la construcción completa de una obra pública, determinada y especificada por la Administración Pública, a cuenta y riesgo del concesionario, y 2) el pago de la remuneración convenida por esa obra por los administrados usuarios, o beneficiados, y no directamente por la Administración. En la concesión de servicios públicos, el cocontratante toma a su cargo la prestación de determinado servicio público, en las condiciones fijadas en el contrato de concesión, pudiendo ejecutar también las obras que sean necesarias para esa prestación. En la concesión de obra pública, en cambio, el concesionario toma a su cargo como obligación esencial, construir la obra pública que ha sido determinada en sus condiciones y especificaciones por la Administración, percibiendo su remuneración por los trabajos cumplidos, de los usuarios de ella, dentro de lo establecido en el contrato de concesión (Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1979, vol. II, p. 304). De igual manera puede verse la opinión de Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, 4° edición, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, vol II, ps. 119 y ss).

[37] Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, 7° ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1985, vol II, ps. 428 y ss.

derecho público, el Consejo de Estado trató de encontrar textos legales que permitieran lograr ese resultado, llevando a cabo lo que para el mencionado autor se convertía en un razonamiento muy discutible; es decir, asimilaba los contratos de concesión de servicio público a los contratos de obras públicas entendidos muy ampliamente[38].

12. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Examinando los precedentes administrativos nacionales, nos encontramos con que el criterio expuesto ha sido el seguido por el Servicio de Asesoramiento Jurídico del ex Ministerio de Obras y Servicios Públicos que en un despacho de fecha 7 de noviembre de 1989 tuvo oportunidad de expedirse sobre la diversa naturaleza jurídica de uno y otro instituto.

Sobre la base del distingo existente concluyó en que el decreto 1842/87 resultaba inaplicable al contrato de concesión de obra pública y, por ende, que el procedimiento así seguido (se refiere a los actuados administrativos que con el propósito de ejecutar una típica concesión de obra pública se labraron en el ámbito del citado órgano ministerial) se encontraba viciado de nulidad absoluta e insanable por encuadrar la situación en los supuestos normados por el artículo 14 de la ley 19.549.

El acto administrativo dictado en consecuencia del dictamen del Servicio de Asesoramiento Jurídico receptó la totalidad de los fundamentos vertidos en el precitado despacho y sobre la base de esos argumentos decidió dejar sin efecto todo el procedimiento administrativo nacido al amparo del decreto 1842/87 para llevar adelante la remodelación, ampliación, conservación y explotación comercial, mediante el cobro de peaje, de la entonces denominada Red de Autopistas Metropolitanas, comprensiva de un conjunto de vías de acceso a la ciudad de Buenos Aires a ser construidas o remodeladas[39].

De tal manera y con los antecedentes tenidos a la vista, forzoso es admitir, como correctamente lo decidió el precedente administrativo citado en el párrafo antecedente, que el decreto 1842/87 regula un supuesto distinto al normado por la ley 17.520 y, por ende, el procedimiento por el establecido para que los particulares hagan conocer a la Administración su intención de desarrollar actividades que podrían ser declaradas de interés público, no podía considerarse reglamentación del artículo 4°, inciso c, de la mencionada ley 17.520.

13. EL DECRETO 1105/89. RATIFICACIÓN Y ADECUACIÓN

Es esa la corriente que ha inspirado el dictado de la reglamentación de la Ley de Reforma del Estado aprobada por decreto 1105/89.

---

[38] Jesé, Gastón, Principios generales de derecho administrativo, Buenos Aires, 1949, vol II, ps. 364 y ss.
[39] Conf. Expte. 4105/88 de la ex Secretaría de Transportes y Obras Públicas, Revista "Régimen de la Administración Pública" n° 135, ps. 193 y ss.

En efecto, esta norma dispone que los trámites iniciados, a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1105/89, al amparo del mentado decreto 1842/87, debían ser ratificados y adecuados a las exigencias contenidas por el nuevo artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520, según la redacción dada a esta norma por la ley 23.696, a efectos de que dichos trámites puedan ser considerados eficaces.

De tal suerte, el decreto 1105/89 ha establecido la caducidad de los procedimientos iniciados al amparo del decreto 1842/87, si las presentaciones que dieron origen a dichos procedimientos no eran ratificadas y adecuadas en el perentorio término de treinta días desde la entrada en vigencia del reglamento de la ley 23.696.

14. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY 17.520 A LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y A LA CONCESIÓN DE USO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

Ahora bien, con el propósito de suplir la ausencia de un régimen jurídico propio a la concesión de servicios Públicos y que regule al mismo tiempo el contrato administrativo respectivo, el artículo 11 del decreto 1105/89 dispuso la aplicación analógica de las normas de la ley 17.520, en todo aquello que fuere pertinente, cuando se trate de una concesión de uso de bienes del dominio público o de una concesión de servicios, siempre que tal "delegación en el particular" no tenga por objeto principal la construcción, mantenimiento, conservación o ampliación de una obra pública, en cuyo caso regirán las normas de la ley 17.520 en forma directa.

He aquí, una vez más, la ratificación del distingo más arriba referido entre la concesión de servicios y la de obra pública.

Sin embargo, y en lo que al tema tratado en este punto interesa, cabe mencionar que cuando se trate de una iniciativa particular referida a una concesión de uso de un bien del dominio público, o cuando el objeto principal de la prestación a cargo del sujeto privado sea la de brindar un servicio, aunque para ello deba valerse de la utilización de una obra pública, será menester que la presentación del particular cumpla con las exigencias impuestas por la reglamentación del artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520, en cuanto la misma deberá contener la especificación de los lineamientos generales de la propuesta, las bases de factibilidad técnica y económica de la misma, afianzamiento, etc., requisitos que seguidamente serán analizados en detalle.

15. VIGENCIA DEL DECRETO 1842/87

Pareciera colegirse de la interpretación de los textos legales involucrados y de esta suerte de ampliación del campo de acción de las normas contenidas en la ley 17.520, por vía de su reglamentación, que ha sido derogado tácitamente el decreto 1842/87, por cuanto poco o nada habría quedado como campo de acción a tal reglamento.

Las dudas comienzan a generarse por la falta de una derogación expresa de tal disposición al haberse utilizado como fórmula la ratificación y adecuación de los trámites

iniciados al amparo de ese decreto una vez entrada en vigencia la nueva legislación. Parece obvio que se ha priorizado la coexistencia de más de un instrumento jurídico que permitiera servir como herramienta tanto a la Administración como a los particulares para conocer su vocación en colaborar con el Estado en la gestión y distribución del bien común, a través de la asunción de cometidos públicos o de interés público, al amparo de la remozada legislación.

Ahora bien, el interrogante es qué ocurriría si un particular formulara su iniciativa privada (referida exclusivamente a la prestación de un servicio público y adecuada a las exigencias formales y sustanciales del artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520 y su reglamentación aprobada por el decreto 1105/89) y la Administración no respondiera tal petición en los plazos establecidos por el decreto 1842/87. Concretamente, cabe preguntarse si debería entenderse tal silencio como tácita aceptación de la propuesta, en el sentido de que al mismo deba conferírsele los efectos de una declaración de interés público expresa de parte de la Administración.

He aquí, ejemplificado, uno de los problemas derivados de una falta de derogación expresa, máxime Si tenemos en cuenta que la hermenéutica jurídica impone que la interpretación entre dos normas que se encuentran en aparente contradicción debe hacerse en el sentido de no ponerlas en pugna la una contra la otra, sino armonizando sus disposiciones entre si, y con el resto del ordenamiento jurídico positivo del que ambas forman parte.

16. NUESTRA OPINIÓN

En relación a la importancia que cabe atribuir al silencio administrativo y su implicancia como acto aprobatorio de la celebración de un contrato administrativo, Canasi, frente a lo dispuesto en la última parte del artículo 919 del Código Civil, ha afirmado que ante la circunstancia de que el proponente "... no puede permanecer inerme ante la tardanza de la Administración Pública en hacerle conocer que la adjudicación fue aprobada, y es así que el día del vencimiento del plazo para dicha adjudicación puede intimarla a que diga si la aprobación existe o no, bajo apercibimiento de considerar este último en caso de silencio, y la eficacia de esa intimación resultaría viable ..." frente a lo dispuesto en la referida norma[40].

Por nuestra parte, pensamos que no puede suplirse la manifestación expresa de la voluntad de la Administración en relación a una iniciativa particular, frente a la cual el Estado tiene el deber de expedirse en sentido concreto, estimándola de interés público o bien rechazándola por no satisfacer ese mismo interés, mediante el empleo de una ficción legal[41] impuesta en favor del administrado para hacer cesar un estado de incertidumbre, pero que resulta inaplicable tratándose de los actos preparatorios de un contrato administrativo de concesión de servicio público.

[40] Canasi, José, Derecho administrativo, Buenos Aires, 1977, parte especial, vol, II, p. 532.
[41] Afirma Creo Bay en este sentido que más que una ficción, es una técnica consistente en una presunción legal. La presunción es un elemento que completa la realidad, mientras que la ficción es una "situación imaginaria que, en muchos casos, se encuentra en contradicción con la realidad" (Amparo por mora de la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 8, con cita de Mairal, Héctor, Control judicial de la administración pública, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I; p. 264.

Es esa la corriente que ha seguido la Ley de Reforma del Estado, por cuanto su artículo 58, modificatorio del artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520, dispone que si la autoridad concedente entendiese que la iniciativa del particular y su ejecución por el mecanismo de concesión de obra pública resultaran de interés público, "... deberá resolverlo de manera expresa...", de donde se sigue que el silencio de la Administración, en el supuesto examinado, carece de eficacia para la aprobación de la propuesta presentada por un particular.

En suma, la norma exige que la voluntad estatal se manifieste en sentido concreto, sin que el silencio pueda suplir dicha exteriorización de voluntad, toda vez que al tiempo en que le atribuye tal competencia, le exige a la Administración una conducta positiva.

En caso de silencio, le cabrá al particular autor de la iniciativa el derecho de ejercitar los remedios legales para hacer cesar ese estado de incertidumbre jurídica que siempre importa el silencio de la Administración o su ambigüedad frente a peticiones que requieran de ella una respuesta concreta (arg. art. 10, ley 19.549), sea por la vía de considerar ese silencio o ambigüedad como una respuesta negativa o bien obligando a la Administración a expedirse de manera positiva, expresa, mediante el auxilio del remedio judicial del amparo por mora legislado por los artículos 28 y 29 de la ley 19.54911.

Lo expuesto es, además, así, en virtud de que la norma remite a los procedimientos generales que rigen este aspecto, al no haber establecido previsión especifica sobre el mismo.

Es importante mencionar que el criterio por nosotros sustentado en el texto, referente al alcance que cabe atribuirle al silencio administrativo en el contexto planteado, se encuentra, además, confirmado por la jurisprudencia del fuero contenciosoadministrativo federal, que en fallo dictado en el precedente "Celia c/Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación s/amparo", de fecha 22 de enero de 1990, por el Juzgado Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal n° 5, tiene resuelto -en lo que aquí incumbe- lo que seguidamente se transcribe.

"... VI. En lo que al pretendido silencio administrativo se refiere y que la accionante invoca como fundamento de su pretendido derecho de ser considerada titular del servicio público ofrecido, entiendo que no asiste razón a la amparista respecto del alcance que se intenta darle al mismo. Cierto es que el artículo 5° del decreto 1842/87 asigna al silencio de la Administración un sentido positivo a contrario del principio general receptado por el artículo 10 de la ley 19.549. Sin embargo, ello no significa conferirle otros alcances que la norma, dentro de la cual está establecido, le asigna."

"El silencio administrativo constituye una ficción, una presunción legal en favor del administrado (cf. González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo), el silencio no puede suplir en el caso la necesidad de la existencia de un contrato administrativo que establezca las modalidades, los derechos y las obligaciones de las partes contratantes a efectos de reglar su conducta futura en el ámbito de la prestación que constituya su objeto principal. No veo como tal necesaria existencia pueda ser suplida mediante el silencio de la Administración, el que además, en el contexto normativo que se encuentra establecido, no pudo obtener otro alcance que el de remover obstáculos a la libre

actuación de la amparista en el ámbito limitado de sus propios bienes, mas nunca en los de la Administración."

"Va de suyo que el silencio de la Administración, cuando la ley le confiere al mismo sentido positivo, no podría por si solo crear ni extinguir derechos. Su eficacia está esencial e imperativamente condicionada a que lo que en cada caso pretenda el administrado, sea conforme al preciso condicionamiento y a las exigencias que, para que sea reconocido, establezcan las leyes" (cf. Hutchinson, Tomás, Ley nacional de procedimientos administrativos, t. I).

A efectos de una mayor ilustración sobre los aspectos tratados en el fallo parcialmente transcripto, el mismo se ha incorporado al Apéndice del presente trabajo.

CAPÍTULO V

EL INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO

17. NATURALEZA

El interés público, en tanto es expresión del bien común comprometido en toda gestión de la Administración Pública (en rigor de toda labor de gobierno) se encuentra claramente evidenciado en todos los aspectos del derecho administrativo, al punto que, como ha afirmado Escola, aparece como el verdadero fundamento de toda esa rama del derecho[42].

En relación a la prestación de los servicios públicos y a la forma que la Administración adopta para su gestión, el interés público aparece de manera cada vez más creciente a partir del acrecentamiento de las necesidades y exigencias de los componentes de cada grupo social, así como el aumento y la complejidad de las prestaciones que son necesarias para satisfacerlas, lo que ha ido revirtiendo la tendencia a mantenerlos en manos privadas, induciendo a aceptar, como ocurrió en la casi totalidad de los países desarrollados (proceso del cual nuestro país tampoco estuvo ajeno), la idea de que la mayoría, o por lo menos una parte importante de esos servicios, debían ser atendidos por el Estado, o más exactamente, por la Administración Pública, de manera directa o indirecta[43].

En un trabajo anterior (Análisis de las modificaciones ..., citado en nota 1, Cap. Primero) aludíamos a que cuando el Estado establece que una determinada actividad es de interés público, dicha actividad se incorpora a la esfera de competencia estatal. Ahora bien, por aplicación del principio de subsidiariedad que caracteriza al bien común, el Estado determina que dicha actividad sea prestada por los particulares.

Es decir, transfiere a un sujeto privado su gestión, su ejercicio, pero no pierde su titularidad.

Esto es particularmente así cuando se trata de la gestión de un servicio público, aunque en rigor deberíamos decir que es allí donde se patentiza más ese proceso de publificación de la actividad, pero en realidad ese mismo proceso de publificación se verifica tratándose de una concesión de obra publica.

18. CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

Lo expuesto nos lleva de la mano a considerar el verdadero contenido que posee la mentada declaración de interés público de una iniciativa particular, desde que -como

[42] Conf. Escola, Héctor, El interés público, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 235
[43] Conf. Escola, Héctor, ob. cit., p. 113

quedó expuesto- tal conducta estatal importará la incorporación de la obra incluida en la propuesta privada y su ejecución por el mecanismo previsto en la ley, en la esfera del bien común.

Resulta ilustrativa en este aspecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha dicho: "... Cuando la función del Estado a cumplir, es la construcción, mantenimiento o mejora de una obra publica, parece de toda evidencia adecuada, a la luz de las exigencias constitucionales, que las personas obligadas al pago sean determinadas entre aquellas que de algún modo se relacionan con la obra, sea usándola, beneficiándose de cualquier modo en razón de su existencia y funcionamiento, aun de modo potencial, pues las funciones del Estado se determinan por el modo que la Constitución Nacional establece, lo que basta para que deba cumplirla, sin necesidad de aquiescencia de los individuos ni el anudamiento de necesarias relaciones sinalagmáticas, al modo de los contratos". "Que cabe acá efectuar un distingo. Una cosa es la función del Estado y el modo de proveer a su costo, otra la forma en que el Estado decide legítimamente ejecutarla, que puede ser recurriendo si a relaciones contractuales con otras personas. Esto ocurre con frecuencia en el caso del peaje, al optar el Estado por el régimen de concesión de obra pública"[44]

Así las cosas, cuando un particular formula su iniciativa a la Administración, ésta practica una valoración de la idea contenida en ella a la luz de la necesidad de satisfacer el interés general. La decisión que recaiga estará fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, e importará, precisamente, la incorporación de la misma a la esfera de competencia estatal, definiendo al mismo tiempo que tal actividad sea desarrollada o llevada a cabo por los particulares.

De ahí que pueda afirmarse que tal declaración posee un doble contenido, relativo, por una parte, al objeto de la propuesta privada (que satisface el interés general) y al modo de llevarlo adelante (la actividad de los particulares para su prestación).

Aunque resulte obvio, no está de más recordar que no cualquier iniciativa que los particulares propongan realizar merecerá tal calificación, en cuyo caso la autoridad de aplicación deberá desestimar la idea propuesta que no interese al bien común, sin que al particular autor de la iniciativa le quepa ninguna acción.

19. CARÁCTER OBJETIVO DE TAL DECLARACIÓN

De lo expuesto cabe concluir que la declaración de interés público que la Administración debe resolver de un modo expreso reviste carácter objetivo. Es su contenido el que satisface una necesidad de interés público.

Pero tal declaración recae también sobre el mecanismo que el Estado decide poner en funcionamiento para disponer tal objetivo. En suma, sobre el qué y sobre el cómo de la propuesta privada.

[44] Fallo en autos "Estado Nacional c/Arenera El Libertador S.R.L. s/cobro de pesos" (causa E-107 XXII de fecha 16 de junio de 1991, Considerandos 12 y 13)

CAPÍTULO VI

REQUISITOS QUE DEBE CONTENER UNA INICIATIVA PARTICULAR

La ley ha establecido los requisitos que debe necesariamente contener la iniciativa de un particular para que pueda ser considerada como tal. Seguidamente desarrollaremos este aspecto, en relación al cual la experiencia indica que o bien se subestima o, por el contrario, la Administración pretende exigir a veces mayores requerimientos a los particulares que los que la propia norma exige a los mismos en esta instancia del procedimiento.

20. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA A CONTRATAR; NATURALEZA Y LINEAMIENTOS GENERALES. BASES DE FACTIBILIDAD TÉCNICA Y ECONÓMICA

La cuestión no deja de tener su importancia, puesto que a poco que se analice se pone de manifiesto la posible existencia de un conflicto entre la necesidad de que la Administración posea la mayor cantidad de información posible a efectos de conocer acabadamente la iniciativa del particular y, en consecuencia, decidir si reviste o no "interés público", y la protección de los derechos del autor de la iniciativa a cuya instancia se genera el procedimiento administrativo de formación de la voluntad estatal.

En nuestra opinión, no es factible desarrollar un catálogo único e invariable de aspectos que la presentación debe contener, a pesar de que su sistematización ha sido intentada en el orden nacional a través, por ejemplo, del dictado de la resolución MOSP n° 88/89 (posteriormente derogada por su similar n° 6/91 de fecha 7/1/91). En efecto, la mencionada resolución, en lo relativo al capítulo de las concesiones, determinó en el articulo 9° el procedimiento de análisis y los requisitos que debían contener las iniciativas que los particulares formularan a la autoridad de aplicación.

Ello es así por cuanto el grado de especificidad que resulte necesario variará en función de la complejidad del objeto y naturaleza de la concesión propuesta. También interviene en este aspecto el mayor o menor grado de conocimiento o experiencia que tanto la Administración como los particulares hayan adquirido en la materia contenida en la iniciativa. Por ello, no será igual el tratamiento que deba conferirse a una iniciativa referida a la concesión de obra publica que recaiga sobre un camino, que la que se establezca, por ejemplo, sobre una obra energética.

En sentido concordante, y como bien lo afirma la doctrina[45], no debe exigirse al autor de la iniciativa la revelación de datos que hacen a su derecho de propiedad hasta la oportunidad en que toda la eventual competencia, en un mismo momento, la revele. Va en ello comprometido el principio de igualdad.

[45] Fanelli Evans, Guillermo E., ob. cit.

21. NUESTRA OPINIÓN

De tal modo, el alcance que debe darse, en nuestro criterio, a la expresión "lineamientos generales" de la iniciativa (que la ley exige como elemento que aquella debe contener), no puede ser sometido a para metros rígidos, sino que deberá variar según las circunstancias del caso.

Para ratificar lo afirmado en el texto, no debe perderse de vista que no estamos en el ámbito del procedimiento de selección del concesionario, no se trata de que el mismo formule su "oferta". Esta queda reservada para una etapa posterior, para el caso de que la Administración decida declarar de interés público la iniciativa y escoja entre el concurso de proyectos integrales o la licitación pública.

Lo expuesto, claro está, no obsta al respeto más estricto de los principios que gobiernan todo procedimiento administrativo de selección, como son los de publicidad, igualdad y libertad de concurrencia, tanto más cuando se trata de una etapa previa en donde la Administración Pública debe, por un lado, estimular la presentación de iniciativas y, por el otro, no desnaturalizar el mecanismo instaurado por la ley a efectos de satisfacer verdaderas necesidades de interés público.

De todo ello, sin embargo, no puede implicarse que la Administración se deba conformar con una escasa definición del alcance y contenido de la propuesta privada, en particular de su objeto, sino que debe siempre y necesariamente permitir a aquella formar convicción sobre la posibilidad jurídica, económica y táctica de llevar adelante la misma bajo el régimen de la ley 17.520.

Para valorar lo dicho en sus justos límites, no debe perderse de vista que para realizar cualquier gestión la Administración debe reunir la información adecuada, a los efectos de que esa gestión sea correcta. La Administración moderna, se afirma con razón, es una Administración prestacional, Administración que se opone a la ordenadora característica del Estado liberal de derecho[46].

22. DEFINICIÓN DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS

En lo que respecta a la especificación de las bases de factibilidad técnica y económica, debe tenerse en cuenta que el administrado deberá demostrar a la Administración no sólo que posee pleno conocimiento de las tareas técnicas que deben desarrollarse, sino también que el objeto de la iniciativa es factible de ser llevado a cabo mediante el mecanismo por el propuesto, en perfecta armonía con las disposiciones legales de índole general y particular que resulten aplicables.

De tal modo, aquel particular que pretenda que su propuesta sea declarada de interés

[46] Conf. Diez, Manuel María, La administración moderna, en RADA, n° 7, p. 23.

público y que sobre la base de la misma el Estado lleve adelante una compulsa con la de otros, deberá establecer, sin lugar a equívocos, los lineamientos técnicos de su iniciativa, con el mayor grado de detalle que sea posible, aunque sin vulnerar secretos, a fin de demostrar que conoce el objetivo, los medios y los procedimientos técnicos para llevarlo adelante.

Sin embargo, no se trata tampoco de exigirle el desarrollo del proyecto de ingeniería de la obra a ser encarada o de que se especifique en detalle el modo y condiciones en que se llevará adelante la operación del servicio, sino de que deba enunciar su factibilidad técnica, operativa, etc., estableciéndose así un delicado equilibrio entre el conocimiento cabal que debe poseer la Administración y el grado de reserva que -habida cuenta la etapa del procedimiento en que nos encontramos el administrado está en condiciones de pedir al sujeto estatal.

Es que, como quedó dicho, están en ello comprometidos los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia, respecto de los cuales la Administración es garante ultimo por imperio de la ley.

23. DEFINICIÓN DE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS

Algo similar puede predicarse respecto de los fundamentos económico-financieros de la propuesta desde que, a través de los mismos, la Administración deberá estar en condiciones de saber si la iniciativa es o no rentable y, por ende, si merecerá o no subsidios explícitos o implícitos (con abstracción de lo que expresamente se diga en la presentación, claro está), si dicha rentabilidad presunta se encuentra dentro de una relación razonable tal como lo exige la ley; si el plazo de concesión que eventualmente el iniciador exteriorice es o no excesivo; si el régimen tarifario ha sido o no tenido en cuenta y de qué manera incidirá, eventualmente, en la ecuación económico-financiera del negocio a encarar y, finalmente, en la tasa de retorno o rentabilidad de la concesión.

