

# PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES A LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

OSCAR R. AGUILAR VALDEZ

*Es Abogado, graduado en la Universidad Católica Argentina y Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.*

*Académicamente, se desempeña en la Universidad Austral como Profesor Adjunto de la materia Derecho Administrativo I en la carrera de Abogacía, como Profesor de Regulación Económica y Servicios Públicos en el Máster en Derecho Administrativo y de Economía de la Regulación y de Funcionamiento de los Entes Reguladores, en ambos casos, en la Carrera de Especialización en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos de cuyo Consejo Académico es integrante.*

*En la Universidad Católica Argentina se desempeña como Profesor de Contratos Administrativos -Parte General- en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. En la Universidad Católica de la Plata, en su carrera de Posgrado en Derecho Administrativo, dicta la materia Servicios Públicos y Regulación Económica.*

*Es autor de publicaciones especializadas, en el país y en el extranjero. Es miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.*

*Profesionalmente, se desempeña como socio del Estudio Beccar Varela de la Ciudad de Buenos Aires donde tiene a su cargo el Departamento de Derecho Administrativo y Práctica Regulatoria. Ha intervenido como asesor legal de gobiernos, entidades financieras y empresas contratistas en proyectos y concesiones de infraestructura.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es el de describir de modo general los principales principios jurídicos que rigen las llamadas “infraestructuras públicas”.

Últimamente puede observarse en nuestro país, y en los diversos estudios y propuestas de organismos multilaterales de crédito, un recurrente uso de la noción de “infraestructura”, como también la invocación de la necesidad de su desarrollo sin que se advierta, paralelamente, una delimitación clara de los conceptos comprendidos y de su régimen jurídico.

Por tales motivos, nos anima, exclusivamente, realizar un análisis y dar una visión de “conjunto” del régimen de las “infraestructuras públicas”, aun admitiendo que podremos incurrir en generalizaciones en razón de la diversidad de “infraestructuras” que existen y de las diferentes modalidades de regulación y ejecución que presenta cada una. No obstante, entendemos que hay algunos principios comunes que nos permitirán delinear dicho régimen general, ello sin perjuicio de las necesarias adecuaciones que corresponda realizar ante los casos concretos que la realidad técnica y económica –siempre más matizada y compleja que la jurídica– pueda presentar.

Por otra parte, como se verá, el tema se encuentra íntimamente vinculado con el régimen del dominio público y, también, aunque en menor medida, con el de la organización administrativa, temáticas éstas que han sido las escogidas para las presentes Jornadas.

## 2. INFRAESTRUCTURAS: CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El término “infraestructura” transmite la idea de un bien que sirve de “soporte” de algo, es decir, supone: “[...] algo que está debajo de otra cosa, a la que sostiene y permite funcionar. Se trata de algo ‘subyacente’, en muchas ocasiones, incluso, enterrado físicamente [...]”,<sup>1</sup> por ejemplo, las redes de agua o las redes de distribución de gas.<sup>2</sup> Así, como punto de partida, conviene retener que el término “infraestructura” transmite la idea de un bien que soporta algo diferente de ella misma.

Ahora bien, ¿qué es ese “algo” que soportan estas infraestructuras?

En una primera aproximación, parecería advertirse que las infraestructuras sirven de soporte a “actividades” o a “servicios”. Así, por ejemplo, lo que soporta un gasoducto es la conducción de gas; un oleoducto, la conducción de petróleo; una ruta, el tránsito del transporte automotor; un hospital, la prestación del servicio de salud; una escuela, la prestación de servicios de educación; un aeropuerto, los servicios de asistencia al transporte aerocomercial, etcétera.

Más precisamente, desde el punto de vista técnico, podría decirse que el sentido de una infraestructura está dado por permitir la conexión entre dos extremos de una relación. Pensemos, por ejemplo, en un puente ribereño que cruza un río en donde lo que ese puente permite es acercar dos riberas o dos ciudades que están enfrentadas entre sí; un aeropuerto, lo que permite es la vinculación de dos extremos del transporte aéreo –punto de partida y punto de arribo–; un hospital lo que permite es vincular al sistema público de salud con los pacientes. En definitiva, se advierte que para lo que la infraestructura sirve es para permitir una relación o, con mayor precisión técnica, para permitir “enlazar nodos”, es decir, ensamblar puntos diversos bajo un determinado orden, permitiendo que se mantengan –entre tales nodos– relaciones no unilaterales sino plurales.<sup>3</sup> Esta relación “organizada” entre “nodos” y “enla-

<sup>1</sup> Cfr. De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre redes”, en Ariño y Almoguera, Abogados (eds.), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Madrid, Montecorvo, 2000, p. 204; en similar sentido, Caballero Sánchez, Rafael, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 149; Gómez Ibáñez, José A., *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2003, p. 4.

<sup>2</sup> Según la Real Academia Española de la Lengua, el primer significado del término “infraestructura” equivale a: “Parte de una construcción que está bajo el nivel del suelo”; cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*, T. II, 21ª edición.

<sup>3</sup> Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 149.

ces” técnicamente se llama “red”,<sup>4</sup> la que también ha sido caracterizada, desde una perspectiva económica, como: “[...] una estructura de interconexión que pone en relación a todos los posibles suministradores y consumidores de determinado tipo de bienes o servicios [...]”.<sup>5</sup> Así, por ejemplo, la infraestructura ferroviaria –ferrovías o estaciones– sirve de apoyo a las “redes” de transporte ferroviario; un aeropuerto sirve de apoyo a las “redes” de transporte aeronáutico; un electroducto y una línea de distribución, a las “redes” de transporte y distribución de energía eléctrica, respectivamente; una escuela a “redes” educativas; un hospital a “redes” de salud, y la *Web* –la hoy llamada “red de redes”–, a las “redes” del *e-commerce*.

De esta forma, resulta claro que la infraestructura que nos interesa a los fines de este trabajo es aquella que está, principalmente, destinada a soportar una “red”, ello en la medida en que, precisamente, las infraestructuras, al permitir esa “red”, esa comunicación entre distintos “nodos”, son esenciales, como se verá, para el desarrollo económico y social de los países, motivo por el cual ningún Estado puede resultar ajeno al desarrollo de la infraestructura. Así, suele designarse, en la bibliografía especializada a estas infraestructuras como “infraestructuras en red”, caracterizadas por adoptar la forma de “malla”, esto es, de un sistema reticular en el cual sus distintos puntos están interconectados.<sup>6</sup> Desde esta perspectiva, se ha dicho que el término “infraestructura en red” es una “tautología” en tanto que toda infraestructura soporta una “red” o se encuentra vinculada a una “red”.<sup>7</sup> Sobre la base de esta concepción, puede diferenciarse una “infraestructura” de una simple “construcción” u “obra” (pública o privada). Así, una estatua, aun cuando quepa considerarla una “obra pública”, no configurará una “infraestructura” en la medida en que no resulta soporte de “red” alguna.

En adición a lo anterior, cabe destacar que, desde un punto de vista económico, político y jurídico, no necesariamente corresponde identificar una infraestructura en red con los servicios que se prestan por intermedio de ella. El caso más típico se presenta en materia de telecomunicaciones. En este sector, el régimen actualmente vigente permite la obtención de una licencia de telecomunicaciones con el exclusivo fin de explotar una infraestructura de telecomunicaciones, sin necesidad de que éste preste, simultáneamente, los servicios de telefonía, que los puede prestar cualquier otro operador –aun sin ser titular de infraestructura–. Así, expresamente se

<sup>4</sup> De la Cuétara Martínez, *op. cit.*, p. 208. Por su parte, se ha señalado: “[...] una red, por tanto, es un sistema organizado de elementos que guardan ciertas relaciones entre sí [...]”; cfr. Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 148.

<sup>5</sup> Fernández García, Yolanda, *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 2003, p. 217.

<sup>6</sup> De La Cruz Ferrer, “Sobre Infraestructuras en red...”, *op. cit.*, p. 203; en similar sentido, Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 151.

<sup>7</sup> Villar Ezcurra, José Luis, “Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, en Ariño y Almoguera, Abogados (eds.), *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, *op. cit.*, p. 83. Una visión crítica a esta “asimilación” puede verse en Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 151.

contempla que el otorgamiento de una licencia de telecomunicaciones confiere al licenciatarario el derecho de prestar el servicio de telecomunicaciones, pero no garantiza el uso de infraestructura, ni siquiera la del espectro radioeléctrico<sup>8</sup> que, como es sabido, es uno de los elementos materiales hoy fundamentales para el desarrollo de las telecomunicaciones. Un supuesto similar se presenta en el caso de las infraestructuras portuarias<sup>9</sup> y aeroportuarias,<sup>10</sup> en donde quien explota la infraestructura puede o no ser el mismo que el que presta los servicios de transporte que utilizan tales infraestructuras. Esta diferenciación ha permitido “segmentar” ambos “mercados” y someter, tanto a los servicios como a las infraestructuras en red, a diferentes regímenes jurídicos y regulatorios.<sup>11</sup>

### 3. INFRAESTRUCTURAS “PÚBLICAS”: PRECISIONES CONCEPTUALES

¿Qué es lo que hace que una determinada infraestructura deba ser considerada “pública”?

Parece evidente que una infraestructura no será “pública” si la “red” a la que le sirve de soporte no tiene una relevancia determinada para el interés público en un momento también determinado. En este sentido, la historia de nuestro país demuestra que, desde el surgimiento de Estado Nacional luego de 1862, existe una íntima relación entre la infraestructura, las redes que son soportadas por aquéllas y el Estado.<sup>12</sup>

Ahora bien, ¿cuáles son las causas que llevan a que exista un “interés público” que justifique que el Estado no se desentienda del desarrollo de la infraestructura?

<sup>8</sup> El Régimen Nacional de Licencias de Telecomunicaciones aprobado por el Anexo I del Decreto N° 764/2000, dispone: “[...] 4.3. El otorgamiento de la licencia es independiente de la existencia y asignación de los medios requeridos para la prestación del servicio. Si un servicio requiere la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico, la licencia no presupone la obligación del Estado Nacional de garantizar su disponibilidad. La autorización y/o el permiso de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico deberá tramitarse ante la Autoridad de Aplicación de conformidad con los términos y condiciones estipulados en el Reglamento General de Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico vigente y en la demás normativa aplicable. 4.4. La prestación de los servicios es independiente de la tecnología o medios utilizados para ofrecerlos. El Prestador podrá seleccionar libremente la tecnología y la arquitectura de red que considere más adecuada para la eficiente prestación del servicio. 4.5. En caso de que un servicio requiera la utilización de espacios de dominio público, la licencia no presupone la obligación de la autoridad de garantizar su disponibilidad. La Autoridad de Aplicación hará sus mejores esfuerzos para que dicho recurso sea asignado por la autoridad competente en la materia”.

<sup>9</sup> Sobre el particular, véanse Trujillo, Lourdes y Serebrinsky, Tomás, *Market Power: Ports. A Case Study of Postprivatization Mergers, Public Policy for the Private Sector*, World Bank, Nota N° 260, marzo, 2003.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Dictamen N° 323 del 15-07-2002. Sobre el particular, véase Serebrinsky, Tomás, *Market Power: Airports - Vertical Integration between Airports and Airlines, Public Policy for the Private Sector*, World Bank, Nota N° 259, marzo, 2003.

<sup>11</sup> Nos hemos referido a esta cuestión en Aguilar Valdez, *op. cit.*, p. 111 y sigs.

<sup>12</sup> En nuestro país, desde el surgimiento del Estado Nacional luego de la batalla de Pavón, ha existido una íntima relación entre aquél y el desarrollo de la infraestructura; cfr. Ozlak, Oscar, *La formación del Estado Argentino*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 195.

Si bien la respuesta a dicho interrogante llevaría a tener que adentrarnos en cuestiones y temáticas que, por múltiples razones, excederían –con creces– los objetivos del presente trabajo, bien podemos resumir diciendo que la bibliografía especializada ha dado, por lo menos, cuatro “causas” que hacen que exista un “interés público” que justifique la intervención estatal en materia de infraestructura.

En primer lugar, resulta evidente que existe una íntima y directa relación entre el desarrollo económico y la infraestructura de un país.<sup>13</sup> Así, se ha dicho: “la dotación de infraestructura afecta el crecimiento, en la medida en que una mayor disponibilidad y calidad de estos servicios conlleva una mayor productividad de los factores y costos de producción más bajos para los productores. La mayor rentabilidad incentiva la inversión y, por ende, aumenta el crecimiento potencial del producto [...]. Por otra parte, una mayor actividad económica induce una mayor demanda de servicios de infraestructura, tanto para el consumo como para la producción, observándose una relación positiva entre la demanda por infraestructura y el crecimiento del ingreso por habitante”.<sup>14</sup> Por tales motivos, no es usual que sean los países subdesarrollados aquellos en los que existe un déficit de inversión en infraestructura.<sup>15</sup> En este sentido, nótese que el desarrollo de la economía argentina, en la última porción del siglo XIX sobre la base del llamado “modelo agroexportador”, supuso un desarrollo, tanto previo como simultáneo, de la inversión en infraestructura de transporte (por ejemplo, ferrocarriles).<sup>16</sup>

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el desarrollo de infraestructuras, al permitir un incremento del intercambio comercial, permite la ampliación de una base tributaria generadora de nuevos recursos al Estado, recursos que podrán ser destinados a atender otras finalidades de interés general. También aquí la historia del surgimiento del Estado Nacional atestigua esta íntima relación, pues, bien se ha dicho que es en este período histórico en el cual, al desarrollarse la infraestructura que sirvió de soporte a las redes de transporte, se creó un mercado que amplió la base impositiva y, por ende, sirvió de sustento al Estado moderno.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> De la Cruz Ferrer tiene dicho –en opinión que compartimos–: “[...] las ‘infraestructuras’ forman el capital social básico para el crecimiento económico. No hay posibilidad de un crecimiento económico sostenido sin infraestructuras de transporte, de energía y de comunicaciones que permitan vertebrar los diferentes sistemas de producción, distribución, comercialización y consumo”; cfr. De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de la Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 43; Gómez Ibáñez, *op. cit.*, p. 5.

<sup>14</sup> CEPAL, *Desarrollo productivo en economías abiertas*, 30º Período de Sesiones de la CEPAL, San Juan de Puerto Rico, 28 de junio al 2 de julio de 2004, pp. 138-139. Por su parte, el Gobierno Nacional señala que una de las quince razones por las cuáles hay que invertir en la Argentina es que existe una dotación desarrollada de infraestructura; cfr. <http://www.inversiones.gov.ar/documentos/razon07.pdf>.

<sup>15</sup> Sobre el particular, véanse Briceño Garmendia, Cecilia; Estache, Antonio y Shafik, Nemat, *Infrastructure Services in Developing Countries: Access, Quality, Costs and Policy Reform*, World Bank Policy Research Working Paper 3468, diciembre de 2004.

<sup>16</sup> Cortés Conde, Roberto, *Progreso y Declinación de la Economía Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1998.

<sup>17</sup> Cortés Conde, *op. cit.*, p. 17.

En tercer lugar, el desarrollo de la infraestructura permite el acceso de una mayor parte de la población a los servicios que son considerados “esenciales” para la vida y el desarrollo económico social. Así, la inversión en esta clase de infraestructuras tiene un innegable carácter social y redistributivo del ingreso.<sup>18</sup> Piénsese, por ejemplo, en la importancia social que tiene en nuestro país la inversión en infraestructura hospitalaria y habitacional, en redes de saneamiento ambiental y de provisión de agua potable o de distribución de electricidad, en la medida en que permite el acceso a tales servicios de un vasto sector de la población de escasos recursos.<sup>19</sup>

En cuarto lugar, e íntimamente ligado con los fundamentos de la regulación pública,<sup>20</sup> se invocan razones de naturaleza económica que justifican el intervencionismo estatal en materia de infraestructura. Así, junto con los *racionales* del monopolio natural –característica que, como veremos, reviste la mayor parte de esta clase de infraestructuras– y de las “externalidades ambientales” que generan su instalación y operación, se invoca el carácter de “bien público”<sup>21</sup> que éstas invisten en tanto que su utilización debe ser hecha en forma “no rival”, es decir, sin poder excluir a terceros de sus beneficios,<sup>22</sup> extremo éste que, además de exigir una presencia activa del sector público, tiene importantes consecuencias desde el punto de vista del financiamiento de las mismas, como se verá más adelante.

#### 4. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

Existen, en forma modélica, cuatro especies básicas de infraestructuras públicas según cuál sea el fin público que se persiga con su utilización.

Así, en primer lugar, se manifiestan las infraestructuras “económicas”, que están básicamente destinadas a servir de sustento a actividades primordialmente de tal índole, como, por ejemplo, el caso de las rutas y las autopistas, los puertos, las estaciones ferroviarias, los gasoductos, etc. Se trata de las infraestructuras que, en

<sup>18</sup> Gómez Ibáñez, *op. cit.*, p. 5.

<sup>19</sup> Incluso se ha dicho que ésta es la “tarea pendiente” en la Argentina; cfr. Foster, Vivien (en colaboración con CEER-UADE), “*Toward a Social Policy for Argentina’s Infrastructure Sectors*”, octubre de 2004.

<sup>20</sup> Sobre el particular, véase Aguilar Valdez, *op. cit.*, p. 76 y sigs.

<sup>21</sup> Los “bienes públicos” son aquellos en los que el consumo o disfrute de uno por un determinado individuo no resta nada al de otros individuos –inexistencia de rivalidad en el consumo– y en los que un individuo no puede excluir de su goce y disfrute a otros individuos –inexistencia de poder de exclusión–; cfr. Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economía*, 15ª ed., Madrid, Mac Graw Hill, 1998, p. 32. Para una crítica de la teoría de los bienes públicos –y de sus implicancias–, véase Benegas Lynch, Alberto (h), “Bienes Públicos, Externalidades y los Free-Riders: el argumento reconsiderado”, en *Estudios Públicos* N° 71, Santiago de Chile, invierno de 1998.

<sup>22</sup> Gómez Ibáñez, *op. cit.*, p. 5; ídem Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *La Programación de la Inversión Pública en la Argentina*, Buenos Aires, 1996, p. 16. Por ejemplo, el alumbrado público o la existencia de una calle no sólo benefician al fundo frentista sino, también, a los transeúntes y a los automovilistas, de forma tal que hace poco probable la posibilidad de exclusión de alguno de ellos de tales beneficios.

su mayor parte, fueron “privatizadas” en la década anterior –motivo por el cual han sido las destinatarias de la mayor inversión realizada en dicho período—<sup>23</sup> y respecto de las cuales la intervención pública se manifiesta en función de las llamadas “fallas de mercado” por medio de la denominada “regulación económica”.<sup>24</sup>

En segundo lugar, se presentan aquellas cuya función fundamental es servir de soporte a redes de prestación de servicios “sociales”; lo que da lugar a las infraestructuras de carácter “social” como, por ejemplo, los hospitales, y las infraestructuras de saneamiento. La intervención pública en esta clase de infraestructuras no se justificaría ya en consideraciones de “mercado” o de eficiencia económica sino, primordialmente, en razones de carácter socio redistributivo. Por tales motivos, se ha reclamado y admitido un mayor grado de injerencia estatal, tanto en su titularidad como en su regulación –especialmente, en nuestro país, en relación con las infraestructuras de provisión de agua potable y saneamiento ambiental–,<sup>25/26</sup> cuando no se ha monopolizado en el sector público hasta la misma prestación de los servicios a los que están afectadas, limitando el papel del sector privado al de la mera construcción de las mismas, por ejemplo, el caso de los hospitales.

