

LA INICIATIVA PRIVADA EN LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

(Breves reflexiones sobre su aplicación por los municipios bonaerenses)¹

I. COMENTARIOS PRELIMINARES

He sostenido antes de ahora, que a partir de la sanción de la Ley Nacional N° 23.696 (y de las normas provinciales y municipales que han seguido sus aguas) se pone en *vigencia*, en relación a los contratos de concesión de obra pública y de servicios públicos, la iniciativa de los particulares como un instrumento jurídico idóneo para el desarrollo de actividades de interés público cuya realización puede llevarse a cabo a través de las figuras concesionales indicadas.²

Es, en síntesis, un modo eficiente que el legislador pone en manos de los particulares para que, a instancia de éstos, se ponga en movimiento la organización administrativa a efectos del posible otorgamiento de una concesión de obra o de servicios públicos, y –por supuesto– *del examen del contenido de interés público que encierra la proposición del particular*, examen, que como se verá, posee relevancia jurídica trascendente desde el punto de vista de la propia esfera de competencia estatal y del régimen jurídico que le resulta aplicable.

Es indudablemente un modo *instrumental* más de *participación* que el legislador ha conferido a los particulares en aras de la satisfacción de necesidades de interés general; sólo que son estos quienes *proponen, participan, colaboran* en la detección y satisfacción de tales necesidades públicas.³

Tal es entonces, someramente considerada, la génesis y finalidad de este instituto.

Por Eduardo Mertehikian

Abogado - Profesor Titular de la "Maestría en Abogacía del Estado" de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires; ex Profesor Adjunto de la misma materia en las Universidades de Buenos Aires y Del Salvador.

¹ El texto de este trabajo sirvió de base a la conferencia pronunciada en las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo y Municipal, organizadas por la Municipalidad de Quilmes y la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (24 al 25 de octubre de 1996).

² Cfr. nuestro trabajo *La iniciativa Privada en la Concesión de Obra y de Servicios Públicos*; Buenos Aires, Edit. Abaco, 1992.

³ En ese sentido y recogiendo las enseñanzas del Dr. Guillermo Fanelli Evans, cuando el Estado sabe lo que quiere y cómo lo quiere, confecciona un Pliego y llama a Licitación Pública. En cambio, cuando sabe lo que quiere pero no cómo lo quiere, especifica el objeto de la concesión (contenido de la declaración de interés público) y convoca a la presentación de iniciativas. Finalmente, cuando no sabe ni qué quiere ni cómo lo quiere, recepta iniciativas privadas y convoca a concurso de proyectos integrales. Conf. del citado autor *La concesión de obra pública*, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 1990.

II. CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO

(¿Qué es una Iniciativa Privada?)

a) Concepto

Podría ser definida como un instrumento jurídico idóneo y *recepticio* emanado de un sujeto privado, tendiente a poner en evidencia ante una administración pública la existencia de una actividad de interés público o general y la factibilidad (técnica, económica y jurídica) de que su prestación sea llevada a cabo por los particulares, mediante el otorgamiento de una concesión (privilegio) administrativa.

b) Caracteres

Es *instrumental*, pues está dirigida a la celebración de un *contrato administrativo*.

Es *unilateral y recepticia*, pues al tiempo que comporta un acto voluntario y lícito del sujeto que la emite, es emanación del derecho de peticionar consagrado por el Artículo 14 de la Constitución Nacional y está dirigida a un sujeto estatal (administración pública) que tiene el correlativo deber de dar una respuesta adecuada (Artículos 14, 17, 18 y 19 Constitución Nacional).

Es, al mismo tiempo, manifestación del *principio de subsidiariedad* de la actividad estatal, el cual encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional.⁴

Es *preparatoria* de la voluntad administrativa, ya que *integra* la estructura del procedimiento administrativo contractual tendiente a su formación.

Digo esto último, por cuanto, como de ordinario se sostiene (criterio al que he adherido plenamente), dicho *proceso* se realiza siguiendo determinados procedimientos que pueden ser más o menos complejos, pero que en todos los casos se encuentran regidos por el principio de legalidad, que impone que la Administración Pública siga estrictamente su conducta a la ley (entendida ésta en un sentido amplio, comprensiva de todo el ordenamiento jurídico positivo) sea que su conducta se desenvuelva en el campo de la actividad discrecional o de la actividad reglada.⁵

De igual modo y tal como con sobrada razón ha dicho recientemente Canosa, el procedimiento administrativo es el cauce formal de la actividad administrativa y se halla compuesto por un conjunto de formalidades de índole ritual que conducen al dictado de un acto administrativo, en la acepción amplia de este último.⁶

c) Contenido (Lineamientos generales)

Brevemente diremos que la cuestión reviste singular importancia, pues se trata de que la Administración al mismo

tiempo en que posea la mayor y mejor información sobre las bases de factibilidad de la idea del particular no quebrante la protección de los derechos de su autor, a cuya instancia se genera el procedimiento de formación de la voluntad administrativa.

