

Doctrina

LA CONCESION DE OBRA PUBLICA EN LA LEY DE REFORMA DEL ESTADO

por
Rodolfo C. Barra

La Ley N°17.520, que estableció el régimen de la construcción de obras públicas por el sistema concesional, se encuentra próxima a cumplir sus 22 años de vida. Superó ya su mayoría de edad, sin embargo no parece haber alcanzado, todavía, una plena madurez.

No debemos culpar de ello al cuerpo legal, sin duda de notable corrección técnica, sino a sus ejecutores -o quienes debían serlo, tanto en el sector público como en el privado- amén de las circunstancias políticas y económicas que ha vivido en el país en esas dos décadas.

Pero todavía su aplicación genera controversias. El debate es bueno y enriquece. Sin embargo no debemos olvidar el viejo principio (de renovada, y entrañable en el recuerdo, formulación en la política argentina) de "todo en su medida y armoniosamente". No sea cosa que el debate exagerado y reiterativo nos paralice justo ahora, cuando el país todo se encuentra decidido a la gran transformación, en el esfuerzo (siempre difícil) del despegue.

Precisamente la Ley N° 17.520 es una gran herramienta para la transformación. A veintidós años de su sanción todavía goza de la virtud de la oportunidad. Aunque no lo comprendan algunos, incluso quienes fueron sus autores intelectuales, que parecen no alcanzar advertir la totalidad de las implicancias positivas del instrumento legislativo que -vaya por ello nuestro reconocimiento- ayudaron a concebir.

LA CUESTIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PEAJE

En efecto, todavía se discute la constitucionalidad del peaje. Como si quisiéramos retroceder veinte años, en --una disputa que, además de artificial, ya estaba superada.

No debemos dedicarle mucho tiempo al tema. La Constitución Nacional no prohíbe el peaje (y todo lo que no está prohibido, está permitido) ni exige vías alternativas. El peaje (para el usuario) es una tasa por un servicio de utilización de un bien que recibe la calificación de obra pública. Desde esta perspectiva no se diferencia de las tasas o tarifas (no interesa aquí analizar las diferencias, demasiado sutiles, que la doctrina jurídica atribuye a estos dos conceptos) que se pagan por la prestación de un servicio público; aún monopolístico. Si bien todo es relativo, la comunicación telefónica, por ejemplo, no tiene verdaderas "vías alternativas" es decir, no existe otro medio de comunicación exactamente igual, aun cuando pudieran coexistir empresas telefónicas en competencia. Sin embargo pagamos por la utilización de ese medio de comunicación sobre el que todos reconocen (por lo menos en sus aspectos esenciales) el carácter de necesidad social que permiten calificarlo como servicio público. ¿Por qué no pagar por el uso del medio de comunicación vial, para citar otro ejemplo, polémico, de la aplicación del sistema de peaje? Cuando se empleaba, con exclusividad práctica, el sistema de lanchas para comunicar la provincia de Buenos Aires o la de Santa Fe con la de Entre Ríos, o la de Corrientes con el Chaco, este servicio se pagaba. Nadie planteó su inconstitucionalidad. Pero ¿qué se pagaba? ¿la construcción y adquisición de la lancha o su mantenimiento y (teóricamente) su mejora? Sin duda todo ello y, después de un cierto tiempo, sólo lo último. y nadie planteó su inconstitucionalidad.

No se ve entonces por qué ha de ser inconstitucional el pago de peaje para sufragar el mantenimiento de los complejos viales que reemplazan (con indudables ventajas) a aquellas otras vías de comunicación.

La inconstitucionalidad, según lo ha declarado desde siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el último y extremo recurso para ser usado en defensa de la regularidad del ordenamiento jurídico. No admite "zonas grises", interpretaciones amplias y, mucho menos, interesadas.

LA LEY DE REFORMA DEL ESTADO Y LA LEY 17.520

La Ley N°23.696, de Reforma del Estado (que la opinión pública, muy justamente, ha bautizado como "ley Dromi") no ha sido demasiado "atrevida" en sus modificaciones a la Ley N° 17.520. No tenía por qué serlo, ya que en el cuerpo legal original, en realidad, se encuentra todo lo que ahora debemos aplicar. Bastó con resaltar algunos de sus principios, formularlos más claramente, recordarlos en todo caso, porque una ley, también, tiene una cierta dimensión docente.