En tercer lugar, se manifiestan las infraestructuras de carácter “cultural” destinadas a servir de soporte de redes de tal índole como, por ejemplo, las escuelas, las universidades, los museos y las bibliotecas. En esta especie de infraestructuras se aprecia que, aún cuando la justificación de la intervención del sector público no se base en consideraciones meramente económicas sino de índole de política educativa y cultural, el papel subsidiario del Estado en su titularidad y gestión aparece mucho más nítido que en el caso de las infraestructuras “sociales”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Sobre el particular, véase Abdala, Manuel A. y Spiller, Pablo T., *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Fundación Gobierno y Sociedad, Buenos Aires, Temas, p. 34 y sigs.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión nos hemos expresado detalladamente en Aguilar Valdez, *op. cit.*, p. 76 y sigs. Para un interesante y reciente tratamiento del tema, véase Siboldi, Agustín, “De la regulación de los servicios públicos y sus límites”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap N° 310*, Buenos Aires, 2004, p. 19 y sigs.

<sup>25</sup> Estas infraestructuras representarían, bajo el modelo analítico que hemos tomado a los fines de esta clasificación, la “frontera” entre las infraestructuras de índole económica y las de índole “social”.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Aspiazu, Daniel; Catenazzi, Andrea y Forcinito, Karina, *Recursos Públicos, negocios privados. Agua potable y saneamiento ambiental en el AMBA*, Gral. Sarmiento, Ed. Universidad Nacional de General Sarmiento, 2004, quienes en p. 104 sostienen: “El agua potable y los desagües cloacales no pueden ser considerados como meras mercancías sujetas a las fuerzas del mercado sino que constituyen derechos humanos fundamentales que los Estados deben garantizar, especialmente, en economías con crecientes niveles de pobreza e indigencia como los que se registran en buena parte del escenario internacional y, en particular, de la Argentina”. Desde una perspectiva diferente, se ha dicho: “La diferencia principal de agua y saneamiento con otros sectores es que su provisión tiene un impacto visible en la salud y en el medio ambiente, y, a su vez, es considerada socialmente como un elemento vital al que todo el mundo tiene derecho”, Spiller y Abdala, *op. cit.*, p. 77.

<sup>27</sup> Sin dudas, ello influenciado por la tradición y relevancia que, al amparo del régimen constitucional, tiene la educación privada en la Argentina. Incluso, en los últimos años, se ha visto el desarrollo de bibliotecas y museos “privados” a la par de los públicos.

Finalmente, en cuarto lugar, se encuentran aquellas infraestructuras denominadas “regalísticas” en el ámbito europeo<sup>28</sup> y que hacen referencia a las destinadas a servir de soporte a típicas y esenciales funciones públicas como lo son, por ejemplo, las vinculadas a la defensa y seguridad nacionales –infraestructuras militares, radares, cárceles, etc.–. En esta especie de infraestructuras, por la naturaleza de los servicios y las funciones a las que están afectadas, el papel del sector público se muestra mucho más intenso que en las restantes especies, incluso más que en las denominadas “sociales”, de forma tal que la participación del sector privado por lo general queda limitada a su construcción y, excepcionalmente, a su gerenciamiento bajo estricta supervisión pública.<sup>29</sup>

Como hemos dicho, la anterior clasificación es sólo de carácter “modélico” toda vez que, en la realidad, los cuatro criterios utilizados para efectuar las pertinentes clasificaciones aparecen entremezclados. Esta circunstancia se plantea, en especial, entre la primera –infraestructura económica– y segunda especies –infraestructura social–, en tanto que, en la actualidad, se brega por las llamadas “reformas de segunda generación” en materia de infraestructura, que suponen, además de incrementar la competencia,<sup>30</sup> primordialmente, garantizar el acceso a los servicios que se prestan por medios de sus redes a la mayor parte de los sectores de la población y a precios accesibles para éstos.<sup>31</sup>

## 5. CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

¿Cuáles son los caracteres fundamentales de las infraestructuras públicas? En primer lugar, las infraestructuras –en especial, las “públicas”– siempre son de naturaleza “material” y “física”: hospitales, rutas, gasoductos y oleoductos, puertos, escuelas, etc. Incluso Internet –la “red de redes” a la que suele atribuírsele el carácter “virtual”– se asienta en un conjunto de componentes físicos, como, por ejemplo, redes de fibra, puntos y líneas de acceso, servidores, etcétera.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Así las denomina, por ejemplo, Ligniérés, Paul, “Partenariats publics-privés (PPP)”, en [www.achatpublic.com](http://www.achatpublic.com), 2003.

<sup>29</sup> En el Reino Unido se ha distinguido el grado de intervención pública según se trate de infraestructuras carcelarias o de salud; cfr. Smith, Courtney, *Making sense of the Private Finance Initiative. Developing Public-Private Partnerships*, Oxford, Radcliffe Medical Press, 1999, p. 22.

<sup>30</sup> Véase Basañes, Federico y Willig, Robert (eds.), *Second Generation Reforms in Infrastructure Services*, Inter American Development Bank, 2002.

<sup>31</sup> Véanse Foster, *op. cit.*; ídem Smith, Warrick, *Regulating Infrastructure for the Poor, paper presented to Infrastructure for Development: Private Solutions and the Poor*, 31 de mayo al 2 junio de 2000, Londres, UK, <http://www.ppiaf.org/conference/section2-paper3.pdf>. Las nociones de “servicio universal”, “acceso universal” y “tarifa social” son las instituciones más representativas de estas “reformas de segunda generación”. Desde un sector se ha criticado con dureza las llamadas “reformas de primera generación” por haberse omitido regulaciones de carácter “social”; Thwaites Rey, Mabel y López, Andrea, *Fuera de Control. La Regulación residual de los servicios privatizados*, Buenos Aires, Temas, 2003, p. 63.

<sup>32</sup> La *Federal Communications Commission* de los Estados Unidos de Norteamérica ha definido a Internet como: “[...] una vasta red de redes que comunica con cada otra sobre una base de conjunto de progra-



De su carácter material o físico se derivan dos importantes consecuencias: primero, que el desarrollo de las infraestructuras está íntimamente ligado al desarrollo de la tecnología, de forma tal que cuanto mayor grado de desarrollo tenga la tecnología se obtendrá un mayor grado de maximización de aquellas.<sup>33</sup> Segundo, que en tanto que todo lo material es finito, las infraestructuras públicas también tienen una capacidad limitada, lo que constituye, tal vez, el mayor problema que presentan las mismas. Debido a esta limitación, no se puede, por ejemplo, cargar a todo aquel que solicita una determinada demanda de acceso a una infraestructura de transporte, a un oleoducto o a un gasoducto puesto que se producen verdaderos “cuellos de botella”. Precisamente por este motivo es que es necesario que se regule el acceso a esa infraestructura, siendo, tal vez, esta “regulación” la intervención pública más característica en materia de infraestructuras.<sup>34</sup>

En segundo lugar, las infraestructuras públicas son de capital intensivo puesto que suponen una altísima inversión de capital inicial que hace que se generen “economías de escala” –los costos medios son “decrecientes” de forma tal que a mayor utilización de la infraestructura, menor costo unitario total, lo que redundaría en un beneficio en los precios al usuario de los servicios que se brindan con apoyo en dicha infraestructura– y, por lo tanto, que no sean fácilmente duplicables.<sup>35</sup> Así, sería un absurdo colocar enfrentados a dos hospitales que presten los mismos servicios o a dos electroductos; en esos casos, la economía estaría derrochando recursos, puesto que lo más “eficiente” desde el punto de vista de la asignación de éstos sería ampliar la capacidad del hospital o del electroducto antes que crear una nueva unidad infraestructural autónoma frente a la existente. Como consecuencia lógica de esta característica se deriva que la inversión en infraestructura es de lenta “madura-

---

mas de protocolos que dirigen el tráfico de manera que la información pueda pasar entre redes. La Transmisión de Control de Protocolo (TCP) y el Protocolo de Internet (IP) definen las reglas por las cuales “paquetes” de datos son dirigidos y transmitidos a través de fibra física, de cobre, satelital y de redes inalámbricas”, señalando, luego: “La red física de Internet está compuesta por una variedad de componentes, incluyendo: las redes de fibra de propiedad o arrendamiento de prestadores de Internet de eje central; Encaminadores; Puntos de Acceso a la Red (NAPs) en los cuales los prestadores de servicios de Internet (ISPs) conectan sus redes para el intercambio de tráfico de Internet; Servidores centrales que sostienen el contenido; Líneas de acceso que proveen a los clientes comerciales o usuarios particulares conexiones con el punto de presencia (POP) de los proveedores de servicios de Internet (ISP)”; cfr. FCC, “Conexión Global. Guía regulatoria para la construcción de una comunidad global de la información”, Washington D.C., 1999, cap. IX, <http://ftp.fcc.gov/ib/initiative/files/cg/spanish/12.pdf>.

<sup>33</sup> Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el espectro radioeléctrico, puesto que a medida que se avanza en las distintas generaciones de utilización de las ondas “hertzianas” se va a poder aprovechar con mayor grado la infraestructura radioeléctrica.

<sup>34</sup> Para un desarrollo de esta afirmación, véase Aguilar Valdez, *op. cit.*, p. 111 y sigs.

<sup>35</sup> Lasheras, Miguel Ángel, *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*, Madrid, Ariel Economía, 1999, p. 23, quien, además, recalca que cuando se trata de “redes” hay que tener presente que: “[...] su característica principal es que cuanto mayor sea la red, mayor es la utilidad para los consumidores del servicio que se suministra por medio de esa red [...]”.

ción”, lo que hace que su retorno –tanto sociopolítico como económico– sea a largo plazo,<sup>36</sup> lo que constituye, tal vez, el quid de la existencia de un importante déficit en materia de inversión en infraestructura en países en los cuales se da prioridad al “corto plazo”: el gobierno que decide la inversión en infraestructura no será el beneficiario de la explotación y, por lo tanto, la escasa rentabilidad sociopolítica de esa inversión lleva a minimizar el gasto en infraestructura en favor del “gasto corriente”.<sup>37</sup> Asimismo, esta característica de la inversión en infraestructura que trasluce la existencia de relaciones de largo plazo e inversiones hundidas es demostrativa de altos costos de transacción<sup>38</sup> y, paralelamente, demuestra que este terreno es apto para el llamado “oportunismo gubernamental”, en el sentido de que los gobiernos –por el impacto social y político que tienen tales infraestructuras– pueden estar tentados de proceder a la “confiscación” de las rentas de su titular u operador. Esto ha llevado a que se haya sostenido la imperiosa necesidad de un marco institucional que trasluzca la existencia de un verdadero “compromiso” entre los gobiernos y los inversores, es decir, de un compromiso que sirva para garantizar la estabilidad de las reglas de juego, los derechos de propiedad de éstos y, llegado el caso, la solución de las controversias a que dicha relación de largo plazo dé lugar.<sup>39</sup>

En tercer lugar, toda infraestructura pública se maximiza –y por lo tanto, adquiere verdadero sentido social, político y económico– con su explotación.<sup>40</sup> Esto es lo que diferencia la infraestructura pública de cualquier obra pública, porque en la obra pública el acento está dado en el *locus*, en el resultado físico, y no en la explotación de esa infraestructura.<sup>41</sup> En esta línea, se ha señalado –con acierto– que

<sup>36</sup> Newbery, David M., *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities, The Walras – Pareto Lectures*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2000, p. 27.

<sup>37</sup> Sobre este déficit en materia de infraestructura en la Argentina, véase FIEL, *op. cit.*, p. 69 y sigs.

<sup>38</sup> Cfr. Klein, Michael; So, Jae y Shin, Ben, *Transaction Costs in Private Infrastructure Projects – Are They Too High?, Public Policy for the private sector*, World Bank Group, Nota N° 95, octubre de 1996. Sobre el particular, véase también el clásico trabajo de Goldberg, Víctor, “Regulation and administered contracts”, en *7 Bell Journal of Economics*, N° 2, otoño de 1976, p. 426 y sigs., y compilado en Williamson, Oliver y Masten, Scott (eds.), *The Economics of Transaction Costs*, Edward Elgar Publishing, Chentelham, 1999, p. 438 y sigs.

<sup>39</sup> Spiller, Pablo T., “A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?”, *69 Southern California Law Review* 477 (1996); ídem Cook, Jacques, “Regulation by Contract: a lender’s perspective on Concession Regimes” y Spiller, Pablo T. y Savedoff, William, “Commitment and Governance in Infrastructure”, ambos en Basañes, Federico; Uribe, Evamaría y Willig, Robert, *Can Privatization Deliver? Infrastructure for Latinamerica*, Inter American Development Bank, 1999; ídem Abdala y Spiller, *op. cit.*, p. 17 y sigs.; Gómez Ibáñez, *op. cit.*, pp. 1 a 17; Newbery, *op. cit.*, p. 27 y sigs.

<sup>40</sup> En este sentido, véase Villar Ezcurra, *op. cit.*, p. 114. Asimismo, éste es el criterio que ha animado las recientes reformas en materia de inversión de Obra Pública en España establecidas por la Ley N° 13/2003 del 23 de mayo de 2003; cfr. Embid Irujo, Antonio y Colom Piazuelo, Eloy, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 64.

<sup>41</sup> La Ley N° 13.064, en su Artículo 1°, define la “obra pública”, “[...] toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por

la noción de infraestructura denota algo más que la mera construcción tangible en la medida en que, además de integrarse con elementos “no tangibles” –por ejemplo, servicios–, tiene un contenido finalista al englobar todo lo indispensable para que funcione una organización.<sup>42</sup> Por ello, tener muchas “obras públicas” no equivale, *per se*, a poseer capital en infraestructura ni es, por lo tanto, garantía de desarrollo ni sinónimo de riqueza.<sup>43</sup> Hay países que tienen grandes “obras públicas” pero que, al no poder ser explotadas racionalmente, son pobres y subdesarrollados.<sup>44</sup> De allí que la rentabilidad, ya sea política, social o económica que de una infraestructura pretenda lograrse tiene que ser medida no en función de la inversión de capital individualmente considerada sino de su explotación,<sup>45</sup> criterio que es de gran importancia, por ejemplo, con el fin de determinar el valor de las inversiones en activos físicos a ser consideradas en las bases tarifarias para el cálculo de la rentabilidad empresaria de forma tal de no reconocer inversiones que no se tradujeron en explotación.<sup>46</sup> Paralelamente, en los casos en los que se disponga la extinción del derecho de explotar esas infraestructuras, la compensación no puede medirse en función de la inversión histórica o considerando sólo el daño emergente, sino que debe determinarse en función del “flujo de fondos” –producido de la explotación– a que el

---

la Ley N° 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente”. Por su parte, Barra ha definido la “obra pública” como: “[...] el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física o intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de ente público”; Barra, Rodolfo Carlos, *Contrato de Obra Pública*, T. I, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 68.

<sup>42</sup> Villar Ezcurra, *op. cit.*, p. 82 y sigs.

<sup>43</sup> De Soto ha demostrado cómo se pueden tener “cosas” y, sin embargo, ser pobres; cfr. De Soto, Hernando, *El Misterio del Capital*, Buenos Aires, Sudamericana, 2002.

<sup>44</sup> Pensemos en la cantidad de obras públicas que existen en la Argentina y que, sin embargo, están subutilizadas, inutilizadas o mal utilizadas.

<sup>45</sup> En esta línea parece inscribirse lo fallado el 5 de agosto de 2003 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Gas del Estado c/ Transportadora de Gas del Sur”, en donde se negó a analizar la rentabilidad de una obra individualmente considerada puesto que, entendió, su rentabilidad debía considerarse en relación con todo el sistema de gasoductos que explotaba la transportista. Al respecto, dijo el Alto Tribunal en el considerando 7) *in fine*: “[...] la recurrente ha sostenido que eran obras necesarias pero no rentables y que no estaba obligada a efectuar inversiones no rentables. Sin embargo, sólo es razonable una apreciación de la rentabilidad que considere al conjunto de las plantas como pieza integrante del servicio concesionado y no fraccione la rentabilidad respecto de cada planta en forma aislada”.

<sup>46</sup> En los Estados Unidos de Norteamérica existe una profusa jurisprudencia desarrollada sobre el particular que hace referencia al criterio de *used y useful*; cfr. Baumol, William y Sidak, Gregory, “*The pig in the python: Is lumpy capacity investment used and useful?*”, *23 Energy Journal* 383 (2002) y las referencias allí consignadas. Un criterio similar parecería desprenderse, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, del precedente “Maruba”, *Fallos*: 321:1784.

aprovechamiento de esa infraestructura puede tener lugar, criterio éste que es recogido, por ejemplo, en la jurisprudencia internacional.<sup>47</sup>

En cuarto lugar, es consustancial con la infraestructura pública su afectación al “uso público”; se trata, en rigor, de la nota que mejor trasluce el carácter “público” de las infraestructuras, ello, en la medida en que es la lógica consecuencia de resultar éstas soportes de redes por intermedio de las cuales se prestan o realizan actividades y/o servicios de interés general. A este respecto, repárese en que el “uso público” al que nos referimos no alude a la gestión o explotación “pública” o “colectiva” de la infraestructura, la que, por motivos operacionales, económicos y técnicos, la mayor de las veces se encontrará afectada a una gestión o explotación “privativa” o “exclusiva”, sino al acceso y aprovechamiento de las facilidades que la utilización de tales infraestructuras pueden brindar a todo aquel que las solicite.<sup>48</sup> El ejemplo más típico de lo expuesto lo constituye, dentro de las infraestructuras económicas en red, la llamada “Red Pública Nacional de Telecomunicaciones”, que debe su calificación de “pública” al tratarse: “[...] del conjunto de redes por la que transita la correspondencia pública de telecomunicaciones, la que debe permitir la comunicación de los usuarios desde o hacia cualquier otro servicio o red pública de telecomunicaciones, nacional o internacional”.<sup>49</sup> Se trata, así, de infraestructuras que son puestas a disposición del público para su uso por terceros.<sup>50</sup> De esta forma, el mencionado “uso público” se manifiesta, primordialmente, por medio de un régimen de “acceso abierto” a las infraestructuras que supone la posibilidad de acceso a éstas por parte de

<sup>47</sup> Cfr. Ball, Markham, “Assessing damages in claims by Investors against the States”, en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* – V. XVI, N° 2, Fall 2001, p. 414; en nuestro país, han recogido este criterio: Perrino, Pablo E., “La indemnización por rescate prevista en el Proyecto de Ley de Régimen de los Servicios Públicos y los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones Extranjeras”, ponencia presentada al 1º Congreso Nacional de Servicios Públicos, abril de 2004; Fonrouge, Máximo, “Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público”, y Pritz, Osvaldo, “El rescate”, ambos en AA VV, *Contratos Administrativos. Jornadas de organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1999. Por nuestra parte, nos hemos pronunciado anteriormente por el mismo sentido; cfr. Aguilar Valdez, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos” (en prensa).

<sup>48</sup> En la reciente doctrina española que se ha ocupado del nuevo régimen de las infraestructuras, se ha distinguido entre “uso público” –análogo al uso general del dominio público– que hace a la utilización por todos de la infraestructura (por ejemplo, casos de calles y rutas) y “aprovechamiento general”, que supone el aprovechamiento por parte de terceros de la explotación de determinada infraestructura (por ejemplo, balizamiento de los aeropuertos); cfr. Jiménez de Cisneros Cid, Francisco, “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público”, en Ariño y Almoguera, *op. cit.*, p. 54, y también en *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Montecorvo, 1998, p. 297.

<sup>49</sup> Decreto N° 764/2000, Anexo I, Reglamento de Licencias para Telecomunicaciones, Artículo 3º, definición de “Red Pública Nacional de Telecomunicaciones”.