De otra parte, la cuestión de la explicitación de dichas bases no puede someterse a parámetros rígidos, pues variará en función de la complejidad del asunto sometido a conocimiento de la Administración Pública concedente.

En suma, el conflicto existente en esta etapa previa, entre la necesidad de un conocimiento acabado por parte del concedente y la protección de los derechos del particular debe resolverse singularmente con estricto respeto a los principios de legalidad e igualdad. Claro que de ello no puede implicarse que la Administración deba conformarse con una escasa definición del alcance y contenido de la propuesta del particular, en especial en lo referido a su objeto, sino que—sin perder de vista los mencionados principios— debe permitir formar convicción sobre la posibilidad jurídica, técnica y económica de ejecutar la idea, especialmente por los alcances jurídicos de la declaración de interés público, que seguidamente examinaremos.

III. ALCANCE JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

Tanto en el ámbito nacional como en el provincial la ley dispone que la autoridad administrativa debe examinar la iniciativa privada que se le formule y de estimarla satisfactoria de una necesidad de interés general, debe así declararla. Tal es la declaración de *interés público* a la que se refieren el Artículo 4° de la Ley Nacional N° 17.520 (texto según su similar N° 23.696) y el Artículo 36 de la Ley N° 11.184 para la Provincia de Buenos Aires.

Corresponde por tanto, establecer los alcances jurídicos de la mentada declaración de interés público.

Ya hemos tenido ocasión de explicar nuestra idea acerca de que la *declaración* de interés público que el órgano del Estado que resulte competente realiza (en el caso de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires el respectivo Concejo Deliberante) comporta antes que nada, la *incorporación* de la idea contenida en la iniciativa privada promovida por el particular, a la *esfera de su propia competencia*.

No está de más mencionar que dicha valoración es efectuada por el órgano estatal de acuerdo a criterios que pueden legítimamente variar en el tiempo, por ser cambiantes los modos de satisfacción del interés general.⁷

Es precisamente dicha razón la que da fundamento a la circunstancia de que el Estado, en ejercicio de la función administrativa (que en el caso de los municipios citados resulta concurrente entre la actividad del Departamento

⁴ Cfr. Cassagne, Juan Carlos: "Las grandes transformaciones del Derecho Administrativo": *Prudentia Iuris* N° 41, p. 38 y nota (3).

⁵ Cfr. *La Iniciativa...*, cit.; p. 106.

⁶ Cfr. Canosa, Armando N.: "El Procedimiento Administrativo en la Reforma del Estado", *El Derecho*, ejemplar del 9-10-96, p. 1 y sus citas.

⁷ Así lo sostuvimos en *Estudios sobre la Contratación Pública*, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 1996, P. 104.

Ejecutivo y la del Concejo Deliberante) no puede dejar de ejercitar la facultad (debe en rigor) que el ordenamiento jurídico le asigna para llevar a cabo la *gestión y distribución* del bien común.

De allí que cuando los particulares le formulan *ideas*, en el entendimiento que éstas satisfacen necesidades de interés general el Estado no puede dejar de examinarlas y—sin perder la condición de iniciativas privadas—introducirlas todas aquellas modificaciones que entienda necesarias en aras de la satisfacción del interés público comprometido, porque una vez practicada la declaración que la ley exige procede a *incorporarla* a su esfera de competencia estatal, si es que ya no lo estaba con anterioridad.

El significado jurídico de tal incorporación lo encontramos en el proceso que los autores españoles⁸ han denominado "*publicatio*", que nuestra doctrina también recepta,⁹ aunque con importantes disidencias,¹⁰ esto es de *publicación* de actividades de interés originariamente privado, a través del cual dicha actividad se rige (luego de tal caracterización) por el régimen jurídico de derecho público.

Pero amén de ello, la *estatización* de la actividad así realizada, al mismo tiempo y por aplicación del principio de *subsidiariedad*, se determina que su gestión sea llevada a cabo a través del concurso de los particulares.