En suma, la iniciativa deberá contener la información necesaria, acorde a esta etapa del procedimiento, sobre la factibilidad de aplicarse a su objeto el régimen de concesión de obra pública y la conformación del negocio desde los puntos de vista económico y financiero, permitiendo formar presunción cierta sobre aspectos tales como rentabilidad, plazo de concesión, metas propuestas de inversión, tiempo y condiciones de recupero de la misma, etcétera.

No debe colegirse de lo dicho que la Administración se encuentre autorizada a exigir del iniciador información que debe estar contenida en la futura oferta (ejemplo de ello es lo que los economistas denominan en general “flujo de fondos”, “flujo financiero” o cash flow), pues estos datos deben reservarse para la etapa correspondiente, que no es otra que la de la selección propiamente dicha. Lo contrario importaría tanto como dejar al autor de la iniciativa a merced de sus eventuales competidores, que al trabajar sobre una idea ya elaborada y explicitada tendrán allanada, seguramente, gran parte de la tarea.

Una vez más nos encontramos frente a aquel delicado equilibrio al que aludíamos unos

párrafos más arriba, entre la Administración que, sujeta al principio de legalidad, debe poseer la mayor y mejor información respecto de la iniciativa que a su consideración se somete, y la protección de los derechos del autor de la misma.

En relación a esto último puede afirmarse que el administrado tiene el derecho de exigir del sujeto estatal un verdadero pacto de confidencialidad sobre el contenido y alcance de su propuesta hasta tanto recaiga sobre ella una declaración de voluntad de la autoridad de aplicación, estimatoria o desestimatoria. En el primer caso deberá declararla de interés público y determinar, de acuerdo con las circunstancias del caso, el procedimiento de selección respectivo, escogiendo entre el concurso de proyectos integrales o la licitación pública. De lo contrario y mediante decisión también motivada, deberá rechazar la propuesta empresaria.

24. AFIANZAMIENTO

Cabe, por último, y en relación al particular, considerar lo relativo a la garantía de solvencia o seriedad de la iniciativa privada, habiendo la reglamentación de la ley establecido, como una especie de requisito de viabilidad formal y sustancial, la exigencia de que toda iniciativa de los particulares sea afianzada con una "garantía de mantenimiento" en las condiciones y montos que la propia norma establece.

Así las cosas, la finalidad del articulo 58, inciso f, del decreto 1105/89, reglamentario de la ley 23.696 (y también de la ley 17.520) ha sido el de evitar los denominados proyectos tapón. Estos, lamentablemente, podían darse en el marco del decreto 1842/87 arriba examinado, desde que tal requisito no se encontraba especificado en dicho reglamento.

Conforme lo dispone la norma citada, la garantía en cuestión puede constituirse bajo alguna de las formas previstas en la ley 17.804[47] o mediante fianza bancaria. La mentada garantía de iniciativa en ningún caso podrá ser inferior al dos por ciento (2 %) del monto de la obra que se consignará posteriormente en la oferta.

Esa misma disposición establece que si al abrirse las ofertas respectivas la citada garantía es inferior en más de un treinta por ciento (30 %) al porcentual previamente determinado, el oferente en cuestión no será considerado autor de la iniciativa y, por ende, no le corresponderá el ejercicio de los derechos de mejora y de preferencia que la ley le confiere al mismo.

25. CÁLCULO DE LA GARANTÍA. FORMA

En relación al punto, deben hacerse algunas precisiones desde que no pocas veces se presentan algunos problemas en su implementación, como ser: qué debe entenderse como monto de la obra a efectos del cómputo de la garantía y qué sucede en el supuesto

[47] El mecanismo del seguro de caución ha sido en el orden nacional el que exclusivamente se ha utilizado para la presentación de iniciativas, por variadas razones, entre las que se mencionan su amplia difusión y familiarización y un relativo bajo costo en comparación con otras formas de afianzamiento.

de las iniciativas privadas relativas a las concesiones de servicios públicos.

Nos detenemos en el punto toda vez que, y aunque parezca sencillo de resolver, la práctica ha suscitado algunas controversias.

A nuestro juicio, y no porque seamos proclives a realizar interpretaciones literales del texto legal, creemos que a efectos de la determinación del porcentual respectivo debe tomarse en consideración estrictamente el monto de inversión relativo a la ejecución de obra nueva a ser construida o remodelada y no los gastos que demande la operación y explotación comercial del sistema y la conservación rutinaria de las obras a ser encaradas bajo el régimen examinado. Ello así, para procurar evitar distorsiones en la comparación de las futuras ofertas en relación a aspectos sobre los cuales se entremezclan factores extraños a la pura ejecución de la obra, o dicho de otro modo, sobre los que el empresario tiene mayor margen de acción en función de su propia estructura y eficiencia.

Algo similar ocurre cuando nos encontramos en presencia de una iniciativa privada relacionada con una concesión de uso de un bien del dominio público del Estado o de una concesión de servicios públicos, a las cuales, como quedó dicho, se les aplica analógicamente el régimen de la ley 17.520. En efecto, nótese que puede o no ser necesaria la construcción de una obra que, habida cuenta la naturaleza del vinculo contractual que se establece con la Administración, resulta ser instrumental o accidental al verdadero negocio jurídico, pero que no es de su esencia (recordar lo expuesto supra).

En tal caso y teniendo en consideración que el afianzamiento de la iniciativa es un requisito que inexcusablemente el particular debe acompañar con su propuesta para que ésta sea considerada una "iniciativa" en los términos de la ley, podría considerarse como monto de la obra, estrictamente a los efectos del cómputo de la garantía, como mínimo el correspondiente a las inversiones que aquél deba necesariamente llevar a cabo, en concepto de obra, sobre los bienes estatales afectados a la prestación del servicio público incluido en su presentación. Tampoco aquí deberían tenerse en cuenta -por idénticas razones a las apuntadas- los gastos relativos a la explotación comercial de que se trate.

No está de más señalar que la dilucidación de estos aspectos revestirá suma importancia al tiempo de presentación de las ofertas en el procedimiento de selección que se convoque, toda vez que la ley dispone que en caso de que dicho margen de tolerancia se vea excedido, el autor de la iniciativa no será considerado como tal y, por ende, no le cabrá el ejercicio de los derechos que la norma le confiere.

26. LA ADMINISTRACIÓN PUEDE ESTABLECER PARÁMETROS MÍNIMOS. DERECHOS DEL ADMINISTRADO

Ahora bien, con carácter general es necesario poner de resalto que si la Administración opta por establecer en los documentos que han de regir el llamado, parámetros o exigencias mínimas en materia de inversión en obra, respecto de los cuales los futuros oferentes no podrán apartarse, deberá prestar especial atención en no alterar, por vía de esa mayor definición, el margen de tolerancia que la ley establece en beneficio del

oferente que es, a la vez, autor de la iniciativa.

Dicha facultad de establecer exigencias mínimas, que la Administración posee irrenunciablemente, no puede de modo alguno implicar una modificación en las pautas tenidas en cuenta por el iniciador al establecer el quantum sobre el que procedió al cálculo del porcentual de la garantía, so pena de quebrantar el principio de igualdad que rige el procedimiento. Si, no obstante ello, la conducta estatal implica una alteración de tal principio, está claro para nosotros que, en aras de su restablecimiento, deberá conferirse al autor de la iniciativa la posibilidad de incrementar el monto de la garantía de su iniciativa particular.

Lo expuesto es de toda validez, aun cuando el proponente seguramente considerará con exceso el monto de la aludida garantía a efectos de prever lo relativo al porcentaje de tolerancia y, de tal manera, ocultar a la vista de sus competidores el monto real de las inversiones consideradas en su iniciativa. Pero en tal caso este es un derecho que la ley le acuerda para emplearlo con la discrecionalidad que las circunstancias le aconsejen y que tendrá siempre como limite la buena fe que compromete en su relación con la Administración y con los otros eventuales competidores.

Ahora bien, de lo señalado no puede derivarse que sea la propia Administración la que con su conducta -que prima facie es legitima- produzca una alteración en las pautas tenidas en mira mAs allá de dichos márgenes de tolerancia, sin que le brinde al iniciador la posibilidad de adecuar la misma a las nuevas circunstancias. De lo contrario seria ella misma la que le provocaría, eventualmente, la pérdida de la condición de autor de la iniciativa, frente a lo cual el administrado tiene el derecho de exigir de la Administración el restablecimiento de tal principio por la vía de producir la pertinente adecuación. Está en ello, además, comprometido el principio de buena fe contractual.

27. DESISTIMIENTO

Resta decir que en caso de que el autor de la iniciativa no formule su “oferta” en el procedimiento de selección que se convoque, la garantía de iniciativa aludida (que puede convertirse en garantía de oferta a solo criterio del iniciador) será ejecutada. Así lo dispone expresamente el articulo 58, inciso f, de la reglamentación de la ley 23.696, aprobada por decreto 1105/89.

La lógica de la solución legal resulta de toda evidencia a poco que se analice la relación que se crea entre el particular y su iniciativa, por una parte, y la que se entabla con la Administración, a propósito de su propuesta que ha merecido la calificación de interés público.

Si bien es innegable el contenido patrimonial que para el administrado posee la declaración de interés público emanada de la autoridad concedente, a tal punto que le permitirá, por ejemplo, ceder o transferir, con ciertas limitaciones, los derechos nacidos al amparo de dicha manifestación de voluntad estatal, no es menos cierto que se produce una suerte de simbiosis entre el particular y su idea, que por ser suya merece la debida protección legal.

Desde el punto de vista de la comunidad, interesa la materialización concreta de la idea contenida en la iniciativa privada, por cuanto es dicha concreción la que satisface -en definitiva- la realización del bien común. Si dicha propuesta no es llevada a la práctica, si una determinada realización pública, sea una obra o un servicio, no es concretada, no estará satisfecho el bien comunitario y el proceso iniciado con esa manifestación estatal quedará trunco.

Pero también interesa al bien común que sea el propio particular quien demuestre en los hechos la seriedad de su idea, la concreta posibilidad de llevarla adelante, a la cual la ley le ha conferido debida protección.

De allí que encuentre suficiente justificación la ejecución de la garantía de la iniciativa en caso de que el proponente no formule su oferta en el procedimiento de selección que se convoque, o antes de ello, en caso que desista de la misma una vez que ha merecido, de parte de la autoridad de aplicación, la declaración de interés público.

Ahora bien, en tanto la iniciativa privada no sea aceptada por la Administración mediante la respectiva declaración de interés público el administrado podrá desistirla en cualquier estado del procedimiento sin que, en tal caso, corresponda proceder a tal ejecución. No encontramos razón legal que justifique un criterio distinto.

28. CARÁCTER PENITENCIAL DE LA GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE INICIATIVA

Lo previamente expresado nos lleva, necesariamente, a considerar el alcance de la reparación que el administrado debe a la Administración, en los supuestos examinados de falta de presentación de su oferta o desistimiento posterior a la declaración de interés público. La cuestión a determinar es, entonces, si el límite de la indemnización estará dado por el monto consignado en la fianza rendida o bien deberá reparar la totalidad de los perjuicios irrogados al Estado concedente.

En tal sentido, ningún distingo cabe efectuar, a nuestro juicio, entre la garantía de mantenimiento de iniciativa y la de la oferta propiamente dicha, a la que, siguiendo la opinión de autorizada doctrina, cabe atribuirle carácter meramente provisional y penitencial, dado que, corresponde interpretar, la mentada garantía de mantenimiento de iniciativa que debe rendir el autor de la misma tiene el carácter de penalidad para el supuesto de abandono extemporáneo del procedimiento o falta de presentación de la oferta respectiva[48].

Dromi, por su parte, califica a la garantía de mantenimiento de oferta como provisional, destinada exclusivamente a avalar la solemnidad de la oferta (de la iniciativa en este caso), por lo que no tiene carácter confirmatorio sino penitencial, a diferencia de las garantías de contrato fondo de reparos que son definitivas y confirmatorias[49].

[48] Cf. Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, Ábaco, Buenos Aires, 1984, vol. 2, ps. 640 y 641
[49] Dormí, José Roberto, La licitación pública, Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 289 y 290.

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO
Concurso de proyectos integrales. Licitación pública. Diferencias en el régimen de prerrogativas

29. CONCEPTO

Según lo dispuesto por el artículo 42, inciso c, de la ley 17.520, si la entidad pública concedente entendiese que la iniciativa privada reviste interés público, "... lo que deberá resolver expresamente ...", podrá optar por el procedimiento de la licitación pública (previsto como modalidad en el inciso a de la misma norma), o bien por el concurso de proyectos integrales.

Conforme lo establece el artículo 58, inciso d, del decreto reglamentario n° 1105/89, la declaración de interés público de la iniciativa y el ejercicio de la opción entre los procedimientos de la licitación y el concurso de proyectos deberá ser decidido en un solo acto por parte de la autoridad de aplicación. Se encuentran en ello comprometidos los principios de celeridad, sencillez de los trámites y economía procesal.

30. MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN POR UN ACTO POSTERIOR

Ahora bien, si la autoridad de aplicación escogiera en un primer momento el concurso de proyectos integrales, nada obsta, en principio, a que luego se modifique el acto administrativo de declaración de interés público en lo que resulte pertinente y se opte por el de la licitación pública.

Puede validamente acontecer que, ya sea por decisión propia o sobre la base de las recomendaciones de los órganos de control, y por resultar más conveniente a la satisfacción plena del bien común comprometido (valorado a la luz de nuevas circunstancias de hecho o por un diferente enfoque de las ya conocidas), que la Administración establezca ciertas reglas o para metros de acatamiento obligatorio, o lisa y llanamente determine con criterio de aplicación general las bases y condiciones a las que deberá estar sujeta la futura concesión, a cuyo efecto decide redactar los respectivos pliegos de bases y condiciones.

En tal supuesto, el iniciador no podría alegar, en principio, derechos adquiridos a un procedimiento de selección determinado (en el caso al concurso de proyectos integrales), aun cuando su situación podría eventualmente variar, por cuanto, como luego se verá, no será igual el régimen de las prerrogativas que la norma le acuerda. Lo que si obviamente tendrá, aunque ello no puede ser en nuestro criterio confundido, es el derecho al debido procedimiento de selección y al respeto más absoluto a los principios que lo gobiernan.

En suma, la Administración se encontraría habilitada para modificar unilateralmente el

procedimiento de selección del futuro concesionario, si considera que la plena satisfacción del interés público comprometido así lo requiere, ese mismo interés que la llevó a admitir la iniciativa del particular. Podría hacerlo, sin lugar a dudas, si el acto administrativo en cuestión no estuviera aún notificado al particular desde que el mismo no habría adquirido eficacia (arg. arts. 11 y 18, ley 19.549).

Lo expuesto no implica de modo alguno abogar por una generalización de tal proceder, sino simplemente examinar un dato de la realidad jurídica.

Por el contrario, creemos firmemente que en aquellos terrenos donde la iniciativa privada puede ser fecunda y prolífica debe ser alentada por la propia Administración, que posee para hacerlo el mecanismo instaurado por el artículo 58, inciso k, del decreto 1105/89, dejando librado a los particulares la definición de las variables contenidas en sus propios proyectos.

En tal sentido, y aun cuando conocemos las dificultades que ello implica (o puede implicar) para la comparación de las futuras ofertas, somos partidarios de que la entidad concedente defina la menor cantidad de variables que sean posibles. A ello apunta, en definitiva, un concurso de proyectos integrales, en el cual los oferentes deben prever todas las cuestiones relativas a la futura concesión, desde los puntos de vista técnico, económico y jurídico.

Conteste con el criterio expuesto se encuentra la doctrina, en cuanto afirma que debe ser privilegiada la presentación de iniciativas en competencia, por sobre la puja que conlleva la licitación pública, toda vez que ello importará, a su vez, que el Estado ahorre tiempo, dinero y esfuerzo en la formulación de estudios, proyectos, elaboración de pliegos, etcétera[50].

31. LA ADMINISTRACIÓN PUEDE ESTABLECER REQUISITOS MÍNIMOS o DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO

De lo expresado no puede inferirse, sin embargo, que la autoridad concedente no pueda o, en rigor, no deba en ciertos supuestos, establecer requisitos de cumplimiento mínimo y acatamiento obligatorio como lo relativo a confección y forma de los balances, formulación de los documentos estatutarios, requisitos que deba cumplir el objeto de la sociedad concesionaria, constitución de ésta a los efectos de la concesión y todo otro dato que haga a la evaluación de la situación patrimonial y económico-financiera de las futuras empresas oferentes.

Desde otro ángulo, la Administración Pública podría (o debería según las circunstancias de cada caso) exigir el cumplimiento de metas mínimas en cuanto a inversiones previas al inicio de la explotación comercial de la concesión, o sea, con anterioridad al cobro de tarifas o de peajes. Este mecanismo fue el utilizado en la licitación pública para la concesión de los denominados corredores viales, y también en los concursos de

[50] Fanelli Evans, Guillermo E., ob. cit.

proyectos integrales llevados a cabo para la ejecución de las redes de accesos a las ciudades de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza, por citar sólo algunos de los supuestos verificados.

Ahora bien, conviene señalar, por ultimo, que si la Administración entendiese que en un caso dado la plena satisfacción del interés general amerita que se dispongan de manera unilateral y uniforme reglas o especificaciones técnicas, económicas y jurídicas, respecto de las cuales los particulares no podrán apartarse, so pena de que sus respectivas propuestas puedan ser declaradas inadmisibles, el procedimiento más adecuado será el de la licitación pública y no el del concurso de proyectos integrales. Tal convencimiento, de la autoridad concedente, podría ser onginario, o bien surgir como consecuencia del análisis de alguna iniciativa particular.

Consecuentemente, no seria el concurso de proyectos integrales el procedimiento de selección más adecuado al caso, sino que la iniciativa de llevar adelante la concesión debería provenir de la Administración Pública.

32. CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES. ALCANCE Y CONTENIDO

El proceso de formación de la voluntad administrativa, ya se sabe, se realiza siguiendo determinados procedimientos que pueden o no ser más o menos complejos, pero que en todos los casos están regidos por el principio de legalidad.

A partir de la sanción de la ley 23.696, la ley 17.520 (art. 42, inc. c) confiere a la Administración Pública la facultad de emplear el procedimiento del concurso de proyectos integrales como un mecanismo para proceder a la selección del cocontratante privado que tendrá a su cargo una concesión de obra pública o de servicios públicos, por extensión analógica de sus disposiciones conforme lo establece el artículo 11 in fine del decreto 1105/89.

A efectos de mejor caracterizar el referido procedimiento de selección y encontrar sus notas propias, resulta necesario, previamente, decir unas palabras respecto del mecanismo de la licitación pública.

En relación a esta última, Sayagués Laso ha dicho que puede definírsela como "... un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación) ...; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones"[51]

Marienhoff, por su parte, destaca que por licitación pública "... debe entenderse el

[51] Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, 5° ed., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, t. I, p. 552.

procedimiento de selección del cocontratante de la Administración donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo a las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate. De manera que el rasgo típico de la licitación pública es la posibilidad de que concurra a ella un número ilimitado de oferentes o licitadores, en tanto éstos se hallen encuadrados en las disposiciones normativas vigentes"[52].

Al decir de Escola, las definiciones anteriores concretan adecuadamente el concepto general de la licitación, si bien (he aquí lo destacable) la previa justificación de las aptitudes morales, técnicas y financieras de los posibles cocontratantes no son un recaudo exclusivo de la licitación y que concurra a caracterizarla, sino que es un requisito exigible en todos los sistemas de restricción, e inclusive en el sistema de libre elección[53].

Va de suyo que la justificación de los referidos requisitos de idoneidad son también connaturales al procedimiento del concurso de proyectos integrales que el artículo 42, inciso c, de la ley 17.520, regula.

Ahora bien, el procedimiento del concurso, lato sensu, presenta como dato característico la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. En este sentido, afirma Marienhoff que desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es recomendable hablar de concurso de "precios", aunque gramaticalmente el vocablo se extienda al llamamiento que se hace a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Para esto último, el término jurídico preciso es licitación y no concurso[54].

Concordantemente se expide Dromi, para quien resulta "impropio" utilizar la expresión concurso de precios, y lejos de referirse a una categoría jurídica específica involucra caracteres de la licitación y del concurso[55].

En consecuencia, el vocablo "concurso", pese a su extensión gramatical, debe reservarse para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, entre dos o más personas: es un medio de selección de la "persona" más autorizada para el cumplimiento de una tarea y tiene en cuenta preferentemente las condiciones "personales" del candidato[56].

Se sostiene, incluso, que lo característico del concurso, cualquiera sea el contrato que con el se adjudique, está en las facultades, más o menos amplias, de que la Administración dispone para valorar la proposición hecha por el aspirante o contratista[57].

---

[52] Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 3° ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. III-A, p. 181.
[53] Escola, Héctor, Tratado integral de los contratos administrativos, Depalma, Buenos Aires, 1977, vol. I, p. 329.
[54] Tratado ..., III-A, p. 188.
[55] Dromi, José Roberto, La licitación ..., p. 103.
[56] Cf. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., p. 188. En sentido análogo también se expide Dromi, José Roberto, La licitación ..., p. 103.
[57] Conf. Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo; 7° ed., Civitas, Madrid, 1987, vol.

Ahora bien, en punto a la consideración del concurso de proyectos integrales, como un especial procedimiento de selección que el legislador ha concebido para el otorgamiento de concesiones de obras y servicios públicos, es de hacer notar que participa de las características aludidas precedentemente, a más de las cuales debe agregarse la especial circunstancia de que con el mismo se produce un verdadero traspaso a la órbita de los particulares de una actividad materialmente administrativa, dado que serán ellos quienes formulen sus propios proyectos.

Ya no es la Administración la que define las reglas y cualidades que la obra o el servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes quienes elaboren el modelo de concesión que pretenden encarar integralmente considerado, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico, al punto que el plexo normativo vigente sólo será aplicable (en muchos aspectos) de manera supletoria, ante la falta de previsión especifica en las bases o en las ofertas respectivas.

Es esta la solución de la reglamentación vigente en el orden nacional, desde que el artículo 72 del pliego de bases y condiciones generales para la licitación de concesión de obra pública, aprobado por la resolución MOSP n° 221/89, establece (en lo pertinente) que: "Las disposiciones del presente pliego (...) regirán supletoriamente en los Concursos de Proyectos Integrales en todo lo no previsto expresamente en las ofertas".

Como lo afirma Barra, la nueva legislación importa (utilizando la expresión en un sentido muy amplio) una suerte de privatización del procedimiento de selección del contratista de la clásica licitación que supone una actividad administrativa, burocrática, de confección del proyecto, pliegos, una compleja tramitación, etcétera[58].

Por otra parte, el procedimiento examinado encuentra analogía con su similar concurso de proyectos en competencia regulado en la Ley de Contratos del Estado de España, texto articulado del 8 de abril de 1965, modificado por ley de 17 del marzo de 1973.

Con relación a este último y con el objeto de destacar la importancia que el mismo ha adquirido en el derecho español, como procedimiento eficaz para el otorgamiento de concesiones, el profesor Fernando Garrido Falla ha afirmado: "... el carácter excepcional que el procedimiento de concurso tenia en la Ley de Administración y Contabilidad del Estado estaba ciertamente mitigado, por cuanto que las concesiones de servicios públicos seguían rigiéndose por su legislación particular, en la que los llamados concursos de proyectos en competencia seguía siendo la regla. Posiblemente a la vista de esta realidad la ley articulada de Contratos del Estado declara el concurso como la forma normal de adjudicar los contratos de gestión de servicios (art. 69); si bien la regla se hace extensible al contrato de suministro (art. 87)"[59].