<sup>50</sup> López-Ibor Mayor, Vicente, “Interconexión y Acceso a las Redes”, en García De Enterría, Eduardo y De La Quadra-Salcedo, Tomás (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Madrid, Civitas, 1999, p. 155.

terceros en condiciones equitativas y no discriminatorias.<sup>51</sup> Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, tal como ya lo hemos visto, tratándose de realidades “materiales”, se caracterizan por su “finitud” física, lo que supone que dichas infraestructuras no toleran un acceso mayor al que le permite su capacidad. Entonces, esto requiere establecer reglas y principios dirigidos a resolver los conflictos que derivan de la existencia de “cuellos de botella” y, así, permitir el mayor acceso posible a dichas infraestructuras, en su caso, “redistribuyendo” razonable y equitativamente la capacidad disponible.<sup>52</sup> En forma paralela, en la medida en que exista capacidad disponible, el acceso en términos equitativos y no discriminatorios no podrá ser negado.<sup>53</sup> Si bien este principio ha tenido gran desarrollo en el campo de las infraestructuras económicas,<sup>54</sup> también resulta de aplicación a aquellas otras de carácter social<sup>55</sup> y cultu-

<sup>51</sup> Cfr. Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 117. La relevancia que tiene el carácter “no discriminatorio” del acceso ha llevado a que en la literatura nortamericana este principio de *open access* sea denominado *equal access*; cfr. Pierce, Richard Jr., *Economic Regulation. Cases y Materials*, Cincinatti, Anderson Publishing Co., 1994, p. 230.

<sup>52</sup> Tal como surge de lo expuesto, el principio del “acceso abierto” está limitado a la existencia de “capacidad disponible”, existiendo distintas formas de afrontar los problemas causados por esta limitación (por ejemplo, prorrateo –gas– o ampliación de instalaciones –energía eléctrica–). Por las razones expuestas, la determinación del “reparto” de la capacidad no puede ser objeto de decisión judicial alguna ni, paralelamente, los jueces están facultados para ordenar un acceso que la infraestructura existente no tolera, tal como ha sido fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel, Provincia de Chubut, *in re* “Mancel Carlos s/ amparo”, Sentencia del 17-03-2004, en donde frente a la pretensión del amparista de obtener por vía judicial la conexión a la red de distribución de gas natural se dijo: “Es cierto, como lo sostiene el amparista bajo el epígrafe ‘la única verdad es la realidad’, que no obstante el cumplimiento de la sentencia en crisis mediante la conexión a la red de gas natural de la propiedad del amparista, el sistema no colapsó; pero, no son menos ciertas las consecuencias impredeciblemente perjudiciales (afectación de la regularidad y continuidad de la prestación del servicio a los usuarios existentes, entre los que se encuentran prestadores de otros servicios públicos dependientes, como, por ejemplo, la Central Termoeléctrica de El Bolsón) que, dentro de la situación de emergencia por la que atraviesa el sistema local de provisión de gas, traería aparejada la aceptación de los pedidos de miles de personas –no sólo de Esquel, sino de otras localidades de Chubut, Río Negro y Neuquén– que pretenden acceder al servicio de gas natural con idéntico derecho al del amparista. Ergo, conceder a uno lo que se niega a otros que se encuentran en las mismas condiciones se presenta como un privilegio violatorio del Artículo 16 de la Constitución Nacional, lo cual deviene irritante al más elemental sentimiento de justicia”.

<sup>53</sup> CSJN, *in re* “Establecimientos Metalúrgicos Becció S.A. e Hijos S.A. c/ Ente Nacional Regulador del Gas - Resol. MJ ENARGAS 12/93” del 05-11-1996, *Fallos*: 319:2602.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo entre la literatura jurídica en español, las obras de Caballero Sánchez y Fernández García, y en nuestro país, para una visión de conjunto en la regulación argentina –aun cuando la actual regulación ha superado algunas de las analizadas–, y Massimino, Leonardo, “La cuestión del acceso (abierto) en los principales servicios públicos. Situación actual y perspectivas”, en *Revista Régimen de la Administración Pública*, N° 241, p. 73 y sigs.; ídem Tawil, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, en Suplemento de Derecho Administrativo Revista *El Derecho* del 28 de julio de 2000.

<sup>55</sup> En el Régimen de Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada, aprobado por Decreto N° 939/2000, se dispone en su Artículo 7°: “El Hospital Público de Gestión Descentralizada guiará su accionar a través de los siguientes lineamientos: a) garantizar la máxima cobertura posible, de acuerdo con su nivel de complejidad, a la población no cubierta por los restantes subsistemas de atención de la salud [...]”.

ral.<sup>56</sup> Es de destacar que el acceso del público a las citadas infraestructuras podrá ser gratuito<sup>57</sup> u oneroso<sup>58</sup> a través del pago de un precio o tarifa por parte del requirente destinado a solventar los costos de construcción, mantenimiento y expansión<sup>59</sup> de la infraestructura y, en caso de gestión privada de la misma, a garantizar una rentabilidad razonable para el gestor.

Finalmente, y respecto de las infraestructuras económicas, el régimen del “acceso abierto” tiene vital importancia para la promoción de la competencia entre las redes y/o servicios que se valen de aquéllas como instrumentos esenciales para su prestación.<sup>60</sup> Tal como lo hemos desarrollado con mayor extensión en otra oportunidad,<sup>61</sup> la regulación del acceso a la infraestructura tiende a garantizar, en unos casos, la posibilidad de competencia entre los servicios que se prestan concurrentialmente “aguas arriba” o “aguas abajo” de aquella en la medida en que sólo por intermedio del “tránsito” por dicha infraestructura puede realizarse el intercambio entre oferta y demanda;<sup>62</sup> en otros casos, evita que el gestor de la infraestructura –que también resulta competidor del solicitante en el mercado desregulado– abuse de su posición dominante restringiendo el acceso de su competidor a la infraestructura que resulta, por su calidad de “facilidad esencial”, la verdadera vía de “acceso” al mercado.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> El Artículo 10 del Decreto Ley N° 12. 665 de creación de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos dispone sobre el particular: “La obligación que asume el titular del bien histórico artístico declarado de utilidad pública comprende también [...] la del acceso general fundado en el interés público desde el punto de vista de la historia o del arte”.

<sup>57</sup> Tal el caso del acceso a infraestructuras hospitalarias; cfr. Decreto N° 939/2000, Artículo 5°.

<sup>58</sup> Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró constitucional la exigencia del pago de una tarifa de peaje para utilizar una infraestructura de transporte, ello aun cuando el “camino alternativo” gratuito no ofreciese las mismas ventajas que el oneroso; cfr. *in re* “Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos”, del 18-06-1991, *Fallos*: 314:595. Caballero Sánchez, *op. cit.*, p. 117.

<sup>59</sup> Para una visión acerca de las complejidades que reviste la determinación de los “costos” que deberán ser resarcidos por vía de precios de acceso, véase el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica *in re* “Verizon Communications Inc. V FCC”, 535, Estados Unidos, 467, 2002.

<sup>60</sup> World Bank, *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, Washington D.C., World Bank y Oxford University Press, 2004, p. 275 y sigs.; Wu, Tim, *Network Neutrality y Broadband Discrimination*, <http://faculty.virginia.edu/timwu/bbd.pdf>; Greco, Esteban, “Regulación y Competencia en la Industria del Gas: Las condiciones de acceso a los servicios de transporte y distribución”, en Petrecolla, Diego y Ruzzier, Christian (eds.), *Problemas de Defensa de la Competencia en Sectores de Infraestructura en la Argentina*, Buenos Aires, Universidad Argentina de la Empresa, 2004, p. 77.

<sup>61</sup> Aguilar Valdez, Oscar R.; “Competencia y Regulación Económica - Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, *op. cit.*, p. 111 y sigs.

<sup>62</sup> Se trata del concepto de *Third Party Access*, cfr. Hamilton, Sam, “*The Regulation of Trans-European Networks*”, en Mac Gregor, Laura, Prosser, Tony y Villiers, Charlotte, *Regulation and Markets Beyond 2000*, Inglaterra, Ashgate, 2000, p. 46, *inter alia*. Por ejemplo, en los casos de energía eléctrica, en donde la regulación del transporte resulta esencial para poder garantizar la competencia en la producción y venta de energía eléctrica que se encuentra “desregulada”.

<sup>63</sup> En especial, esta regulación se ha desarrollado en el campo de las Telecomunicaciones; cfr. Decreto N° 764/2000, Anexo II, Reglamento General de Interconexión. Sobre el tema véase, en especial, Pitofsky, Robert; Patterson, Donna y Hooks, Johnattan, “Essential Facilities Doctrine Under U.S. Law”, *70 Antitrust Law Journal* 443 (2002); Lipsky, Abbot y Sidak, Gregory, “Essential Facilities”, *51 Stanford Law Review* 1187 (1999); y en nuestra doctrina, Astesiano, Gastón, “La doctrina de las facilidades

Merece destacarse que cuando la inversión en infraestructura ha sido realizada por el sector privado, una aplicación desproporcionada del principio del “acceso abierto” puede llevar a una virtual socialización de la renta en desmedro de quien realizó la inversión, lo que derivaría en un fuerte desincentivo para la inversión en esta clase de infraestructuras, amén de una ilegítima apropiación de la propiedad privada sin previa compensación.<sup>64</sup>

En quinto y último lugar, y como una lógica consecuencia de las anteriores características, debe tenerse presente que es de la esencia de las infraestructuras que el proceso de inversión se lleve adelante en forma “planificada”. Ello no significa considerar que la infraestructura sólo puede tener lugar en países de economía socialista, puesto que –como lo señaló Hayek– la diferencia entre la economía socialista y la economía de mercado no radica en que en este último caso no existe la “planificación”, sino en que, en el primer caso, la misma viene impuesta por una autoridad central, mientras que en el segundo, por decisiones descentralizadas que realizan los agentes económicos quienes cuentan con la información relevante.<sup>65</sup> De allí que se haya señalado que la planificación en esta materia debe provenir “de abajo hacia arriba” y no viceversa, es decir, que debe ser efectuada desde las necesidades del mercado y de la sociedad y no desde la perspectiva del Estado como si éste se tratara de un ente que cuenta con una información perfecta sobre tales necesidades.<sup>66</sup> La participación del sector privado junto al público en este proceso resulta fundamental.<sup>67</sup> Sólo entendiendo el preciso alcance de que las infraestructuras soportan “redes” y que, además, se maximizan por medio de su “explotación” es posible planificar la inversión en éstas, esto ya sea que la inversión provenga del sector público o del sector privado, o de ambos en conjunto.<sup>68</sup> De lo contrario, sin

---

esenciales en los Estados Unidos de Norteamérica y su recepción en el derecho argentino. Una primera aproximación”, en <http://www.utdt.edu/congresos/>.

<sup>64</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *in re* “Bronner”, 1998; sobre el particular, véanse Downie, Gordon y Mc Gregor, Laura, “*Essential Facilities and Utilities Networks*”, en Mac Gregor, Prosser y Villiers, *op. cit.*, p. 19 y sigs. y Thierer, Adam y Wayne Crews Jr., Clyde, *What’s yours is mine. Open Access and the Rise of Infrastructure Socialism*, Washington, Cato Institute, 2003. Por su parte, se ha dicho que el *open access* sólo puede ser aplicado para permitir el acceso de un competidor cuando la infraestructura fue financiada con fondos públicos y luego privatizada, cfr. De León, Ignacio, “*The Limits of Open Access as a Regulatory Yardstick in the Regulation of Utilities in Latin America*”, en *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 13, noviembre de 2001. Nuestra Corte Suprema, en un antiguo precedente en materia ferroviaria, interpretó restrictivamente la obligación de acceso a infraestructura propia por parte de competidores; cfr. CJSN, *in re* “Ferrocarril Oeste Santafecino c/ Ferrocarril Central Argentino”, *Fallos*: 46:237.

<sup>65</sup> Hayek, Friedrich A., “La Competencia como Proceso de Descubrimiento”, en *Estudios Públicos* N° 50, Santiago de Chile, 1993, p. 159.

<sup>66</sup> En este sentido, De la Cuétara Martínez, *op. cit.*, p. 213.

<sup>67</sup> Sobre el particular, véase De la Cruz Ferrer, Juan, “Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras”, en Ariño y Almoguera, *op. cit.*, p. 142.

<sup>68</sup> Sobre el particular, véase De la Cruz Ferrer, “Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras”, *op. cit.*, p. 142.

verdadera “planificación” se podrán tener muchas “obras públicas” pero no riqueza ni desarrollo social y económico.<sup>69</sup>

## 6. TITULARIDAD DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

¿A quién corresponde la titularidad de las infraestructuras públicas?

Hasta comienzos de la década del noventa, la respuesta parecía obvia en tanto que su carácter “público” también se predicaba de su titular, el Estado Nacional, Provincial o Municipal, según fuese el caso; ello en tanto que la asociación entre obra pública-dominio público y, en su caso, con el servicio público que se prestaba con asiento en ella, encontraba en el elemento “subjetivo” una clara identidad.<sup>70</sup> De esta forma, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el régimen jurídico del dominio público resulta el aplicable “en bloque” sobre la pertinente infraestructura,<sup>71</sup> tanto en lo que hace a su utilización<sup>72</sup> como a las restricciones que dicho régimen impone, en especial, sobre la

<sup>69</sup> En este sentido, se ha dicho: “[...] Infraestructura para el desarrollo implica necesariamente la existencia de un plan concebido y consensuado de abajo para arriba con proyecciones cronológicas sustentables. Obra pública, en cambio, es un ítem presupuestario coyuntural destinado a satisfacer demandas puntuales inarmónicas [...]”, Gallo, Nicolás, “Obra Pública o Infraestructura”, en *La Nación*, Secc. Economía, 13-10-2004. Un reciente estudio ha demostrado que la falta de planificación estatal en materia de infraestructura ha sido la norma desde hace décadas puesto que: “cada gestión opta por políticas diferentes”, cfr. “La infraestructura va sin rumbo claro desde hace décadas”, en *La Nación*, 28-03-2004.

<sup>70</sup> Marienhoff enseñaba: “Si a la obra se la vincula con su destino al uso público directo o indirecto, la noción de ella se la traslada a la de cosa dominical o del dominio público”. Asimismo, agregaba que la obra pública es una “especie” del género dominio público (dominio público artificial). No obstante, afirmaba que no toda obra pública era del dominio público sino que podría ser del dominio privado si no estaba afectada a un uso público; cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, V. III-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, 4° ed. actualizada, pp. 514-517, respectivamente, y V. V, pp. 37-38; en igual sentido, Barra, *op. cit.* y *V. cits.*, p. 68. Sobre este último aspecto, contrariamente, Bielsa entendía que, por definición, toda “obra pública” estaba afectada a un uso público directo o indirecto; cfr. Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, V. II, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6° ed., p. 396. Análoga ha sido la situación en el Derecho español; cfr. Jiménez de Cisneros Cid, *op. cit.*, p. 45 y sigs.; ídem González Sanfiel, Andrés M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Madrid, Montecorvo, 2000, p. 151 y sigs., y Villar Ezcurra, *op. cit.*, p. 71 y sigs.

<sup>71</sup> Por ejemplo, en la causa “Bergadá Mujica c/ Provincia de Río Negro”, fallada el 05-09-2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el hecho de haberse realizado una obra pública en un terreno particular implicaba someter a la dominialidad no sólo la obra sino, también, el terreno sobre la que aquélla se apoyaba. En igual sentido, véase Marienhoff, *op. cit.*, V. V, p. 102 y sigs.

<sup>72</sup> En el conocido caso “Meridiano S.C.A. v/ Administración General de Puertos”, la Corte sostuvo: “[...] en atención al carácter de dominio público que tienen las instalaciones portuarias [...] los contratos y convenios a los que alude el estatuto de la Administración General de Puertos no pueden ser otros que el de concesión de uso de bienes del dominio público [...]”; cfr. *Fallos*: 301:292.



enajenación y la embargabilidad de tales bienes<sup>73</sup> y a la responsabilidad consecuen-  
te por los daños que se causaran a terceros por su defectuoso estado.<sup>74</sup>

Ahora bien, esta asimilación “infraestructura-dominio público” fue puesta en crisis por medio de los procesos de privatización y liberalización de infraestructuras y servicios públicos que tuvieron lugar en el curso de la década pasada. De manera análoga a lo ocurrido en torno de la titularidad del servicio público, el mentado proceso impactó fuertemente en los esquemas regulatorios impuestos a las infraestructuras públicas –especialmente a las de carácter económico– en donde la posibilidad de que particulares adquiriesen, o incorporasen por medio de su construcción a su patrimonio, instalaciones e infraestructuras afectadas al uso o al servicio público llevó a que la doctrina especializada, tanto nacional<sup>75</sup> como extranjera,<sup>76</sup> se ocupa de este fenómeno y de los diversos interrogantes que planteaba el mismo.

<sup>73</sup> En un caso en donde se había dispuesto la traba de un embargo sobre la infraestructura portuaria en garantía del pago de créditos de particulares, la Corte dijo: “No es preciso un mayor examen para advertir que el acto en cuestión tuvo por finalidad dar en concesión bienes de titularidad estatal que, por hallarse afectados al uso público (Art. 2340, inc. 7 del Código Civil, Arts. 2º, 11 y 12 de la Ley Nº 24.093, Art. 1º, apartado 3, del pliego de condiciones aprobado por la citada Resolución 622 de 1996 y Fallos: 301:292) no eran susceptibles de una afectación ulterior en garantía específica del pago de deudas particulares (Fallos: 33:116; 129:145; 131:267 y 182:375, entre otros), carácter que tornaba irrelevante el hecho de que la demandada hubiera consentido la medida cautelar previamente dictada, de acuerdo con el Art. 220 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”; cfr. *in re* “Díaz, Gustavo Marcelo y otros v/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Transporte”, del 13-05-1997, considerando 5.

<sup>74</sup> Véase CSJN, causa C.1413.XXXV –“Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de / daños y perjuicios”– del 11-06-2003, donde se dijo, con apoyo en Fallos: 315:2834: “[...] se ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado *lato sensu*) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos [...]; de ahí que la demandada debió adoptar las elementales medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios del estado peligroso de la ruta [...]”.

<sup>75</sup> Véase Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, 7ª ed. actualizada, p. 376; Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 14, Buenos Aires, Depalma, 1993; Comadira, Julio Rodolfo, “El servicio público como título jurídico exorbitante”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Administrativo del 31-12-2003; Mata, Ismael, “Régimen de los Bienes Públicos en la Concesión de Servicios Públicos”, en AA VV, *Contratos Administrativos*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1999, p. 291 y sigs.; Tawil, Guido Santiago, “A propósito del Proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Permisos de Servicios Públicos Nacionales y figuras vecinas”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Nº 252, septiembre de 1999; Salomoni, Jorge Luis, “El régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos en el ordenamiento jurídico argentino. El caso de la explotación de la distribución del gas natural”, en AA VV, *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 302 y sigs., y del mismo autor, *Teoría General de los Servicios Públicos*, edición ad hoc, Buenos Aires, 1999, p. 359 y sigs.; López, Luis A., “A propósito de los bienes afectados a la prestación del servicio público de distribución y transporte de gas natural”, *La Ley*, 2002-A, 1147; Legarre, Catalina, “El régimen de bienes en los servicios públicos (con especial referencia en los servicios de gas, teléfonos, agua y electricidad)”, *mimeo*, tesina presentada para aspirar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, 1997.

<sup>76</sup> La cuestión ha sido de especial tratamiento en el Derecho español; véanse Ariño Ortiz, *op. cit.*, p. 38 y sigs.; Jiménez de Cisneros Cid, *op. cit.*, p. 59 y sigs.; Villar Ezcurra, p. 78 y sigs.; González Sanfiel,

Así, en forma paralela a la existencia de un movimiento tendiente a “liberalizar” las infraestructuras de dominio público, la discusión se centró en admitir la posibilidad de que las infraestructuras públicas –que por definición se encuentran afectadas a un “uso público”– pudieran ser objeto de titularidad privada.