Aplicado al caso que nos ocupa, cuando una ordenanza municipal procede a *declarar de interés público* una iniciativa presentada, no dudamos en afirmar que *publica* la actividad objeto de la proposición, ya que la incorpora a su esfera de competencia estatal. Pero al mismo tiempo determina, también, que dicha actividad sea materialmente prestada por los particulares concesionarios.

IV. LA DECLARACIÓN POSEE UN DOBLE CONTENIDO

De ahí que haya afirmado que tal declaración posee un doble contenido, relativo por una parte al *objeto* (actividad) de la propuesta privada (que satisface el interés general) y al modo de llevarlo adelante (la *gestión* por los particulares).¹¹

⁸ Cfr. Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II; Madrid, 1985, p. 357; Meilan Gil, José Luis: "El servicio público en el derecho actual", *Revista de Derecho Administrativo-REDA*-N° 17, Edit. Depalma, p. 341 y ss.

⁹ Cfr. Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B; núm. 1146 y ss.; Buenos Aires, 1994. Barra, Rodolfo Carlos; *Principios de Derecho Administrativo*, Edit. Abaco; p. 219 y ss.; Cassagne, Juan Carlos: *La intervención administrativa*, p. 33 y ss.; Dromi, José Roberto: *Reforma del Estado y Privatizaciones*, T. I, Buenos Aires, 1991.

¹⁰ Cfr. Mairal, Héctor: "La ideología del servicio público"; *REDA* N° 14, p. 359 y ss.; Citara, Rubén M.: *El servicio público*; Parte I, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 1995, pp. 85-86.

¹¹ Resulta ilustrativa en el mismo sentido la explicación que Barra realiza de la técnica recién analizada. Sostiene dicho autor que "... la técnica de la concesión de servicios públicos (...) permite extender el campo de la "*publicatio*" sin necesidad de ampliar desmesuradamente la presencia estatal en la vida social". (Cfr. Barra, Rodolfo C.; "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico del Servicio público"; en revista *La Ley* 1982-B, p. 363 y ss. y sus abundantes citas).

Ahora bien, así llevado a cabo el proceso de "*publicatio*" el *contenido*, objetivamente considerado, de la declaración de interés público está conformado —como se ha visto— por dos aspectos, a saber: por una parte, la *actividad* propiamente considerada, esto es, la obra o el servicio público y por otro lado, la *gestión* de tal actividad, ello es, la concesión respectiva.

V. BREVE EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

(Es necesario un acto de internalización para que la Ley N° 11.184 resulte aplicable en el ámbito municipal)

A este respecto, debo mencionar que he procedido a analizar, en lo que resulta pertinente para la elaboración del presente estudio las disposiciones contenidas en los Decretos Leyes de la Provincia de Buenos Aires Nros. 9.254/79, 9.645/80, la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Provincial N° 11.184 que, en este orden, dispone que sus normas serán aplicables al ámbito municipal *a través de un acto de adhesión expreso* de la comuna respectiva, a efectos de internalizar sus disposiciones.

No obstante y a partir de una aparente contradicción nos detendremos luego necesariamente en la interpretación de los textos legales.

No debe perderse de vista, en este último sentido, que el derecho municipal (respecto del cual incluso se ha llegado a afirmar que comporta una sección del derecho administrativo aplicable en la esfera comunal) posee, eminentemente, carácter local.¹²

En consecuencia de lo dicho, también todo lo vinculado a la prestación de los servicios públicos y al modo en que los mismos se han de llevar a cabo es resorte exclusivo del derecho comunal (Arg. Art. 230 y ccs. de la LOM).

Siendo que las disposiciones de la Ley N° 11.184 revisten, por su contenido material administrativo dicho carácter local, solo un acto de internalización previo, proveniente del órgano legislativo comunal, puede tornar aplicable sus disposiciones en el ámbito municipal. Dicho acto se materializa a través de una ordenanza. El criterio expuesto es el que surge del propio texto legal (Artículo 42).

V.1. La extensión de normas a la concesión de servicios públicos

Desde otro punto de vista, no olvidemos que el Artículo 35 de la Ley N° 11.184 dispone hacer extensivas al contrato de concesión de servicios públicos —en lo que resulte pertinente— las disposiciones de los Decretos Leyes Nros. 9.254/79 y 9.645/80.

¹² Cfr. Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 173, 534, entre otras.

Deben necesariamente y con carácter previo precisarse las diferencias esenciales entre el contrato de concesión de obra pública (el cual regulan los decretos leyes mencionados) y el de concesión de servicios públicos, ya que la extensión normativa practicada por el Artículo 35 de la Ley N° 11.184 no puede hacerse sino de manera de respetar la naturaleza propia del contrato de concesión de servicio público.