II, p. 93.

[58] Barra, Rodolfo C., La regulación legislativa del proceso de transformación en la Argentina, revista "Régimen de la Administración Pública", n° 151, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991, ps. 8 y ss.

[59] Ob. cit., Tratado ..., p. 93.

CAPÍTULO VIII

DERECHOS DEL AUTOR DE LA INICIATIVA DECLARADA DE INTERÉS PÚBLICO

33. EL TEMA A CONSIDERAR

Como lo adelanta el título del presente capítulo, es necesario que nos detengamos en el análisis de los derechos que la ley le acuerda a quien resulta ser autor de una iniciativa particular declarada de interés Público por la autoridad de aplicación y cómo se ponen en funcionamiento esos derechos según se trate de un concurso de proyectos integrales o de una licitación publica.

34. SUPUESTO DEL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES

La ley dispone (art. 4°, inc. c) que si como consecuencia del concurso de proyectos integrales convocado por la Administración, existiera una oferta más conveniente que la presentada por la del autor de la iniciativa, según acto administrativo debidamente motivado, este y el oferente cuya propuesta ha sido considerada más conveniente, podrán mejorar sus respectivas ofertas en un plazo que no excederá de la mitad del que insumió la convocatoria. Este ballotage o doble vuelta entre ambos oferentes se llevará a cabo, en principio, por las mismas reglas que rigieron el llamado original.

Pero puede suceder que la Administración, que a esta altura y por imperio del concurso se encuentra en pleno conocimiento del contenido de la iniciativa particular y posiblemente también de otras alternativas que hayan formulado los oferentes involucrados en la segunda vuelta, considere que para la más plena satisfacción del interés publico comprometido, los postulantes involucrados encaucen sus proyectos integrales en algún sentido especifico, o centren su atención en algún aspecto o alternativa por ellos mismos propuesta o que surja de las ofertas. En tal caso, pensamos que la Administración se encuentra habilitada para hacerlo sin que de ello deba necesariamente derivarse una afectación al principio de igualdad de trato de los postulantes.

Lo expuesto, sin embargo, tiene sus limitaciones y ellas se refieren a la circunstancia de que la Administración no puede, so pretexto de la satisfacción de una necesidad de interés publico, desnaturalizar el contenido y alcances del objeto la iniciativa privada admitida y sobre cuya base se formuló la convocatoria.

Tal conducta importaría no sólo la afectación del principio de igualdad de trato, sino también del derecho de propiedad del autor de la iniciativa en cuanto el resulta ser el autor intelectual de la misma.

En tal sentido, no puede perderse de vista que si bien es cierto que la declaración de

interés publico' recae siempre sobre el objeto de la presentación del administrado que se somete a consideración de la autoridad concedente y no sobre el sujeto autor de la misma, la ley le acuerda a este un verdadero derecho de propiedad intelectual y con contenido patrimonial.

No empece a tal afirmación la circunstancia de que la Administración haga suya la iniciativa al declararla de interés publico. Por el contrario, la ley ha pretendido rodear al autor de la idea, de ciertas garantías y preferencias que antes no poseía, si no fuera -como quedó dicho más arriba- por aplicación del principio de la buena fe contractual.

Ahora bien, cumplida esta segunda etapa de mejora de las ofertas, puede suceder que subsista la diferencia de merito o conveniencia en favor del proponente que no es autor de la iniciativa, en cuyo caso la solución de la ley es clara en el sentido de que dicho proponente será el vencedor de la competencia.

Por su parte, la solución es de toda obviedad de ocurrir que, como resultado de la referida segunda vuelta, el oferente autor de la iniciativa declarada de interés publico formule una mejor oferta que la de sus competidores.

Pero aun puede darse el supuesto de que cumplida esta segunda instancia las ofertas del autor de la iniciativa y del otro proponente continúen siendo equivalentemente convenientes, en cuyo caso el decreto reglamentario de la ley (1105/89) dispone, en su articulo 58, inciso j, que será preferida la del que presentó la iniciativa. Desde ya que en todos los casos la determinación de la equivalente conveniencia deberá ser determinada sobre la base de pautas objetivas de valoración.

En mi opinión, es en el contexto expuesto en el que deben ser interpretadas las disposiciones contenidas en la ley y en el reglamento.

En contra de la misma se ha expresado parte de la doctrina, sosteniendo que el reglamento se aparta del espíritu legal cuando dispone tal preferencia por la oferta del autor de la iniciativa en el supuesto de que haya una equivalente conveniencia entre la oferta de este y la de otro u otros proponentes[60].

Si bien es cierto, como lo afirman Hutchinson, Barraguirre y Grecco, que será de muy difícil ocurrencia una estricta equivalencia de conveniencia entre dos propuestas, no lo es menos que la reglamentación de la ley, inspirándose, entre otras razones, en la necesidad de alentar la presentación de iniciativas privadas, ha optado por una solución que, en principio, aparece justa.

35. SUPUESTO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Tratándose del procedimiento de la licitación pública, la solución legal difiere de la anterior y la encontramos en una disposición de carácter reglamentario, dictada por la autoridad de aplicación conforme a la atribución de competencia que el decreto 1105/89

[60] Hutchinson, Barraguirre y Greco, Reforma del Estado. Ley 23.696, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 346.

le ha conferido y en orden, a su vez, a hacer efectiva la prerrogativa establecida en el articulo 58, inciso j, del decreto 1105/89.

Tal es el supuesto del antes aludido pliego de bases y condiciones generales para la licitación de concesión de obra publica.

El referido reglamento prevé, en sus artículos 9 y 43, el supuesto de la existencia de una iniciativa particular declarada de interés público, como consecuencia de la cual la autoridad concedente haya optado por el procedimiento examinado, circunstancia que, como se ha visto, se encuentra dentro de la esfera de su competencia. Como también hemos analizado, tal opción puede ser concomitante con la admisión de la propuesta privada o bien en forma sobreviniente, tal cual lo expresáramos supra.

En dicha situación, y cumpliendo con lo normado por el articulo 58, inciso j del decreto 1105/89, existiendo dos ofertas de equivalente conveniencia será preferida aquella que pertenezca al autor de la iniciativa declarada de interés público, siempre -claro está- que entre las que se hallen en tal situación se encuentre la del iniciador.

A efectos de establecer cuándo se presenta tal equivalencia de conveniencia, el articulo 43 del citado pliego de bases y condiciones generales dispone que ella existirá cuando la diferencia relativa de mérito entre la oferta del autor de la iniciativa y la de aquel que obtuvo el mayor puntaje, no supere el cinco por ciento (5 %) de la oferta mejor calificada.

De lo expresado, se deduce que no existe en el particular la regulada doble vuelta o ballotage propia del concurso de proyectos integrales, sino que en tal caso no le cabrá al autor de la iniciativa el derecho de mejorar su propuesta, para el supuesto de que pudiere aparecer una más conveniente.

La solución del texto legal es lógica si tenemos en cuenta que en el caso de la licitación pública es la Administración la que dispone la formulación de las reglas de la convocatoria uniformemente para todos los interesados, sin que los particulares tengan otra posibilidad que no sea adherir a dichas reglas.

36. COEXISTENCIA DE MAS DE UNA INICIATIVA PRIVADA DECLARADA DE INTERÉS PÚBLICO

Sin perjuicio de mencionar que el legislador no ha pensado -al menos en principio- en la hipótesis de que coexistan dos o más iniciativas particulares declaradas de interés público sobre un mismo objeto y, consecuentemente, en que dos o más sujetos privados puedan ejercitar los derechos conferidos legalmente a quien reúna la condición de iniciador, la realidad enseña que puede darse el caso de que una misma idea sea planteada a la Administración por más de un particular, ya sea en forma simultánea o no.

El solo dato de la prioridad en el tiempo -al menos en un primer momento- resulta por si

solo insuficiente para conferirle a un particular la calidad de autor de una iniciativa[61]. Sin embargo, en determinadas circunstancias puede no resultar fácil discernir tal carácter de manera indiscutida.

Por lo dicho en los párrafos precedentes, está claro que para nosotros la declaración de interés público tiene contenido objetivo y que la mera circunstancia temporal sólo tendrá relevancia frente al supuesto de que dos ideas revistan tal calidad en virtud de poseer un contenido similar.

Si la Administración ha estimado que el objeto contenido en una iniciativa satisface una necesidad de interés general y así lo exterioriza, no podría luego dejar de hacer lo mismo con otra u otras que los particulares formularan, si, a su vez, el contenido de estas últimas objetivamente considerado, resulta análogo. En tal supuesto, deberían coexistir todas ellas, declarándolas de interés público (circunstancia objetiva), pero sólo al autor de una, la que primero fue presentada, corresponderá asignarle la condición de iniciador (circunstancia subjetiva) y el consecuente ejercicio de los derechos legalmente conferidos.

Ahora bien, el supuesto podría adquirir relevancia frente a las hipótesis de desistimiento o de falta de presentación de oferta por el sujeto declarado iniciador en el procedimiento de selección que se convoque (supuestos contemplados legalmente), en cuyo caso nada impediría que aquel que sea titular de otra iniciativa declarada de interés público, aun cuando primigeniamente no ha sido considerado iniciador, pueda válidamente entrar a ocupar su lugar.

Contestes -como quedó dicho- en que no es ese el supuesto previsto por el legislador, puesto que una generalización de tal conducta podría llegar a desalentar la presentación de iniciativas privadas, no podemos dejar de mencionar que a pesar de que el articulo 30 del decreto 1759/72, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, n° 19.549, impone a la Administración la obligación de entregar una constancia con la identificación del expediente que corresponda a toda actuación que ante ella se inicie[62], es frecuente que la autoridad administrativa no asigne tal identificación en la primera oportunidad, en el acto material de presentación de un expediente, y aun sin llegar a tal extremo, es inusual que se inicien, con lo cual en algunas ocasiones será difícil determinar cuál es la presentación efectuada en primer término.

Estas situaciones, y quizás otras que ahora no imaginamos, surgidas de una realidad empírica incontrastable (no puede el intérprete, y mucho menos el ejecutor de la norma, dejar de tenerlas en cuenta), plantean supuestos a los que debe dársele solución en el marco legal aplicable, y de allí que (a riesgo de ser casuistas) no las dejemos de lado. Todo ello, sin perjuicio de tener claro que la ley debe ser interpretada conforme a los fines que el legislador ha tenido en cuenta al sancionarla y que dar pleno efecto a su intención es la primera regla de hermeneútica[63].

---

[61] Conf. Fanelli Evans, Guillermo E., La condición de iniciador en la concesión de obra pública y el plazo para expedirse, en revista de la Unión Argentina de la Construcción, año 4, n° 11, Buenos Aires, 1990, ps. 20 y ss.

[62] Conf. Hutchinson, Tomás, Ley nacional de procedimientos administrativos, Astrea, Buenos Aires, 1988, vol. 2, p. 104.

[63] CS Fallos, 281-146, 297-142, 299-93, entre muchos otros.

CAPÍTULO IX

CONVOCATORIA A PRESENTACIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS

37. LA FINALIDAD DE LA NORMA

En orden a producir una efectiva descarga de labor intelectual y burocrática de las estructuras estatales y trasladarla a la esfera de los particulares, quienes muchas veces, con un legítimo afán de lucro, vislumbran la aparición de un negocio rentable y cómo llevarlo a la practica, el articulo 58, inciso k, del reglamento aprobado por decreto 1105/89, ha creado el mecanismo del llamado a la presentación de iniciativas de los particulares para proyectar, construir, conservar y explotar comercialmente una determinada obra publica, mediante el mecanismo de la concesión.

En este caso es el Estado quien convoca a los particulares para que presenten iniciativas en áreas predeterminadas por el, con el objeto de orientar la inversión privada hacia sectores que considera prioritarios[64], de donde se sigue que el mecanismo examinado puede constituirse en una herramienta eficaz de inversión privada de riesgo.

38. PROCEDIMIENTO

En tal caso, para llevar adelante la convocatoria, bastará con que la autoridad concedente identifique la obra pública a ser ejecutada mediante este sistema e invite a los privados a que formulen sus propuestas, a que orienten la inversión pretendida por el Estado, según ellos mismos lo consideren más adecuado.

Dichas presentaciones deberán, a su vez, cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley y su reglamentación, por lo que aquello que se ha manifestado supra vale también para este caso.

De tal modo, cumplida esta suerte de etapa previa, la autoridad de aplicación admitirá la iniciativa que mejor satisfaga aquella necesidad de interés público que la motivó a formular el llamado, sobre la base de la cual convocara el procedimiento de selección que decida llevar adelante, considerando como autor de la iniciativa a su titular. Tal es la solución legal al disponer que las iniciativas que se presenten se consideraran de interés Público por la sola inclusión de la obra publica identificada por la autoridad estatal, aun cuando se la comprenda en un proyecto alternativo más amplio (conf. art. 58, inc. k, apart. II in fine).

Así las cosas, la ley considera de interés publico a la totalidad de las presentaciones, por la sola circunstancia de responder al llamado y en la medida -obviamente-que incluyan la obra publica identificada por la autoridad concedente. Tal declaración de interés publico se ha efectuado a priori y de manera abstracta por la propia ley.

[64] Menem, Carlos S., y Dromi, José R., Reforma del Estado y transformación nacional, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, ps. 98 y 99.

En cuanto a quién cabe atribuir la condición de iniciador, y el consiguiente ejercicio de los derechos que le corresponden, la norma dispone que será considerado como tal aquel que sea titular de la iniciativa tomada como base para llevar adelante el procedimiento de selección de que se trate, o sea la que se incluya en las bases del concurso de proyectos integrales o en el pliego de licitación respectivo.

CAPÍTULO X

BREVES COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

39. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REQUISITOS QUE DEBE CONTENER UNA INICIATIVA PARTICULAR

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la presentación y tratamiento de iniciativas privadas se encuentran regidos por la ley 11.184 (promulgada por decreto 182 de fecha 26/12/91, que resulta ser modificatoria del decreto-ley 9254/79 de concesión de obra pública) y su decreto reglamentario 585 de fecha 28 de febrero de 1992. Dichas disposiciones derogaron, a su vez, la Resolución n° 685 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos provincial, que análogamente intentó regular y sistematizar la formulación de las iniciativas particulares cuyo objeto versara sobre una concesión de obra pública.

El articulo 35 de la ley 11.184 hace extensiva a la concesión de servicios públicos las disposiciones de los decretos leyes 9254/79 y 9645/80, en lo que fuera pertinente, normas regulatorias del contrato de concesión de obra pública. Algo análogo, como se ha visto supra, a lo que ocurrió en el orden nacional por disposición del articulo 11 del decreto 1105/89, reglamentario de la Ley de Reforma del Estado 23.696.

La derogada resolución 685 disponía, por su parte (art. 2°), la inclusión en las previsiones de los citados decretos leyes de los servicios públicos que se derivaran de una obra pública ya existente y que hubiera sido ejecutada por los organismos de jurisdicción del Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

La nueva legislación, al tiempo que innova en varios aspectos respecto del anterior régimen jurídico, mantiene casi inalterable lo relativo a los requisitos que las iniciativas particulares deben poseer, como seguidamente se verá, haciéndose pasible de semejantes criticas.

Entre los elementos novedosos, merecen destacarse la creación de un Consejo Asesor de Iniciativas Privadas (C. A. I. P.), el establecimiento de plazos para que la Administración se expida frente a las peticiones de los particulares y el dictamen de requerimiento obligatorio y vinculante a la Asesoría General de Gobierno de la Provincia y a la Comisión Bicameral creada por el articulo 39 de la ley 11.184, quienes deben expedirse en el plazo perentorio de diez días corridos, so pena de que su silencio se considere aprobatorio de la iniciativa que a su consideración se exponga por parte del Poder Ejecutivo (confr. arts. 10 y 11 del decreto 585/92).

En punto a los requerimientos o aspectos sustanciales (también regula lo relativo a los formales) que la iniciativa debe explicitar, el articulo 7° del decreto 585/92 dispone que deben mencionarse: el objeto de la concesión, la modalidad de la misma, plazo estimado,

bases tarifarias y procedimientos para su fijación, el programa técnico para la organización y ejecución del servicio o construcción, conservación o mantenimiento de la obra, el estudio económico financiero y de rentabilidad y todo otro antecedente que se considere adecuado al objeto de la concesión.

Toda esa información debe estar avalada por los "... profesionales que de acuerdo a su idoneidad específica deban demostrar la viabilidad de la misma ..." (conf. art. 7° del decreto comentado), con lo cual, forzoso es admitirlo, la presentación se asemeja en gran medida con la oferta que el iniciador debe exteriorizar en la selección que al efecto se convoque, para el caso de que la iniciativa sea admitida.

Por otra parte, y en punto a la explicitación de los denominados lineamientos generales, cabe acotar que la norma en comentario establece que la propuesta privada debe poseer la "... aptitud suficiente para demostrar la viabilidad jurídica, técnica y económica ..." del proyecto contenido en la misma (art. 72, primer párrafo), exteriorizando, de tal modo, aquello que expresamos a lo largo de este trabajo, en relación a que la Administración debe, sin violentar los principios que gobiernan esta materia, contar con un conocimiento acabado del proyecto puesto a su consideración por los particulares.

Estimada la iniciativa como de interés publico, la Administración convocará a una licitación pública (que en su caso se regirá por las disposiciones contenidas en la ley 6021 y su reglamentación), o bien a un concurso de proyectos integrales. En ambos supuestos, en caso de que existan dos ofertas de equivalente conveniencia será preferida la del autor del proyecto iniciador (conf. arts. 14 y 16 del decreto 585/92). En este sentido, se establece que en todos los casos "... se considerará que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia de merito relativa entre la oferta iniciadora y la/s ubicada/s en primer lugar, no supere en hasta un siete por ciento (7 %) el puntaje obtenido por la o las ofertas mejor calificadas" (art. 18).

La disposición precedente mejora indudablemente a su predecesora (me estoy refiriendo a la resolución 685), toda vez que anteriormente dicha relación porcentual estaba referida a la diferencia de me rito del precio relativo (tarifa, canon, etc.), entre la oferta iniciadora y la ubicada en primer lugar.

En tal orden de ideas, cabe acotar que la aplicación de este tipo de sistemas de determinación de diferencias relativas de puntaje fue adoptado en el orden nacional por el Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesión de Obra Pública[65], que establece que a efectos de determinar dicha equivalente conveniencia, la evaluación se llevará a cabo a través de la comparación de la totalidad de los elementos integrantes de la oferta, a través de la aplicación de un sistema de puntaje. Es esta la solución que aparece más adecuada con el concepto de oferta más conveniente aplicable en esta materia.

Finalmente, y en relación a esto último, el decreto 585/92 dispone (art. 18) que los

[65] Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación de Concesión de Obra Pública vigente en el orden nacional y aplicable a todas las concesiones de obra pública que otorgue el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 17.520, que el ex Ministerio de Obras y Servicios Públicos, en su carácter de autoridad de aplicación, aprobó mediante el dictado de la resolución MOSP n° 221/89.

pliegos de condiciones deberán asegurar al autor del proyecto iniciador el siete por ciento (7 %) del puntaje máximo posible en concepto de "puntaje por autoría", norma que de algún modo morigera las consecuencias de la amplia y pormenorizada información que el particular debe poner a disposición de la Administración y que como se ha visto debe venir suscripta por los profesionales correspondientes.

I

CAPÍTULO XI

BREVES COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

40. INTRODUCCIÓN

Por las especiales características que presenta, nos interesa formular algunos breves comentarios a la legislación recientemente dictada por la Provincia de Mendoza en relación al régimen jurídico establecido para la concesión de servicios y de obra publica, y en especial el tratamiento que se le ha conferido al instituto de la iniciativa privada.

El mentado régimen jurídico se encuentra conformado por la ley provincial 5507 y su decreto reglamentario aprobado por decreto del ejecutivo local 2511/90, cuyos textos completos pueden consultarse en el Apéndice de la presente monografía.

41. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Por el artículo 1° de la ley 5507 se faculta al Poder Ejecutivo provincial y a sus entes descentralizados y autárquicos, previa aprobación de aquel, a contratar con personas físicas, jurídicas y/o uniones transitorias de empresas, la concesión o gestión indirecta de obras y servicios públicos mediante el cobro de tarifas, peajes u otras formas de retribución.

De lo expresado pueden ya extraerse dos primeras conclusiones. En primer lugar, que la ley está regulando el contrato administrativo de concesión de obra o de servicios públicos, y en segundo lugar admite no sólo la forma de retribución bajo la modalidad de tarifas o de peaje, sino también puede resultar aplicable a la concesión por contribución de mejoras.

Esta ultima conclusión se encuentra ratificada por el propio decreto 2511/90, reglamentario de la ley, en cuanto su artículo 1° especifica que "... Entre las formas de retribución del concesionario, se incluye expresamente la contribución de mejoras" (conf. penúltimo párrafo de la norma comentada).

42. CONCESIÓN SOBRE OBRAS EXISTENTES

Por su artículo 2°, la ley dispone que las concesiones se otorgaran por un termino fijo (más adelante la misma ley dispone en su artículo 10 que será necesaria la ratificación legislativa del contrato cuando la concesión supere el termino de veinte años) y que podrán tener por objeto la construcción, reparación, ampliación, mantenimiento, explotación, gestión o administración de obras y servicios públicos nuevos o existentes.

En este sentido la reglamentación examinada contiene, al menos, dos disposiciones que merecen destacarse. La primera, contenida en el artículo 1° (cuarto párrafo) que establece: "... Podrán otorgarse, en forma conjunta, concesiones de obras y/o servicios públicos que sean altamente rentables con otras que no lo sean y que sólo podrían realizarse de esta forma, sin necesidad de ser subvencionadas por el Estado".

La norma, plausiblemente a nuestro juicio, adopta un criterio útil para el erario público que reserva las erogaciones estatales en aquellos ámbitos en donde no sea posible soslayar el desarrollo de actividades subvencionadas o que merezcan una acción de fomento estatal.

La legislación comentada -nos permitimos destacarlo-ha seguido en este sentido la corriente legislativa inspirada por la ley nacional de reforma del Estado n° 23.696, modificatoria en este aspecto de la ley n° 17.520, que posibilitó en el orden nacional el otorgamiento de las concesiones de los denominados corredores viales, donde en un mismo corredor o grupo de corredores se entremezclaron rutas de alto transito y por ende rentabilidad positiva y rutas de bajo transito con rentabilidad negativa, de manera que de dicha combinación el Estado no debiera afrontar erogaciones para el mantenimiento de estas ultimas, que por principio no resultaban atractivas para los capitales privados, si no fuera porque el Estado garantizara por vía de subsidios (y por ende impuestos a cargo de la comunidad) dicha rentabilidad.

A su tiempo, el artículo 2° del decreto reglamentario 2511/90 aclara que podrán otorgarse concesiones de obras y/o servicios públicos para la reparación, ampliación, mantenimiento, explotación, gestión o administración de dichas obras y/o servicios o para la obtención de fondos destinados a la ejecución, conservación o prestación de otras obras y/o servicios que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario.

A más de lo dicho en los párrafos precedentes, valen aquí las consideraciones efectuadas al tiempo de comentar la legislación nacional en virtud de que ambas revisten contenido semejante.

43. ESPECIALES REFERENCIAS AL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.

LA INICIATIVA DE LOS PARTICULARES

Las disposiciones referidas a este aspecto vienen contenidas en los artículos 4° y 5° de la ley 5507 y de la reglamentación aprobada por decreto provincial 2511/90.

El artículo 42 de la ley 5507 dispone que las concesiones podrán ser otorgadas mediante la utilización de los procedimientos de la licitación publica o del concurso privado de precios. Por su parte, el art. 52 del mencionado cuerpo normativo, con un criterio de especialidad, legisla el supuesto de la iniciativa de los particulares, estableciendo que "... Cuando la iniciativa pertenezca a una persona física, jurídica o unión transitoria de empresas, se deberá convocar públicamente a la presentación de ofertas de proyectos

similares. Si se presentaren ofertas más convenientes que la del autor de la iniciativa, se convocará al autor a mejorar su oferta".