En nuestro país, se ha sostenido que el principal obstáculo para la admisión de la titularidad privada de lo que aquí entendemos por “infraestructuras públicas” estaría dado por el Artículo 2340, inciso 7 del Código Civil, del que se desprendería una suerte de *publicatio legal* de aquellas.<sup>77</sup> Ello es así en la medida en que allí se dispone que quedan comprendidas entre los bienes públicos: “las calles, plazas, canales, caminos, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”. De esta forma, resultaría ilegítima cualquier pretensión de admitir la titularidad de dominio privado sobre las mismas –aún en forma temporal– como también de aceptar la posesión o la constitución de otros derechos reales sobre ellas –por ejemplo, garantías– en los términos admitidos por el Código Civil para las relaciones privadas; no resultando, además, apta para mutar la dominialidad pública la circunstancia que su financiamiento y/o construcción sean realizadas por el sector privado.<sup>78</sup>

Si bien no es el objeto del presente analizar detenidamente y en extensión los alcances de la disposición contenida en el inciso 7 del Artículo 2340 del Código Civil, tres son los aspectos que entendemos conveniente puntualizar sobre la misma.

En primer lugar, surge del texto de la respectiva nota del Codificador que las fuentes de la citada norma serían los Artículos 538 y 540 del Código Civil Francés, el Artículo 427 del Código Italiano y las enseñanzas de Demolombe.<sup>79</sup> Ahora bien, si se analizan las disposiciones pertinentes del Código de Napoleón, se podrá advertir que tales normas sólo realizan una enumeración de los bienes que considera dominicales, pero entre los que no figura –ni siquiera en el texto del Código Francés actual– el agregado final de “cualquier otra obra pública construida por utilidad

---

*op. cit.*, p. 182 y sigs.; De la Cuétara Martínez, *op. cit.*, p. 223 y sigs., todos compilados en Ariño y Almuera, *op. cit.*; ídem Jiménez De Cisneros Cid; *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, *op. cit.*, p. 303 y sigs.; González Sanfiel, *Un Nuevo Régimen para las Infraestructuras de Dominio Público*, *op. cit.*, p. 243 y sigs.; Moreu Carbonell, Elisa, “Desmitificación, Privatización y Globalización de los Bienes Públicos: del Dominio Público a las Obligaciones de Dominio Público”, en *Revista de Administración Pública* N° 161, Madrid, mayo-agosto de 2003, p. 435 y sigs.; González García, Julio V., “Dos cuestiones sobre compartición de infraestructuras de telecomunicaciones”, en *Revista de Administración Pública* N° 153, Madrid, 2000, p. 351 y sigs.

<sup>77</sup> Salomoni ha invocado esta disposición para justificar la imposibilidad de dominio particular de bienes afectados a la prestación de servicios públicos por parte de los particulares; cfr. Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*, *op. cit.*, pp. 364-365.

<sup>78</sup> Ídem nota anterior. Incluso se ha dicho que el régimen de construcción de tales infraestructuras es el de la “obra pública”; cfr. p. 365.

<sup>79</sup> Se trata de su *Cours de Code Napoleon*, T. IX, *Traité de la Distinction des Biens*, T. 1°, N° 457, París, 1861, 2da. ed., 1861.

común”.<sup>80</sup> Además, de la interpretación que hizo Demolombe de esa disposición, sustentada en opiniones y jurisprudencia de la época, se deriva que la dominialidad de esos bienes existe sólo en la medida en que estén afectados a un “servicio público”.<sup>81</sup> Es decir, es la noción de “servicio público” la que resulta relevante para incluir las obras que allí se mencionan dentro del “dominio público”.<sup>82</sup> No obstante la referencia a dicho régimen como fuente de la disposición en análisis, nuestro Código Civil parece haberse apartado de su fuente francesa puesto que se refiere a obras de *utilidad común*, que no necesariamente se identifican con la noción de “servicio público”, siendo más amplia la cobertura impuesta por nuestro Codificador.<sup>83</sup>

En segundo lugar, es dable señalar que si bien en doctrina se ha dicho que se trata de una norma “genérica”,<sup>84</sup> tanto ésta como la jurisprudencia parecen haberle otorgado un alcance amplio a dicha norma en tanto que se ha admitido una “dominialización” pública, tanto de la superficie como del subsuelo donde la obra pública se encuentra construida,<sup>85</sup> así como su extensión a otros bienes afectados “directamente” a la “utilidad común”, y a las obras construidas por terceros y adquiridas después por el Estado por cualquier procedimiento jurídico para destinarlas a fines de utilidad o comodidad común.<sup>86</sup>

En tercer lugar, y a pesar del carácter amplio que la norma en cuestión tiene tanto respecto del Derecho francés como al que surge de su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, cabe destacar que ello no es suficiente para “publicar”, *per se*, la titularidad de cualquier infraestructura pública. En este sentido, no puede pasarse por alto que, en nuestro sistema jurídico, para que un determinado bien pertenezca al dominio público no basta su afectación a una finalidad de interés general sino que es necesario que, además de otros extremos, se verifique sobre el mismo un

<sup>80</sup> Cfr. Wiederkehr, Georges *et autres*, *Code Civil*, 103ª ed., Dalloz, París, 2004, Arts. 538 y 540. El Artículo 538 dispone: “Los caminos, carreteras y calles a cargo del Estado, los ríos y corrientes navegables o flotantes, las riberas, los terrenos ribereños del mar, los puertos, refugios pesqueros, las radas y en general todas las partes del territorio francés que no sean susceptibles de una propiedad privada se considerarán como dependencias del dominio público”. El Artículo 540, por su parte, dispone: “Las puertas, paredes, fosos, murallas de las obras de defensa y de las fortalezas, también forman parte del dominio público” (la traducción española ha sido tomada textualmente de [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/civestxt.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm)).

<sup>81</sup> Cfr. Demolombe, *op. cit.*, pp. 342 y 346, respectivamente.

<sup>82</sup> De Laubadère, André y Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, T. II, *Droit Administratif de Biens*, 11ª ed., LGDJ, París, 1998, pp. 25, 45 y 64 y sigs., respectivamente. Cabe señalar que en el Derecho francés, la determinación de la dominialidad de un bien es obra esencialmente jurisprudencial y doctrinaria; cfr. *op. y V. cit.*, p. 23.

<sup>83</sup> En este sentido, véase Marienhoff, *op. cit.*, V. V, p. 134 y sigs. Este autor señala que, en realidad, y a pesar de lo dicho por Vélez en la respectiva nota, la verdadera fuente de la misma –tal como lo sostuvo Llerena– fue el Proyecto de Freitas, Artículo 328, inciso 7; cfr. *op. y V. cit.*, p. 135.

<sup>84</sup> Marienhoff, *op. y V. cit.*, p. 108.

<sup>85</sup> CSJN, causa “Bergadá Mujica c/ Provincia de Río Negro”, ya citada.

<sup>86</sup> Cfr. Marienhoff, *op. y V. cit.*, p. 1137 y sigs.

“elemento subjetivo” referido a la titularidad de una persona pública estatal. Así, Marienhoff –quien a pesar de considerar que el verdadero titular del dominio público es el “pueblo”– no duda en sostener que “sólo pueden ser titulares del dominio público entidades estatales o comunidades de sustrato típicamente político”, esto debido a que: “[...] la titularidad del dominio público apareja delicados privilegios –v. gr., el ejercicio del poder de policía sobre la cosa pública–, sólo admisibles en el Estado o en sus organismos descentralizados”.<sup>87</sup> De allí, por ejemplo, que, aun admitiendo que bienes de personas públicas no estatales, de la Iglesia Católica o de concesionarios de servicios públicos, están afectados a una finalidad de utilidad general, les niega el carácter de bienes dominiales por no ser titularizados por el Estado *lato sensu*.<sup>88</sup> Congruentemente con esta posición, al referirse a las “obras públicas” mencionadas en el inciso 7° del Artículo 2340, expresamente hace referencia a que dichas obras, cuando no son construidas por el Estado, para revestir el carácter dominial deben ser “adquiridas” por éste.<sup>89</sup> Es que, como señala el recordado autor: “[...] para que la Administración pueda afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en el poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa. [...] El Estado no puede afectar al uso público cosas que no le pertenezcan [...]”.<sup>90</sup> Por tales motivos, entendemos que la norma en cuestión no surte una *publicatio* de cualquier infraestructura pública en razón de su afectación sino que sólo se refiere a aquellas que, además, son de titularidad pública, ya sea porque el sector público las haya construido y financiado o porque, habiéndolo hecho el sector privado, es el Estado quien las adquiere.<sup>91</sup>

En nuestra opinión, esta interpretación es la que mejor encuadra con el sistema del Código Civil que, por ejemplo, cuando se refiere a los bienes del dominio privado hace expresa referencia a: “toda construcción hecha por el Estado o por los estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los estados por cualquier título”,<sup>92</sup> de forma tal que no sería lógico que el Codificador hubiese querido hacer hincapié en el elemento “subjetivo” solamente cuando se refiere a una propiedad sujeta a las reglas civiles, pero no cuando se trata del dominio público; ello amén de que ésta es la interpretación que mejor se adecua a nuestro régimen Constitucional que, sobre la base de admitir la propiedad privada de los medios de producción

<sup>87</sup> Cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, pp. 84-85, respectivamente.

<sup>88</sup> Cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, pp. 84, 86 y 93, respectivamente.

<sup>89</sup> Cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 135.

<sup>90</sup> Cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 201.

<sup>91</sup> No conviene perder de vista que el inciso 7 del Artículo 2340 se refiere, en su apartado final, a las “obras públicas” que, más allá del significado que tenía este concepto en la visión del Codificador, en nuestro Derecho actualmente vigente tiene un significado preciso y que hace referencia a una necesaria titularidad de la misma por el Estado; cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 37,

<sup>92</sup> Cfr. Artículo 2342 del Código Civil.

como principio de nuestro régimen socioeconómico y el carácter subsidiario de la intervención pública respecto de aquellas actividades que pueden ser realizadas por los particulares sin afectación del Bien Común,<sup>93</sup> rechaza toda identificación entre lo “estatal” y lo “público”, de lo que se deriva que, en nuestro régimen: “no todo lo público es estatal”.<sup>94</sup>

Sentados estos principios de raigambre constitucional y, además, asumiendo que no surge de la Constitución Nacional la titularidad pública de las infraestructuras que analizamos en el presente,<sup>95</sup> no cabe más que concluir en que nada obsta en nuestro Derecho a que, a la par de disposiciones legales expresas que atribuyan a un ente público la titularidad de alguna infraestructura particularizada,<sup>96</sup> se reconozca la existencia de infraestructuras públicas, abiertas al uso público, pero de titularidad privada, tal como lo viene promoviendo en España destacada doctrina.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> En este sentido, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 2002, 7ª ed., p. 68 y sigs.; ídem, “Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público”, *El Derecho* 161:857. Por su parte, Comadira afirma que tanto en el modelo de la Constitución 1853-1860 como en el que surge de la reforma del año 1994, el desarrollo de actividades comerciales e industriales pertenece, en principio, a la esfera de actuación de los particulares; cfr. Comadira, Julio Rodolfo, “El servicio público...”, *op. cit.* Más recientemente, un desarrollo de estos principios en “La experiencia regulatoria argentina”, en <http://www.eldial.com.ar>. En una línea similar, Barra ha señalado la pareja existencia del Principio de Subsidiaridad con el de Solidaridad; cfr. Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 89.

<sup>94</sup> En este sentido, se ha señalado la ruptura de la tradicional ecuación Derecho administrativo - Administración pública en sentido subjetivo, admitiendo que el Derecho administrativo (Derecho público) se aplique a relaciones entre sujetos no estatales; cfr. Cassagne, *Derecho Administrativo*, T. I, *cit.*, p. 112 y sigs. Sobre la posible aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares, véase Rivero Ysern, Enrique, *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, Publicación del Instituto García Oviedo, 1969.

<sup>95</sup> En este sentido, nótese que los incisos 18 y 19 del Artículo 75 se limitan a conferir al Congreso Nacional competencias de “promoción” vinculadas con infraestructuras, mas de modo alguna coloca a éstas dentro de la propiedad pública.

<sup>96</sup> Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, con los puertos nacionales, provinciales o municipales que quedarían incorporados al dominio público si tales entidades son propietarias de los inmuebles sobre los que los citados puertos se asientan y, además, si están abiertos al uso público; cfr. Ley N° 24.093, Artículo 7º, incisos 1 y 2. En este sentido, admitiendo el carácter dominial de una infraestructura portuaria de titularidad pública, CSJN, *in re* “Díaz, Gustavo Marcelo y otros v/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Transporte”, del 13-05-1997, considerando 5. En igual sentido, lo que ocurre con los aeropuertos, donde el Código Aeronáutico, en su Artículo 25 dispone: “Los aeródromos son públicos o privados. Son aeródromos públicos los que están destinados al uso público; los demás son privados. La condición del propietario del inmueble no califica a un aeródromo como público o privado”.

<sup>97</sup> En este sentido, pronunciándose en favor de infraestructuras públicas pero de titularidad privada, véanse Ariño Ortiz, *op. cit.*, pp. 39-40; Jiménez de Cisneros Cid, *op. cit.*, p. 59 y sigs.; Villar Ezcurra, *op. cit.*, p. 86 y sigs.; De la Cuétara Martínez, *op. cit.*, p. 223 y sigs.; todos en Ariño y Almoguera, *op. cit.*; González Sanfiel, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, *op. cit.*, p. 262 y sigs.; Ruiz Ojeda, Alberto, *Dominio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 25 y sigs.

Nuestro Derecho positivo, por cierto, ha recogido esta postura al contemplar numerosas infraestructuras públicas de titularidad privada. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la “Red Pública Nacional de Telecomunicaciones” –“pública” por su destino y uso, tal como ya lo hemos podido comprobar, y no por su titularidad–,<sup>98</sup> con las redes de distribución y con las infraestructuras de transporte, tanto de gas natural como de energía eléctrica.<sup>99</sup> A su vez, la normativa específica reconoce, dentro de un mismo género de infraestructuras públicas, la paralela existencia de unas abiertas al uso público y de titularidad privada a la par de otras de titularidad patrimonial, como ocurre, por ejemplo, con los puertos.<sup>100</sup> Estos casos demuestran que, si bien la titularidad pública de estas infraestructuras resulta aún jurídicamente admisible en nuestro Derecho, ello no significa que “necesariamente” deben revestir tal titularidad para seguir cumpliendo con su función y afectación al uso público.<sup>101</sup>

### **7. RÉGIMEN DOMINIAL Y PODER DE POLICÍA. ACERCA DEL TÍTULO DE INTERVENCIÓN ESTATAL SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS**

Cabe tener presente que si bien el régimen del dominio público tiene un innegable carácter “propietarista” que hace del bien dominial una verdadera “propiedad pública”<sup>102</sup> –tributario, según se ha dicho, de las ideas medievales,<sup>103</sup> de la ulterior doctrina francesa y, en especial, de Hauriou–,<sup>104</sup> como Villar Palasí ha apuntado que el régimen dominial es más que eso; es –sustancialmente– un título de intervención administrativa

<sup>98</sup> La misma fue transferida en propiedad a las Licenciatarias del Concurso 62/90.

<sup>99</sup> En este sentido, Comadira, “El Servicio Público como Régimen Exorbitante”, *op. cit.*; Mairal, *op. cit.*, López, *op. cit.*, *inter alia*.

<sup>100</sup> Ley N° 24.093, Artículo 7°, incisos 1 y 2.

<sup>101</sup> En este sentido, desde la perspectiva española, véase González Sanfiel, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, *op. cit.*, p. 244. Por el contrario, se ha propugnado la eliminación del régimen dominial en este campo; Ruiz Ojeda, *op. cit.*, p. 25, y Morell Ocaña, Luis, “Prólogo” en la obra antes citada, p. 11.

<sup>102</sup> Véase el muy interesante trabajo de Salomoni, Jorge Luis, “El Régimen del Dominio Público en la República Argentina: Un intento de reconstrucción dogmática”, en *Actualidad en el Derecho Público* N° 14, Buenos Aires, 2000, p. 92 y sigs., en donde se describen, críticamente, los alcances de esta concepción que, según explica este autor, no se compadece con el régimen constitucional. En España, Morell Ocaña señala, con agudeza, que la concepción “propietarista” del dominio público encubre una notable paradoja: recurrir a la noción de “propiedad” allí donde no hay “propiedad”; *cfr. op. cit.*, p. 11.

<sup>103</sup> Parejo Alfonso, *op. cit.* y *pp. cit.*

<sup>104</sup> De Laubadère y Gaudemet, *op. cit.*, p. 29; Parejo Alfonso, *op. cit.* y *pp. cit.* Hauriou se manifestaba sobre el carácter de “propiedad” que el Estado tenía sobre los bienes dominiales en razón de las prerrogativas de “propietario” que éste tenía sobre tales bienes; *cfr. Hauriou, Maurice, Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12ª ed. revisada y puesta al día por André Hauriou; reedición presentada por Pierre Devolvé y Franck Moderne, París, Dalloz, 2002, p. 781 y sigs. Sobre la concepción de Hauriou respecto del dominio público, véase Sfez, Lucien, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit Administratif Français*, París, LGDJ, 1966, p. 435 y sigs.

en la vida económica y social,<sup>105</sup> de donde extrae Parejo Alfonso que el dominio público no es “algo dado” sino algo sustancialmente “dinámico” cuya consistencia viene dada en función de los cometidos propios del poder público en los que se expresan las necesidades y las aspiraciones sociales.<sup>106</sup> En nuestro país, en forma relativamente reciente, Salomoni ha enfatizado que, desde la perspectiva constitucional y a diferencia del régimen norteamericano, el régimen del dominio público ha sido concebido, sustancialmente, como un título de intervención, de forma tal que: “[...] los bienes públicos en la República Argentina no constituyen una categoría estática sino un concepto subordinado a actividades que es necesario satisfacer: el progreso y prosperidad de la Nación a través de la disposición y uso del dominio, entre otras actividades [...]”.<sup>107</sup>

Es, precisamente, advirtiendo en toda su extensión este sentido “funcional” del dominio público, lo que permite, por un lado, relativizar hasta el máximo los alcances de su calidad de “propiedad pública” y, por otro lado, adecuar en su justo término las finalidades interventoras que dicho instituto persigue.

En efecto, de modo análogo a lo que ocurre respecto del “servicio público”, aquí también puede decirse que para validar la intervención administrativa en el ámbito económico y social no se requiere otorgar al título de intervención carácter patrimonial alguno,<sup>108</sup> puesto que, como bien ha señalado Comadira, para regular y controlar no se necesita ser “dueño”.<sup>109</sup> De esta forma, bien puede distinguirse entre la titularidad de la *potestad* de intervención que pertenece de *iure proprio* al Estado, de la titularidad patrimonial o “propiedad” de determinado bien o “activo” que, pudiendo ser tanto pública como privada, en rigor en nada debería afectar la validez constitucional del ejercicio de la mencionada potestad. Así, si bien por razones políticas o económicas (por ejemplo, casos de “bienes públicos” en sentido económico)<sup>110</sup> no cabe descartar la existencia de verdaderas “propiedades públicas” (por ejemplo, recursos naturales, ciertas infraestructuras públicas, etc.), dicha titularidad

<sup>105</sup> Sostenía Villar Palasí que la tesis del “dominio público igual a propiedad” ha conducido –a través de la “cosificación” (en sentido jurídico civil) de dicho dominio– al oscurecimiento de la verdadera justificación y naturaleza del mismo, justificación y naturaleza que se reconducen a la consideración del dominio público como título causal de intervención; cfr. Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 2403.