En tal sentido me limitaré a citar las expresiones vertidas por el Profesor español Fernando Garrido Falla al analizar la evolución y diferencias de ambos contratos. Así se sostiene que:

"... 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 dominio público. Lo característico de aquél 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 del particular haya de acometer la construcción de determinadas obras".¹³

Lo que sucede es que como la obra pública es susceptible de explotación, se destina a un servicio, bien particular, bien general, aparece la apuntada confusión conceptual.

VI. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Así las cosas, a esta altura del relato cuadra examinar el alcance y sentido de las disposiciones involucradas, habida cuenta—además—la existencia de una aparente colisión entre normas provinciales y normas municipales en lo relativo a los procedimientos de selección reglados para el otorgamiento de una concesión de servicios públicos. Veamos:

El Artículo 232 del Decreto Ley N° 6.769/58 (LOM) establece que las concesiones de servicios públicos a particulares se efectuará exclusivamente por licitación pública. La contratación directa está reservada a casos excepcionales de emergencia.

El Artículo 5° del Decreto Ley N° 9.645/80 y en sentido coincidente el Artículo 3° del Decreto Ley N° 9.254/79 disponen que:

"Las concesiones de obra pública, cuando el proyecto se deba a iniciativa de la municipalidad, podrán ser otorgadas:

a) por licitación pública;

b) por contratación directa con entes públicos o con sociedades con capital estatal".

Resulta de trascendental importancia lo dispuesto por el Artículo 36 de la Ley Provincial N° 11.184 que dispone la modificación de los Artículos 4° del Decreto Ley N° 9.254/79 y 6°) de su similar N° 9.645/80, regulatorias ambas de los procedimientos de selección cuando medien iniciativas de particulares.

La nueva redacción conferida a dichas normas establece que mediando una iniciativa privada, luego de la declaración de interés público, la entidad pública concedente puede optar por uno de los dos procedimientos allí reglados, o sea: el de la licitación pública o del concurso de proyectos integrales.

Adviértase que la norma no modifica el resto del articulado de los decretos leyes tantas veces aludidos ni tampoco la referida Ley Orgánica de Municipalidades, por lo que corresponde interrogarse acerca de la interpretación que cabe formular de las disposiciones citadas y en consecuencia cuáles son los procedimientos de selección que la autoridad concedente tiene a su alcance mediando una iniciativa privada.

VII. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DE LAS DISPOSICIONES INVOLUCRADAS

En relación a lo que vengo diciendo adelanto desde ya que en mi opinión todas estas disposiciones, a las que cabe agregar las ordenanzas que regulen la materia en cada ámbito municipal, constituyen un conjunto normativo que debe ser interpretado de manera integrada y conforme con el resto del derecho vigente, ya que como desde antiguo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación de las leyes es aquélla que no las coloque en pugna unas con otras ni tampoco con el resto del ordenamiento jurídico, sino que proceda de manera armónica a integrarlas a todas ellas pues no puede presumirse inconsecuencia o falta de previsión en el legislador. Por lo tanto dar pleno efecto a su intención es la primera regla de hermenéutica jurídica.

En este sentido y siguiendo el razonamiento expuesto entiendo que a partir de la conformación del conjunto normativo explicitado, la autoridad concedente municipal podría sujetar su conducta a las siguientes pautas:

a) Si el procedimiento comienza con la formulación de una iniciativa privada, tales procedimientos de selección son el *concurso de proyectos integrales y la licitación pública*, debiendo, a mi juicio, privilegiarse el primero sobre el segundo.

b) Si, en cambio, tal procedimiento parte de un proyecto que corresponde a la iniciativa pública, sea en forma *originaria o sobreviniente*, a los referidos procedimientos (licitación pública y concurso de proyectos integrales) se agrega el supuesto excepcional de la contratación directa, legislada en el Artículo 5° inciso b) del Decreto Ley N° 9.645/80 arriba transcrito, a cuyo respecto cada municipio posee competencia exclusiva para reglar el supuesto particularmente en su respectivo ordenamiento.

¹³ Cfr. Garrido Falla, Fernando: Tratado de Derecho Administrativo, 7ma. edición ampliada; Madrid, Civitas, 1985, vol. II, p. 428 y ss. En sentido coincidente puede verse la opinión de Meilan Gil, José Luis: "El servicio público en el derecho actual", *Revista de Derecho Administrativo -REDA-* N° 17, Set-Dic. 1994, p. 344.