La pregunta que cabría aquí formularse es, en el caso de que el procedimiento de otorgamiento de una concesión principie a instancias de la actividad de los particulares, ¿se presenta un supuesto de selección diferente a los legislados en el artículo 42 de la ley (licitación o concurso privado de precios)? o por el contrario, ¿la convocatoria publica a la formulación de proyectos similares (en referencia a lo que nosotros denominamos genéricamente proyectos en competencia) es un procedimiento especial?

A nuestro entender, tratándose del supuesto de que el proceso de otorgamiento de una concesión se inicie a instancias de un particular que exterioriza su propuesta a la Administración concedente, pareciera que el legislador ha querido dotar al procedimiento de selección del concesionario de obra o de servicios públicos, con un nota de especialidad, reservando los procedimientos establecidos en el art. 42 de la ley para el caso de que la concesión se otorgue a instancia de la actividad de la Administración.

De aceptarse el criterio del texto, debería concluirse en que la reglamentación contenida en el aludido decreto 2511/90 se aparta de la letra legal, al disponer en su artículo 42, décimo párrafo, que la propuesta presentada espontáneamente por un particular será considerada por el ministro competente en razón de la materia, y si mereciese ser declarada de interés público, en el mismo acto se deberá convocar a licitación o concurso privado de precios (cf. norma citada).

44. LAS PRERROGATIVAS DEL AUTOR DE LA INICIATIVA

Si luego de realizada dicha publica convocatoria se presentaren ofertas más convenientes que la de aquel que tuvo la iniciativa, éste podrá mejorar su oferta. La legislación en comentario pareciera que se aparta aquí del criterio seguido por la ley 23.696, al establecer que la prerrogativa de mejora de oferta corresponde exclusivamente a quien haya sido calificado como autor de la iniciativa.

Ahora bien, el artículo 52 del decreto 2511/90 dispone que de existir una oferta más conveniente de la presentada por el autor de la iniciativa, este y el autor de la oferta podrán mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no exceda de la mitad del establecido originalmente para el llamado, de manera semejante a lo dispuesto por la ley 23.696.

Salvo que se considere que la ley 5507 ha dispuesto de una manera genérica el derecho de mejora de oferta del autor de la iniciativa declarada de interés público, librando a la reglamentación el modo en que tal derecho ha de hacerse efectivo, debe concluirse en que el decreto comentado avanza sobre la disposición legal.

Un supuesto particular se plantea cuando es la propia Administración la que convoca a la presentación de iniciativas privadas. En tal caso el artículo 42, antepenúltimo párrafo, del decreto faculta a la Administración a optar entre conferirle la prerrogativa contenida en el artículo 52 de la ley, o una contraprestación en dinero en favor del autor de la

iniciativa.

45. REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA INICIATIVA DE LOS PARTICULARES

Los requisitos que la iniciativa debe reunir para ser considerada como tal, están contenidos en la aludida reglamentación aprobada por decreto 2511/90, siendo su contenido análogo al exigido por la ley 23.696 y el decreto 1105/89, por lo que valen aquí los comentarios efectuados sobre estos aspectos al examinar la legislación nacional.

CAPÍTULO XII

LA CONCESIÓN POR INICIATIVA PRIVADA EN EL DERECHO EXTRANJERO. EL CASO DE LA LEY CHILENA

46. RÉGIMEN JURÍDICO

Nos interesa en este caso ocuparnos -brevemente al menos- de la recepción normativa que ha tenido en el derecho chileno el otorgamiento de concesiones de obra publica a partir de la iniciativa de los particulares.

El aludido régimen jurídico está integrado por el texto refundido, coordinado y sistematizado mediante el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) n° 591 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, y por las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras publicas y fiscales por el sistema de concesión, contenidas en la ley 15.840 y el decreto 206 de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue -a su vez- fijado por decreto supremo n° 294 de 1984 del citado ministerio. Por lo demás, cabe mencionar que al tiempo de elaboración de este trabajo hemos tenido a la vista el proyecto de reglamento de la ley de concesiones de obras publicas en su versión que data de julio de 1991.

El artículo 1° del mencionado texto legal establece el ámbito de aplicación objetivo de la norma, al disponer -en lo que aquí importa - que "... La ejecución, reparación o conservación de obras publicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 52 de la ley 15.840, las licitaciones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso publico ...", se regirá por las disposiciones del citado plexo normativo.

47. ACTUACIONES PREPARATORIAS

Por su parte el Capítulo II, bajo el título Actuaciones preparatorias, fija en el artículo 20 la factibilidad de que los procedimientos de otorgamiento de concesiones se inicien a instancia de los particulares, en los siguientes términos:

"Cualquier persona, natural o jurídica, podrá postular, ante el Ministerio (se refiere al Ministerio de Obras Públicas en su condición de autoridad competente para llevar adelante las actuaciones preparatorias) la ejecución de obras publicas mediante el sistema de concesión. La calificación de estas postulaciones será resuelta por el Ministerio de Obras Públicas, en forma fundada en el plazo de un año, como máximo, contado desde su presentación. El postulante deberá hacer su presentación en la forma que establezca el reglamento. La obra cuya ejecución en concesión se apruebe deberá licitarse dentro de un año desde la aprobación de la solicitud. El postulante que ha dado origen a la licitación tendrá derecho a un premio en la evaluación de su oferta en la licitación de la concesión, cuya consideración será especificada en el reglamento y en las bases".

Para una mejor comprensión de las comentadas disposiciones conviene fijar de antemano el alcance de algunas definiciones vertidas en estas líneas, cuyo contenido nos viene dado por la propia norma proyectada. De tal suerte, es "proponente" la persona natural o jurídica que postula, con carácter de propia, una iniciativa de ejecución de obra por concesión, que la plantea a través de un formulario preestablecido, en tanto que la expresión postulante queda reservada al proponente cuya iniciativa ha sido aceptada por la Administración.

48. Los DERECHOS DEL AUTOR DE LA INICIATIVA

Ahora bien, la norma en comentario dispone, por una parte, que el procedimiento de selección del concesionario será siempre el de la licitación y, por la otra, que la prerrogativa que la ley le acuerda al particular cuya propuesta haya sido estimada por la Administración consiste en el otorgamiento de un premio en la etapa de evaluación de propuestas, cuya forma de establecimiento la norma reserva al reglamento y a las respectivas bases de la licitación.

A su tiempo, el reglamento proyectado prevé, en su artículo 8°, que la citada prerrogativa consistirá en el otorgamiento de un premio equivalente al incremento del diez por ciento (10 %) en el puntaje correspondiente a la evaluación de su oferta económica.

La disposición proyectada aparece razonable si se tiene en cuenta que el de la licitación es el procedimiento de selección que la ley establece con carácter uniforme, y que por sus características propias, los oferentes no pueden alterar al tiempo en que participan del mismo.

49. LAS LICITACIONES ORIGINADAS POR LOS PARTICULARES

Bajo el titulo del rubro, el proyecto de reglamento prevé en su Título II el inicio de los procedimientos de otorgamiento de concesiones, a instancias de la propuesta de un particular, que se desarrolla en dos etapas. La primera de ellas es una etapa de mera presentación de la iniciativa, donde el proponente exterioriza su voluntad de ejecutar la concesión.

En esta primera etapa, la Administración, a su vez, se limita a manifestar positiva o negativamente si existe en principio interés publico en el proyecto presentado. Para ello tiene un plazo de treinta días y en ningún caso la respuesta afirmativa debe considerarse aprobación de la iniciativa, dado que hasta aquí su contenido es desconocido.

En una segunda etapa y siempre -obviamente- que la Administración manifieste su interés en conocer el contenido de la propuesta particular, el proponente debe, bajo pena de tener por desistida su presentación, en un plazo de 180 días, explicitar

pormenorizadamente el contenido de su iniciativa particular, a cuyo efecto debe cumplir con los requisitos que el artículo 52 de la norma en proyecto establece y que exige -entre otros- un estudio de pre-factibilidad técnica y económica del proyecto, la posible estructura de financiamiento del mismo, incluyendo proyecciones de balance y estado de resultados, las garantías que se ofrecen para la seriedad de la iniciativa, de la construcción de la obra y su explotación, etcétera.

Como contrapartida a la exteriorización de tal cantidad y calidad de información, la Administración tiene a su cargo el deber de guardar reserva de los antecedentes acompañados, hasta tanto la misma no sea aprobada por la autoridad competente (cf. art. 92, inc. a, del proyecto de reglamento).

Ahora bien, cumplida esta segunda etapa, la Administración tiene un año para expedirse sobre la propuesta exteriorizada por el particular y en caso de ser aprobada, debe llamar a licitación dentro de un termino igual.

En lo que se refiere a la autoría de la proposición, el proyecto en comentario prevé que la misma corresponderá al proponente hasta tanto la Administración exteriorice su aprobación, en cuyo caso se entenderá transferida a la misma, "... a cambio del premio en la evaluación de la propuesta, y su objeto podrá ser publicitado en las Bases de Licitación" (cf. art. 9, inc. b del mencionado proyecto).

EPÍLOGO

Aun a riesgo de reiterar conceptos que otros ya han explicado mejor y antes que nosotros, no podemos dejar de advertir que la iniciativa privada, en un sentido general, es y ha sido siempre verdadera palanca de cambio de toda sociedad organizada.

Lo dijimos al comienzo y lo repetimos ahora. La plena vigencia del principio del Estado subsidiario nos impone a todos, como sociedad, el hecho de que la competencia estatal alcance sólo a aquellos ámbitos donde la actividad de los individuos no pueda o no deba desarrollarse. Esta visualización del papel del Estado, que no debe confundirse con la idea de un Estado puramente reglamentarista de los derechos del individuo constitucionalmente consagrados, debe estar necesariamente acompañada de instrumentos jurídicos idóneos que, puestos en manos de buenos administradores públicos, permitan hacer efectivo el bien común.

Pero debe tenerse en cuenta que ningún instrumento jurídico, por perfecto que parezca, cumplirá tan alto cometido si menosprecia la labor humana creadora de riqueza espiritual y material.

La nueva legislación, modificatoria de la que rigió en el orden nacional por casi veinte años sin demasiados adeptos, recoge la experiencia vivida a partir, justamente, de la ausencia de una protección legal suficiente para la labor creadora humana. A partir de ella, la iniciativa privada podrá tener -y de hecho ha tenido- fecunda aplicación en el campo del traspaso a la actividad privada de cometidos públicos de riesgo, bajo las figuras de la concesión de obra y de servicios públicos.

Resta decir que es de esperar que el modelo propuesto sea correctamente interpretado por la Administración y por los particulares para, de tal manera, descargar de su quehacer constante y cotidiano actividades típicamente administrativas, como son la formulación de estudios, proyectos, pliegos de licitación, etc., y que el mismo no debería agotarse en el contrato administrativo de concesión, sino ser abarcativo de otras modalidades de traspaso a la esfera de los particulares de cometidos públicos.

En este sentido, ninguna razón de orden publico -justamente lo contrario- impide que la esfera de aplicación del procedimiento instaurado por el artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520, a partir de la reforma de la ley 23.696, se amplíe a todas las modalidades normadas por el artículo 17 de esta ultima ley.

Corresponderá al intérprete desentrañar el alcance de la nueva legislación -que sigue siéndolo a pesar de tener ya casi dos años de vigor- antes que proponer su cambio, dando pleno efecto a su intención que es, en definitiva y como lo ha sostenido desde antiguo la Corte, la primera regla de interpretación de las leyes.

Por nuestra parte, cumplimos apenas -o al menos lo intentamos- mostrando todos sus aciertos y marcando sus errores, lo cual ya no es poca cosa.

APÉNDICE

NORMATIVA Y FALLOS

LEY NACIONAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS
A sociedades privadas, mixtas o a entes públicos mediante el cobro de tarifas o peaje

Ley 17.520

Buenos Aires, 7 de noviembre de 1967
B. O.: 13/11/67

Al Excmo. señor Presidente de la Nación:[*]

Tengo el honor de elevar al V. E. el presente proyecto de ley por el cual se faculta al Poder Ejecutivo para realizar obras públicas mediante su concesión a particulares, sociedades mixtas o entes públicos por el cobro de tarifas o peaje.

En los últimos años se ha operado en el país una paulatina disminución de la inversión en las obras públicas, ocasionada por variadas circunstancias que ha producido un creciente deterioro en nuestra infraestructura, que llega a ser en algunas actividades realmente alarmante.

En materia de caminos el proceso ha sido agravado aun más por un aumento no previsto del tráfico de cargas del transporte automotor, circunstancia que ha producido la destrucción acelerada de nuestras rutas pavimentadas obligando en los últimos años a utilizar los exiguos recursos con que se contaba únicamente para reparar los caminos destruidos.

El aumento constante de este déficit de obras se acelerará en el futuro próximo debido al uso creciente del automotor como medio de transporte, que obligará a un aumento de inversión anual en la infraestructura vial mucho mayor que el registrado hasta el presente, para no agravar más aun la critica situación actual.

Nuestro país requiere imperiosamente las obras públicas que posibiliten su desarrollo. Los recursos provenientes de los impuestos, que son los que nutren los presupuestos actuales de las reparticiones, aunque se incrementen, no permiten encarar con la rapidez que las circunstancias requieren este agudo problema nacional y nos obliga a buscar nuevos mecanismos y fuentes de ingresos que nos permitan resolver, con posibilidades de éxito, esta disyuntiva que debemos enfrentar.

[*] Nota del Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley.

La experiencia en otros países ha demostrado que una legislación adecuada que despierte en la iniciativa privada, con las garantías e incentivos necesarios, el interés por la inversión en las obras públicas, ha permitido resolver problemas cuya solución, de otra manera, hubiera requerido muchos años y un gran esfuerzo estatal.

Es imprescindible para ello recurrir a las fuentes de recursos que representan el ahorro público interno y externo, procurando canalizarlo a través de los entes concesionarios, con las garantías e incentivos adecuados para lograr dicho fin. Esto exige ciertas condiciones de estabilidad y confianza en nuestra economía que ya se dan y que permitirán restituir nuestro mercado de ahorro, en un sentido nuevo, dirigido a satisfacer la creciente demanda de obras públicas.

Nuestro país tiene, por otra parte, la posibilidad de ejecutar obras altamente rentables como pueden ser los accesos a la Capital Federal, los puentes de vinculación con la mesopotamia, las autopistas a La Plata y a Rosario, todas obras que son autofinanciables en plazos usuales en este tipo de explotación.

Asimismo, el proyecto de ley contempla el caso de obras que se deben subvencionar para complementar de esta manera el aporte insuficiente del escaso tráfico que tendrán en los primeros anos de explotación.

El objeto fundamental es abrir todo tipo de posibilidades para facilitar la creación de los alicientes al inversor ya que de esta manera estaremos más cerca de la solución buscada.

Por otra parte, en extensas zonas estas obras producirán beneficios tan marcados a los usuarios que los productores zonales y los beneficiarios directos estarán dispuestos a colaborar en el esfuerzo financiero que su realización exigirá.

Esta ley tiende a crear en el país ese mecanismo económico financiero que permita aprovechar los esfuerzos de tantos distintos sectores que se encuentran postergados por nuestra falta de infraestructura, buscando en las fuentes de ahorro interno y externo el elemento insustituible para lograrlo y dando a la iniciativa privada el aliciente y los elementos para encauzar todos estos esfuerzos allí donde las condiciones de rentabilidad de las obras lo permitan.

De esa manera, los recursos provenientes de los impuestos internos, con los que se alimentan nuestros presupuestos habituales, se podrán utilizar en las obras donde no exista, por su reducido tráfico, otra posibilidad de ejecución, dando así a la labor de fomento un nuevo impulso como secuencia de una mayor inversión.

Por todo lo expuesto solicito a V. E. quiera sancionar el adjunto proyecto de ley.

Dios guarde a V. E. - JULIO E. ÁLVAREZ. - BERNARDO J. LOITEGUI. - Luis S. D' IMPERlO

Artículo 1° - El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje

conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo.

Art. 2° - La concesión podrá ser:
a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

b) Gratuita.

c) Subvencionada por el Estado con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el periodo de la explotación, reintegrables o no al Estado.

Art. 3° - Para definir la modalidad de concesión dentro de las alternativas fijadas en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo deberá considerar:

1. Que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder el valor económico medio del servicio ofrecido.

2. La rentabilidad de la obra teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y los gastos de conservación y de explotación.

Si al definir la modalidad de la concesión a otorgar se optase por la gratuita o subvencionada por el Estado, deberán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resultaren superiores a los previstos.

Art. 4° - Las concesiones de obra pública se otorgaran mediante uno de los siguientes procedimientos:

a) Por licitación pública;

b) Por contratación directa con entes públicos o con sociedades de capital estatal;

c) Por contratación con sociedades privadas o mixtas. En tal caso las tratativas preliminares entre la persona o entidad privada y la entidad pública concedente, se llevarán a cabo hasta fijar las bases principales de la futura concesión; hecho lo cual se optará por la licitación pública con dichas bases o se convocará públicamente para la presentación de proyectos en competencia, mediante los avisos o anuncios pertinentes. En este caso, si no se presentaran mejores ofertas el contrato podrá celebrarse directamente con la persona o entidad privada que inició las tratativas preliminares hasta la redacción de aquellas bases. Si se presentaran ofertas mejores a juicio exclusivo del Estado se llamará a la licitación pública o privada entre los oferentes para la construcción, conservación o explotación de que se trate.

En todos los casos deberán respetarse, en cuanto a la etapa de construcción, las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente.

Art. 5° - El Poder Ejecutivo podrá crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría

estatal, de acuerdo a lo establecido por la ley n° 17.318, o entes públicos u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley, haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes.

Los entes públicos que el Poder Ejecutivo disponga crear de acuerdo a esta ley tendrán personería jurídica y plena Capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y estar en juicio como actor y demandado, en cumplimiento de las finalidades que motivaron su creación. Podrán asimismo proyectar su presupuesto anual, estatuto de su personal, reglamento y estructura internos.

El cumplimiento de las condiciones de la concesión será fiscalizado por el Estado que designará su representación o delegación en el ente concesionario, cualquiera sea su naturaleza, con las facultades que se fijen en el contrato de concesión.

Si la concesión previese que los entes o sociedades concesionarias pudieran o debieran obtener total o parcialmente los fondos necesarios para financiar las obras motivo de la concesión mediante el recurso del crédito, las cartas orgánicas de tales entes o sociedades deberán autorizarlos a emitir bonos o títulos y a contraer cualquier deuda u obligación, en moneda local o extranjera, vinculada con tales inversiones. Dichos bonos, títulos, obligaciones o deudas podrán gozar de la garantía del Estado de acuerdo con los términos del art. 9° y esta circunstancia deberá hacerse constar en la concesión.

Art. 6° - El Poder Ejecutivo queda facultado para establecer desgravaciones en el impuesto a los réditos que deben abonar los inversores o las sociedades o entes concesionarios dentro de los siguientes límites:

a) A los suscriptores iniciales de acciones de la concesionaria y a los inversores iniciales que efectúen aportes hasta integrar el capital total de la misma: hasta 100 % del monto integrado en el ejercicio.

b) A los suscriptores iniciales de bonos o títulos con garantía del Estado: hasta el 70 % del monto integrado en el ejercicio.

Los suscriptores e inversionistas para tener derecho a la franquicia deberán mantener sus aportes de capital de la concesionaria, por un término no inferior a 2 años; en caso contrario deberán reintegrar a su balance impositivo los importes respectivos en el año que tal hecho ocurra. El mismo criterio se aplicará para los suscriptores de bonos o títulos.

El Poder Ejecutivo queda facultado, asimismo, para establecer la exención a la entidad concesionaria, por un término como máximo igual al plazo de la concesión, del impuesto al rédito producido por la explotación de la obra pública.

Art. 7° - En todos los casos el contrato de concesión deberá definir: el objeto de la concesión; su modalidad de acuerdo a lo establecido en el art. 2°- de esta ley; el plazo; las bases tarifarias y procedimiento a seguir para la fijación y 105 reajustes del régimen de tarifas, la composición y las facultades de la representación o de la delegación a que se refiere el art. 5° de esta ley; la indicación -si correspondiese de utilizar recursos del

crédito para financiar las obras según lo previsto en el art. 5° de esta ley; las garantías a acordar por el Estado; los alcances de la desgravación impositiva, Si la hubiere; el procedimiento de control contable y de fiscalización de los trabajos técnicos; las obligaciones reciprocas al término de la concesión; las causales y las bases de valuación para el caso de rescisión.

En los casos en que las inversiones motivo de la concesión fuesen a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de éste, la concesión -además de prever los procedimientos de fijación y ajuste de tarifas- deberá contener las disposiciones que aseguren la amortización y servicio de las deudas y obligaciones a contraerse, así como la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultasen suficientes.

Art. 8° - Crease un fondo con destino a los estudios y para control de estas concesiones, integrado por los siguientes aportes:

1. Un aporte de m$n. 200.000.000 provenientes de rentas generales por esta única vez.

2. El 0,5 % de la recaudación que por peaje o tarifas se perciban en las obras ejecutadas por este sistema en el territorio del país.

3. El 1 % de las ventas de terrenos e inmuebles o locaciones que realicen los entes concesionarios.

4. Todo otro aporte que se disponga en el futuro.

El Poder Ejecutivo queda facultado para reglamentar la disposición de estos recursos e incorporar las partidas respectivas en el presupuesto, con el régimen que estime más conveniente.

Art. 9° - El uso por los concesionarios de las facultades de emitir y colocar valores y contraer deudas con garantía del Estado a que se refieren los arts. 52 y 72 quedará sujeto a autorización previa de las autoridades económicas y monetarias competentes, al solo efecto de la determinación de la oportunidad y de las condiciones de las operaciones a realizar.

Art. 10. - Declárase de utilidad pública y sujetos a expropiación todos los bienes muebles e inmuebles requeridos para la realización de las obras comprendidas en la presente ley.

Art. 11. - Incorpórase al art. 11 de la ley 17.271, como competencia de la Secretaría de Estado de Obras Públicas, los siguientes incisos:

“20. Entender en el otorgamiento de concesiones de obra pública a sociedades privadas, mixtas o entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje; en su régimen de promoción, en los estudios de rentabilidad, en la determinación de la modalidad de la concesión, en la formación de sociedades o entes necesarios a los fines previstos.
“21. Entender en coordinación con los organismos de Estado correspondientes, en la fiscalización y control de las concesiones a intervenir con la Secretaría de Estado de

Hacienda en lo referente a la emisión de títulos, bonos, valores u obligaciones".

Art. 12. - Comuníquese, etc.

CONGRESO NACIONAL
Ley de Reforma del Estado

Ley 23.696

B. O.: 2318/89

CAPITULO VIII

De las concesiones

Art. 57. - Las concesiones que se otorguen de acuerdo con la ley n° 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión.

Art. 58. - Incorpórase como párrafo segundo del artículo 1° de la ley 17.520, el siguiente:

"Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario.

"La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva. En cualquier caso, las concesiones onerosas o gratuitas, siempre que las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de aquél, podrán ser otorgadas por el Ministro de Obras y Servicios Públicos mediando delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional, delegación que podrá efectuarse en cualquier estado del trámite de adjudicación, incluso con anterioridad a la iniciación del procedimiento de contratación que corresponda según el régimen de la presente ley".

Incorpórase como segundo párrafo del inciso c) del artículo 2° de la ley n° 17.520, el siguiente:

“Aclarase que no se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente”.