<sup>106</sup> Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 2404.

<sup>107</sup> Cfr. Salomoni, “El Régimen del Dominio Público en la República Argentina: Un intento de reconstrucción dogmática”, *op. cit.*, p. 100 y sigs., en especial, p. 102.

<sup>108</sup> Cassagne ha sostenido respecto de la *publicatio* del servicio público que “Esa titularidad no implica que el Estado actúa a título de dueño sino como titular de la regulación del servicio público que constituye, en algunos sistemas como ocurre actualmente en el nuestro, una actividad de gestión privada y sólo subsidiariamente estatal”; *Derecho Administrativo*, V. II, *op. cit.*, p. 292 y sigs.

<sup>109</sup> Cfr. Comadira, *El servicio público como título jurídico exorbitante*, *op. cit.*, y del mismo autor, *La experiencia regulatoria argentina*, *op. cit.*

<sup>110</sup> Entre nosotros se ha dicho: “La obligación del Estado es suministrar bienes públicos, es decir, bienes que provee la organización pública y cuyo precio son los impuestos que pagamos”; Sola, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 320.

estatal –en vistas del fin de intervención– se trata, solamente, de una alternativa meramente *contingente* y no consustancial con la actividad interventora. Así, a la par de los motivos de índole política y económica antes mencionados, puede hacerse convivir la titularidad pública de bienes que se estiman que serán mejor protegidos frente a su depredación o inutilización si se permite que el Estado los proteja no sólo a título de regulador sino ya de dueño (por ejemplo, supuestos del llamado “dominio público natural”, un parque nacional),<sup>111</sup> conjuntamente con aquellos en donde para permitir la maximización de los efectos sociales, políticos y económicos que se derivan de su explotación basta que exista la potestad pública de intervenir sobre la utilización de tales bienes desde “afuera”. Este último caso se presenta, en nuestra opinión, con la mayor parte del llamado “dominio público artificial” y, en especial, con las infraestructuras públicas, en donde –como ya hemos visto– su maximización se obtiene con una adecuada y racional explotación, para lo cual no es necesario atribuir titularidad dominial pública alguna. En este supuesto, lo reiteramos, la propiedad pública es sólo una alternativa más frente a la privada y que se rige por el principio de subsidiariedad.

Por otra parte, cabe advertir que si bien –desde el punto de vista jurídico conceptual– la naturaleza pública o privada de la fuente de financiamiento de las infraestructuras no prejuzgaría sobre su titularidad, con acierto se ha apuntado: “[...] la obra es de quien la financia y construye, de quien la paga y hace posible, así lo demanda la Justicia. Y cuando se vulnera esta regla elemental no se puede esperar que los factores sociales aporten capitales para el desarrollo social: queda sólo la coacción y emerge de nuevo el recurso a la fuerza, a la captación imperativa de dinero, a la supremacía jerárquica de la organización administrativa de la que, de un modo u otro, el contratista o el gestor privado es mero apéndice”.<sup>112</sup> En esta línea, también se ha dicho: “[...] No puede pretenderse que, cuando concurren otros sujetos con sus recursos financieros y empresariales, se obtenga un resultado final idéntico a cuando es la Administración la que sufraga por completo a sus expensas la inversión llevada a cabo [...]”.<sup>113</sup> Sin perjuicio de que sobre este tópico nos detendremos con mayor atención más adelante, sí podemos señalar que la circunstancia de que se haya recurrido a fuentes de financiamiento privado –tanto en el Derecho comparado como en el nacional– ha obligado a admitir la existencia de infraestructuras públicas de propiedad privada, cuando menos, hasta tanto dicho financiamiento haya sido amortizado. Así, por ejemplo, en Francia, en forma reciente se ha admi-

<sup>111</sup> Respecto del carácter dominial de los Parques Nacionales, véase el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ sumario”, del 15-06-2004. Para una visión crítica a la propiedad pública de parques nacionales desde el punto de vista económico, véase el clásico trabajo de Garrett Hardin, “*The Tragedy of Commons*”, en *Science*, V. 162, 1968, pp. 1243-1248, traducción de Horacio Bonfil Sánchez, *Gaceta Ecológica*, N° 37, México, Instituto Nacional de Ecología, 1995. <http://www.ine.gob.mx/>.

<sup>112</sup> Morell Ocaña, *op. cit.*, p. 12.

<sup>113</sup> Ruiz Ojeda, *op. cit.*, p. 22.



tido legislativamente que el Estado recurra a operaciones de *bail emphytéotique* o “censo enfiteútico” para la provisión de infraestructuras públicas en favor de comunidades locales<sup>114</sup> y, más recientemente, a la realización de operaciones de *leasing* en favor de entidades nacionales<sup>115</sup> para la provisión de infraestructuras tales como las hospitalarias<sup>116</sup>. Y en nuestro país, el recurso al *leasing* o a la propiedad fiduciaria se ha transformado en un mecanismo usual para supuestos tales como establecimientos carcelarios<sup>117</sup> e infraestructuras económicas –por ejemplo, las relativas al gas natural–,<sup>118</sup> supuestos todos éstos en los que el Estado difícilmente pueda ser considerado un verdadero “propietario”, cuando menos, pendiente la vigencia de tales estructuras negociales.<sup>119</sup> En este sentido, y vinculado con la posibilidad

<sup>114</sup> Cfr. ley del 5 de enero de 1988; cfr. Marcou, Gérard, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en Ruíz Ojeda, Alberto, Marcou, Gérard y Goh, Jeffrey, *La Participación del Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Madrid, Civitas, 2000, p. 71; ídem Barcelona Llop, *op. cit.*, p. 564 y sigs.

<sup>115</sup> Cfr. ley del 25 de julio de 1994, modificatoria del Código del Dominio del Estado; cfr. Subrá de Bieusses, Pierre, “Dominio Público y Derechos Reales”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 1167 y sigs., en especial, p. 1177 y sigs.; ídem Barcelona Llop, *op. cit.*

<sup>116</sup> Cfr. ley del 9 de agosto de 2004; cfr. Ligniérés, Paul y Ratledge, Simon, “PPP in France - Healthcare Sector”, *Linklaters Special Report*, 01-10-2004.

<sup>117</sup> Por ejemplo, Licitación Pública Nacional e Internacional N° 01/97, convocada por Decreto N° 1.658 del 27 de diciembre de 1996 para la contratación de la elaboración del proyecto y la construcción de un establecimiento carcelario por el sistema “llave en mano”, financiados íntegramente por el contratista a su solo riesgo, a ejecutar en predios que a tal efecto el Estado Nacional transmitirá en dominio fiduciario en la localidad de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, y el ulterior alquiler con opción de compra de dichos inmuebles, en favor del Estado Nacional para su afectación al uso del Servicio Penitenciario Federal; adjudicada en favor de la Unión Transitoria de Empresas conformada por “Techint S.A.C.I., Hochtief A.G., Impregilo S.P.A., Igly S.A.”, dispuesta por Resolución M.D. N° 211 del 11 de febrero de 1998 y aprobada por Decreto N° 203/1998.

<sup>118</sup> Carta de Intención suscrita el 15 de noviembre de 2004 por los Ministerios de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y de Economía y Producción, el Banco de la Nación Argentina, la Secretaría de Energía, Nación Fideicomisos S.A., Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y Transportadora de Gas del Norte S.A., en relación con la implementación y constitución de Fideicomisos de Gas que contribuyan a aumentar la capacidad de transporte firme a partir de la temporada invernal del año 2005, aprobada por Decreto N° 1.882/2004, en cuya cláusula 10.4. “Bienes fideicomitados” se dispone: “Los activos resultantes de la ejecución de las obras de Ampliación del Fideicomiso de Gas conformarán parte del patrimonio del Fideicomiso de Garantía como Bienes Fideicomitados hasta la cancelación total del Fideicomiso de Gas. Ocurrida tal cancelación, el Fiduciario proveerá la transferencia de la propiedad de dicho Activo Esencial al patrimonio del Fideicomisario”.

<sup>119</sup> En lo que respecta al régimen del *bail emphytéotique* del Derecho francés, cabe señalar que se ha dicho: “[...] Estas disposiciones sirven para modificar de forma importante las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario del servicio público si éste obtiene un censo enfiteútico, ya que el censo evita que las obras realizadas por el concesionario se incorporen inmediatamente al dominio público, como por regla general establecen los pliegos de cláusulas. Dicho de otro modo, estas obras no pasarán a ser propiedad de la Administración Local hasta el término del censo cuando ésta vuelva a tomar posesión del bien dado en censo”; cfr. Marcou, *op. cit.*, p. 72. Por su parte, Subrá de Bieusses señala, respecto de la ley del año 1994, que al final de la operación: “[...] los bienes se transforman de pleno derecho y gratuitamente en propiedad del Estado [...]”; cfr. *op. cit.*, p. 1179.

de amortización del valor de tales infraestructuras, cabe señalar que la jurisprudencia federal tiene dicho: “[...] conceptualmente un bien lo amortiza quien lo adquirió o financió su construcción [...]”, motivo por el cual se negó la titularidad de una infraestructura energética a la entidad que no había realizado respecto de la misma ninguna de tales dos actividades.<sup>120</sup>

Si la función interventora del dominio público permite, en nuestro entender, “relativizar” la importancia de la titularidad pública, mayor resulta el impacto que dicha función provoca respecto del régimen jurídico que debe regir las infraestructuras públicas. En efecto, no cabe olvidar que el desarrollo histórico de la noción de “cosa pública” (*res publicae*) se incardina, desde sus orígenes romanos, con la noción de “afectación” de la misma a un fin público, de forma tal que su “publicización” obedecía a su especial “destino” antes que a su titularidad, la que recién en el Medioevo es subjetivizada en el Estado.<sup>121</sup> En el Derecho romano –según lo ha reseñado Parejo– la consecuencia de la “consagración” de la cosa al “público” derivaba en la exclusión del bien del tráfico jurídico ordinario para confiar la protección del uso de la misma a la autoridad pública por medio de su excitación privada a través del remedio interdictal.<sup>122</sup> Sobre estas bases conceptuales –y en el marco de un proceso histórico por demás complejo–<sup>123</sup> el Derecho continental ha acogido la idea de “afectación” como el punto de apoyo de la institución del dominio público,<sup>124</sup> de modo de ser –en palabras de Santamaría Pastor– el vehículo por medio del cual determinados bienes son colocados bajo el régimen jurídico del dominio público.<sup>125</sup> En este contexto puede decirse que el dominio público antes que una “propiedad” es un *régimen jurídico* destinado a garantizar la finalidad que se persigue con

<sup>120</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala V, *in re* “Camuzzi Gas Pampeana S.A. v/ ENARGAS - Resol. 77/95”, del 21-10-1996, en especial, considerando IV.

<sup>121</sup> Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 2388 y sigs.

<sup>122</sup> Parejo Alfonso, *op. y pp. cit.* Se ha dicho que la *publicatio* era la operación por medio de la cual una cosa quedaba afectada al “uso público”; cfr. Castán Pérez-Gómez, Santiago, “De la romana institución de la *publicatio* a la actual noción de afectación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 96, Madrid, octubre-diciembre de 1997, Secc. Estudios.

<sup>123</sup> Sobre este proceso, véase Parejo Alfonso, *op. y pp. cit.*

<sup>124</sup> Hauriou, *op. cit.*, p. 789: “[...] Toda la dominialidad pública reposa sobre la idea de afectación administrativa de cosas a la utilidad pública [...]”. Por su parte, García de Enterría tiene dicho sobre el particular: “[...] Toda la institución del dominio público gira sobre un *criterium* esencial: la llamada *afectación*, destinación, destino, de las cosas particulares que integran sus dependencias [...]”; cfr. “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”, en García de Enterría, Eduardo, *Dos Estudios sobre la Ususcapción en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 104. En similar sentido, Clavero Arévalo, Manuel, “La inalienabilidad del dominio público”, en Clavero Arévalo, Manuel, *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 395 y las citas de doctrina que se invocan en p. 394.

<sup>125</sup> Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, V. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1999, pp. 516-517. En similar sentido, dice Parejo Alfonso que se trata de: “[...] el mecanismo específico por virtud del cual la cosa en sentido jurídico material pasa a quedar sujeta al estatuto o régimen jurídico público propio de la dominialidad”; cfr. Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 2418.

la afectación de la cosa o bien que, tal como se lo ha señalado, sólo tiene una naturaleza *instrumental* respecto de aquél.<sup>126</sup> No es otra la concepción que se desprende de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema cuando ha dicho: “[...] El origen de la cosa pública debe referirse al momento en que tiene lugar su consagración a la función buscada [...]”, de donde deriva que la cosa se hace: “[...] imprescriptible, inalienable, inembargable, exenta de imposición fiscal y sujeta a la policía propia de los caminos y de las calles [...]”.<sup>127</sup> Así, bien se ha dicho: “[...] los bienes son inalienables como indisponibles porque están afectados a un fin público y no por otras razones”.<sup>128</sup> De esta forma, valiéndose de la especial afectación que le proporciona un peculiar régimen jurídico de utilización de la cosa pública, la Administración puede realizar actos de intervención pública en el ámbito económico social.

En lo que aquí nos interesa, ese régimen dominial se manifiesta –en nuestro sistema jurídico– en un doble aspecto.

Por un lado, como ya hemos señalado, el régimen de la dominialidad resulta aplicable en “bloque” a la cosa pública, es decir, sometiendo la *integridad* de ésta a dicho régimen, sin admitir –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés– diferentes “grados” de dominialidad<sup>129</sup> en función de su relación con la finalidad de interés general a la que se encuentra afectada. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado: “[...] cuando el Estado, nacional o provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste, realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno, que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil, y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código. Se trata en adelante de un bien material y jurídicamente indivisible [...] sujeto en su conjunto y unidad a un mismo régimen legal. Como bien del dominio público, está fuera del comercio del Derecho privado [...]”.<sup>130</sup> En pocas palabras, la aplicación del régimen de la dominialidad coloca el bien íntegramente fuera del mercado.<sup>131</sup> No obstante, la realidad demuestra que, aun

<sup>126</sup> Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 2414, donde sostiene: “[...] cuando dicha cosa pasa a quedar conectada con el interés público (en grado suficiente de intensidad), resulta colocada en una situación de instrumentalidad respecto a la función pública correspondiente, exigente de la modulación de su tráfico jurídico [...]”.

<sup>127</sup> Cfr. CSJN, *in re* “Don Enrique Alió, por la Provincia de Buenos Aires v/ Mar del Plata Golf Club sobre reivindicación”, *Fallos*: 146:305.

<sup>128</sup> Fiorini, Bartolomé A; *Derecho Administrativo*, V. II, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, 2ª ed. actualizada, p. 317. En igual sentido, Clavero Arévalo, *op. y p. cit.*

<sup>129</sup> Sobre el particular, véase Melleray, Fabrice, “*L’Échelle de la Dominialité*”, en AA VV, *Mouvement du Droit Public. Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, París, Dalloz, 2004, p. 287 y sigs.

<sup>130</sup> Cfr. CSJN, *in re* “Bergadá Mujica, Héctor c/ Río Negro, Provincia de s/ reivindicación de inmueble”, *Fallos*: 325:2223, con remisión a *Fallos*: 239:129 y sus citas.

<sup>131</sup> Fiorini, *op. cit.*, p. 316.

tratándose de un mismo bien, porciones de él pueden tener diferentes grados de afectación a una finalidad pública o al uso público que ameritan la aplicación de regímenes jurídicos diferentes. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las infraestructuras viales en donde se puede distinguir entre la vía de tránsito propiamente dicha –afectada a la circulación automotor– y las llamadas “áreas de servicios” que el concesionario vial puede explotar en forma comercial y, por ende, sujetas a un régimen jurídico claramente diferenciado del que rige la vía de tránsito.<sup>132</sup>

Idénticas consideraciones caben, por ejemplo, para otras infraestructuras públicas, como los aeropuertos, donde con claridad puede advertirse que diversas porciones de una misma realidad física pueden ser escindidas en vistas de su diferente afectación al uso público.<sup>133</sup> Estas circunstancias han llevado a que autores como Ariño Ortiz hayan propugnado una reducción de la calificación demanial a lo estrictamente necesario por su unión inescindible con la actividad que justifica su afectación, admitiendo que las instalaciones remanentes puedan ser explotadas en régimen de Derecho privado, con carácter comercial, en régimen de competencia, puesto que: “[...] carece de sentido que la propia Administración sea quien ejerza el papel de *dominus* en la explotación de unas actividades que nada tienen que ver con sus funciones [...]”.<sup>134</sup>

Desde otra perspectiva, debe advertirse que es una realidad que las diversas infraestructuras públicas –especialmente aquellas que sirven de soporte a servicios que han sido objeto de liberalización– compiten entre sí con independencia de la titularidad y/o gestión pública o privada de las mismas.<sup>135</sup> Esta circunstancia –apertura a la competencia y, por ende, sujeción a las reglas de defensa de la misma–<sup>136</sup> clama por la aplicación de un régimen del que no se deriven situaciones asimétricas que permitan distorsionar las reglas de funcionamiento competitivo. De allí, entonces, que el régimen de la dominialidad –que sólo resultaría de aplicación cuando la

<sup>132</sup> Cfr. Contrato de Concesión de Obra Pública otorgado bajo el régimen del Decreto N° 425/2003, Cláusula Decimoprimera, “Áreas de Servicios”.

<sup>133</sup> El Numeral 6.3.3. del Contrato de Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, dispone –en lo que aquí interesa– : “[...] El uso de los bienes deberá satisfacer plenamente las necesidades del servicio aeroportuario. Podrán también ser utilizados en forma simultánea para otras actividades afines a la actividad aeroportuaria, pero sin que ello pueda afectar el objeto del presente Contrato de Concesión [...]”. Análogas consideraciones caben, por ejemplo, para las instalaciones afectadas a un uso comercial en las estaciones de subterráneos o ferroviarias que también están sujetas a un régimen jurídico diferenciado.

<sup>134</sup> Cfr. Ariño Ortiz, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>135</sup> Cfr. De la Cuétara Martínez, *Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre redes*, *op. cit.*

<sup>136</sup> A estos efectos, téngase en cuenta que el Artículo 3° de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, dispone –en lo que aquí interesa–: “Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas *públicas* o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional” (la cursiva nos pertenece).

infraestructura pertenezca a la titularidad pública— no sólo debiera quedar limitado al “núcleo duro” del mismo —garantía de su concreta afectación— sino que, además, debiera ser reformulado con el fin de coordinarlo con la aplicación de las reglas de la competencia.<sup>137</sup>

Por otro lado, en nuestro sistema, el régimen dominial se manifiesta por medio de la atribución a la Administración de un especial régimen de policía administrativa conocido como “policía del dominio público”.<sup>138</sup> Se ha sostenido que el ejercicio de ésta emana de lo prescrito en el Artículo 2341 del Código Civil en tanto que dispone: “Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales”.<sup>139</sup> La doctrina, siguiendo en general las enseñanzas de Mayer, ha sido amplia en la determinación del contenido de la “policía del dominio público” en tanto que se ha entendido que ella comprende prescripciones relativas tanto a la conservación material del dominio público como a su utilización<sup>140</sup> y protección de su estatus jurídico.<sup>141</sup> La consecuencia jurídica más relevante de la existencia de este “poder de policía dominial” estaría dada por la prerrogativa de “autotutela dominial” —de carácter excepcional y de interpretación restrictiva— que el Estado ostentaría para lograr su protección *per se* sin necesidad de acudir a sede judicial.<sup>142</sup> Si bien cierta jurisprudencia ha entendido que dicho poder de policía deriva del carácter de “propietario” que el Estado tiene sobre el bien dominial,<sup>143</sup> merece destacarse que parte de la doctrina ha relativizado sensiblemente esta concepción.