Esta es a mi entender una exégesis que posibilita sostener la plena vigencia de todas las normas aludidas, pues de lo contrario el concurso de proyectos integrales no tendría cabida tratándose del otorgamiento de una concesión de servicio público.

VIII. CONVOCATORIA A PRESENTACIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS

En el orden nacional el supuesto está regulado por el Artículo 58 inciso k) del Decreto N° 1.105/89, reglamentario de la Ley N° 23.696 que seguidamente examinaremos.

Desde el plano de los municipios, cada uno de ellos resulta competente para reglar el caso en su respectivo ámbito y traigo aquí a modo de ejemplo el Artículo 17 de la Ordenanza N° 8.366/91 de la Municipalidad de Gral. Pueyrredón que habilita al Departamento Ejecutivo a convocar a concurso de iniciativas o de proyectos en competencia.

Así también lo dispuesto por el Artículo 4° de la mencionada Ordenanza N° 8.366/91 cuando alude a las iniciativas privadas que "... requiera el Municipio...".

Como quedó dicho, el Artículo 58 inciso k) del Decreto Nacional N° 1.105/89 dispone:

"Podrá llamarse a la presentación de iniciativas de particulares para una obra pública determinada por la comitente, a construirse mediante concesión (...) Las iniciativas que se presenten por este procedimiento (...) se considerarán de interés público en lo que hace a la obra determinada por la concesión. Se admitirán alternativas que incluyan la obra que determinó el llamado. Será considerada iniciadora la propuesta que sea tomada como base para el procedimiento de selección...".

En este caso es el Estado quien convoca a los particulares para que presenten iniciativas en áreas predeterminadas por él con el objeto de orientar la inversión hacia sectores que considera prioritarios,¹⁴ de donde se sigue que el mecanismo puede configurar una herramienta eficaz.

Tal como lo hemos explicado,¹⁵ para llevar adelante la convocatoria, bastará con que la autoridad concedente identifique la obra pública a ser ejecutada mediante el sistema de la concesión e invite a los particulares a que formulen sus propuestas, a que orienten la inversión pretendida por el Estado, según ellos mismos lo consideren más adecuado.

Esas presentaciones deberán cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley. De tal suerte que cumplida esta etapa previa, la autoridad admitirá la iniciativa que a su juicio mejor satisfaga aquella necesidad de interés general previamente identificada por la Administración, sobre la base de la cual convocará posteriormente el procedimiento de selección que decida llevar adelante, considerando autor de la iniciativa a su titular.

¹⁴ Cfr. Menem, Carlos S.; Dromi, José R.: *Reforma del Estado y transformación nacional*, Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 1990, pp. 98-99.

¹⁵ Cfr. *La iniciativa...*, pp. 119-120.

Tal es la solución al disponerse que las iniciativas que se presenten serán consideradas de interés público (circunstancia objetiva, como hemos visto) por la sola inclusión de la obra pública identificada por la autoridad estatal, aun cuando se la comprenda en un proyecto alternativo más amplio.

Así las cosas, es la propia ley *a priori* y de manera *abstracta* o *general* la que considera a todas las presentaciones de interés público, en la medida –claro está– que incluyan el objeto de la convocatoria identificado por el concedente. En cuanto a quién cabe atribuir la condición de autor de la iniciativa (circunstancia subjetiva) y el ejercicio de los derechos que le corresponden, será tal el titular de la propuesta que se tome como base para la posterior convocatoria (licitación o concurso).

IX. COEXISTENCIA DE MÁS DE UNA INICIATIVA

Aunque la ley no haya pensado expresamente en el supuesto, pues supone que sólo a uno corresponde el ejercicio de los derechos 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, sea en forma simultánea o no.

En tal caso, si la Administración ha declarado de interés público una iniciativa privada, no podría luego dejar de hacer lo propio con otra u otras que los particulares le hayan formulado si el contenido de estas últimas, objetivamente considerado, resulta análogo.

En tal caso deberían coexistir todas ellas declarándolas de interés público (circunstancia objetiva), pero sólo el autor de una, la que primero fue presentada, corresponderá asignarle la calidad de iniciador (circunstancia subjetiva) y el consecuente ejercicio de los derechos legalmente conferidos.

El supuesto podría adquirir relevancia en el caso de desistimiento expreso o tácito del autor de la iniciativa (vgr. falta de presentación de la oferta), en cuyo caso nada impediría que aquél que sea titular de otra iniciativa declarada de interés público pueda válidamente entrar a ocupar su lugar.