Sustitúyese el inciso c) del artículo 42 de la ley n° 17.520 por el siguiente:

“c) Por contratación con sociedades privadas o mixtas. En tal caso se admitirá la presentación de iniciativas que identifiquen el objeto a contratar, señalando sus lineamientos generales”.

Si la entidad pública concedente entendiere que dicha obra y su ejecución por el sistema de la presente ley, es de interés público, lo que deberá resolver expresamente, podrá optar por el procedimiento del inciso a) o bien por el concurso de proyectos integrales. En tal caso convocará a la presentación de los mismos mediante anuncios a publicarse en el Boletín Oficial y en dos (2) diarios de principal circulación a nivel nacional por el término de cinco (5) días. Dichos anuncios deberán explicitar la síntesis de la iniciativa, fijar el día, hora y lugar de presentación de las ofertas y los días, horarios y lugar de la apertura. El término entre la última publicación de los anuncios y la fecha de presentación de ofertas será de treinta (30) días corridos como mínimo y noventa (90) días corridos como máximo, salvo supuestos de excepción debidamente ponderados por el ministro competente en los que se podrá extender el plazo máximo.

De existir una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, según acto administrativo debidamente motivado, el autor de la iniciativa y el de la oferta considerada más conveniente, podrá mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no excederá de la mitad del plazo original de presentación.

El acto de apertura, la continuación del procedimiento licitatorio, la adjudicación y posterior continuación del contrato se regirán en lo pertinente por los principios de la ley n° 13.064, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1° de la presente.

Declarase que la ley n° 17.520 con las modificaciones aquí introducidas, es de aplicación a la Municipalidad de la ciudad de Buenos aires, correspondiéndole al Intendente Municipal y al Secretario competente en la materia las facultades que en dicha ley se le otorgan al Poder Ejecutivo Nacional y al Ministro de Obras y Servicios Públicos, respectivamente.

.....

Decreto 1105/89
Reglamentario de la ley 23.696

.....

CAPÍTULO VIII

De las concesiones

Art. 51 - Para adjudicar una obra por concesión bajo cualquiera de sus modalidades, deberá tenerse en cuenta como un elemento básico del contrato su estructura económico-financiera. A los efectos de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, la estructura económico-financiera deberá expresar la tasa de retorno de la inversión a realizar.

Art. 58. -

a) A los efectos de la ley, se considerará mantenimiento a aquellos trabajos singulares que acceden a la integralidad de la conservación, entendido aquel como medio y a esta como resultado.

b) El destino de los fondos obtenidos por la concesión otorgada para la construcción o conservación de otras obras, no necesariamente conlleva el sistema de concesión para estas últimas.

c) La estructura económico-financiera de la concesión definirá el alcance de las inversiones previas que deberá realizar el concesionario, cuya entidad será tenida en cuenta en todos los casos, como para metro de trascendencia en la selección, comparándolo con la incidencia que su costo financiero tendrá sobre el valor de la tarifa o peaje a cargo del usuario, constituyendo el objetivo global del sistema el abaratamiento de la tarifa o peaje. El pliego de condiciones particulares para adjudicación de concesiones por licitación podrá establecer volúmenes mínimos o máximos de inversión previa.

d) En el orden nacional será Autoridad de Aplicación para el otorgamiento y ejecución de concesiones de obra pública, el Ministro de Obras y Servicios Públicos, quien aprobará el procedimiento que deberá seguirse a estos efectos.

e) La calificación de interés público, y el ejercicio de la opción entre la licitación pública y el concurso de proyectos integrales, serán resueltos en un solo acto por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

f) Toda iniciativa de particulares deberá anexar una garantía de mantenimiento en la forma prevista por la ley n° 17.804 o fianza bancaria, que no podrá ser inferior al dos por ciento (2 %) de monto de la obra, que se consignará posteriormente en la oferta, en el procedimiento de selección que se convoque. Esta garantía será ejecutable en caso de no presentación de la oferta. Si al efectuar posteriormente la oferta la garantía resultare inferior al porcentual precedentemente estipulado, con una tolerancia de un treinta por ciento (30 %), el oferente no será considerado autor de la iniciativa.

La garantía de mantenimiento de la iniciativa podrá convertirse en garantía de oferta en caso de llamarse a licitación o a concurso.

g) Todos los trámites que se refieran a una concesión de obra pública en curso de aprobación de cualquier instancia, tanto los efectuados bajo el amparo del decreto n° 1842/87 y del anterior texto del artículo 42 inciso c) de la ley n° 17.520, como los realizados antes de la vigencia de la presente reglamentación, deberán ser ratificados ante

el Ministerio de Obras y Servicios Públicos dentro de los treinta (30) días de publicada la presente reglamentación, con el objeto de adecuar la presentación a sus disposiciones.

h) Los "lineamientos generales" que debe contener la iniciativa efectuada en los términos del artículo 42 inciso c) de la ley n° 17.520 deberán contener, como mínimo, la identificación de la obra y su naturaleza, las bases de su factibilidad económica y técnica, los antecedentes completos del oferente y, en caso de tratarse de empresas argentinas, su capacidad registrada de contratación.

i) Una vez convocado a concurso de proyectos integrales, los oferentes deberán proponer todas las condiciones contractuales, técnicas y económicas, incluyendo la estructura económico-financiera y los proyectos constructivos que serán volcados en el contrato de concesión y que regirán la construcción de la obra y su explotación.

La mera presentación de la oferta implica el sometimiento del oferente a la ley n° 17.520, su modificatoria y sus reglamentaciones.

j) En todo caso en que las ofertas presentadas fueren de equivalente conveniencia, será preferida la del que presentó la iniciativa.

k) Podrá llamarse a la presentación de iniciativas de particulares para una obra pública determinada por la comitente, a construirse mediante concesión.

I. La publicación se hará de modo y por los plazos que el inciso c), artículo 4, de la ley n° 17.520, modificada por la ley n° 23.696, fija para la presentación de ofertas.

II. Las iniciativas que se presenten por este procedimiento, acompañadas de la garantía a que alude el inciso f) precedente, se considerarán de interés público en lo que hace a la obra determinada por la concedente. Se admitirán alternativas que incluyan la obra que determinó el llamado.

III. Será considerada iniciadora la propuesta que sea tomada como base para el procedimiento de selección que se seguirá, conforme a los citados inciso y artículo de la ley n° 17.520 y su modificatoria ley n° 23.696.

.....
.....

PODER EJECUTIVO
DE LA PROV. DE BUENOS AIRES
Concesiones de Obras y Servicios

Decreto 585 de la Prov. de Buenos Aires

La Plata, 28 de febrero de 1992
B. O.: 9/3/92

VISTO los Títulos III y IV de la ley 11.184 de Reconversión Administrativa de la

Provincia de Buenos Aires, y

CONSIDERANDO:

Que dicho texto normativo ha entrado en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, conforme lo dispuesto por su artículo 46;

Que el Título III de la normativa legal de referencia prevé un especifico régimen de enajenación de inmuebles del dominio privado del Estado provincial que resulten innecesarios para el cumplimiento de sus cometidos, tendiente a agilizar la gestión de venta de los mismos, a la vez que resguardar adecuadamente el interés fiscal involucrado;

Que dicho régimen impone determinar la autoridad que habrá de centralizar y conducir tal gestión, las normas de procedimiento que habrán de aplicarse de acuerdo al sistema de selección que se adopte y el órgano que tendrá bajo su responsabilidad la tasación que servirá de base o precio de venta;

Que a través de las normas del Título IV se procura alentar la participación del capital privado en el proceso de transformación del Estado;

Que, en tal sentido, los artículos 35 y 36 de la citada ley modificaron el régimen establecido por los decretos leyes 9254/79 y 9645/80, haciendo extensivas sus disposiciones a la concesión de servicios públicos;

Que, asimismo, el artículo 37 contempla la aplicación del instituto de la iniciativa privada para el otorgamiento de concesiones de uso de bienes del dominio público;

Que se ha previsto la intervención de una Comisión Bicameral, debiendo determinarse la oportunidad en que ella habrá de producirse;

Que, en consecuencia, corresponde dictar las normas reglamentarias que faciliten la aplicación de las disposiciones legales, de conformidad con lo previsto por el artículo 132, inciso 2° de la Constitución Provincial;

Por ello,
EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DECRETA:

I. VENTA DE INMUEBLES INNECESARIOS.

Órgano competente

Artículo l° - Determinase que el órgano con facultades para enajenaciones de inmuebles del Estado que no resulten imprescindibles para su gestión, será el Ministerio de Economía; sin perjuicio de ello, dicho organismo podrá celebrar convenios con bancos oficiales a fin de encomendarles la gestión de venta.

Facultades

Art. 2° - El Organismo citado en el artículo anterior tendrá a su cargo la centralización y coordinación de las acciones relativas a la enajenación de inmuebles establecida en el Título III de la ley 11.184.

Tasación previa

Art. 3° - Las ventas se realizarán previa tasación que efectuará una Comisión integrada por tres miembros designados por la autoridad de aplicación. Dicha tasación será considerada como base en los casos de los procedimientos de licitación y remate públicos y constituirá el precio para la venta directa.

Si la Comisión no se expidiera dentro de los treinta (30) días hábiles administrativos de haberle sido requerida la tasación, podrá tomarse en su lugar la valuación fiscal vigente para el inmueble de que se trate, siempre que la misma responda razonablemente a los valores de mercado, a criterio de la autoridad de aplicación.

Supuestos excluidos

Art. 4° - Los supuestos de enajenación de inmuebles del dominio del estado provincial no contemplados expresamente en el Título III de la ley 11.184, continuarán rigiéndose por las disposiciones del decreto ley 9533/80.

Procedimientos

Art. 52 - Los procedimientos de venta mediante remate público y venta directa se regirán por las formas previstas en el decreto ley 9533/80. En los casos de venta mediante licitación pública, se observará en lo pertinente lo dispuesto por la Ley de Contabilidad (decreto ley 7764/71) y su decreto reglamentario 3300172.

II. INICIATIVAS PRIVADAS.

Autoridad de aplicación

Art. 6° - Créase en el ámbito de la Secretaría General de la Gobernación el Consejo Asesor de Iniciativas Privadas (C. A. I. P.), que será el órgano de aplicación en materia de iniciativas privadas para las concesiones de obras y servicios públicos previstas en el artículo 42 del decreto ley 9254/79, modificado por ley 11.184.

Será integrado:

a) Con carácter permanente, por un presidente, un secretario ejecutivo y un secretario de coordinación, designados por el Poder Ejecutivo;

b) Para cada iniciativa en particular, por un representante de cada Ministerio y/o entidad descentralizada involucrados en el proyecto según sus competencias, y uno por el

Ministerio de Economía. Los funcionarios que a tal efecto se designen en las jurisdicciones respectivas deberán poseer rango no inferior a subsecretario y se desempeñarán con carácter ad honorem.

El Consejo creado por el presente será el organismo competente para efectuar la recepción y evaluación de las iniciativas privadas, declarar iniciador al proyecto que corresponda, redactar los pliegos de bases y condiciones y convocar a licitación pública o a concurso de proyectos integrales y a mejora de propuestas.

Presentación de iniciativas

Art. 7° - La presentación de iniciativas por parte de una sociedad privada o mixta podrá efectuarse sin mediar expreso llamado, debiendo contener aquellos lineamientos generales, en los términos del decreto ley 9254/79, que permitan su comprensión e identificación, como así también la aptitud suficiente para demostrar la viabilidad jurídica, técnica y económica de la propuesta. Los mismos versarán sobre:

a) El objeto de la concesión;

b) La idea general de las obras, su conservación o explotación, o de los servicios, y/o su ampliación, previstos;

c) La modalidad conforme al art. 12 del decreto ley 9254/79;

d) El plazo estimado de duración de la concesión;

e) Las bases tarifarias y procedimientos para su fijación;

f) El programa técnico para la organización y ejecución del servicio o construcción, conservación o mantenimiento de la obra;

g) El estudio económico-financiero y de rentabilidad;

h) Todo otro antecedente que se considere adecuado al objeto de la concesión.

La iniciativa deberá ser suscripta por los profesionales que de acuerdo a su idoneidad especifica deban demostrar la viabilidad de la misma.

Conjuntamente con ello, se aportará la siguiente documentación mínima:

a) El instrumento constitutivo de la sociedad, de la Unión Transitoria de Empresas o del consorcio empresario en formación, y constancia de su inscripción registral. Este último recaudo podrá ser cumplimentado luego de la adjudicación, Si se tratare de sociedades en formación o uniones transitorias.

b) Los balances y estados de resultados de los tres (3) últimos ejercicios aprobados; o los que correspondan a la antigüedad de la sociedad Si esta fuera inferior.

c) Garantía de mantenimiento de la iniciativa, en alguna de las formas previstas en el art.

27 de la ley 6021, que no podrá ser inferior al uno (1) por ciento del monto de la inversión a realizar, más el promedio anual propuesto de los gastos de operación, mantenimiento y reparación, extremo que deberá individualizar expresamente el proponente. Esta garantía será ejecutable en caso de no presentación de la oferta y podrá convertirse para el afianzamiento de la misma.

Art. 8° - Todos los trámites que se refieran a una concesión de obra o servicio público en curso de aprobación en cualquier instancia, tanto los efectuados bajo el amparo de la resolución 685/90 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos (ratificada por decreto 4595 del 4 de diciembre de 1990) y del anterior texto del art. 42 del decreto ley 9254/79, como los realizados desde la vigencia de la ley 11.184, deberán ser ratificados ante el Consejo creado por el art. l° dentro de los treinta (30) días de la publicación de este reglamento, con el objeto de adecuar la presentación a las nuevas normas. A tal fin, dicho organismo deberá comunicar fehacientemente lo dispuesto en este artículo a cada uno de los autores de las iniciativas en trámite, sin perjuicio de la difusión por otros medios.

Art. 9° - Será considerado proyecto iniciador:

a) En el caso de que la presentación de iniciativas sea convocada por el Consejo creado por el art. 1°, el que sea tornado como base para el procedimiento de selección que se siga, conforme a lo establecido por el decreto ley 9254/79, sus modificatorias y esta reglamentación.

b) En el supuesto de que la presentación fuere espontánea, el primero ingresado, que reúna los requisitos exigidos.

Evaluación de las iniciativas

Art. 10. - El Poder Ejecutivo tendrá un plazo de noventa (90) días corridos desde la fecha de presentación para resolver, por acto administrativo, si la obra o servicio de que se trate y su ejecución por el sistema del decreto ley 9254/79 es de interés público.

Previamente deberá requerir dictamen:

a) A la Asesoría General de Gobierno (art. 42, segundo párrafo, decreto ley 9254/79, según ley 11.184);

b) A la Comisión Bicameral, la cual emitirá en esta oportunidad el dictamen vinculante al que se refiere el art. 39, segundo párrafo, inciso c de la ley 11.184, sin perjuicio de las misiones previstas en los incisos a y b del citado artículo.

En ningún caso, la declaración de interés público de una iniciativa implicará para el Estado la obligación de adjudicar el contrato.

Art. 11. - Los dictámenes de la Asesoría General de Gobierno y/o de la Comisión Bicameral previstos en los artículos 36 y 37 de la ley 11.184 deberán ser producidos en el plazo perentorio de diez (10) días corridos desde la recepción de las actuaciones respectivas, que podrán remitirse en copia certificada. Transcurrido el plazo indicado sin haberse emitido el dictamen, se entenderá que no median objeciones a la declaración de

interés público por parte del Organismo que debió expedirse y las actuaciones continuaran según su estado.

Art. 12. - En la misma oportunidad prevista en el art. 10 el Poder Ejecutivo deberá decidir, en su caso, si se convoca a licitación pública o a concurso de proyectos integrales.

Art. 13. - En ningún caso la presentación de la iniciativa o su declaración de interés Público o la convocatoria a licitación pública o a concurso de proyectos integrales, generará derecho a compensación alguna a favor del autor de la iniciativa en caso de no resultar adjudicatario.

Licitación pública

Art. 14. - El procedimiento de licitación pública se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones de la ley 6021 y su reglamentación.

En caso de equivalencia de ofertas tendrá prioridad la del autor del proyecto iniciador.

Concurso de proyectos integrales

Art. 15. - Una vez convocado a concurso de proyectos integrales los oferentes deberán proponer todas las condiciones contractuales, técnicas y económicas, incluyendo la estructura económico-financiera, que serán volcadas en el contrato de concesión y que regirán la construcción de la obra, su conservación o mantenimiento, o la prestación del servicio y su explotación.

La mera presentación de la oferta implica el sometimiento del oferente al decreto ley 9254/79 y sus modificatorias y su reglamentación.

Art. 16. - En el supuesto de que, habiendo los oferentes mejorado sus propuestas (de acuerdo a lo establecido por el artículo 42, último párrafo, del decreto ley 9254/79, modificado por el artículo 36 de la ley 11.184), las mismas fueran de equivalente conveniencia, será preferida la del autor del proyecto iniciador.

Garantías

Art. 17. - En materia de garantías, serán de aplicación en todos los supuestos del Título IV, las que establezcan las legislaciones especificas o, en su defecto las que se prevean en los pliegos de condiciones o los respectivos contratos.

Disposiciones generales

Art. 18. - En todos los casos, se considerará que existe equivalencia de oferta cuando la diferencia de mérito relativo entre la oferta iniciadora y la/s ubicada/s en primer lugar, no supere en hasta un 7 % (siete por ciento) el puntaje obtenido por la o las ofertas mejor calificadas.

Los pliegos de condiciones asegurarán al autor del proyecto iniciador el 7 % del puntaje

máximo posible en concepto de "puntaje por autoría".

Art. 19. - En todos los casos, ante la existencia de una única oferta la adjudicación del contrato será facultativa para el Poder Ejecutivo.

Art. 20. - Los gastos que demande el funcionamiento del ente creado por el artículo 6° serán atendidos con cargo a las partidas presupuestarias asignadas a la Secretaría General de la Gobernación.

Art. 21. - Deróganse los decretos 4595/90, 5178/90, 1716/91 y 1912/91 y las resoluciones 685/90 y 737/90 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

Art. 22. - El presente Decreto será refrendado por los señores Ministros Secretarios en los Departamentos de Gobierno y Justicia y Economía.

Art. 23. - Regístrese, comuníquese, publíquese, desde el Registro y Boletín Oficial y archívese.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Constitucionalidad del peaje "Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos"

Buenos Aires, 18 de junio de 1991

VISTOS los autos: "Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/cobro de pesos".

CONSIDERANDO:

1°) Que contra la sentencia de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de fs. 477/478 vta., que confirmó con costas de la alzada el pronunciamiento de primera instancia de fs. 447/448 vta. -que a su vez, condenó a la demandada a pagar a la actora, en el plazo de diez días corridos, la suma actualizada resultante de los cálculos determinados en esta última decisión judicial, con más intereses y costas- la demandada interpuso recurso extraordinario a fs. 481/493, remedio que luego de ser respondido por la contraria a fs. 496/498 vta., fue concedido por el tribunal a quo a fs. 500.

2°) Que en las presentes actuaciones judiciales, la Subsecretaría de Transporte Fluvial y Marítimo -con competencia en el área de la Marina Mercante- promueve demanda contra la razón social: "El Libertador S.A y/o propietario y/o armador y/o capitán de los buques 'Fortuná' y 'Libertador'" por cobro de la suma de pesos argentinos 45.671,97 o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse, con actualización por desvalorización monetaria, intereses y costas (fecha 21 de mayo de 1984, confr. fs. 9/10). Dicha suma

reclamada surge del informe DCO 858/84 CO (fs. 93 del agregado) y responde a las conclusiones a que se arribó en el expediente administrativo n° 202.382/83 adjunto, como consecuencia de que en distintas fechas, las naves antes mencionadas utilizaron en su navegación el Canal Argentino de vinculación "Ingeniero Emilio Mitre". Por consiguiente, debieron abonar por tal uso la tarifa que en concepto de derecho de peaje dispone la ley n° 22.424 y las resoluciones ME n° 53/82 y 565/82. Como la suma reclamada no fue abonada por la deudora dentro de los treinta días hábiles de efectuado el pasaje de las embarcaciones por el canal indicado, la actora se ha visto en la necesidad de incoar esta acción a fin de obtener -como se adelantara- adecuada e integral percepción de la totalidad de lo adeudado (confr. resolución ME n° 53/82 y resolución 565/82), por lo que funda su derecho en el artículo 320 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en las leyes 22.424 y 21.281 y en las resoluciones que acaban de ser citadas.

3°) Que en el recurso extraordinario de fs. 481/493 la demandada, por su lado, sostiene: a) que el uso del Canal Mitre por buques areneros de su propiedad no requiere mayor profundidad de esa vía navegable por cuanto aquellos presentan poco calado, lo que torna innecesaria la intensificación del dragado; b) que estima forzado el uso del Canal Mitre por no existir vías alternativas gratuitas expeditas; c) plantea la inconstitucionalidad de la tarifa de peaje por paso por el canal (confr. ley 22.424), por estimarla confiscatoria, y cita en su apoyo lo normado por los artículos 17 y 67, inciso 2°, de la Constitución Nacional, y d) pondera como lesivo a la libre navegación, que se exija el pago de la tasa de peaje reclamada por cuanto ello importa una lesión a los derechos consagrados por los artículos 10, 11, 12, 14 y 16 de nuestra Ley Fundamental, que cita en su apoyo.

4°) Que el recurso extraordinario deducido por la accionada fue correctamente concedido a fs. 500 por el tribunal a quo por considerarse "que la materia objeto de tratamiento en el pronunciamiento. de fs. 477/478 vta., suscita cuestión de naturaleza federal bastante a los efectos de habilitar la vía excepcional prevista en el artículo 14 de la ley 48".

Ello sentado, el recurso extraordinario es formalmente procedente, toda vez que se interpone contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa que, en contra de lo sostenido por la apelante, reconoce la validez y hace aplicación de normas de carácter federal y por consiguiente, ha decidido en oposición a la postura asumida por la recurrente en tanto ésta afirma que la normativa cuestionada resulta contraria a la Constitución Nacional y en cuanto, asimismo, alude a la correcta inteligencia de algunas cláusulas de la Carta Magna y de las leyes y resoluciones indicadas en el considerando 2° (confr. art. 14, incs. 2° y 32 de la ley 48).

5°) Que, como introducción al estudio de la materia traída a conocimiento y decisión de esta Corte, corresponde, ante todo, señalar muy particularmente, que la cuestión debatida en esta causa es sustancialmente análoga a la resuelta por este tribunal in re: E.45.XXII, "Estado Nacional -Ministerio de Economía-, Secretaría de Intereses Marítimos c/Arenera El Libertador S.R.L., y/u otro buque 'Fortuná s/cobro de pesos", del 29 de junio de 1989. Ello no obstante diversos argumentos de la recurrente, hacen aconsejable en el caso un más pormenorizado análisis, en el que es adecuado tratar de modo previo la naturaleza y características del peaje, y la determinación de cuáles cláusulas constitucionales le son aplicables y en qué forma deben ellas ser interpretadas.

6°) Que la Constitución Nacional reconoce y delimita los poderes y funciones de las "autoridades de la Nación", el "gobierno federal" y los "gobiernos de provincia".

El cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo cumplir, origina "gastos", sobre cuya provisión trata el artículo 42 de la Constitución Nacional. Este incluye a las "contribuciones", cuyos caracteres se señalan en los artículos 16 y 67, inciso 22, normas que constituyen un conjunto interrelacionado (Fallos, 151:359), al margen de intrincados debates suscitados otrora sobre los límites existentes entre las facultades tributarias federales y provinciales que el caso no exige replantear (confr. Fallos, 105:50; 121:264; 137:212). Por otra parte, el término "impuesto", utilizado en el artículo 16, cabe interpretarlo en contraposición a "cargas públicas", de modo que uno o los otros puedan -desde la óptica de la Constitución Nacional- ser formas en que se hacen efectivas las "contribuciones".