<sup>137</sup> En este sentido, véase Lavialle, Christian, “L’acte de gestion domaniale”, en *Mouvement du Droit Public*, *op. cit.*, AA VV, en especial, p. 279, quien cita jurisprudencia del Consejo de Estado que —con razón, según afirma este autor— ha considerado que los actos de gestión dominial, en la medida en que concierna a actividades económicas de mercado, deben respetar las reglas de la competencia. Asimismo, señala el autor que, en particular, aquellas infraestructuras que resultan necesarias para el acceso a un mercado donde se desenvuelven actividades económicas importantes no pueden estar sujetas a reglas diferentes de aquellas en vigor en los otros mercados.

<sup>138</sup> Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la sujeción de la cosa al régimen de la “policía del dominio público” deriva de su propia afectación; cfr. CSJN, *in re* “Don Enrique Alió, por la Provincia de Buenos Aires v/ Mar del Plata Golf Club sobre reivindicación”, *Fallos*: 146:305.

<sup>139</sup> En este sentido, Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, TEA, 1952, p. 200.

<sup>140</sup> Bielsa sostenía que la autoridad inviste suficientes facultades para disponer (i) la reglamentación general del uso y goce normal y, especialmente, mediante disposiciones dirigidas a mantener la seguridad, salubridad y comodidad, sin suspender el uso; (ii) de dictar órdenes especiales restrictivas del uso normal respecto de algunos para beneficiar a la generalidad y conformar determinadas partes del dominio público a su destino; (iii) de suspender momentáneamente el uso del dominio público para facilitar a la colectividad otra forma de uso; (iv) de suspender, de modo momentáneo y circunstancial, el tránsito en la vía pública; (v) de suspender totalmente el uso general con el objeto de reparar la vía pública o hacer posible el funcionamiento de un servicio público, etc.; cfr. *op. cit.*, T. III, p. 494. En similar sentido, Villegas Basavilbaso, *op. y V. cit.*, p. 200.

<sup>141</sup> Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 328.

<sup>142</sup> Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 332 y sigs.

<sup>143</sup> Cfr. CSJN, *in re* “Pose, José D. v/ Provincia del Chubut y otra”, del 01-12-1992, *Fallos*: 315:2834, en especial, considerando 9).

Así, Díez, ha distinguido entre la policía de conservación del dominio público, que juzga emanación del carácter patrimonial del régimen del dominio público, de aquella otra vinculada con la protección del orden público y que considera sometida a las reglas del poder general de policía, asignándoles diferente naturaleza a ambas potestades policiales.<sup>144</sup> Marienhoff ha señalado que la policía del dominio público se trata de una manifestación del “poder general de policía del Estado”.<sup>145</sup>

Lo señalado precedentemente permite advertir que, como principio, no existe una necesaria vinculación entre la protección de la afectación del bien a los fines de interés general –que permite la realización de actos de intervención pública por parte de la Administración– y el carácter de “propietario” que el Estado debe tener sobre aquél para poder ejercerlo válida y eficazmente. Parecería ser que, salvo en lo atinente a la protección material del bien (policía de conservación),<sup>146</sup> bastaría recurrir al “poder de policía general” del Estado para poder tutelar la afectación del bien a la finalidad pública así como para reglamentar las condiciones de su uso y explotación. Incluso merece destacarse que en el Derecho francés cierta doctrina parece haber ido aún más lejos al afirmar que las facultades “señoriales” del Estado sobre el dominio público, en principio, sólo pueden referirse a actos de “gestión interna” que nunca pueden ser oponibles a terceros ajenos a la Administración, en especial, a aquellos que hacen “utilización” de los bienes dominiales, quienes sólo pueden ser afectados por poderes de policía administrativa general.<sup>147</sup>

Sobre el particular, ténganse en cuenta tres ejemplos que pueden servir para ilustrar lo antedicho. El primer caso puede advertirse en bienes que pertenecen al dominio privado del Estado como lo son las minas.<sup>148</sup> Allí no hay dominialidad pública alguna pero, sin embargo, nadie puede dudar de la importancia que la explotación de tales bienes tiene para el interés público, prueba de lo cual es que el propio Código de Minería –luego de prohibir al Estado su explotación y disposición–<sup>149</sup> establece: “La explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de utilidad pública [...]”,<sup>150</sup> lo que hace que las mismas sólo puedan ser expropiadas por causa de una utilidad pública superior a aquella.<sup>151</sup> Este régimen demuestra que para garantizar su explotación y uso no es

<sup>144</sup> Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Omeba, 1969, p. 444.

<sup>145</sup> Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 327.

<sup>146</sup> Incluso, tal como lo ha señalado Marienhoff, a tales fines, la Administración podría optar por recurrir a sede judicial por medio de acciones posesorias; cfr. Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 334 y sigs.

<sup>147</sup> En este sentido, Klein, Claude, *La Police du Domaine Public*, París, LGDJ, 1966, en especial, p. 274 y sigs.

<sup>148</sup> El Código de Minería dispone en su Artículo 7º: “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”. Para una visión crítica de la propiedad estatal de las minas, véase Yeatts, Guillermo M., *El Robo del Subsuelo*, Buenos Aires, Lumière, 2004.

<sup>149</sup> Código de Minería, Artículo 9º: “El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley”.

<sup>150</sup> Código de Minería, Artículo 13, primer párrafo.

<sup>151</sup> Código de Minería, Artículo 16.

menester que el Estado ejerza prerrogativa alguna de “dueño” sino sólo su poder de policía general. Dicho de otra forma: la afectación del bien a un fin de “utilidad pública” se garantiza suficientemente con el ejercicio del poder de policía y no con prerrogativas dominiales.

El segundo ejemplo que podría analizarse es el relativo a las denominadas “rentas públicas” afectadas por las leyes de presupuesto para atender los gastos que demande la función administrativa. Para garantizar tal afectación –cuya importancia no puede albergar duda alguna– no fue necesario someterlas al régimen del dominio público, tal como lo tienen señalado la doctrina<sup>152</sup> y la jurisprudencia de la Corte Suprema,<sup>153</sup> sino sólo limitar el derecho de los particulares acreedores del Estado a ejecutarlas en la medida en que no podrían cambiar por vía judicial la especial “afectación” que aquellas tienen para el mantenimiento de las funciones básicas del Estado.<sup>154</sup> Nuevamente –se advierte– la protección de la “afectación” viene dada por la limitación de los derechos de los particulares, es decir, por el poder de policía.<sup>155</sup>

El tercer ejemplo es el relativo a los bienes afectados a la prestación de servicios públicos prestados por los particulares. Allí, aun sin existir propiedad pública, para proteger la especial “afectación” que éstos tienen basta el ejercicio del poder de policía.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> Marienhoff, *op. y V. cits.*, p. 122, quien entiende que al tratarse de dinero –bien fungible– no pueden ser consideradas bienes del dominio público.

<sup>153</sup> CSJN, *in re* “Don Tomás Jofré y otro c/ La Municipalidad de Salta por cobro de honorarios”, *Fallos*: 121:250; *idem in re* “Don Alfonso Aust c/ La Municipalidad de Campana sobre embargo preventivo”, *Fallos*: 121:330.

<sup>154</sup> La Corte Suprema tiene dicho: “Por ser personas de existencia necesaria, las provincias no pueden por vía de embargo ser privadas de las rentas o recursos indispensables a su vida y desarrollo normal”; Causa C 1635 XXXI, *in re* “Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ San Luis, Provincia de (Poder Ejecutivo) s/ ejecutivo”, del 16-03-99, *Fallos*: 322:447. En igual sentido, Causa P 417 XXIII, *in re* “Pérez, María Elisa y otra c/ San Luis, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, del 16-03-1999, *Fallos*: 323:2954.

<sup>155</sup> Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho: “El Art. 19 de la Ley N° 24.624, que prescribe la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto del sector público, debe ser interpretado de modo tal que armonice con los principios y garantías consagrados por nuestra Ley Fundamental y con el resto del ordenamiento jurídico (*Fallos*: 296:22 y 302:1209, entre otros)”, *in re* “César Augusto Giovagnoli c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro”, fallo del 16-09-1999.

<sup>156</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “[...] si los bienes que integran la base económica de una empresa concesionaria no pueden, sin consentimiento del poder concedente, salir voluntariamente del patrimonio especialmente interdicto del concesionario –esto es, no son susceptible de venta, locación o transmisión por actos de última disposición y no admiten tampoco la constitución de derechos reales–, no es admisible que, so color de una clasificación civilista que resulta disminuida, enervada o desnaturalizada en su esencia propia por la interferencia de otras reglas opuestas o por lo menos en colisión con los principios que fundamentan la legislación común, subsista para esos bienes una naturaleza jurídica plena que no condice con la indisponibilidad forzosa ni con los fines a los que los somete el Derecho público, actuando, como lo hace, en abierta oposición filosófica jurídica con muebles e inmuebles definidos por el Derecho común y relacionados con la propiedad cimentada en otras vertientes filosóficas”; CSJN, “Otonello Hnos. y Cía. y otros c/ Provincia de Tucumán”, 31-10-1948. A su vez, en el caso “Ferrocarril Central Córdoba c/ Ferrocarriles del Estado”, *Fallos*: 239:349, la

Sobre el particular, Fiorini sostenía: “[...] el Artículo 19 de la Constitución Nacional limita las acciones individuales; entre ellas está la disposición de los bienes del particular, cuando pueden afectar el orden público [...]”.<sup>157</sup>

Todos estos ejemplos nos permiten afirmar, entonces, que la finalidad interventora que el Estado perseguiría por medio del régimen dominial puede ser lograda –de igual forma– trasladando el eje del régimen de la noción de “propiedad” a la de “afectación”<sup>158</sup> y, de allí, a su regulación por medio del poder de policía. Es precisamente el ejercicio de esta potestad pública –de base legislativa– la que permite, por un lado, garantizar la afectación de los bienes –en el caso, las infraestructuras públicas– a la satisfacción de los intereses públicos, incluso los vinculados al desarrollo económico social<sup>159</sup> y, por otro, garantizar los derechos de terceros, sean los titulares o los usuarios de tales bienes e infraestructuras, ello, al aplicarse a su regulación las tradicionales limitaciones que al ejercicio de dicho poder le ha impuesto la jurisprudencia nacional.

Finalmente, y a título ejemplarizador, podemos señalar que recientemente en España, en una línea tendiente a reconocer un régimen de infraestructuras de titularidad privada pero afectadas al uso público, se ha sostenido: “[...] es el destino al uso público el que debe ser objeto de regulación y control para garantizar sus adecuadas

---

Corte sostuvo que, tratándose de bienes sujetos al Derecho privado, su titular poseía el poder de disponer de los mismos, salvo que se “variara su destino”, lo cual debe entenderse en el sentido de mantener la afectación al servicio público. Asimismo, se ha dicho: “[...] la concesión que se trata de embargar por el peticionante, dada su naturaleza, está directamente afectada y subordinada a los intereses de la colectividad, que son los que han originado la creación y prestación del servicio, razón que los coloca fuera de las relaciones legales que regulan los Derechos privados; el hecho de que sea un particular el encargado del suministro o prestación del servicio público de que se trata no le quita a la concesión el carácter que por su naturaleza le corresponde [...]”; Cámara Civil 2da. de la Ciudad de La Plata, “Rey c/ Mariño”, 29-12-1925.

<sup>157</sup> Bartolomé, “Los bienes de las concesiones de servicio público”, *La Ley* 154-178, en especial, p. 180.

<sup>158</sup> Hace ya varios años, sostenía Ariño Ortiz: “[...] el fundamento de la protección jurídica que reciben los bienes y derechos se irá desplazando progresivamente de la titularidad (del sujeto) a la afectación (al destino, a la actividad). Este desplazamiento, más que un fenómeno de sustitución dará lugar a una progresiva traslación del régimen propio de los bienes en mano pública –que seguirá conservando sus prerrogativas básicas– a los bienes ‘afectados’ [...], sean o no integrantes de una titularidad pública”, agregando asimismo: “[...] de la titularidad como criterio definidor hemos pasado a la afectación como elemento esencial del concepto y régimen jurídico de los bienes públicos [...]”; Ariño Ortiz, Gaspar, “Inembargabilidad de fondos públicos”, en *Revista de Derecho Privado (España)*, T. LIV, p. 752. Esta noción que privilegia la “afectación” como elemento relevante puede verse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes que registran *Fallos*: 100:193; *Fallos*: 119:372; *Fallos*: 199:456; entre otros.

<sup>159</sup> En este sentido, no puede olvidarse la habilitación legislativa que ha consagrado la Constitución Nacional en su Reforma del año 1994 respecto del desarrollo económico social en su Artículo 75, inciso 19. En lo que aquí interesa, se ha dicho que esta disposición: “[...] ensanchó notablemente los bordes de la llamada cláusula para el progreso y con ello el eventual ejercicio del poder de policía de bienestar [...]”; cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 505.



condiciones de regularidad e igualdad en el acceso a los usuarios, aunque la titularidad del bien otrora demanial recaiga ahora en una entidad instrumental sometida al Derecho privado, incluso en una sociedad mercantil [...]", derivándose de ello la necesidad de reconocer la existencia –al igual que lo que ocurre en el campo del servicio público con el llamado “servicio universal”– : “[...] de ciertas *obligaciones de dominio público* que incumben a quienes gestionan los bienes afectados, con la finalidad de garantizar, precisamente, la integridad de su sustrato físico mientras permanece la afectación, y que legitiman a la Administración para el ejercicio de ciertas prerrogativas clásicas de los bienes públicos”.<sup>160</sup>

## 8. CREACIÓN, FINANCIACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

Al enumerar las principales características de las infraestructuras públicas hemos dicho que éstas son de carácter material o físico –de lo que deriva su carácter artificial y su paralela necesidad de construcción– y, también, de capital intensivo, es decir, que la inversión en ellas, además de ser de magnitud, tiene un largo plazo de amortización. De estas dos características se deriva, entonces, que ningún régimen que gobierne la infraestructura pública pueda resultar ajeno a los mecanismos por los cuáles se obtienen los recursos necesarios para ser aplicados a aquéllas, ya sea para su creación o para su operación, extensión y mantenimiento. Por tal motivo, se ha dicho que la financiación es el principal instrumento que posibilita la realización del proceso de inversión en esta materia. En este contexto, y asumiendo que el mundo de las decisiones de inversión –como toda órbita económica– es un ámbito donde fluyen necesidades múltiples frente a recursos escasos (y por eso, “costosos”), la determinación de las restricciones de financiamiento no puede ser ajena al proceso de evaluación, selección y ejecución de proyectos de infraestructura.<sup>161</sup> Por esto, especialmente en países con dificultades de acceso a fuentes de financiamiento, como lo es la Argentina, las modalidades de ejecución y explotación de infraestructuras públicas se encuentran restringidas por las posibilidades –y costos– del financiamiento, ya sea que éste sea provisto por los presupuestos públicos o por el sector privado. De nada servirá un régimen de infraestructuras “perfecto” desde el punto de vista político y jurídico si no se adecua a dichas exigencias.<sup>162</sup>

De allí que –aun cuando no nos anima la pretensión de agotar esta relevante temática– para sistematizar las principales líneas en las que se desenvuelve la creación y explotación de infraestructuras públicas hayamos elegido hacerlo partiendo de sus formas elementales de financiamiento.

<sup>160</sup> Cfr. Moreu Carbonell, *op. cit.*, p. 466.

<sup>161</sup> Fiel, *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>162</sup> Sobre el particular, adviértase el déficit de inversión en infraestructura en la Argentina desde que nuestro país se desvinculó de los mercados de capitales y de financiamiento.

Adam Smith, en 1776, en *La Riqueza de las Naciones*,<sup>163</sup> sostenía que hay dos formas básicas de costear una obra pública. Así, por un lado, sostenía: “La tercera y última obligación del soberano y del Estado es la de establecer y sostener aquellas instituciones y obras públicas que, aun siendo ventajosas en sumo grado a toda la sociedad son, no obstante, de tal naturaleza que la utilidad nunca podría recompen-sar su costo a un individuo o a un corto número de ellos y por lo mismo no debe esperarse que éstos se aventuren a fundarlas ni a mantenerlas. La ejecución de este deber requiere diferentes grados de inversión en diferentes períodos de tiempo [...]”.<sup>164</sup> Luego, agregaba: “[...] No parece necesario que los gastos se costeen con cargo a las rentas de la Nación; la mayor parte de estas obras públicas pueden ser administradas de tal forma que rindan una renta lo suficientemente amplia para enjugar sus propios gastos sin constituir una carga para la renta general de la sociedad [...]”.<sup>165</sup>

De lo parcialmente transcrito se desprende que, básicamente y en forma modélica, hay dos formas fundamentales de costear obras de infraestructura: por el Tesoro Público mediante los “impuestos” –a lo que cabría agregar los recursos obtenidos por vía de “empréstitos públicos”–<sup>166</sup> o por “precios” a cargo de quienes las utilizan.

La primer forma de costearlas se justifica –según la doctrina económica clásica de la que Smith es su máximo exponente– en que tales infraestructuras revisten la naturaleza económica de “bienes públicos” en el ya apuntado sentido de no admitir la exclusión de su utilización a terceros, de lo que se derivaría que el usuario no tendría incentivo alguno para admitir pagar un precio por su utilización, razón por la cual su costeo debería ser realizado con cargo al Tesoro.<sup>167</sup> Dicho de otra forma, esta forma de “fondeo” vendría impuesta para aquellas infraestructuras que tienen una “baja rentabilidad económica” pero que, al tener una “alta rentabilidad social”, el Estado está interesado en su provisión. En este campo, el criterio de inversión –amén que supone la aplicación del principio de subsidiariedad en tanto se hace cargo de proyectos que no serán apetecibles para el sector privado– se inclina mayormente hacia uno de naturaleza “redistributiva” en la medida en que se extraen recursos de la sociedad en su conjunto para destinarlos a infraestructuras que serán utilizadas en el futuro por otros

<sup>163</sup> Tomamos el enfoque a partir de Adam Smith, de la presentación efectuada por Cáceres, Julio, “Participación Público-Privada”, en *Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura MRE-BID-BNDES*, Río de Janeiro, 13 y 14 de noviembre de 2003, <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/seminario/PPP8.pdf>.

<sup>164</sup> Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and causes of the Wealth of Nations*, V. II, Liberty Fund, Indianápolis, 1981, p. 723.

<sup>165</sup> Smith, *op. cit.*, p. 724.

<sup>166</sup> Sobre el particular, sostenía Alberdi que no hay situación más extraordinaria que la de un país que se haya en la necesidad: “[...] de construir caminos, puentes, muelles, edificios públicos [...]”, razón por la cual, concluía: “[...] se admitirá que el crédito público, aun considerado como recurso extraordinario, entra en el número de los que pone la Constitución Argentina al servicio cotidiano del Gobierno Nacional de ese País [...]”; cfr. Alberdi, Juan Bautista, “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Obras Selectas*, T. XIV, Buenos Aires, Librería La Facultad, 1920, p. 382.