X. EL CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES

Sin perjuicio de remitirnos a lo que decimos *supra* en el Capítulo II) apartado b) en orden a la importancia del procedimiento administrativo en el proceso de información de la voluntad administrativa, podemos significar en este aspecto que a diferencia del procedimiento de la licitación pública donde las condiciones (legales, generales y particulares) de la concesión de la obra pública o del servicio público vienen preimpuestas por el órgano estatal y los oferentes deben obligatoriamente sujetarse a ellas, no ocurre lo mismo con el concurso de proyectos integrales que como especie del género concurso participa de sus caracteres y –en ciertos aspectos– los exalta.

Siendo así, el examinado procedimiento privilegia las cualidades *personales* (morales, técnicas, etc.) de los postulantes y los vinculados a la *propuesta* del oferente (vgr. proyecto técnico, tarifario, de explotación, etc.), esto es a la concepción del negocio desde el punto de vista del postulante. Pero

a más de esas características, 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 será la Administración concedente la que defina las reglas y cualidades que la obra o el servicio y su explotación han de tener, sino que serán los propios oferentes quienes elaboren el modelo de concesión que pretendan desde una consideración *integral*, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico. Es entonces, una suerte de privatización del procedimiento de selección del concesionario, de la clásica licitación que supone una actividad administrativa muy intensa y compleja.¹⁶

Ahora bien, como lo he sostenido anteriormente, aun cuando el procedimiento comience con la iniciativa de un particular, si la Administración concedente entendiéndose que en un caso dado la plena satisfacción del interés general comprometido, que debe valorar—como quedó dicho en los párrafos que anteceden— también desde el punto de vista del medio más eficiente para llevarlo a cabo, justifican la inclusión de pautas o reglas técnicas, económicas o jurídicas, respecto de las cuales los particulares no podrían apartarse, *debe* hacerlo a través de la formulación de su *propio proyecto*".¹⁷

Es decir que, si bien el procedimiento de formación de la voluntad administrativa ha tenido comienzo por la acción de los particulares, no puede soslayarse la circunstancia de que la Administración puede tener esencial participación en el diseño del *objeto* de la concesión administrativa, considerando al mismo desde las dos facetas o planos que lo conforman y que más arriba he examinado.

De ello no se implica sin embargo que la Administración deba proceder al desconocimiento de la existencia de una inicia-

tiva particular, sino que en todo caso renueva la necesidad de conferir protección a los legítimos derechos del autor de la idea estimada de interés general.

Dicha protección proviene además de la aplicación del principio de buena fe que la Administración, so pena de que su conducta se torne ilegítima, no puede obviar.

XI. PALABRAS FINALES

Según se desprende de su conformación¹⁸ el denominado Eurotúnel que vincula físicamente a la Europa insular y a la continental y que no hace mucho tiempo ha sido habilitado al uso público es el resultado de un complejo organizativo económico, financiero y jurídico que principió con una proposición de empresas privadas formulada a los Estados involucrados con la finalidad de obtener el otorgamiento de lo que entre nosotros es una concesión de obra pública.

Precisamente ha sido ese mecanismo contractual el que ha posibilitado una conjunción participativa de sistemas jurídicos disímiles, pues como bien se cita la *concesión* es conocida en el derecho inglés aunque no la reconozca formalmente como nosotros lo hacemos, pues los instrumentos concesionales, bajo el régimen de la *franquicia*, es una figura ampliamente utilizada en el ámbito del derecho mercantil que se encuentra directamente conectada a nivel del derecho público en el mecanismo legislativo de las "*private bills*".¹⁹

Es más, dicha concesión fue el resultado de una suerte de concurso de proyectos integrales, circunstancias que conforman un claro indicio de que el procedimiento aquí estudiado resulta apto para canalizar la inversión privada en infraestructura pública, particularmente cuando revisite gran envergadura.

¹⁶ Cfr. Barra, Rodolfo C.: "La regulación legislativa del proceso de transformación en la Argentina"; RAP N° 151, p. 8 y ss.

¹⁷ Cfr. *La iniciativa...*, cit. p. 104 y ss.

¹⁸ Cfr. Ruiz Ojeda, Alberto: "El Eurotúnel. La Provisión y Financiación de Infraestructuras Públicas en Régimen de Concesión", *Revista de Administración Pública* N° 132, Set-Dic. 1993.

¹⁹ Cfr. Ruiz Ojeda, Alberto, ob. cit.