El artículo 57 de la Ley N° 23.696 reafirma un principio que se encuentra (o debe encontrarse) en la base de todo sistema concesional: el de la ecuación económico-financiera. Debe existir una relación razonable, dice el texto legal, entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión. Esto se conecta con la regla que formula su artículo 58 estableciendo, para el caso de aprovechamiento de obras existentes en orden a obtener recursos para nuevas obras, la necesidad de inversiones previas por parte del concesionario. Pero estas inversiones previas también (no puede ser de otra manera) se encuentran vinculadas a la ecuación económico-financiera de la concesión en beneficio del usuario. Si la inversión previa es muy alta, el costo financiero es muy alto. Si el costo financiero es muy alto, la tasa de peaje es más cara. Además ¿cuántos, y en qué

condiciones, recursos financieros puede obtener el concesionario? Otra vez ¿en qué medida estas condiciones se verán trasladadas al incremento del peaje que paga cada usuario? Por eso la norma comentada, luego de exigir como principio general las inversiones previas, da la medida de la razonabilidad: "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".

Nada de esto es nuevo, por el contrario, ya se encontraba previsto (aunque no suficientemente explícito) en los artículos 3° y 7° de la Ley N° 17.520, sin perjuicio de que, cabe insistir, es un principio general de todo contrato de concesión de obra y de servicio público.

..

EL PEAJE PARA LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO EL PROBLEMA DE LAS OBRAS NUEVAS

La modificación del artículo primero de la Ley N° 17.520, contenida en el artículo 58 de la Ley N° 23.696, lo dice todo: "Se aclara..." reza la nueva norma. No se trata de una modificación sustancial, tan sólo de una aclaración.

El otorgamiento de concesiones de obra pública, con pago de peaje por el usuario, para la conservación o explotación de obras públicas, ya está prevista en el artículo 1° de la Ley N° 17.520, desde hace veintidós años. No podemos ahora discutir su constitucionalidad.

Lo que aclara la Ley Dromi es que tales concesiones pueden otorgarse con la finalidad de obtención de fondos para la ejecución de obra nuevas.

Este principio también se encontraba contenido en el texto original de la Ley N° 17.520. Así surge de la indeterminación de su artículo 1°, el que no aclara si el cobro de la tarifa o peaje para la construcción, conservación o explotación de obras públicas, debe efectuarse sobre la obra que con ese medio se solventa o sobre una ya existente, para pagar la ejecución de otra distinta. Donde la ley no distingue tampoco debe distinguir el intérprete, dice un viejo aforismo jurídico que se remonta al Derecho Romano.

Pero hay otras razones. La Ley N° 17.520 prevé el sistema de concesión onerosa, es decir, con el pago por parte del concesionario de un canon en favor del Estado. Naturalmente, dicho pago sale de la tarifa o peaje que paga el usuario y, una vez recaudado, siempre según el sistema de la Ley N° 17.520 en su redacción original, el canon ingresa a rentas generales. Con ello el Estado -nótese que la Ley N° 17.520 establece que el canon es en favor del Estado, ni siquiera en beneficio del ente concedente, por ejemplo, la Dirección Nacional de Vialidad- puede disponer de tales ingresos como le plazca. Para ejecutar nuevas obras, viales o no (suponiendo que el ingreso lo reciba del peaje de una obra vial) o para comprar equipamiento para las Fuerzas Armadas, o para pagar sueldos de los empleados públicos, etc. Esta regulación no fue nunca considerada inconstitucional, aunque (con algún grado de exageración) podría haberse interpretado que de tal manera se convertía a una parte del peaje (la destinada al canon) en un impuesto no autorizado por la ley del Congreso.

¿Por qué es válida aquella disposición de la Ley N° 17.520? Primero porque existe ley del Congreso, que es la propia 17.520, segundo porque en su integridad el peaje no es impuesto, sino tasa por un servicio, el servicio de tránsito (p. ej.) sobre obra vial. Y los ingresos derivados del cobro de tal servicio pueden destinarse (según lo establezca el respectivo contrato) al recupero de las inversiones dirigidas a la construcción del camino, si hay que construirlo, o a su conservación, o a ambos conceptos, o a la construcción de una nueva obra, o al pago de los sueldos de la Administración, o a la donación en beneficio de un asilo de ancianos, etc.. Además, dentro del peaje existe un componente que es el beneficio empresario. Si el peaje fuese impuesto, el empresario no podría percibir, directamente del impuesto, • beneficio alguno, con lo cual todo el sistema concesional caería y la Ley N° 17.520 también sería inconstitucional.