<sup>167</sup> Aplicando esta concepción en el caso argentino, véase FIEL, *op. cit.*, p. 41.

sectores con independencia de su capacidad contributiva y, aun, con independencia de su efectiva utilización. Esta modalidad persigue fines de solidaridad “intergeneracional” en la medida en que redistribuye recursos de la actual generación –que las costea– hacia las futuras –que las utilizarán–, como también “interregional” en la medida en que, al extraer recursos con base exclusiva en la capacidad contributiva de los aportantes y no en función de su domicilio, permite redistribuirlos en infraestructura que será utilizada en otras zonas diferentes del asiento del conjunto de contribuyentes. Asimismo, permite perseguir fines macroeconómicos –como la generación de empleo y de una red de proveedores del Estado– que comúnmente son enunciados como ejemplos del llamado “efecto multiplicador” de la inversión pública. En nuestro país, en el orden nacional, las bases fundamentales de este proceso se encuentran legisladas en la Ley Nacional de Inversiones públicas N° 24.354 que regula lo relativo a la llamada “Inversión Pública Nacional”, es decir, a: “la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las entidades que integran el sector público nacional, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios”.<sup>168</sup>

Históricamente, la ejecución de la infraestructura ha sido llevada a cabo ya sea por el propio Estado<sup>169</sup> o bien recurriendo al sector privado por medio del contrato de obra pública que, si bien tiene como objetivo la entrega del *opus*, como es sabido, su regulación le permite al Estado comitente ejercer un importante poder de “dirección” sobre el proceso de ejecución de la obra, poder éste que resulta, en lo sustancial, la contrapartida del pago periódico que la Administración efectúa al contratista en función del avance de la ejecución.<sup>170</sup> Asimismo, en su formulación tradicional, la realización de la obra puede componerse, básicamente, de dos operaciones diferenciadas: el diseño y la construcción propiamente dicha,<sup>171</sup> esquema éste que, en el ámbito internacional, es conocido como *design then bid*<sup>172</sup> o *design - bid - build*.<sup>173</sup>

<sup>168</sup> Cfr. Artículo 2°.

<sup>169</sup> Para una visión histórica del papel del Estado en el desarrollo de la infraestructura, especialmente, la vial, véanse Álvarez, Norberto, “Crisis y Caminos. La intervención del Estado y el Desarrollo Vial (1930-1943)”, y Carrera, Héctor José Iñigo, “Aspectos del Desarrollo del Sistema Caminero entre 1930 y 1940”, Separatas del V Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina celebrado en Resistencia y Corrientes del 1 al 5 de septiembre de 1981.

<sup>170</sup> Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “[...] resulta obvio que en los contratos de obras públicas no se puede exigir que un contratista disponga de antemano del capital necesario para afrontar la totalidad del presupuesto. Cuenta para ello, como es lógico y natural, con las sumas que va percibiendo durante el curso de los trabajos de acuerdo con las certificaciones pertinentes previstas en el reglamento y pliego de condiciones respectivas [...]”; cfr. *in re* “Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica S.A.”, *Fallos*: 283:345, en especial, considerando 12.

<sup>171</sup> Sobre el particular, véase Barra, *op. y V. cits.*, p. 68 y sigs., y sobre los diversos modos de ejecución de obras públicas, el capítulo V *in totum*.

<sup>172</sup> Véase Hernández Rodríguez, Aurora, *Los Contratos Internacionales de Construcción “Llave en Mano”*, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 52 y sigs.

<sup>173</sup> Huse, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey Contracts*, Londres, Sweet y Maxwell, 1997, p. 2 y sigs.

No obstante, este mecanismo de ejecución tiene como principal desventaja una amplia diversificación de las responsabilidades del proyecto –efecto lógico al separar sus etapas en contratos diferentes– que genera grandes costos para el erario público y que conspira, en definitiva, contra la eficiencia del sistema de ejecución al resultar dificultoso atribuir las responsabilidades por los defectos o vicios que puedan tornar la infraestructura en inutilizable.<sup>174</sup> De allí que desde el campo internacional –especialmente, en el ámbito de los grandes proyectos de infraestructura– se haya desarrollado el sistema de contratos “llave en mano” o *turnkey contract* que, en lo sustancial, está orientado a eliminar los costes de transacción propios de la diversificación de responsabilidades por medio de la transferencia a un único sujeto de la responsabilidad global del proyecto, de forma tal que éste queda obligado frente al comitente y a cambio del pago de un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada.<sup>175</sup> Si bien esta modalidad de ejecución tiene, a su vez, diversas especies,<sup>176</sup> lo cierto es que, a la par de traslucir una notable disminución en el rol de la Administración comitente que reduce el riesgo de conflictividad –y por ende, el costo del financiamiento al que el contratista deberá recurrir para financiar la construcción en la medida en que sólo percibirá el precio una vez entregada la infraestructura en condiciones de operatividad–,<sup>177</sup> permite obtener un precio más beneficioso para el Estado, fruto de la eficiencia asignativa que se le impone, implícitamente, al contratista.<sup>178</sup> No obstante, la integración de diversas prestaciones dentro de un único contrato puede tener, como contrapartida, la posibilidad de constituirse en una restricción a la competencia si por vía de la licitación y contratación diversificada de algunas de dichas prestaciones se pueden generar mayores eficiencias que proveyendo su integración en un único contrato. De allí que resulte imperioso, como recaudo previo a disponer su contratación bajo el sistema “llave en mano”, realizar un análisis de su procedencia desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia.

Ahora bien, este modelo de costeo y ejecución de obras de infraestructura presenta, en lo sustancial y en lo que a este trabajo interesa, importantes objeciones e inconvenientes. En primer lugar, aunque la objeción tiene menor entidad en los contratos “llave en mano”, el modelo de ejecución se asienta en la noción de “obra

<sup>174</sup> Para una visión general de esta temática en el campo de los contratos internacionales de construcción, véase Glavinis, Panayotis, *Le Contrat International de Construction*, París, GLN Joly Editions, 1993, p. 268 y sigs.

<sup>175</sup> Hernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 47; ídem Huse, *op. cit.*, p. 6.

<sup>176</sup> Sobre el particular, véase Hernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 48 y sigs.

<sup>177</sup> Entre nosotros se ha dicho que en los contratos “llave en mano” el adjudicatario no sólo asume la obligación de construir la obra sino también, la de financiarla; cfr. Guiridlian Larosa, Javier, *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de Gestión y Financiación)*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 51.

<sup>178</sup> Huse, *op. cit.*, p. 6.

pública” como objetivo sin asegurar, por intermedio de su régimen, un reaseguro frente a su operatividad u explotación. Esta visión “estática” desnaturaliza el concepto de infraestructura que hemos dado al comienzo en el sentido de que ella sólo se justifica y maximiza desde el punto de vista político, económico y jurídico en función de su explotación. De allí que centrar la idea de ejecución de contratos de infraestructura sobre la base del de obra pública sólo puede derivar en una visión parcial e insuficiente de lo que se debe perseguir en este campo, lo que puede llevar a maximizar el gasto de construcción en desmedro de su explotación, tal como ya lo hemos advertido. En segundo lugar, y por los motivos que hemos señalado al comienzo de este trabajo, sujetar un determinado proyecto de infraestructura al financiamiento de los presupuestos públicos importa sujetar éste a las restricciones presupuestarias que, periódicamente, son impuestas por razones de índole política, que sacrifica el largo plazo por las necesidades corrientes, derivando, entonces, en obras de infraestructura nunca terminadas ni explotadas o en extensiones de plazos de ejecución que terminan conspirando, precisamente, contra los tesoros públicos. En tercer lugar, hacer recaer el peso del costo de la infraestructura exclusivamente en el erario público importa trasladar al contratista –y por ende, a quienes lo financian– el costo de la insolvencia estatal, fenómeno ampliamente conocido en nuestro país, lo que redundará en mayores precios para el Estado y, por ende, en mayores cargas para los contribuyentes, sin que se obtenga como contrapartida una mejor calidad de la infraestructura. En cuarto lugar, no cabe omitir que el gasto de inversión pública en materia de obras de infraestructura –en la medida en que debe distribuirse en varios ejercicios presupuestarios previa obtención de la partida plurianual–<sup>179</sup> constituye, técnicamente, “deuda pública”<sup>180</sup> y, por ello, la decisión de llevar adelante un proyecto como los que analizamos supone someterlo a las limitaciones que, tanto en el orden interno<sup>181</sup> como en el orden internacional–en virtud de los acuerdos con

<sup>179</sup> Del juego de las disposiciones contenidas en los Artículos 7º, 15 y 5º, segundo y cuarto párrafos de las Leyes Nros. 13.064, 24.156 y 24.629, respectivamente, surge la necesidad –bajo pena de nulidad– que todo contrato administrativo de obra que su ejecución insuma más de un ejercicio presupuestario debe contar con crédito legal previo –crédito establecido por la ley de presupuesto o por ley especial–, lo que implica la autorización legislativa para contratar tales obras y por el monto total que demande la ejecución de la misma en la totalidad de los ejercicios presupuestarios comprometidos.

<sup>180</sup> La Ley Nº 24.156, en su Artículo 57, dispone: “El endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública y puede originarse en: [...] d) La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de UN (1) ejercicio financiero posterior al vigente, siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente [...]”.

<sup>181</sup> Por ejemplo, la Ley Nº 25.152, que en su Artículo 2º, inciso f) dispone: “[...] La deuda pública total del Estado nacional no podrá aumentar más que la suma del déficit del Sector Público Nacional No Financiero, la capitalización de intereses, el pase de monedas, los préstamos que el Estado Nacional repase a las provincias y el pago establecido en las Leyes Nros. 23.982, 24.043, 24.070, 24.073, 24.130, 24.411, 25.192, 25.344, 25.471 y los Artículos 41, 46, 61, 62 y 64 de la Ley Nº 25.565 y los Artículos 38, 58 (primer párrafo) y 91 de la Ley Nº 25.725, cuyo límite anual de atención se establecerá en cada Ley de Presupuesto Nacional. Se podrá exceder esta restricción cuando el endeudamiento se destine a

organismos multilaterales de crédito que ha suscrito la Argentina—,<sup>182</sup> se han establecido para restringir el incremento de la deuda pública. En quinto lugar, se ha considerado que hacer pesar sobre los contribuyentes actuales, sin distinción de las posibilidades efectivas —o no— de utilización de la infraestructura por parte de ellos, importa generar inequidades “intergeneracionales” e “interregionales”.<sup>183</sup>

Frente a la apuntada forma de costeo —siguiendo el esquema planteado por Smith— aparece el otro “modelo” que se apoya, sustancialmente, en la percepción de un “precio” pagado por quienes utilizan la infraestructura y que tiende, como mínimo, a solventar los costos de aquella, tanto los de construcción como los de operación, expansión y mantenimiento. Al hacer hincapié en la idea de “precio”, resulta claro que esta modalidad sólo sería aplicable, por un lado, a aquellas infraestructuras que no revistan la naturaleza de “bienes públicos” en sentido estricto en tanto que permiten admitir la exclusión de aquellos que se nieguen a pagar el precio en cuestión;<sup>184</sup> y, por otro lado, a aquellas infraestructuras que tengan “media” o “alta” rentabilidad económica, incluyendo —en determinados casos— la posibilidad de que se contemplen subsidios cruzados entre diferentes clases de usuarios,<sup>185</sup> puesto que de lo contrario su costeo deberá ser realizado con cargos al tesoro público, por ejemplo, por medio de subsidios explícitos.<sup>186</sup> Esta modalidad presenta dos ventajas: por un lado, que es la que mejor se adecua al concepto de infraestructura pública que hemos dado, en la medida en que el pago del precio está necesariamente asociado con la explotación que de aquella se haga y con el servicio que se presta con asiento

---

cancelar deuda pública con vencimientos en el año siguiente [...]”. Asimismo, su Artículo 9º, luego de crear el Fondo Anticíclico Fiscal, dispuso que cuando los recursos alcancen en un ejercicio el monto máximo del tres por ciento (3%) del PBI, los excedentes acumulados durante ese ejercicio podrán aplicarse sólo a la cancelación de deuda externa, habiéndose vetado por el Poder Ejecutivo la posibilidad de aplicar dicho superávit a gastos de inversión pública; cfr. Decreto N° 1.017/1999.

<sup>182</sup> El caso más prototípico es, para la Argentina, el acuerdo con el Fondo Monetario Internacional en el curso del año 2003 en el cual la República se comprometió para el año 2004 a un superávit equivalente al 3% del PBI como base para atender los pagos de la deuda en estado de cumplimiento y de la que será objeto de reestructuración, así también; para Ruiz Ojeda, el compromiso allí contraído de mantener al mínimo el nivel de endeudamiento; cfr. <http://www.mecon.gov.ar/finanzas/download/memo.pdf>.

<sup>183</sup> En este sentido, haciendo referencia a un documento de la OECD, véase Ruiz Ojeda Alberto, “Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras”, en Ruiz Ojeda, Alberto (coord.), *La Financiación Privada de Obras Públicas. Marco Institucional y técnicas aplicativas*, Madrid, Civitas, 1997, p. 53.

<sup>184</sup> FIEL, *op. cit.*, p. 41.

<sup>185</sup> En este sentido, véase Harris, Clive, *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries. Trends, Impacts and Policy Lessons*, World Bank Working Paper N° 5, 2003, p. 35. No obstante, la posibilidad de subsidios cruzados será más restringida en aquellas infraestructuras con mayor apertura a la competencia (por ejemplo, telecomunicaciones, gas natural) respecto de aquellas de naturaleza monopólica (por ejemplo, agua y saneamiento).

<sup>186</sup> En este sentido, se ha dicho que la cobertura de los costos de la inversión y de la utilidad del inversor en infraestructura puede provenir de dos fuentes: del “mercado” o de alguna forma de subsidio público; cfr. Crampes, Claude y Estache, Antonio, *Regulatory Trade –Offs in the design of concession contracts*, World Bank, 1997, p. 5.

en ella; por otro lado, al exigir su pago sólo a quienes la utilizan, permite limar las tachas de “inequidad” intergeneracional e interregional<sup>187</sup> de las que había sido objeto el anterior modelo.

En principio, este esquema admite tanto la participación pública como la privada en las tareas de creación y explotación de la infraestructura. No obstante, cuando se trata de incorporar una nueva infraestructura aún no construida, resulta obvio que el precio de su utilización sólo podrá ser percibido de los usuarios una vez que aquella se encuentre construida y habilitada. Así, la percepción del precio sólo tendrá la finalidad de “repagar” la primitiva inversión. Esta circunstancia incide de modo diferente según sea el sector público o el privado el que tenga a su cargo la construcción y explotación de la infraestructura. De esta manera, en el supuesto de que corresponda a la propiedad y gestión pública, para poder financiar su creación *ex novo* resultará necesaria la provisión de fondos públicos –ya sea por vía de aplicación de recaudación tributaria o por vía de endeudamiento– con la pertinente partida plurianual generadora de deuda pública, con lo cual no se logra –plenamente– excluir esta clase de infraestructuras de las restricciones presupuestarias y financieras a que hemos hecho referencia y que representan una limitación importante para la participación del sector público en esta materia.

Por tales motivos –sumados a otros de naturaleza económica<sup>188</sup> e ideológica<sup>189</sup> cuyo tratamiento no es objeto del presente trabajo– resulta usual que los gobiernos trasladen el costo y el riesgo de la financiación, y de su consecuente explotación, al sector privado, mas asegurándose que luego de determinado plazo la infraestructura en condiciones de operatividad sea transferida al sector público. Por medio de este procedimiento se evita que las restricciones presupuestarias sean una limitante para la provisión de infraestructura, a la par que, al restringir el gasto de inversión y no incrementar por tal motivo la deuda pública, se pueden aplicar los recursos públicos remanentes a otras finalidades de interés general.<sup>190</sup>

Esta transferencia de responsabilidades públicas en la financiación y gestión de infraestructuras es lo que, en un sentido amplio, se ha dado en denominar “privatización” y que tuvo su auge en el mundo y especialmente en Latinoamérica y en la

<sup>187</sup> Ruiz Ojeda, Alberto, *op. y p. cit.*

<sup>188</sup> Por ejemplo, la creación de mercados competitivos, el mejoramiento de la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios que se apoyan sobre ellas mediante la introducción de los aportes del sector privado en la gestión de infraestructuras, etcétera.

<sup>189</sup> Por ejemplo, el retiro del sector público hacia funciones de regulación y control y de gestión exclusivamente subsidiarias respecto del sector privado.

<sup>190</sup> Se ha dicho que una de las finalidades perseguidas en la década de los años noventa al fomentar la participación privada en infraestructura fue evitar el “drenaje” de recursos que ocasionaba en los presupuestos públicos la inversión en infraestructura; cfr. Harris, *op. cit.*, p. 5. En igual sentido, Bettinger, Christian, *La Gestion Déléguée des Services Publics dans le Monde. Concession ou BOT*, París, Berger - Levrault, 1997, p. 236.

Argentina –como es sabido– en la década de los años noventa.<sup>191</sup> En este proceso, el papel del Estado quedó –principalmente– restringido a las funciones de diseño de los marcos regulatorios y contratos, y a las de regulación y control.<sup>192</sup> De este modo, en lo que al objeto de este trabajo interesa, cabe señalar que en materia de infraestructura este proceso fue instrumentado, principalmente, por medio de mecanismos contractuales mediante los cuales se encomendó al sector privado la construcción, operación y ulterior transferencia al sector público de tales infraestructuras, mecanismos éstos conocidos como “BOT” por sus siglas anglosajonas (*Build, Operate & Transfer*), denominación ésta que reconoce sus orígenes en los comienzos de la década de los años setenta para los emprendimientos de infraestructura desarrollados en Turquía.<sup>193</sup> En lo sustancial, este sistema se caracteriza por una convención mediante la cual a una empresa particular o a un consorcio de empresas particulares se le encomienda la construcción de una infraestructura pública, para lo cual utilizará fondos privados y, ulteriormente, tendrá a su cargo su explotación o gestión durante un período de tiempo –generalmente, en la experiencia internacional, de treinta años– a cuyo término la propiedad de tales infraestructuras será transferida al Estado. Durante dicho período, la sociedad explotadora se encuentra autorizada a percibir una tarifa a cambio de la prestación de un servicio en favor de los usuarios.<sup>194</sup> Es dable destacar que este sistema reconoce modalidades contractuales diferentes según cuáles sean la extensión y la naturaleza de las tareas encomendadas al sector privado. Así, por ejemplo, en la experiencia comparada se ha hecho referencia a los contratos de construcción, propiedad, operación y transferencia (“BOOT”

<sup>191</sup> Sobre este proceso, véase Manzetti, Luigi, *Privatization: South American Style*, Oxford University Press, Nueva York, 1999. Este autor define al proceso de privatización como: “la transferencia de activos y funciones de servicio desde el sector público hacia el privado”, p. 1. En un sentido similar, Barra ha distinguido entre una privatización “absoluta” que implica la transferencia de activos del Estado en favor de los particulares, y una “relativa” donde solamente se transfiere la gestión del servicio; cfr. Barra, Rodolfo C., “Bases Jurídicas de las Privatizaciones: La Concesión de Obra y Servicio Público en el Proceso de Privatización”, en AA VV, *Privatizaciones en Argentina-Privatizations in Argentina-*, Buenos Aires, Bureau de Investigaciones Empresariales, 1991, Capítulo II.1. Asimismo, ha sido publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, enero-abril de 1991, p. 17 y sigs. Para una visión de las diferentes cuestiones jurídicas que, a comienzos de la década del noventa presentaba el proceso de privatización, véase Mitrani, Christian, “Privatización: métodos y cuestiones jurídicas (Primera y Segunda Partes)”, *La Ley* 1990-D-1069 y *La Ley* 1990-E-637.

<sup>192</sup> Para una visión de conjunto del papel del Estado en este proceso, véanse Cassagne, Juan Carlos, “Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *La Ley* revista del 27 de febrero de 2002; Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, *op. cit.*; Comadira, “La experiencia regulatoria argentina”, *op. cit.*; Tawil, Guido S., “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Revista El Derecho* del 28 de julio de 2000, *inter alia*.