En el orden nacional, el artículo 67, inciso 2° citado, incluye el imponerlas entre las facultades del Congreso Nacional, quien las recibe como un desprendimiento de la soberanía, a los efectos de crear las rentas necesarias a la vida de la Nación (Fallos, 150:89; 155:290).

En concordancia con la forma republicana de gobierno (art. 1°) el Congreso -lo que es válido en las provincias para sus legislaturas-, por otra parte, tiene atribuciones como las contenidas en el artículo 67, inciso 72 (Fallos, 148:81), lo que sienta un principio de transparencia en el manejo de la renta pública, una relativa anticipación de su destino, que se completa con el control de su efectivo gasto.

7°) Que entre las funciones del Estado Nacional figuran las del artículo 67, inciso 16 -ver para las provincias el artículo 107-, que no tiene más antecedentes ni jurisprudencia que los nacionales (Fallos, 68:227; 183:190). El poder conferido al Congreso de la Nación por dicha norma es el de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias y el progreso de la ilustración; la enumeración de los fines que contiene no es sino enunciativa (Fallos, 183:190). Es fácil inferir que así como la "construcción de ferrocarriles y canales navegables" es también función del Congreso atender no sólo a su "construcción", sino también a su conservación y mejora, y que la norma es aplicable a todo tipo de vías.

8°) Que el peaje no es mencionado en la Constitución Nacional, por lo que ésta no contiene una calificación expresa a su respecto. Es ella, pues, tarea hermenóutica, que debe hacerse a la luz de los superiores principios de aquélla, no bastando los criterios meramente utilitarios, pues es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada a través de los medios -no taxativamente enumerados- del artículo 67, inciso 16, de la Constitución Nacional, constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integridad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los artículos 1° y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario deben integrarse con estos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la ley fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como el pretender edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones (Fallos,

247:646).

9°) Que si empleó la palabra "peaje" Alberdi (Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, cap. 23), al que menciona como elemento referente al comercio interior y exterior y la navegación, "porque la navegación consiste en el tráfico marítimo, que como el terrestre son meros accesorios del comercio general. La navegación como el comercio se dividirá en exterior e interior o fluvial, y ambos serán objetos declarados nacionales, y dependientes en su arreglo y gobierno, de las autoridades federales o centrales". En otros términos, tráfico y comunicaciones interjurisdiccionales e internacionales deben ser asunto federal "y no podría ser de otro modo; porque con catorce aduanas, catorce sistemas de monedas, pesos y medidas, catorce direcciones de postas y catorce sistemas de peajes, sería imposible la existencia, no digo et progreso del comercio argentino de que ha de depender toda la prosperidad de la confederación".

Estas afirmaciones de Alberdi permiten encarar adecuadamente los artículos 92 y 12 en su relación con el peaje. La constitución de la unión nacional es el fin de esas normas. Ellas repudian el ejercicio de poderes desde las provincias que afecten tal unión, como históricamente había ocurrido. Pero la razón de ser de ellas no es en cambio alcanzada cuando tal unión no es afectada, cuando sólo se persiguen los fines del artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional -o los del artículo 107, dentro de los límites del artículo 108.

10) Que para caber dentro de la Constitución Nacional, el pago del peaje debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el artículo 4°. La circunstancia de que el legislador predetermine su destino con una precisión mayor que la que regularmente emplea al establecer otras contribuciones no entorpece su carácter de tal. Debe evitarse al tratar un problema desde el punto de vista constitucional efectuar distingos más menudos, surgidos de ramas del derecho ocupadas centralmente en normas infraconstitucionales, cuando pueden conducir a una fragmentación de las cláusulas constitucionales que desnaturalice su contenido o imponga diferenciaciones innecesarias, cuando no pertubadoras, de su comprensión. Esto al margen de que esta Corte, en ocasión de avocarse al estudio de normas de tal índole, haya recurrido a tales distinciones.

11) Que por ello es capital en el caso señalar que el peaje -constitucionalmente- es una contribución, caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto suyo -de construcción, conservación o mejora-, que identifica con particular claridad, lo que por otra parte no choca, sino que se adecua a los principios constitucionales antes referidos en relación a la renta pública.

12) Que cabe entonces exigir en cuanto a su establecimiento, personas obligadas a su pago, y monto, lo que la Constitución exige en la materia y las líneas generales de interpretación que esta Corte ha elaborado al interpretar aquellas.

¿A qué personas puede alcanzar un tributo? La Constitución exige igualdad (art. 16) y equidad y proporcionalidad en relación a la población (art. 4°) De estas exigencias no surge que el trato deba ser uniforme para cada individuo, sino que, equitativamente, la contribución será impuesta de modo igual a quienes estén en condiciones iguales y sin concentrarse caprichosamente sobre la población de determinadas provincias.

Cuando la función del Estado a cumplir es la construcción, mantenimiento o mejora de una obra pública, parece de toda evidencia adecuado, a la luz de las exigencias constitucionales, que las personas obligadas al pago sean determinadas entre aquellas que de algún modo se relacionan con la obra, sea usándola, beneficiándose de cualquier modo en razón de su existencia y funcionamiento, aun de modo potencial, pues las funciones del Estado se determinan por el modo que la Constitución Nacional establece, lo que basta para que deba aquél cumplirla, sin necesidad de aquiescencia de los individuos ni el anudamiento de necesarias relaciones sinalagmáticas, al modo de los contratos.

13) Que cabe acá efectuar un distingo. Una cosa es la función del Estado y el modo de proveer a su costo, otra la forma en que el Estado decide legítimamente ejecutarla, que puede ser recurriendo si a relaciones contractuales con otras personas. Esto ocurre con frecuencia en el caso del peaje, al optar el Estado por el régimen de concesión de obra pública. En tal situación, el peaje es para el usuario una contribución vinculada al cumplimiento de actividades estatales (como puede serlo la construcción de una vía, o su mejora, ampliación, mantenimiento, conservación, etc., aun de vías preexistentes). Para el concesionario constituirá un medio de remuneración de sus servicios. De este modo, en los hechos, puede concluir el peaje por ser sustancialmente similar al precio pagado por un servicio, lo que no debe inducir por ello al error de considerarlo desde un punto de vista meramente contractual.

14) Que es adecuado ahora analizar el agravio esgrimido por la recurrente relativo a que, debido a la falta de dragado del Canal Costanero y a la peligrosidad y negativo rendimiento económico del Canal Martín García, dichos accesos no constituirían vías alternativas al Canal Mitre y harían forzoso a su entender, el uso de este último. Cabe señalar que sobre este aspecto, la Corte no ha establecido doctrina en el sentido de considerar obligatoria la existencia de las invocadas "vías alternativas" por cuya utilización gratuita pudieran optar quienes prefiriesen obviar el aprovechamiento de las facilidades sujetas al previo pago del derecho de peaje. Sobre el punto, el fallo antes citado, al decidir que no resulta ineludible "que la vía alternativa ofrezca iguales ventajas que la sometida a peaje", no ha avanzado sobre el análisis de la exigibilidad, en si misma, de vía alternativa alguna.

15) Que, por consiguiente, de los fundamentos del mencionado pronunciamiento mal puede inferirse que allí se haya reconocido la necesidad de la existencia de vías alternativas gratuitas. Ello es así cuando, como en el caso, la razón de ser del peaje no radica exclusivamente en sufragar los costos de profundización del Canal Mitre, sino que ella tiene en mira, además, hacer frente a los gastos que irroguen el dragado, balizamiento, ensanche, realización de mejoras útiles, construcción y mantenimiento de obras accesorias o complementarias que perfeccionen las condiciones de navegabilidad, seguridad y apoyo a la navegación y, por último, al sostenimiento de los elementos empleados para dichos propósitos.

16) Que en ese orden de ideas, la Constitución Nacional en sus artículos 92, 10, 11 y 12, estatuye la prohibición de existencia, en todo el territorio de la Nación, de otras aduanas que no sean las nacionales, como así también reconoce el derecho de libre circulación en el interior de la República de los efectos de producción o fabricación nacional y de los géneros y mercancías de todas clases despachadas en las aduanas exteriores. Asimismo

establece que todos los bienes de cualquier tipo que pasen por el territorio de una provincia a otra, serán libres de derechos de tránsito y que a los medios en que se transporten no podrá imponérseles otro derecho, por el hecho de transitar el territorio. Por último, prescribe que los buques en paso de una provincia a otra no serán obligados a pagar derechos por causa de tránsito y que en ningún caso podrán concederse preferencias respecto de un puerto o de otro.

De la somera enumeración que antecede se confirma que nuestra Ley Fundamental al consagrar el derecho a la libre circulación interior (confr. igualmente: art. 14, Constitución Nacional), en momento alguno hace alusión al instituto del peaje el que, por lo tanto, no importa literalmente una violación a las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, toda vez que de su texto de ninguna manera puede colegirse que ella se pronuncie por la prohibición de su establecimiento. En necesaria congruencia con lo dicho, nada dice tampoco acerca de la exigencia de "vías alternativas".

Nuestra Ley Fundamental se refiere exclusiva y específicamente a la prohibición de gravar el mero tránsito de mercaderías y de los medios de transporte que se utilicen para su traslado. Ello no torna en inconstitucional cualquier gravamen que afecte de algún modo el transporte y comercio, aun interjurisdiccionales, si ellos no afectan el ejercicio de potestades nacionales -como puede ser la contenida en el artículo 67, inciso 12, de la Constitución Nacional-. Así pacíficamente se han aplicado diversos gravámenes -nacionales, provinciales y municipales- como las "patentes" de los automotores, impuestos a la venta de combustibles, los que gravan los "ingresos brutos" o "actividades lucrativas", etc. (confr. Fallos, 300:310; 301:179). Especialmente no es inconstitucional el peaje como ha sido definido y como se da en el caso, en que no constituye un pago exigido por el solo paso, al modo de los antiguos portazgos, con base desvinculada de los servicios u otras prestaciones que se practiquen en favor del usuario, entre ellos, la construcción o el mantenimiento de la vía de tránsito en cuestión. Por lo tanto, y como ya se señaló precedentemente, no se advierte óbice -dentro de nuestro régimen constitucional- para la institución del peaje, como una forma más de financiación de obras públicas.

17) Que lo que el constituyente ha querido es evitar el dictado de normas mediante las cuales los Estados provinciales obstaculicen o alteren de algún modo el tráfico en la República, así como ha reservado a la Nación su regulación en la medida en que adquiera carácter interjurisdiccional. En otros términos, ha procurado evitar la puja entre las provincias, que a la postre redundaría en perjuicio de la sociedad argentina toda, delegando por ello en la Nación los poderes pertinentes.

18) Que en cuanto a la libertad de tránsito del artículo 14 de la Constitución Nacional, ella sólo puede verse afectada por medidas fiscales o parafiscales cuando éstas tornen en ilusorio aquel derecho, lo que no impide en modo alguno al Estado establecer los tributos que razonablemente requiera el sostenimiento de sus actividades y repartir su carga de modo que también, razonablemente, estime adecuado, y conforme al artículo 16 de la Constitución Nacional.

19) Que como se anticipó al tratar la libertad de circulación, el tributo debe ser razonable de modo que no tome a aquélla en ilusoria. Esto implica considerar no sólo su monto sino también las circunstancias que rodean su imposición, donde cabe considerar el

problema planteado de las vías alternativas, así como el de los sujetos obligados a su pago. La exigencia de tales vías puede cobrar sentido cuando de los hechos de la causa surja que su falta afecte de modo efectivo la libertad de circular, lo que no se da por la sola circunstancia de que ante la falta de tal vía el pago del tributo resulte ineludible para el recurrente. Nunca se ha considerado que el gravar el ejercicio de una actividad determinada constituya por si sola una medida que la tome imposible. Antes bien, es común, y de pacifica aceptación que el Estado determine como obligados al pago a quienes realizan determinadas actividades, en relación a tributos vinculados a ellas. También lo es que tome a ciertas características de los sujetos como demostrativas, ya sea de su interés, ya de su capacidad económica, de modo de hacer razonable su elección.

Por esto, no resulta de por si rechazable que la recurrente esté obligada al pago del tributo por el solo hecho de utilizar la vía, al margen de si su uso por ella requiere o no de la totalidad de las obras que el tributo solventa, ni que su condición de usuaria de la vía sea determinante de su obligación, en la que en cambio no se incluye a quienes no la usen.

20) Que lo que haría al tributo inaplicable o a la existencia de vías alternativas exigibles es la demostración por la recurrente de que la necesidad indispensable del uso de la vía gravada, unida a un monto irrazonable, tornase en ilusorio su derecho de circular, cosa que en modo alguno ha demostrado en la causa.

21) Que, como se señaló, el artículo 67, inciso 16, de la Constitución Nacional, al fijar las atribuciones que competen al Congreso Nacional, prevé, en lo que aquí interesa: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país ... promoviendo ... la construcción de ferrocarriles y canales navegables ... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo", norma que expresamente le otorga base constitucional a la concesión de obra pública reglamentada en el orden nacional por las leyes 17.520 y 23.696, en sus artículos 57 y 58. Todo esto sentado, cabe que en adelante el tribunal incluya en su estudio de la causa el análisis de normas infraconstitucionales.

22) Que la ley 13.064 estatuye, a su vez, el régimen legal al que está sujeta la realización de obras públicas nacionales a las cuales define como "toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación". Por su lado, la ley 17.520-norma que debe ser considerada complementaria de la anterior (confr. art. 42, último párrafo, ley 17.520)- regula todo lo vinculado con el sistema de concesión de obra pública mediante el cobro de peaje. Así, en su artículo 12, se lee: "El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo".

Por otra parte, la ley 23.696 de Reforma del Estado, en su artículo 58 (Capitulo VIII: Concesiones), incorpora, como párrafo segundo del artículo 1°, de la ley 17.520, antes transcripto, la aclaración de "que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin

perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario". Más adelante, y en el mismo artículo, la ley citada prevé que: "la tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente, y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva".

23) Que sobre la base de los argumentos expuestos, debe analizarse la cuestión de las invocadas "vías alternativas". Los argumentos de la recurrente sobre el tema no son aceptables. Ello es así por cuanto exigir, de manera ineludible, la existencia en forma simultanea de vías alternativas gratuitas que presten servicios comparables a las de carácter oneroso, importaría tanto como admitir que en muchos casos se tornen antieconómicas estas últimas, habida cuenta de que los usuarios no dudarían en utilizar las primeras -dada su gratuidad- en desmedro de las segundas, con el consiguiente quebrantamiento de la ecuación económico-financiera que es el nudo central de la cuestión (arts. 32 y 72, de la ley 17.520) y el principio general y la base de todo contrato de concesión de obra pública. De configurarse el supuesto dado como hipótesis, fácil resulta inferir las ruinosas consecuencias que, en tales condiciones, se acarrearían al Estado de modo directo, o -si este hubiese optado por la concesión de obra pública- al concesionario de la obra sujeta a peaje y la consiguiente frustración practica de la figura jurídica querida por el legislador, y cuya constitucionalidad ya fue afirmada.

La exigibilidad ineludible de vías alternativas importaría especialmente una flagrante contradicción con el principio rector que inspira el sistema de peaje. Basta recordar, a título de ejemplos: el Túnel Subfluvial "Hernandarias" (sujeto a peaje) que no cuenta ni podría contar por sus características, con vías alternativas gratuitas y el de los puentes construidos sobre los ríos Paraná y Uruguay, algunos de ellos también sometidos a peaje, sin haberse suscitado a su respecto hasta el presente cuestionamientos constitucionales atendibles. El problema puede aun agudizarse si se ha optado por el régimen de concesión de obra pública, ya que al peligrar la percepción por el concesionario del precio de su labor, el Estado, a más de verse impedido de utilizar un medio legitimo para el cumplimiento de sus funciones, puede ser afectada su responsabilidad patrimonial y verse así obligado a efectuar gastos que ha querido explícitamente obviar.

En consecuencia, de admitirse la hipotética exigibilidad de vías alternativas, podrían configurarse dos supuestos diversos: uno el que se tratara de vías comparables entre si, lo que convertiría en absurdo al cobro del peaje, y otro, el que se diera el caso de vías no comparables entre ellas, en cuyo caso, no solamente en nada se afectaría aquel régimen, sino que, en tales términos, toda dilucidación al respecto, resultaría por demás inoficiosa e intrascendente.

24) Que el agravio esgrimido por la recurrente, en el sentido que el tránsito a lo largo del Canal Mitre por los buques de su propiedad, en nada se ve beneficiado por la mayor profundidad de dicha vía navegable -en razón de tratarse de embarcaciones que, por ser areneras, carecen de un calado tal que requiera la realización del correspondiente dragado intensivo de aquel- cae por si mismo por cuanto, como ya lo afirmó esta Corte en la causa indicada en el primer considerando del presente decisorio, cabe inferir que por las circunstancias de hecho que se extraen de los presentes actuados judiciales, el mero uso de ese canal por parte de la demanda le ha resultado beneficioso. Por tanto, no puede invocarse un supuesto detrimento económico en su perjuicio, en virtud de una

alegada y no probada confiscatoriedad de la tasa de peaje. Por otra parte, en la figura jurídica aquí analizada (como en general en la prestación de servicios públicos) no importa el beneficio económico acreditado del usuario, pues este puede suponerse por el hecho mismo de la utilización del servicio o de la obra concedida.

25) Que en lo que se refiere al uso "forzado" -según se afirma-del Canal Mitre, por la carencia de vías alternativas practicables, cabe recordar la existencia -a la que se refieren los estudios técnicos pertinentes y reconoce la propia recurrente- de los Canales Costanero y Martín García, a lo que debe añadirse lo sostenido por esta Corte en orden a que no es necesario que la ruta alternativa gratuita ofrezca las mismas ventajas que la onerosa (confr. considerando 1°, ya mencionado, y su cita), sin perjuicio de lo expuesto, principalmente, en el anterior considerando 23.

26) Que, por último, y en lo vinculado con lo expuesto por la recurrente sobre la base de sostener que el derecho de peaje resulta lesivo a la libre navegación y contrario a los derechos consagrados y amparados por los artículos 10, 11, 12, 14 y 16 de la Constitución Nacional, debe concluirse necesariamente que, por las razones ya expuestas y precedentes citados, el régimen de la ley 22.424 -regulatoria del sistema de peaje del Canal Mitre- de ninguna manera afecta a los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

Por ello, se declara procedente el recurso interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.: DR. RICARDO LEVENE (h.) - DR. MARIANO CAVAGNA MARTÍNEZ - DR. CARLOS S. FAYT - DR. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (según su voto) - DR. ENRIQUE S. PETRACCHI (según su voto) - DR. RODOLFO C. BARRA - DR. JULIO S. NAZARENO (según su voto) - DR. EDUARDO MOLINE O' CONNOR (según su voto) - DR. ANTONIO BOGGIANO.

T.O. del Señor Ministro Dr. Don Augusto Cesar Belluscio

CONSIDERANDO:

Que las cuestiones debatidas en la presente causa guardan sustancial analogía con las examinadas y resueltas por el tribunal in re: E.45.XXII, "Estado Nacional -Ministerio de Economía- Sec. de Intereses Marítimos c/Arenera El Libertador S.R.L. y/u otro buque "Fortuna" s/cobro de pesos", sentencia del 29 de junio de 1989, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la índole de las cuestiones planteadas.

Notifíquese y devuélvase con copia del citado precedente.

T.O. de los Señores Ministros Dres. Don Enrique
Santiago Petracehi, Don Julio S. Nazareno
y Don Eduardo Moliné O'Connor

CONSIDERANDO:

1°) Que las cuestiones debatidas en la presente causa guardan sustancial analogía con las examinadas y resueltas por el tribunal in re: E.45.XXII, "Estado Nacional -Ministerio de Economía- Secr. de Intereses Marítimos c/Arenera El Libertador S.R.L. y/u otro bq. "Fortuna" s/cobro de pesos", sentencia del 29 de junio de 1989, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

2°) Que, sin perjuicio de ello, toda vez que la mayoría de este tribunal ha estimado pertinente efectuar un enfoque del caso que importa profundizar sobre algunos aspectos del precedente antes citado, es dable añadir algunas breves precisiones en torno de las características que debe ofrecer un peaje para que resulte compatible con expresas normas constitucionales.

A ese fin, es pertinente recordar que, con relación al tráfico interjurisdiccional, el artículo 11 de la Constitución Nacional establece: "Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten, y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación por el hecho de transitar el territorio". Por su parte el artículo 12 dispone: "Los buques destinados de una provincia a otra no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto a otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio". A su vez, el artículo 92 establece que en el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, y el artículo 10 garantiza la libre circulación en el interior de la República, de todos los productos nacionales, así como la de aquellos despachados en las aduanas exteriores.

3°) Que de las citadas normas surge con claridad meridiana que los constituyentes vedaron explícitamente la posibilidad de imponer "derechos" -"cualquiera que sea su denominación"- que gravaran el mero tráfico interprovincial y que, por su propia naturaleza, tuvieran como causa o razón justificativa del tributo la exteriorización de ese hecho. Así caracterizados, los "derechos" prohibidos en dichos artículos se vinculan con la categoría conceptual de "impuestos", de modo que esas cláusulas constitucionales importan un infranqueable valladar para el establecimiento de tributos de esa clase al tráfico interjurisdiccional, cualquiera fuese su monto, entidad o denominación.

4°) Que conviene aquí subrayar que, conforme a reiterada jurisprudencia del tribunal, la libertad de tránsito interjurisdiccional constitucionalmente reconocida se impone tanto a la Nación como a las provincias. A la una y a las otras les está prohibido el restablecimiento de obstáculos que fueron característicos en épocas superadas del país (confr. sentencia del 29 de junio de 1989, dictada en la causa: E.45.XXII, considerando 5° y los precedentes allí citados. Por cierto que es el Congreso Nacional el único facultado por la misma carta para reglar el tráfico interprovincial (art. 67, inc. 12, de la

Constitución Nacional); pero, ello en modo alguno significa que pueda franquear el límite impuesto por sus artículos 9° y 12 que, como se ha dicho, impiden -en lo que al caso interesa- afectar el mero tráfico interjurisdiccional con impuestos.

5°) Que nada hay en el texto o en el espíritu de la Constitución Nacional que obste al establecimiento del "peaje". Empero a la luz de los recordados preceptos constitucionales, sólo será compatible con estos el peaje que, con rasgos que lo aproximan a las tasas y lo alejan decisivamente de los impuestos, se corresponda siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio o realización de una obra (confr. sentencia del 5 de setiembre de 1989 dictada in re: C. 1003.XXI, "Compañía Química c/Municipalidad de Tucumán"; para el derecho italiano ver Novissimo Digesto Italiano, Torinese, tomo XII, voz "pedaggio", Ps. 757/761; id. Enciclopedia del Diritto, Giuffré, tomo XXXII, Ps. 661/662).

Resulta importante destacar que las precisiones expuestas son imprescindibles para poder apreciar cuando se trata propiamente de un "peaje", compatible con la Ley Fundamental, y cuando de un "impuesto" encubierto, destinado a gravar el tráfico interjurisdiccional, prohibido por aquella. En esta cuestión debe también aplicarse el criterio según el cual es preciso atenerse, más que al nomen dado a los institutos, a su real naturaleza. Caso contrario, sería tentador disfrazar impuestos al tránsito -constitucionalmente prohibidos- bajo el rótulo de peaje.