Sin modificar las comentadas disposiciones de la original ley, la que lleva el número 23.696 ha buscado, para el aspecto que ella contempla, una mayor precisión.

Pueden otorgarse concesiones de obra por peaje, dice la nueva ley, "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...".

La Ley Oromi es en este sentido más rigurosa que la anterior 17.520, por lo menos en lo que a la determinación del destino de los fondos se refiere.

El sistema integrado de las Leyes Nros. 17.520 y 23.696, en este aspecto, podría resumirse de la siguiente manera:

- el peaje se encuentra destinado al pago de la obra por cuya utilización se percibe, ya sea para la construcción ab initio de esa obra (por lo tanto no podrá sino ser cobrado una vez habilitada la obra al uso público, total o parcialmente) o para su mantenimiento o ampliación, con lo que se podrá cobrar luego de las inversiones iniciales según la ecuación económico-financiera del contrato estructurada en beneficio del usuario, o bien

- el peaje se encuentra destinado al pago de una obra distinta de aquella por cuya utilización se percibe.

En este último caso se deben cumplir con los siguientes requisitos, donde aparece la mayor rigurosidad de la Ley Oromi con relación al indeterminado o ambiguo texto original de la Ley N° 17.520:

- deben ejecutarse prestaciones sobre la obra existente, ya sea su administración o explotación, o (en la práctica lo será conjuntamente) reparación, ampliación, conservación o mantenimiento;

- los fondos deben estar destinados a pagar lo ejecutado en la obra existente ya la construcción o conservación de una nueva obra, es decir, queda corregida la indeterminación que permitía la anterior redacción de la Ley N° 17.520;

- la nueva obra debe tener una vinculación física (p. ej., continuidad material) técnica (p. ej., configuración de un sistema, como dos plantas generadoras de energía eléctrica que se integran en un sistema interconectado) o de naturaleza (p. ej., complementación de un sistema, como un sistema vial de accesos a un centro

urbano, aunque no guarden una interconexión directa o inmediata) con aquella sobre la cual se percibe el peaje. Asimismo como el concesionario no está recibiendo el valor de la obra ya existente, sino sólo su derecho de explotación con una finalidad determinada y también para el mantenimiento de aquélla, la Ley N° 23.696 aclara que el mencionada derecho de explotación no puede considerarse como subvención.

Naturalmente, como ya lo permitía la Ley N° 17.520, el empresario puede destinar su beneficio a lo que le plazca, y lo mismo el Estado con relación al canon que le ingrese. Pero el grueso del peaje se destina a pagar obras, que el país necesita y para lo cual los recursos son escasos.

LA CONVENIENCIA DEL SISTEMA

No debe juzgarse la conveniencia del sistema sólo a la luz de la actual emergencia económica. Es cierto que ante las presentes circunstancias esta nueva regulación puede ayudar en gran medida a la ejecución de obras públicas, que prácticamente carecen de otra fuente de financiación. Pero también es cierto que es bueno que el usuario pague por lo que utiliza y que pague sólo el usuario que utiliza el bien o servicio en cuestión. Los recursos provenientes del sistema impositivo (tributos destinados a fondos especiales o no) ya racionalizado, deberán orientarse a sufragar obras que no puedan ser solventadas por los usuarios. No puede ser que el habitante de, p. ej., Formosa pague la construcción o mantenimiento de autopistas de acceso a la Ciudad de Buenos Aires. La inversa es más justa. Que el usuario de la vía de alta densidad de tránsito pague la construcción y mantenimiento de la misma y que, además (impositivamente o por el propio sistema de peaje) participe en la integración de los fondos destinados a la construcción o mantenimiento de otra vía de tránsito, de baja densidad, pero de importancia social, económica o estratégica. Esto, desde los tiempos de Aristóteles se llama Justicia Distributiva.

Quizás el expuesto sea el fundamento más esencial del sistema ahora reformulado o aclarado por la Ley N° 23.696. Las demás razones circunstanciales no son más que eso: circunstancias. Que no habrá fondos específicos por un cierto tiempo; que el comitente estatal es ineficiente; que es cautivo de sus contratistas, proveedores y sindicatos; que el burocratismo conspira contra una correcta ejecución de la obra, etc., puede o no ser cierto, puede o no ser un defecto congénito o una consecuencia de la sistemática destrucción del Estado producto de... tantas razones distintas. No es útil aquí esta polémica. Volvamos al principio de subsidiariedad, porque el Bien Común es subsidiario y esto importa una determinada metodología para su distribución.