6°) Que también conviene hacer algunas precisiones, igualmente breves, con relación al tema de las llamadas vías alternativas.

a) La "vía alternativa" es irrelevante cuando el peaje es sólo un nomen que encubre un verdadero impuesto al tránsito. En efecto, la prohibición que claramente consagran los artículos 9° y 12 de la Constitución Nacional no podría ser obviada por la existencia de rutas fluviales o terrestres de curso semejante a la vía afectada por el tributo. Resulta claro que cuando los constituyentes vedaron los "derechos de tránsito" no condicionaron ni limitaron la prohibición de manera alguna.

b) En cambio, cuando se trata de un "peaje", esto es, el cobro de una suma al usuario para sufragar los gastos de construcción o conservación de una vía que aquel utiliza, la cuestión de las vías alternativas cobra relevancia, en la medida en que la existencia de tales vías pueda incidir en los eventuales planteos acerca de la razonabilidad o confiscatoriedad del monto del peaje. Así, descartada la configuración de una hipótesis vedada por los artículos 9° a 12 de la Constitución Nacional, el uso de la vía en la que se cobra el peaje -al existir vía alternativa- podría inducir a considerar que el usuario halla en ello beneficio y que, prima facie, el pago de aquel no le causa un irrazonable detrimento patrimonial, razonamiento liminar que no sería factible cuando la vía alternativa no existe.

Pero en todo caso, sería inconducente, a los fines de acreditar la inconstitucionalidad del peaje, la mera demostración de la inexistencia de una vía alternativa, puesto que la Constitución Nacional sólo prohíbe -vale la pena recordarlo una vez más- el establecimiento de impuestos al tránsito, más no impone, ni expresa ni implícitamente, la existencia de vías alternativas a aquellas en las que se cobra peaje.

Por ello, habiendo dictaminado la Sra. Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la índole de las cuestiones planteadas. Notifíquese y devuélvase con copia del citado precedente E.45.XXII.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

Las cuestiones debatidas y resueltas en el sub lite son sustancialmente análogas a las que examiné en mi dictamen del día de la fecha en la causa "Estado Nacional (Subsecretaría de Transporte Fluvial y Marítimo) c/Arenera Argentina S.A. y/u otro s/cobro de pesos".

Por lo tanto, me remito, brevitatis causae, a la reseña de dichas cuestiones, como así también a las conclusiones que allí expuse.

Buenos Aires, 25 de octubre de 1988.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I. - A fs. 9/11, el Estado Nacional (Subsecretaría de Transporte Fluvial y Marítimo) inició demanda contra Arenera Argentina S.A., a fin de obtener el cobro de $ (. . .) más actualización, intereses y costas, en concepto de peaje correspondiente a la utilización por dos buques -durante varios días del mes de abril de 1982- del Canal Argentino de Vinculación "Ingeniero Emilio Mitre".

Fundó su derecho en lo dispuesto por las leyes 22.424, 22.520, 21.281 y en las resoluciones ME nros. 53/82 y 565/82.

II. - Corrido el traslado de la demanda, fue contestado a fs. 174/184.

Reconoció la accionada que sólo el buque "México" es de su propiedad y que utilizó el canal en las fechas indicadas, pero negó adeudar suma alguna, ya que tal utilización obedeció a la imposibilidad de navegar por el Canal Costanero -debido a su escasa profundidad- para llegar al lugar de donde extrae la arena que comercializa.

Destacó que el Canal "Ing. Emilio Mitre" se encuentra abierto a la navegación desde 1976 y que su construcción no fue financiada mediante el sistema de peaje, ya que su pago se dispuso a partir de 1981 mediante la ley 22.424 y se aplicó por resolución n° 53/82 del Ministerio de Economía.

Señaló que las resoluciones 53/82 y 55/83 contemplan el mantenimiento de una profundidad mínima de 8,50 m como condicionante de la tarifa y, sobre tal base, afirmó

que el servicio del canal está destinado a naves con calados mínimos en torno a los 8 m y no a los areneros como el "México", cuyo calado cargado al máximo no supera los 3,5 m. Es por ello, agregó, que la resolución 639/83 los eximió del pago.

Sostuvo también, en virtud de doctrina de distintos autores que citó, que el llamado derecho de peaje o circulación territorial es válido siempre y cuando se otorgue un beneficio real y concreto al usuario, y este tenga posibilidad de elegir una vía alternativa.

Por tanto, concluyó que el peaje pretendido resulta lesivo del comercio y de la libre navegación (art. 14, de la Const. Nac.); constituye una restricción a la libertad de circulación (art. 10, Const. Nac.), y al derecho de tránsito marítimo (art. 16, Const. Nac.); una preferencia de la Nación en desmedro de la Provincia (art. 12, Const. Nac.); una alteración de la igualdad por exigirse una contribución discriminatoria (art. 16, Const. Nac.) y una confiscación por establecerse en moneda extranjera, con un recargo del 10 % mensual y reclamarse además su actualización (arts. 953 y 1071 del Código Civil y 17 de la Constitución Nacional).

Planteó la inconstitucionalidad de la ley 22.424; la del anexo I y artículo 4° de la resolución n° 53/82 y del anexo I y artículo 6° de la n° 55/83 del Ministerio de Economía y Secretaría de Intereses Marítimos, respectivamente. Pidió el rechazo de la demanda, en todas sus partes, con costas.

III. - El Juez Federal de primera instancia se pronunció a fs. 509/512.

Tras considerar acreditada la utilización del canal por el buque "México", consideró que únicamente quedaban por dirimir cuestiones ya tratadas por la Cámara del fuero en autos "Estado Nacional c/Arenera Arg. Buque "México" s/daños y perjuicios".

En virtud de ello, estimó inadmisible la alegación formulada en torno a la violación de derechos constitucionales, e hizo lugar parcialmente a la demanda (sólo respecto del buque "México"), con costas en el 75 % a la accionada y el 25 % a la actora.

IV. - Apelado que fue dicho pronunciamiento por la demandada, los jueces de la alzada expresaron a fs. 548/549-en lo sustancial- que la mayoría de los planteos de la apelante constituían una reiteración de los formulados con anterioridad, ya contemplados por el fallo de cámara citado.

Sin perjuicio de ello añadieron que, como surge de la prueba rendida y del reconocimiento de la accionada, los eventuales riesgos que implica la navegación por el Canal "Martín García" no tienen entidad suficiente para descalificarlo como vía alternativa y, en cuanto a la mayor duración del viaje, "precisamente constituye una de las ventajas que ofrece el Canal Mitre".

Tampoco es exacto -dijeron- que el peaje cuestionado tenga como único objeto el dragado del canal, pues la ley 22.424 habla asimismo de balizamiento, ensanche y otras obras que beneficien a la navegación y no se advierte por qué los buques areneros no han de obtener ventaja de esas otras mejoras.

Por último, meritaron que el hecho de que el peaje absorba un porcentaje elevado del

flete no implica confiscatoriedad, si no se demuestra su incidencia sobre la renta o ganancia que deja a la demandada la operación global de extracción y transporte de arena, como tampoco que el peaje importe una proporción desmedida de lo que el barco ahorraba utilizando la vía tarifada.

Ello así, confirmaron la sentencia, con costas.

V. - Disconforme la demandada interpuso el recurso del artículo 14 de la ley 48 (fs. 555/567).

Luego de efectuar una reseña de los hechos de la causa, contravierte los fundamentos que informan el precedente citado por los jueces de ambas instancias, con el objeto de tratar de demostrar, fundamentalmente, que las normas aplicables no incluyen en sus previsiones a los barcos de menor calado, como así también que ningún habitante de la Nación puede ser grabado mediante una contribución especial o peaje si no existe beneficio económico concreto que obre de contraprestación o, si se quiere, de justificativo constitucional. Por razones de brevedad, me excuso de repetir aquí esos argumentos, expuestos desde el inicio de las actuaciones.

Cabe agregar, sin embargo, que según plantea la apelante, no se habría configurado una hipótesis de voluntario sometimiento a un régimen jurídico que impida su posterior impugnación, por el hecho de haber utilizado el canal de que se trata desde su construcción hasta que se estableció el pago de peaje ya que, antes bien, fue el Fisco quien se sometió a la tesis sostenida por su parte, al dictar la resolución n° 693/83, que eximió de esa obligación a la naves areneras.

Finalmente, expone diversos argumentos fácticos con el objeto de cuestionar lo concluido por los jueces intervinientes en torno a la confiscatoriedad de la tarifa, a la posibilidad de navegar por el Canal "Martín García" y a la ausencia de riesgos en la travesía por éste, aunque no alega la configuración de arbitrariedad.

VI. - El relato que antecede es suficiente para concluir que el recurso extraordinario es procedente en cuanto se discute la inteligencia -como también subsidiariamente la constitucionalidad- de normas de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas.

No obstante, me excuso de dictaminar sobre el fondo del asunto, toda vez que su contenido es de estricto contenido económico y que es parte el Estado Nacional, quien actúa representado por apoderado especial (conf., en el mismo sentido, dictamen del Procurador General in re "Estado Nacional c/Arenera Arg. S.A. Bq. "México" s/daños y perjuicios", del 30 de diciembre de 1987).

En lo que atañe a los agravios de índole fáctica aludidos supra, Cap. V, pienso que el recurso sería improcedente por no mediar como quedó expuesto, invocación de la doctrina de arbitrariedad, al menos expresamente. De todos modos, pronunciarme sobre el particular equivaldría a hacerlo sobre el fondo del asunto, y ello me está vedado en autos, como más arriba destaqué.

Buenos Aires, 25 de octubre de 1988.

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

Causa n° 55.388
"Celia S.A. c/Ministerio de Obras y Servicios
Públicos s/amparo"

Buenos Aires, 22 de enero de 1990

Y VISTOS, CONSIDERANDO:

I. - Que a fs. 191 de estos actuados se presenta la Dirección Nacional de Vialidad y solicita la habilitación de la feria judicial, a efectos de proseguir el trámite de esta causa, invocando para peticionar como lo hace, comprobadas razones de urgencia. Desiste de la prueba ofrecida que no consista en la documental glosada en autos. Solicita se rechace el amparo.

En punto a tal solicitud y examinadas que han sido las presentes actuaciones, compruebo que la cuestión ventilada en autos versa sobre bienes del dominio Público que se encuentran librados al uso de la comunidad, por lo que entiendo existen suficientes razones que justifican proceder a la habilitación de la feria judicial, toda vez que la dilucidación de la presente contienda no admite mayor demora, lo que así se resuelve expresamente de conformidad con las facultades que al suscripto le confiere el Reglamento para la Justicia Nacional (art. 40- del reglamento citado).

II. - Entrando al análisis del planteo de fondo cabe consignar que a fs. 45/51 la empresa Celia S.A. promueve la presente acción de amparo, por apoderado, en los términos de la 16.986, contra el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, la que luego hace extensiva a fs. 53/66 a la Dirección Nacional de Vialidad y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que se declare la nulidad de la resolución n° 186/89 dictada por el Sr. Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación en fecha 9 de noviembre de 1989 y en consecuencia de dicha declaración de ilegitimidad se ordene a los organismos demandados se abstengan de dar cumplimiento al referido acto administrativo.

Argumenta que en el marco jurídico consagrado por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 1842/37, con fecha 24 de agosto de 1988, formalizó una presentación ante la entonces Secretaría de Transporte y Obras Públicas dependiente del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación con el propósito de permisionaria para prestar el servicio público de operación de la autopista Ricchieri-Ezeiza-Cañuelas, su mejora, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación, financiamiento y administración. Que por resolución 69/88 de la Secretaría de Obras Públicas del 6 de diciembre, se fijó audiencia pública prevista por el artículo 5° del decreto 1842/87, la que se llevó a cabo el 14 de ese mismo mes y año.

Que ante el silencio de la autoridad administrativa, que -según sus propias manifestaciones- se configuró porque debió expedirse en el plazo de 30 días contados desde que fue llevada a cabo dicha audiencia pública, la actora manifiesta que ha nacido en cabeza suya el derecho de ser considerada autorizada de pleno derecho para la realización de los servicios ofrecidos sin necesidad de que la autoridad administrativa dicte acto administrativo alguno distinto de aquel que configuró en Silencio de la Administración. Que tal silencio administrativo se vio configurado a pesar del dictado de la resolución n° 103/88 de fecha 22/12/1988. Todo ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° del mencionado decreto 1842/87.

Que como consecuencia del silencio de la Administración, al que la actora le confiere carácter suficiente para ser considerado titular del contrato mencionado, ha dado comienzo la ejecución de una serie de trabajos sobre el mencionado bien del dominio público.

Argumenta asimismo que la resolución 186/89, cuya declaración de nulidad persigue mediante esta acción de amparo, es nula de nulidad absoluta e insanable por cuanto anuló de oficio el acto administrativo que, configurado en virtud del Silencio positivo de la Administración había generado derechos subjetivos en vía de cumplimiento.

Funda su pretensión en los artículos 1° y ccs. de la ley 16.966; 14, 17 y ccs. de la ley 19.549 y en la circunstancia de hallarse afectadas las garantías constitucionales consagradas en los artículos 17, 16, 28 y ccs. de la Constitución Nacional y ofrece la prueba que hace a su derecho. Solicita costas en caso de oposición.

III. - A fs. 75/83 evacua el informe previsto en el artículo de la ley 16.986 el ministerio demandado, haciendo lo propio a fs. 91/97 la Dirección Nacional de Vialidad y a fs. 166/177 la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, solicitan el rechazo de la pretensión de la parte actora fundadas en que el acto administrativo cuestionado no adolece de vicio alguno que lo tome ilegítimo, que la actora carece de derecho, título o contrato alguno para llevar adelante los trabajos que pretende ejecutar y que la vía del amparo escogida resulta manifiestamente inadmisible para cuestionar resolución de marras, lo que únicamente cabria hacer en un juicio de conocimiento pleno.

El Ministerio de Obras y Servicios Públicos y la Dirección Nacional de Vialidad argumentan que el objetivo de la prestación ofrecida por la parte actora constituye un típico contrato de concesión de obra pública regido por las disposiciones de la ley 17.520 y no un servicio público como aquella pretende, por lo que y tal como resuelve la resolución n° 186/89 y el dictamen jurídico que le ha servido de fuente, resulta inaplicable en la especie el régimen instaurado por el decreto 1842/87. Que siendo objeto de la prestación propuesta por la actora una concesión de obra pública, el procedimiento debió haber concluido con la firma de un contrato y la correspondiente aprobación del Poder Ejecutivo Nacional de conformidad con lo reglado por el artículo 1° de la ley 17.520.

Que aún cuando se considerara que el decreto 1842/87 pueda ser considerado reglamentación del artículo 42 inciso c, de la ley 17.520, en su anterior redacción -criterio no compartido por la resolución cuestionada- tal disposición no podría derogar o modificar una norma de rango legal, por lo que a lo sumo no podría conferirse a dicha disposición otro alcance que el de reglar el procedimiento de tratativa previa previsto en

el mencionado artículo 4, inciso c (antes de su reforma), que el análisis de dicha cuestión en definitiva excede el marco de la acción de amparo.

Que el silencio que se le imputa a la Administración no constituye en ningún caso un acto administrativo. Que dicho silencio no se configuró por cuanto la Administración dictó la resolución 103/88 de fecha 22 de diciembre de 1988 dentro del plazo de treinta días de realizada la audiencia pública de fecha 14/12/88, que establece el artículo 52 del decreto 1842.

Asimismo manifiestan que la actora no dio cumplimiento a la nueva normativa emanada del decreto 1105/89. Afirman que como consecuencia de las nuevas normativas, Celia S.A. debió adecuar su presentación efectuada en el marco del decreto 1842/89 reglamentario de la ley 23.696. Que como consecuencia de la falta de ratificación y adecuación, tal presentación carece de validez.

En base a tales argumentos solicitan el rechazo de la acción de amparo promovida. Piden costas.

IV. - Así las cosas cabe recordar que la acción de amparo resulta admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explicita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, y en tanto no existan otros recursos o remedios judiciales que permitan obtener la protección de los derechos constitucionales presuntamente violados (conf. arts. l° y 2°, ley 16.986).

V. - Sentado lo que precede, del análisis de la prueba documental glosada a estos actuados consistente principalmente en las actuaciones administrativas cuya agregación fuera solicitada por la amparista y donde ha sido dictada la resolución 186/89, que se cuestiona, no surge que la Administración haya celebrado con la amparista contrato alguno, ni que le haya conferido de manera expresa autorización alguna con el objeto de que realice trabajos o ejecute tareas con el propósito de más tarde ejercitar el derecho de cobrar a los usuarios del trabajo público que pretende realizar, tasa de peaje, o derecho pecuniano alguno. Antes bien, la Administración ha negado de manera expresa todo pretendido derecho de la actora en tal sentido (ver Carta Documento obrante a fs. 2580, expediente M.O.S.P. 4105/88).

Que del análisis de esas mismas actuaciones surge que asiste razón a la demandada en cuanto afirma que la pretensión originaria de la actora, exteriorizada a través de su presentación de fecha 24 de agosto de 1988, surge que las tareas que ésta pretendía ejecutar en el marco jurídico del decreto n° 1842/87, configuran en rigor una concesión de obra pública. La doctrina en general sostiene que se puede definir la concesión de obra pública diciendo que es un modo de ejecución de la misma que consiste en que la Administración contrata la realización de un trabajo con una empresa, a quien no se remunera por medio de un precio que paga aquella, sino acordándole durante un término la explotación de la obra pública construida por ella (conf. DIEZ, Manuel M., Derecho administrativo, t. III, p.126; MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. III-B, p. 539 y sus citas).

No veo, en consecuencia, que exista servicio público, tal como lo resuelve la resolución

M.O.S.P. 186/89 que desde este aspecto -al menos- resulta insusceptible de ser cuestionada en el estrecho marco de la presente acción de amparo. Por lo demás, entiendo que excede el ámbito de esta acción entrar al análisis de si el decreto 1842/87 constituye o no reglamentación del artículo 4°, inciso c, de la ley 17.520, o al menos resulta inoficioso a mi criterio adentrarme en la interpretación de su alcance.

VI. - En lo que al pretendido silencio administrativo se refiere y que la accionante invoca como fundamento de su pretendido derecho de ser considerada titular del servicio público ofrecido entiendo que no asiste razón a la amparista respecto del alcance que se intente darle al mismo. Cierto es que el artículo 5° del decreto 1842/87 asigna al silencio de la Administración un sentido positivo a contrario del principio general receptado por el artículo 10 de la ley 19.549. Sin embargo ello no significa conferirle otros alcances que la norma, dentro de la cual está establecido, le asigna.

El silencio administrativo constituye una ficción, una presunción legal en favor del administrado (cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Derecho procesal administrativo), el silencio no puede suplir en el caso la necesidad de la existencia de un contrato administrativo que establezca las modalidades, los derechos y obligaciones de las partes contratantes a efectos de reglar su conducta futura en el ámbito de la prestación que constituya su objeto principal. No veo como tal necesaria existencia pueda ser suplida mediante el silencio de la Administración, el que además, en el contexto normativo que se encuentra establecido, no pudo obtener otro alcance que el de remover obstáculos a la libre actuación de la amparista en el ámbito limitado de sus propios bienes, más nunca en los de la Administración.

Va de suyo que el silencio de la Administración, cuando la ley confiere al mismo sentido positivo, no podría por si solo crear ni extinguir derechos. Su eficacia está esencial e imperativamente condicionada a que lo que en cada caso pretenda el administrado sea conforme al preciso condicionamiento y a las exigencias que, para que sea reconocido, establezcan las leyes (cf. HUTCHINSON, Tomás, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, t. I).

Por lo demás y para concluir sobre el punto, entiendo que el silencio administrativo no se configura, no al menos con el pretendido alcance que le asigna la amparista. No cabe asignarle a la Resolución SETOP 103/88 dictada en fecha 22 de diciembre de 1988 otro alcance que el de manifestación expresa de la voluntad de la Administración emitida en las actuaciones donde la amparista se encontraba concursando. Dicho acto administrativo fue dictado en el procedimiento iniciado por la Administración y en el marco jurídico que la accionante consintió oportunamente desde que en el mismo formuló su presentación original. Prueba de ello es la continuación del procedimiento administrativo recursivo seguido por -entre otras-la propia amparista.

Párrafo aparte merece la cuestión introducida por la demandada en el sentido de que Celia S.A. no dio cumplimiento a los requisitos establecidos en el decreto 1105/89 reglamentario de la ley 23.696, modificatoria esta última de la ley 17.520. Sin perjuicio de destacar que su discusión resulta en principio ajena al ámbito de esta acción cabe afirmar que el Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las facultades reglamentarias que la Constitución Nacional le acuerda, determinó para aquellas presentaciones efectuadas al amparo del decreto 1842/87 una serie de requisitos cuya exigencia la amparista no

cuestiona. El artículo 58 del mencionado decreto, reglamentario a su vez de su similar de la ley 23.696, supeditó la validez de aquellas presentaciones a su ratificación y adecuación a la nueva normativa, extremo que no aparece acreditado en estos actuados, no habiendo desvirtuado la accionante las afirmaciones de la demandada en este aspecto, en el sentido de que tal ratificación y adecuación no fue realizada por Celia S.A. en debido tiempo y forma.

Así las cosas, no cabe sino concluir que la resolución 186/89 no adolece de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, por lo que la presente acción intentada no puede prosperar. El principio de legitimidad que fluye de todo acto administrativo obliga a alegar y probar lo contrario por quien sostiene su nulidad (CS "Hernández, Jorge O. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 10/2/87). A mayor abundamiento no ha quedado demostrado de qué modo la vía del ejercicio de las acciones ordinarias, administrativas o judiciales, consagradas por el ordenamiento jurídico en favor de la accionante, produzcan un daño irreparable en sus derechos.

En tal sentido la Corte tiene resuelto que el amparo no constituye un sucedáneo de otras actuaciones sino el remedio singular para las extremas situaciones, en las que por carencia de otras vías legales, se encuentra en peligro la salvaguarda de derechos constitucionales (in re "Couro, Carlos M. c/Estado Nacional", ED, 117:571; Fallos, 301:1061; entre muchos otros). De allí que es menester obrar con prudencia al tiempo de resolver sobre la admisibilidad de una acción que en definitiva comporta una vía de excepción a los procedimientos ordinarios, máxime cuando, como en el ocurrente caso del actor, no niega la existencia de otras vías judiciales, si bien parece no asignarle eficacia para reparar los derechos que dice quebrantados.

Ha dicho también la Corte que para que el amparo sea procedente se requieren circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expeditiva de esta acción ("Parenti, Otelo A. c/Municipalidad de Tres de Febrero", 26/12/86; "Sanatella, Felipe c/Estado Nacional", sentencia del 18/10/86).

Al respecto, corresponde reiterar aquí el principio según el cual el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, no importa otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (C.S. Fallos, 297-93; 300-1231; 303-422).

En lo que a la prueba testimonial ofrecida por la actora se refiere, esta resulta totalmente inoficiosa, atento que la cuestión debatida puede válidamente resolverse con las constancias obrantes en autos, no cuestionadas por las partes, habida cuenta de que se trata de un caso de interpretación acaso del alcance de las normas jurídicas en juego. Por ello, y de conformidad con las facultades que el suscripto tiene en materia de admisión de pruebas, resuelvo no proveer la testimonial ofrecida (art. 364 del C.P.C.C. de aplicación supletoria al sub lite).

En lo que hace al informe producido por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se refiere y a estar a las constancias de autos, el mismo ha sido evacuado fuera del plazo establecido por el tribunal a fs. 67, cuya solicitud de prórroga fue desestimada a fs. 103,

por lo que corresponde se desglose la presentación de fs. 109/177 y se preceda su devolución a su presentante, lo que así resuelvo.

A mérito de todo ello,

FALLO:

1. - Rechazando en todas sus partes la acción de amparo promovida por al empresa Celia S.A. a fs. 45/51 y ampliada a fs. 53/66 con el objeto de que se declare la ilegalidad o arbitrariedad manifiestas de la resolución 186/89 dictada en fecha 9 de noviembre de 1989; por el Señor Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación.