LA INICIATIVA PRIVADA

La Ley N° 17.520, en su artículo 4° c ya establecía un sistema de contratación basado en la iniciativa privada. Más recientemente, el Decreto N° 1.842/87 pudo interpretarse (pues no lo era expresamente) como una reglamentación (sin duda beneficiosa) de aquella regulación. Sobre la base de las citadas normas y considerando las razones de su falta de aplicación práctica, la Ley Dromi modificó el procedimiento de la contratación de concesiones de obra pública por iniciativa privada.

Cualquier obra pública (incluso las de conservación o mantenimiento) puede ejecutarse según este sistema, si el empresario privado lo considera conveniente, sin perjuicio de la necesaria intervención estatal, que luego veremos.

Se trata del descubrimiento de un negocio por parte de la imaginación empresarial, imaginación que tiene el impulso motorizados del legítimo afán de lucro. Pero este negocio requiere de una obra pública o supone la explotación de una obra pública. Entonces el empresario lo presenta al Estado definiendo sólo sus lineamientos generales, que sirvan para la identificación de la obra permitiendo al Estado realizar la valoración que le exige la ley. Es decir, el autor de la iniciativa no precisa descubrir su "secreto", los detalles del negocio que su imaginación creativa concibió. Todo en la ley trata de evitar el desaliento de esa iniciativa privada.

Presentada la propuesta la Administración debe decidir:

- si la misma es de interés público, para lo cual la valorará desde el punto de vista de su utilidad social, conveniencia política, estratégica, económica, su inserción en la planificación de obras públicas, su coordinación con otras obras, etc.

- decidida tal cuestión previa, la Administración resolverá el procedimiento para adjudicar la obra, dado que ningún contrato administrativo (salvo excepciones regladas) puede celebrarse sin respetar los principios republicanos de la publicidad, la competitividad y la publicidad. Las vías procesales que se establecen son las siguientes:

- a) licitación pública, según el procedimiento tradicional, aplicable cuando la Administración considere de conveniencia definir ella misma las características del proyecto. Aquí la Administración deberá elaborar los pliegos de condiciones, el esquema financiero (si interesa para la concesión) el proyecto técnico, etc.;

- b) concurso de proyectos integrales, previa convocatoria pública. En este caso serán los administrados quienes propondrán a la Administración (que sólo ha definido que quiere una obra de determinadas características básicas, p. ej. una planta potabilizadora de agua de ciertos mínimos y máximos volúmenes de tratamiento) todos los detalles de la futura obra, de su plano financiero y de sus cláusulas contractuales, con el sólo sometimiento al régimen básico de contrataciones administrativas y sin excusas para la morosidad burocrática. La Administración optará por la oferta que le resulte (integralmente considerada) más conveniente, pero previo a la contratación dará una nueva oportunidad al autor de la iniciativa, como premio a la imaginación empresarial. Así convocará a mejorar oferta al autor de la iniciativa y al ganador en la primera instancia, contratando, ahora sí, con el más conveniente.

LA PRIVATIZACION COMO PRINCIPIO GENERAL

La concesión de obra pública es una forma de privatización, una especie del género, según la caracteriza la Ley N° 23.696.

¿Qué es lo que se privatiza? La ejecución de la obra pública, su financiamiento, la iniciativa en su concepción. Aquí también se aplica el principio según el cual todo lo que pueden hacer los particulares no debe ser hecho por el Estado. Pero el Estado debe controlar, definir, regular lo que deba ser regulado, porque él y ningún otro es el gestor del Bien Común, como enseñaba Santo Tomás de Aquino.

Claro que la privatización en particular y la reforma del Estado en general, tienen obstáculos y detractores. No los tendrían si no fuesen transformadoras, si no golpearan intereses "asentados", cotos de caza que parecen ganados por prescripción adquisitiva, por su uso continuo a título de dueño. Pero el dueño es el pueblo, quien nunca renunció voluntariamente a su carácter de "dominus", Ahora sus representantes y administradores deben ejercer los "signos posesorios", por mandato del pueblo que votó en las urnas y vota en el Congreso. ¿Qué existen críticas! Muchos son respetables. Otras. mal interesadas, justifican terminur este trabajo con un lugar común (felizmente común; porque se origina en una de las glorias de nuestra lengua): ladran (compatriotas), señal de que cubalgamos.

15/R.A.P