Costas a la accionante que resulta vencida (arts. 14 in fine, ley 16.986 y 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria al sub lite).

Regístrese, notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles, devuélvanse las actuaciones administrativas con oficio de estilo y oportunamente archívese.

LEGISLATURA DE MENDOZA

El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia
de Mendoza, sancionan con fuerza de

Ley 5507 de la Prov. de Mendoza

B.O. del 19 de abril de 1990

Artículo 1° - Facúltase al Poder Ejecutivo y a sus entes descentralizados y autárquicos previa aprobación del Poder Ejecutivo, a contratar con personas físicas, jurídicas y/o uniones transitorias de empresas; a título oneroso, gratuito o subvencionado, la concesión o gestión indirecta de obras y servicios públicos mediante el cobro de tarifas, peajes u otras formas de retribución.

Art. 2° - Las concesiones se otorgaran por un término fijo para la construcción, reparación, ampliación, mantenimiento, explotación, gestión, o administración de obras y servicios públicos nuevos o existentes.

Después de transcurrido el plazo del contrato, la Provincia pasará a ser titular de pleno derecho, sin compensación alguna, de todas las mejoras e instalaciones muebles e inmuebles, que haya debido efectuar el contratista, necesarias para la explotación y conservación de las obras y/o servicios.

Art. 3° - La rentabilidad del concesionario deberá guardar relación con las inversiones que realice y asegurar el menor costo para el usuario.

Art. 4° - Las concesiones se otorgaran a través de los siguientes procedimientos:

a) Por concurso privado de precios.

b) Por licitación pública.

Art. 5° - Cuando la iniciativa pertenezca a una persona física, jurídica o unión transitoria de empresas, se deberá convocar públicamente a la presentación de ofertas de proyectos similares. Si se presentaren ofertas más convenientes que la del autor de la iniciativa, se convocará al autor a mejorar su oferta.

Art. 6° - Para evaluar la oferta más conveniente se tendrá en cuenta, además del económico, otros aspectos que demuestren un beneficio para los intereses públicos, tales como la continuidad de las fuentes de trabajo, la participación de empleados y/o usuarios del ente al que se le otorgue la concesión y las uniones transitorias de empresas que estén integradas también por pequeñas y medianas empresas que participen en forma social y no como subcontratistas y cuya administración principal funcione en la Provincia de Mendoza.

Art. 7° - Los contratos respectivos serán suscriptos por el Poder Ejecutivo o por el órgano superior del ente descentralizado, previa aprobación del Poder Ejecutivo, debiéndose establecer claramente en los mismos, por lo menos lo siguiente:

a) El objeto y las modalidades de la concesión.

b) El plazo.

c) Las bases para la fijación de tarifas, peajes u otras formas de retribución y las bases o formas de posible reajuste.

d) Por parte del Estado, el régimen de inspección, fiscalización y control del concesionario, de los trabajos y aplicación de las fórmulas para la fijación de tarifas, peajes o retribuciones enunciadas en el inciso precedente.

e) Las obligaciones recíprocas al término de la concesión.

f) Causales, bases de evaluación de los bienes y destino de los mismos para el caso de rescisión, resolución, caducidad o rescate.

g) Domicilio legal del concesionario en la Provincia de Mendoza.

h) La declaración expresa del sometimiento de las partes a los tribunales ordinarios de la Provincia.

Art. 8° - Las leyes de obras públicas, contabilidad, procedimiento administrativo y las específicas de creación de entes descentralizados y autárquicos, serán de aplicación supletoria cuando fueren compatibles con la naturaleza jurídica y modalidades de la presente ley.

Art. 9° - El Poder Ejecutivo o sus entes descentralizados y autárquicos, mantendrán adecuada y permanentemente informadas a las comisiones de obras y servicios públicos

de la Honorable Legislatura sobre todo el proceso relativo al otorgamiento de cada concesión.

Estas comisiones, individualmente o en forma conjunta, podrán requerir información sobre el desarrollo de todos los temas relativos a la presente ley, realizar observaciones, propuestas, recomendaciones y dictámenes.

En el caso de los municipios, los intendentes deberán informar en forma similar a los Concejos Deliberantes.

Art. 10. - Se requerirá aprobación legislativa previa para la concesión, en los siguientes casos:

a) Cuando sea necesario la declaración de utilidad pública de bienes muebles o inmuebles, requeridos para la realización de la obra o la prestación del servicio.

b) Cuando se realicen actos de disposición de bienes que afecten el patrimonio de Obras Sanitarias Mendoza Sociedad del Estado; Energía Mendoza Sociedad del Estado, y Dirección Provincial de Vialidad.

c) Cuando se requiera contraer empréstitos públicos o el Estado deba garantizar el crédito al concesionario.

Se requerirá la ratificación legislativa del contrato en los siguientes casos:

d) Cuando se trate de una concesión de obras y servicios públicos existentes.

e) Cuando se trate de una concesión subvencionada.

f) Cuando se establezcan monopolios.

g) Cuando el término de la concesión sea mayor de 20 años.

En todos los casos las Cámaras deberán tratar los casos con preferencia, con o sin despacho de comisión, dentro del término de 45 días, cada una, a partir de tomar el proyecto estado parlamentario en ambos casos.

Art. 11. - Rigen para las Municipalidades las normas de esa ley de concesión de obras, servicios públicos y gestión indirecta, teniendo los departamentos ejecutivos municipales las mismas facultades que el Poder Ejecutivo provincial y los Concejos Deliberantes, que la Legislatura provincial.

Art. 12. - El Poder Ejecutivo podrá disponer la creación de órganos en los que participen: representantes de los usuarios o beneficiarios y trabajadores de las obras cuya construcción, gestión o explotación fuere encomendada a un contratista.

Art. 13. - Las subvenciones a que hace referencia la presente ley deberán provenir de fondos obtenidos a través de otras concesiones y no podrán disponerse para ese efecto, recursos presupuestarios con aceptación especifica.

Art. 14. - Las concesiones de obras y servicios públicos no podrán ser transferidas, arrendadas o cedidas total o parcialmente sin autorización previa del Poder Ejecutivo.

Las concesiones reguladas por el artículo 10 necesitarán en los supuestos de cesión o transferencias la aprobación de la H. Legislatura.

Art. 15. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en el recinto de sesiones de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza, a los veintiún días del mes de febrero de mil novecientos noventa.

LEOPOLDO A. SUÁREZ (Presidente de la H. Cámara de Diputados) - DR. ARTURO LAFALLA (Vicegobernador, Presidente del H. Senado).

Decreto 2511 de la Prov. de Mendoza

Mendoza, 1 de noviembre de 1990

VISTO la necesidad de reglamentar la Ley Provincial de Concesión de Obras y Servicios Públicos n° 5507 y en un todo de acuerdo con lo dictaminado por el Señor Asesor de Gobierno en expte. OS n° 456-D-1990, El Vicegobernador de la Provincia en ejercicio del Poder Ejecutivo decreta:

Artículo 1° - La concesión será a título oneroso cuando se le imponga al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

La concesión a título gratuito cuando ni el concesionario deba pagar un canon al Estado concedente, ni este deba subvencionar a aquel.

La concesión será a título subvencionado cuando el Estado deba efectuar, en favor del concesionario, una entrega inicial durante la construcción o entregas en el periodo de la explotación reintegrables o no al Estado. Las concesiones sólo podrán ser subvencionadas cuando las mismas sean poco rentables y en tanto y en cuanto la ejecución de la obra y/o la prestación del servicio público por parte del concesionario se traduzca en un abaratamiento efectivo de la tarifa o peajes a cargo del usuario y/o en un menor costo para el Estado que el que significaría la ejecución de la obra o la prestación del servicio público en forma directa por el Estado.

Podrán otorgarse, en forma conjunta, concesiones de obras y/o servicios públicos que sean altamente rentables con otras que no lo sean y que sólo podrían realizarse de esta forma, sin necesidad de ser subvencionadas por el Estado.

Para definir la modalidad de la concesión, dentro de las alternativas señaladas, se deberá considerar: 1) que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder el valor económico medio del servicio ofrecido; 2) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico

presunto, el pago de la amortización de su costo, de intereses, beneficios y de los gastos de conservación y de explotación.

Si al definir la modalidad de la concesión a otorgar se optase por la gratuita o subvencionada por el Estado, deberán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resulten superiores a los previstos.

Entre las formas de retribución del concesionario, se incluye expresamente la contribución de mejoras.

Aclárese que las concesiones podrán referirse a obras y/o servicios públicos: es decir que las obras y los servicios públicos podran contratarse en forma conjunta o separadamente.

Art. 2° - Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obras y/o servicios públicos existentes para la reparación, ampliación, mantenimiento, explotación, gestión o administración de dichas obras y/o servicios o para la obtención de fondos destinados a la ejecución, conservación o prestación de otras obras y/o servicios que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario y/o, en el caso de las concesiones subvencionadas, un menor costo para el Estado que el que implicaría la gestión directa por parte de este. La tarifa de peaje compensará la reparación, ampliación, mantenimiento, explotación, gestión o administración de las obras y/o servicios existentes y la ejecución, conservación o prestación de las obras y/o servicios nuevos.

El destino de los fondos obtenidos por la concesión otorgada para la ejecución, conservación o prestación de otras obras y/o servicios, no obliga al Estado a concesionar la obra y/o servicio a la cual se destinen dichos fondos.

Los pliegos y el posterior contrato respectivo deberán detallar cuales son los bienes muebles que, una vez vencido el plazo de la concesión, pasaran ala Provincia de pleno derecho y sin compensación alguna. Entre dichos bienes podrán incluirse los medios de transportes de personas o cargas en general, máquinas, equipos, artefactos, herramientas y demás elementos que sean necesarios para una eficiente conservación o prestación de la obra y/o servicio de que se trate, para continuar con dicha conservación o prestación por parte del Estado o de un nuevo concesionario. Las ofertas que se presentan en la licitación pública o concurso privado de precios deberán detallar los muebles que el concesionario destinará a la conservación o prestación de las obras y/o servicios de que se trate.

Se aclara que el párrafo 2° del artículo 2° de la ley n° 5507 no se aplicará a aquellos servicios públicos que, por su naturaleza, tengan un régimen legal propio, como ocurre con el servicio de transporte público de pasajeros.

Art. 3° - La concesión deberá asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el

concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión.

A los efectos de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, la estructura económico-financiera deberá expresar la tasa de retorno de la inversión a realizar.

La estructura económico-financiera de la concesión definirá el alcance de las inversiones previas que deberá realizar el concesionario, cuya entidad será tenida en cuenta en todos los casos, como para metros de trascendencia en la selección, comparándolo con la incidencia que su costo financiero tendrá sobre el valor de la tarifa o peaje a cargo del usuario. El pliego de condiciones particulares para la adjudicación de concesiones por licitación pública o concurso privado de precios podrá establecer volúmenes mínimos o máximos de inversión previa.

El objetivo global de la concesión de una obra y/o servicio público será el abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje, el mejoramiento del servicio prestado y/o la disminución del costo del Estado para la ejecución, conservación o prestación de la obra y/o servicio público de que se trate.

Art. 4° - Para el otorgamiento de las concesiones de obras y/o servicios públicos, la autoridad concedente podrá optar por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 4° de la ley n° 5507.

Antes del llamado a licitación pública o concurso privado de precios, el Ministro del área respectiva, en todos los casos, deberá declarar de interés público la concesión de la obra y/o servicio público de que se trate. Dicha declaración podrá efectuarse por iniciativa del Estado o en virtud de la presentación de propuestas de particulares. La presentación de estas propuestas no obliga al Estado a declararlas de interés público.

A los efectos de la presente reglamentación, se denominará “propuesta de particulares” a todas las iniciativas que sean presentadas por estos, con anterioridad a la declaración de interés público; “propuesta iniciadora” a la que sea declarada de interés público, y “autor de la iniciativa” al particular cuyo proyecto haya sido declarado de interés público y sea tomado como base para el procedimiento de selección del concesionario.

Cuando el Estado declare de interés público un proyecto propio, relativo a la concesión de una obra y/o servicio público, podrá llamar directamente a licitación pública o a concurso privado de precios.

Las propuestas de particulares podrán ser presentadas espontáneamente o por llamado de la autoridad concedente, mediante los procedimientos de licitación pública o concurso privado de precios, con respecto a una obra y/o servicio público determinado.

Toda propuesta de particulares deberá contener como mínimo, la identificación de la obra y/o servicio de que se trate y su naturaleza, las bases de su factibilidad económica y técnica, los antecedentes completos del proponente y, en caso de tratarse de empresas inscriptas en el Registro Único de Constructores de Obras Públicas, su capacidad registrada para contratar y la especial para la obra y/o servicio de que se trate. Cuando se llame a licitación pública o concurso privado de precios, los oferentes deberán proponer todas las condiciones contractuales, técnicas y económicas, incluyendo la estructura

económico-financiera y los proyectos constructivos que serán volcados en el contrato de concesión y que regirán la ejecución, conservación o prestación de la obra y/o servicio público de que se trate.

Para la presentación de propuestas, particulares, no será necesario estar inscripto en el Registro Único de Constructores de Obras Públicas. Pero si tales propuestas fuesen declaradas de interés público, sus autores deberán proceder, en un plazo máximo de treinta (30) días, a solicitar, ante el mencionado Registro, su inscripción, certificado, habilitación, calificación y determinación de su capacidad. Si así no lo hicieren, se procederá a ejecutar sus garantías de mantenimiento de las propuestas y perderán el beneficio señalado en el artículo 5° in fine de la ley n° 5507.

Toda propuesta de particulares deberá anexar una garantía de mantenimiento de la propuesta que no podrá ser inferior al dos por ciento (2 %) del monto de la obra y que se consignará posteriormente en la oferta, en el procedimiento de selección que se convoque. Esta garantía será ejecutable en el caso de no presentación de la oferta por parte de quien fue declarado autor de la iniciativa y en el supuesto previsto en el párrafo anterior.

Si al presentarse la oferta la garantía consignada resultare inferior al porcentual precedentemente señalado, con una tolerancia de un treinta por ciento (30 %), el oferente perderá la preferencia correspondiente al autor de la iniciativa.

La garantía de mantenimiento de las propuestas se convertirá en la garantía de oferta prevista en el artículo 21, inciso a, del decreto ley 4416/1980, cuando medie llamado a licitación pública o concurso privado de precios. En los casos de concesión de obras y/o servicios públicos, según el régimen de la ley n° 5507, la garantía de oferta deberá ser igual al porcentaje fijado en este decreto reglamentario para la garantía de mantenimiento. Y en caso de que el autor de la iniciativa se convirtiese en adjudicatario de la concesión, se observará lo dispuesto en el artículo 29 de la citada ley.

La propuesta de un particular presentada espontáneamente será considerada por el ministro del área respectiva, y si éste la declarase de interés público, en la misma resolución, deberá proceder al llamado a licitación pública o concurso privado de precios, convocando en tal caso a la presentación de las ofertas en los plazos y formas señalados en el decreto-ley n° 4416/1980 y sus decretos reglamentarios. La publicación deberá contener, además, una síntesis de la iniciativa y el nombre del autor de la misma.

Si en un mismo día se presentaran más de una propuesta de particulares, relativas a una misma obra y/o servicio público, cualquiera de ellas o todas podrán ser declaradas de interés público y, por lo tanto, tomadas como base para el procedimiento de selección del concesionario.

Si en distintos días se presentasen varias propuestas de particulares, relativas a una misma obra y/o servicio público, se considerará en primer lugar la que hubiese sido presentada primero y sólo en el caso de que esta no fuese declarada de interés público, será considerada la segunda, y así sucesivamente.

Cuando se llame a la presentación de propuestas de particulares, el Estado podrá ofrecer,

en favor de quien resulte titular del proyecto seleccionado, una contraprestación de dinero y/o la preferencia señalada en el artículo 5° de la ley n° 5507 y en la presente reglamentación. La publicación del llamado y el procedimiento a seguir para la selección del proyecto se regirán, en cuanto fuere pertinente, por las disposiciones de los artículos 18 y siguientes del decreto-ley n° 4416/1980. En lo demás se aplicarán las normas de la ley n° 5507 y de la presente reglamentación, respecto a la selección y adjudicación de las propuestas de particulares presentadas espontáneamente.

La declaración de "propuesta iniciadora" no obliga al Estado al llamado a licitación pública o concurso privado de precios para la concesión de la obra y/o servicio público de que se trata.

Las propuestas de particulares presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley n° 5597 no podrán ser consideradas iniciadoras en los términos de la presente reglamentación y las presentadas luego de esa fecha, pero antes de la vigencia de esta reglamentación, deberán ser ratificadas ante el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, dentro de los diez (10) días posteriores a la publicación de la presente, con el objeto de adecuar la presentación a sus disposiciones.

Art. 5° - Si las ofertas presentadas en el procedimiento de licitación pública o concurso privado de precios fueren de equivalente conveniencia, será preferida la propuesta iniciadora.

De existir una oferta más conveniente que la presentada por el autor de la iniciativa, éste y el autor de la oferta podrán mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no exceda de la mitad del plazo original de presentación estipulada en el llamado a licitación pública o concurso privado de precios.

Cuando dos o más propuestas de particulares hubiesen sido consideradas iniciadoras y las ofertas presentadas por los autores de las mismas fuesen de conveniencia equivalente, de subsistir la igualdad luego del llamado a mejorar las ofertas, la adjudicación se hará en favor de quien acredite mejores antecedentes no tenidos en cuenta en la calificación del Registro Único de Constructores de Obras Públicas.

Art. 6° - Aclárese que en el supuesto de que la oferta prevea la participación de los empleados Públicos, se entenderá que dicha propuesta, efectuada exclusivamente en el marco de la ley n° 5507 y de la presente reglamentación, no colisiona con lo dispuesto en los incisos b y c del artículo 14 del decreto-ley n° 560/1973.

Toda oferta que prevea la participación de empleados públicos deberá acompañar, al momento de presentarse, una declaración jurada suscripta por el personal que quede comprendido en la misma y que exprese que, en el supuesto de resultar adjudicatarios de la concesión de obras y/o servicios públicos, renunciaran a su cargo, produciéndose en consecuencia la baja de la Administración Pública en los términos del artículo 58 del Estatuto del Empleado Público. Dicha baja se efectivizará a partir de la fecha de la suscripción de la contrata respectiva o de la ratificación del contrato por la Honorable Legislatura de la Provincia, según el caso.

Art. 7° - Aclárese que en los contratos a que alude el artículo 72 de la ley n° 5507, deberá

definirse expresamente el régimen de representación y/o delegación de las facultades del Estado para la ejecución, conservación, o prestación de las obras y/o servicios públicos de que trate y para el cobro de las tarifas, peajes u otras formas de retribución.

En los casos en que las inversiones motivo de la concesión fuesen a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse para el Estado o por el concesionario con la garantía de aquél, la concesión -además de prever los procedimientos de fijación y ajuste de tarifas deberá contener las disposiciones que aseguren la amortización y servicios de las deudas y obligaciones a contraerse, así como la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultaren suficientes.

En el caso de otorgarse una concesión de servicio público, se deberá contemplar, además:

1) Los servicios específicamente incluidos, discriminando aquellos cuya explotación se conceda bajo un régimen de exclusividad, de los que se concedan en un régimen de competencia.

2) El plazo por el cual se otorga, el que será compatible con una eficiente explotación del servicio, la adecuada amortización de las inversiones que se lleven a cabo y una razonable rentabilidad.

3) El ámbito geográfico comprendido.

4) Las obligaciones que se le impongan al concesionario, tanto aquellas referidas al pago de un canon, como a la calidad y extensión del servicio o a la modernización de los medios materiales y técnicos afectados a la prestación de éste.

5) Los derechos comprendidos en la concesión, incluyendo aquellas disposiciones que pudieran importar el ejercicio, por parte del concesionario, de acciones o derechos contra terceros.

6) El régimen tarifario, especificando los conceptos que la tarifa debe cubrir, incluyendo la rentabilidad adecuada a la inversión realizada. En la fijación del régimen tarifario deberá intervenir el Ministerio de Economía.

7) El régimen sancionatorio aplicable.

8) Para las concesiones de servicios públicos donde se establezcan cláusulas de rescate o reversión, se preverá un justo régimen indemnizatorio y el destino de los bienes afectados a la explotación del servicio. En tales casos, el rescate y la reversión tendrán carácter excepcional, según fundadas razones de interés público.

9) La información técnica y económico-financiera que el concesionario deberá suministrar o tener a disposición de la autoridad del control del servicio.

Art. 8° - Aclárese que, en todos aquellos casos en que no se requiera la aprobación legislativa previa dispuesta por el artículo 10 de la ley n° 5507, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, y por su intermedio los entes descentralizados y

autárquicos, procederán a dar cumplimiento a las obligaciones estatuidas en el artículo 9° de la citada ley.

Toda vez que una o más propuestas de particulares o que un proyecto del Estado hayan sido declarados de interés público, deberá remitirse a las comisiones de obras y servicios públicos de la Honorable Legislatura, copia de todo lo actuado, indicándose en la nota de remisión la fecha probable del llamado a licitación pública o concurso privado de precios; ello a los efectos de que, con la anticipación necesaria a la venta de los pliegos respectivos, dichas comisiones hagan uso de las facultades previstas en artículo 9° de ley n° 5507.

Art. 9° - En los casos que se requiera aprobación legislativa previa para contratar una concesión, el gobernador de la Provincia deberá remitir a la Legislatura provincial, conjuntamente con la solicitud de tal aprobación:

1) Las propuestas de particulares o el proyecto del Estado que hayan sido declarados de interés público.

2) Copia de los pliegos de la licitación pública o concurso privado de precios.

3) Los fundamentos que motivan la concesión, incluyéndose la disminución de los gastos que para el Estado significaría el otorgamiento de la concesión, el abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a abonar por los usuarios y/o la mejora del servicio de que se trate.

4) Los eventuales beneficios económicos que se producirían en favor del Estado en el caso de que la concesión fuese onerosa.

5) Todo cuanto otro dato fuese necesario para motivar dicha aprobación.

Art. 10. - Crease un Comité Ejecutivo para la concesión de obras y servicios públicos, que dependerá del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia.

El citado Comité Ejecutivo estará integrado por tres (3) miembros del Ministerio de Obras y Servicios Públicos y un (1) miembro del Ministerio de Hacienda, quienes actuaran en forma permanente y, en su caso, se integrará además, con un (1) miembro que se designará, en forma transitoria, por el ministro en cuya área se pretenda concesionar una obra o servicio público.

Cuando la obra o servicios públicos a concesionar corresponda a una empresa del Estado, esta última tendrá también un representante en dicho Comité.

El presidente del Comité Ejecutivo será designado por el ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia.

El Comité Ejecutivo deberá emitir dictámenes en todas y cada una de las etapas previstas en la ley n° 5507 y en la presente reglamentación; efectuar la preparación de los pliegos de licitación pública o concurso privado de precios, contando a tal efecto con la tarea y apoyo del personal técnico del área, entes descentralizados y autárquicos del que dependa la obra

y/o servicio público de que se trate, debiendo estos últimos poner a disposición del Comité el personal, instalaciones o materiales que requiera para el cumplimiento eficiente de sus funciones.

Las normas relativas al funcionamiento del Comité Ejecutivo serán dictadas mediante resolución del ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia.

Art. 11. - El presente decreto será refrendado por los señores ministros de Obras y Servicios Públicos, de Hacienda y de Economía.

Art. 12. - Comuníquese, publíquese, dése al Registro Oficial y archívese.

DR. ARTURO PEDRO LAFALLA, Vicegobernador de la Provincia en ejercicio del Poder Ejecutivo.

Este libro se terminó de imprimir
en Talleres Gráficos Alfa Beta S.A.
en el mes de Mayo de 1992
Melián 3136 Capital Federal