<sup>193</sup> Se ha señalado que el sistema BOT fue erigido como sistema autónomo por el Primer Ministro Turco Turgut Ozal; cfr. Bettinger, *op. cit.*, p. 97.

<sup>194</sup> Bettinger, *op. cit.*, p. 98. En similar sentido, véase Freshfields Buckhaus Deringer, *A draft BOT Law*, <http://www.freshfields.com/practice/finance/publications/pdfs/2056.pdf>.



o *Build, Own, Operate & Transfer*); a los contratos de construcción, propiedad, operación, subsidiarización y transferencia (“BOOST” o *Build, Operate, Own, Subsidi-ze & Transfer*); a los de diseño, construcción, financiación y operación (“DBFO” o *Design, Build, Finance & Operate*), y a los de construcción, propiedad y operación (“BOO” o *Build, Own & Operate*).<sup>195</sup> En el mercado financiero internacional, el régimen del BOT es, generalmente, asimilado al régimen concesional, en la medida en que se hace apoyar la noción en el carácter de licencia para construir, operar y transferir que tiene la convención con el Estado.<sup>196</sup> Esta circunstancia ha hecho que en nuestro país las especies paradigmáticas del contrato BOT hayan sido la concesión de servicios públicos y la de obra pública, a la par que también revestirían esta modalidad otras denominadas de “construcción, operación y mantenimiento” (“COM”) o de “construcción, reparación y mantenimiento” (“CREMA”) que pueden, o no, revestir naturaleza concesional,<sup>197</sup> siendo lo relevante para que encuadren dentro de esta noción que el precio sea percibido en función de su explotación.

<sup>195</sup> Bettinger, *op. cit.*, p. 102 y sigs.

<sup>196</sup> Bettinger, *op. cit.*, p. 97; ídem Vinter, Graham D., *Project Finance*, Londres, Sweet y Maxwell, 1998, 2ª ed., p. 36 y sigs.

<sup>197</sup> Por ejemplo, en el caso de los contratos COM utilizados para la construcción y explotación de ampliaciones del sistema de transporte de energía que no constituyen, en sentido jurídico, concesiones de servicios públicos ni de obra pública, véase “Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte de Energía en Alta Tensión”, Anexo 16 de *Los Procedimientos*, <http://memnet2.cammesa.com/inicio.nsf/marconormativa>. No obstante, entre nosotros, Fanelli Evans tiene dicho sobre el particular: “[...] Por de pronto conviene comenzar por despejar lo atinente a algunos llamados “sistemas alternativos de contratos” destinados a la realización de obras públicas, como los denominados BOT (o COT por Construir, Operar y Transferir) o CREMA (por Construcción Rehabilitación y Mantenimiento). Algunos funcionarios y empresarios han creído ver en ellos nuevos tipos contractuales. No es así. Dichos contratos no constituyen nuevas categorías distintas de las conocidas tradicionalmente: o son contratos de obra pública (de pago diferido o no), o son contratos de concesión de obra pública. Ello depende de quién los paga: el Tesoro en el primer caso y los usuarios o beneficiarios, en el segundo. No hay otra posibilidad. Lo que ocurre es que dichas atractivas siglas no pasan de hacer referencia al “objeto” del contrato, es decir, lo que se le exige al contratista. Pero ello no altera para nada la esencia del contrato, que seguirá siendo contrato de obra pública (quizá de pago diferido) o de concesión, dependiendo ello de quién lo paga. De esta suerte, pueden seguir inventándose denominaciones atractivas, como PIREMA (por Pintura, Revoque y Mantenimiento) o FREBAPI (por Fresado, Bacheo y Pintura) o cualquier otra que indique o dé idea del contenido de las obligaciones que se le imponen al contratista. Pero ello en nada alterará la esencia del acuerdo de voluntades, el que no tendrá otra alternativa que ser contrato (a veces, de pago diferido) o concesión, según la alternativa que se elija para su financiación. Por lo expuesto, tampoco constituyen concesiones ningún otro tipo de obras públicas en que los usuarios o beneficiarios no son los que las sufragan. Ello es de la esencia de la concesión. Por lo tanto, no revisten el carácter de concesiones las obras públicas pagadas con impuestos (por ejemplo, a los combustibles), aun cuando sean de afectación específica. Tales acuerdos son lisa y llanamente contratos de obra pública de pago diferido o “falsa concesión”, como certeramente las denomina Barra (Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, T. I, Buenos Aires, 1984, p. 385.) [...]”, Fanelli Evans; Guillermo, “La financiación de concesiones de obras y servicios públicos”, *La Ley* 1998-D-958.

Tal como lo hemos expuesto en otra oportunidad,<sup>198</sup> estos contratos pueden regularse, sustancialmente, bajo dos modelos diferentes. Así, en primer lugar, el Estado puede haber adoptado una regulación de “comando y control” por medio de la cual no sólo se regulan los “resultados” que se le exigen al contratista sino también los “medios” a través de los cuáles deberá arribarse a tales resultados, lo que tiene lugar por medio del establecimiento de “planes de inversión obligatoria” para el concesionario. Bajo este modelo, utilizado principalmente en el ámbito del agua potable para algunos contratos, los ferrocarriles y durante los primeros cinco años de vigencia de las licencias de transporte de gas natural, la Administración se asegura la instalación de nueva infraestructura y un mayor “dirigismo” en la gestión concesional que, como contrapartida, conlleva un régimen de retribución fundado en el denominado “costo *plus*” o “costo del servicio” destinado, principalmente, a asegurar el reembolso de los costos de inversión y la utilidad razonable computada sobre el capital invertido. No obstante, este modelo regulatorio tiene como inconveniente –entre muchos otros, básicamente derivados de las importantes asimetrías informativas que conllevan los contratos de larga duración– que no incentiva la eficiencia en la gestión, obligando muchas veces a la realización de obras e inversiones superfluas o que no son las necesarias para la prestación del servicio en las condiciones de calidad exigidas, pero que, no obstante, su costo, al haber sido impuesto por el Estado, es transferido a los usuarios. Frente a este modelo, existe otro que trata de superar las deficiencias del apuntado y, por lo tanto, en lugar de imponer la realización de inversiones obligatorias –tanto físicas como monetarias– se limita a imponer el logro de determinados resultados –básicamente, de calidad de servicio–, dejando a la discreción del operador la determinación de los medios –inversiones– a través de los cuáles deberá arribar a tales resultados. Bajo este modelo –que en nuestro país ha tenido aplicación especialmente en materia de energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones– las facultades de dirección de la Administración se encuentran reducidas, a pesar de que cobran particular importancia las relativas al control de tales resultados de gestión, garantizado con un régimen de importantes penalidades de las que sólo puede liberarse si se acredita la fuerza mayor o el caso fortuito. La idea subyacente consiste en generar incentivos –de allí su denominación de “regulación por incentivos”– al operador para que, siendo eficiente en su gestión, pero con el objetivo del logro de los resultados impuestos, realice las inversiones en infraestructura que sean necesarias para la prestación adecuada y regular del servicio. Este mecanismo de incentivos tiene especial apoyo en el sistema de retribución que, en lugar de basarse principalmente en los costos y en la tasa de rentabilidad como variante regulatoria, se establece en un sistema de “precios tope” (*price cap*) que le permiten al concesionario, durante un determinado período de tiempo –gene-

<sup>198</sup> Cfr. Aguilar Valdez, Oscar R., “Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios” (en prensa).

ralmente quinquenal— apropiarse de las ganancias de eficiencia que vaya obteniendo por medio de su gestión. Éstas, en el siguiente período tarifario, deberán ser trasladadas a los usuarios por vía de una disminución de las tarifas en términos reales.<sup>199</sup> Si bien, como principio, este modelo parece ser el que mejor se adecua a un régimen de infraestructuras públicas —en la medida en que el objetivo, antes que su maximización como realidad física, es la obtención de los beneficios derivados de su racional y eficiente explotación por medio del servicio destinado al público—, lo cierto es que, principalmente en nuestro país, ha sido objeto de críticas severas en tanto desinteresa al Estado de la planificación de la infraestructura. Como también es cierto que, al limitar los controles estatales a los “resultados” de modo *ex post*, no se asegura suficientemente la prestación,<sup>200</sup> a lo que ha coadyuvado la inexistencia de efectiva capacidad de contralor de tales resultados por parte de los reguladores.<sup>201</sup> Finalmente, también se ha dicho que los resultados de su aplicación habrían derivado en una reasignación de rentas en favor de los prestadores sin que la pretendida “eficiencia” se hubiese logrado.<sup>202</sup> No obstante, debe señalarse que los descritos se tratan de dos modelos “puros” que en muchos casos aparecen entremezclados, generando sistemas mixtos o “híbridos”, tal como acontece, por ejemplo, en materia de agua y saneamiento, aeropuertos y concesiones viales.<sup>203</sup>

Ahora bien, bajo esta modalidad de desarrollo de sistemas de infraestructura, como hemos visto, el financiamiento para la realización de las obras e inversiones que necesariamente deberán habilitarse al uso público para así poder percibir los precios y tarifas pertinentes, se encuentra a cargo del explotador. Sin embargo, no puede escaparse que, debido a la magnitud de las inversiones iniciales que deben realizarse para construir y poner en estado de operación una infraestructura pública, difícilmente una empresa o un consorcio de ellas pueda hacerlo con capital propio o con endeudamiento en sus respectivos balances. Debe tenerse en cuenta —especialmente para este último supuesto— la existencia de restricciones al endeudamiento establecidas en función de la capacidad prestable que cada empresa tiene para con el sector financiero, como también las derivadas de la proporción que debe existir entre el nivel de endeudamiento y el de capital. Por otra parte, también debe consi-

<sup>199</sup> La fórmula RPI-X es la que expresa esta ecuación. Sobre el particular, véase Tawil, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, *op. cit.*, y Sacristán, Estela B., “Eficiencia y Tarifas (con especial referencia al Factor X)”, en *Revista de Derecho Administrativo* 2001, Buenos Aires, 2001, p. 188 y sigs. y la completa bibliografía allí citada.

<sup>200</sup> Señala que ésta es la principal crítica formulada al sistema de control *ex post*; Pozo Gowland, Héctor, “Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos”, en *El Derecho* Suplemento de Derecho Administrativo del 31-08-2004, p. 2. Sobre el particular, recuérdense las críticas que mereció el ENRE por no haber “controlado” las obras, el estado y el funcionamiento de la Sub Estación Azopardo que derivaron en el conocido corte de principios de 1999 que afectó a gran parte de los usuarios de la Capital Federal.

<sup>201</sup> Thwaites Rey y López, *op. cit.*, p. 57.

<sup>202</sup> Ídem.

<sup>203</sup> Para una visión de conjunto de los sistemas “híbridos”, véase Spiller y Abdala, *op. cit.*

derarse que, aún cuando existiese la posibilidad de recibir fondos –ya sea por vía de aporte de accionistas o provenientes del financiamiento bancario– la circunstancia de que dicho financiamiento –corporativo o financiero– sea realizado contra el balance de la compañía supone estar afectado –en su capacidad de repago– por los riesgos derivados de los múltiples proyectos que la empresa deudora –lo que puede advertirse con claridad en el caso de las empresas constructoras y de infraestructura– puede tener en ejecución en todo el mundo. Ello deriva, necesariamente, ya en una exigencia adicional de garantías, ya en un mayor costo financiero cuya traslación al precio del proyecto o a los usuarios resultaría inviable desde el punto de vista político y comercial.<sup>204</sup>

Por tales motivos, se ha dicho que los recursos para el financiamiento de esta clase de proyectos no hay que buscarlos prioritariamente en las empresas que los promueven, sino allí donde éstos están: en los mercados de capitales, hoy favorecidos por su “globalización”.<sup>205</sup> De esta forma –si bien puede rastrearse su origen en los mecanismos de financiación de proyectos petroleros *off shore* del Mar del Norte durante la década del setenta–<sup>206</sup> durante los años noventa se han ideado internacionalmente mecanismos –conocidos como *project finance*–, orientados, precisamente, a suplir las restricciones que existen para su financiación por los sectores públicos y privados y a posibilitar que los mismos sean fondeados por los mercados de capitales a costos más bajos y razonables. Estos mecanismos, en lo sustancial, suponen que el repago del financiamiento obtenido en tales mercados sea realizado, no contra el balance de las empresas contratistas, sino contra el flujo de fondos que tales proyectos generan.<sup>207</sup> En gran parte, la suerte de dicho repago se asocia con el éxito del proyecto, lo que no convierte el financiamiento en cuestión en uno de carácter corporativo puesto que, al no existir en cabeza del financista un derecho a las mayores utilidades que sobre el monto del endeudamiento pudieran existir,<sup>208</sup> el financista no puede ser asimilado a un accionista.<sup>209</sup> Por otra parte, en tanto que el

<sup>204</sup> Para una visión de las restricciones apuntadas, véase Vinter, *op. cit.*, p. 2 y sigs.

<sup>205</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, “Infraestructuras: nuevo marco legal”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>206</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 7.

<sup>207</sup> En un sentido amplio, se ha dicho que: “el *project finance* supone el financiamiento de un proyecto de infraestructura de gran envergadura [...] donde la mayor parte del financiamiento no es provista por ninguna forma de aporte de capital y que debe ser repagado, principalmente, con los fondos generados por el proyecto mismo”; Vinter, *op. cit.*, p. 31; en similar sentido, véanse en nuestra bibliografía, Mairal, Héctor A., “La teoría del contrato administrativo...”, *op. cit.*, en Gordillo, Agustín (Director), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 5; Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 63; Correa Luna, Alejandro y Onetto, Claudio Andrés, “Estudio legal de la garantía y pago del financiamiento de proyectos petroleros (Su aplicación a contratos de locación de obras y servicios en general)”, *La Ley* 1988-D-1074, y Aramburu, Pedro Eugenio, “Conceptos básicos sobre el *project finance*”, en *La Ley* 1999-B-1041. Una referencia reciente a este mecanismo de financiación en materia de servicios públicos puede leerse en la Resolución ENARGAS 2877/2003, del 19-09-2003.

<sup>208</sup> Denominado en el léxico financiero como *upside*.

<sup>209</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 4.

financiamiento no recae como deuda en el balance de las empresas promotoras del proyecto —a este respecto, téngase en cuenta que la empresa que tiene a su cargo la ejecución del proyecto suele ser constituida como “vehículo de propósito especial” a los fines exclusivos de tomar a su cargo el respectivo proyecto de modo de aislarlo de los riesgos de otros proyectos de sus accionistas o promotores—,<sup>210</sup> el financista no es, técnicamente, acreedor de aquéllas sino del “proyecto” en sí mismo considerado.<sup>211</sup> Por tales motivos, el *project finance* es, verdaderamente, un financiamiento “al proyecto” y no a personas jurídicas determinadas.<sup>212</sup> Al ser un sistema de “recurso limitado” contra los promotores del proyecto —ello, en la medida en que, salvo en lo tocante al riesgo de terminación y habilitación de la infraestructura,<sup>213</sup> los promotores no deberán responder por la insuficiencia de fondos o de activos del proyecto—<sup>214</sup> los financistas —en rigor, y en mayor parte, los mercados de capitales que adquirirán papeles de deuda cuyo pago estará garantizado con el flujo de fondos del proyecto—<sup>215</sup> asumen, principalmente, el riesgo de ejecución del proyecto.<sup>216</sup> Por esa razón, y para que el proyecto pueda ser satisfactoriamente financiado,<sup>217</sup> resulta necesario comprender que la clave del *project finance* radica en una correcta distribución de riesgos, de modo de no trasladar al financista aquellos que no está en condiciones de asumir, pronosticar o garantizar, o que sus efectos son potencialmente amplios o abiertos.<sup>218</sup> En tal sentido, un profesional con trayectoria internacional en esta clase de operaciones grafica la cuestión diciendo que un financista podrá asumir que un yacimiento petrolero carezca de reservas petroleras porque tal riesgo puede ser monitoreado por medio de informes de ingenieros; podrá asumir que exista cierta demora en la terminación de la obra porque el contratista será pasible de multas por atrasos; pero, por ejemplo, no podrá asumir el riesgo de un cambio en el régimen jurídico aplicable al proyecto si aquél no puede ser trasladado a los consumidores o

<sup>210</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 25, donde señala que la filosofía del *project finance* es apartar a la compañía de propósito especial de la mayor parte de los riesgos extraños al proyecto en cuestión. En similar sentido, entre nosotros, véase Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 64.

<sup>211</sup> Mairal, *La teoría del contrato administrativo...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>212</sup> Correa Luna y Onetto, *op. cit.*

<sup>213</sup> Llamada etapa de *project completion*. La que se desarrolla luego de su habilitación al uso público se denomina de *project performance*.

<sup>214</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 111 y sigs. Por tal motivo, como bien se ha señalado, aun fracasando un determinado proyecto, el promotor no tiene por qué quebrar; cfr. Aramburu, *op. cit.*

<sup>215</sup> Ello, fruto de una operación de “titularización” o “securitización”; cfr. Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 70.

<sup>216</sup> Cfr. Fucci, Frederick, “*Strategies for risk management in international IPPs: terms of the projects documents*”, ponencia presentada en *Power-Gen International '99 Conference*, Louisiana, Nueva Orleans, diciembre 1º, 1999, [http://www.thelenreid.com/articles/article/art\\_51\\_idx.htm](http://www.thelenreid.com/articles/article/art_51_idx.htm).

<sup>217</sup> Esta circunstancia es conocida en la terminología financiera como *bankability*; cfr. Vinter, *op. cit.*, p. 85 y sigs.

<sup>218</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 85.

a un tercero ajeno al proyecto. El riesgo de cambio de las reglas de juego constituye una especie de “cheque en blanco” porque no hay forma de saber si ese riesgo realmente puede materializarse y, si el cambio tiene lugar, determinar la extensión que tendrá.<sup>219</sup> Asimismo, podrán asumir un incremento en la carga tributaria general en el país o en la región donde el proyecto se desarrolla, mas no la sanción de un régimen tributario diferencial o discriminatorio para él.<sup>220</sup> Nótese que ya no se trata de una cuestión de “precio” sino, lisa y llanamente, de la viabilidad del financiamiento.<sup>221</sup> Así, puede juzgarse la importancia de la estabilidad de los compromisos asumidos por los gobiernos en los contratos de infraestructura, ello en tanto que ya no se trata del interés del promotor del proyecto –quien estará, por múltiples razones, en mejores condiciones de “administrar” ese riesgo y quien, además, no responde por el financiamiento– sino del interés de quienes han decidido confiarle sus fondos, habiéndolo seleccionado entre una multiplicidad de proyectos en los cuales podrían haberlos invertido.<sup>222</sup>

En adición a lo expuesto, uno de los principales riesgos que los financistas tratarán de evitar es el derivado de la rescisión anticipada del contrato celebrado con el gobierno. La razón es lógica si se advierte que con su terminación anticipada se frustrará la posibilidad de obtener, por vía del flujo de fondos que dicho contrato genera, el reembolso de sus acreencias, motivo por el cual ningún régimen contractual en materia de infraestructura puede desentenderse de la suerte de los préstamos conferidos para el desarrollo del proyecto, tal como lo atestigua la experiencia internacional.<sup>223</sup> En tanto que para un tratamiento más detallado del particular nos permitimos remitir a un trabajo nuestro anterior,<sup>224</sup> sólo nos limitaremos a señalar que constituye un recaudo de “financiabilidad” del proyecto que, en caso de extinción del contrato, y en tanto que el financiamiento fue otorgado “al proyecto” y no a un determinado sujeto jurídico, se garantice la posibilidad de continuar afectando el flujo de fondos del mismo –ahora en manos públicas o de otros promotores– al

<sup>219</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 85 y sigs.

<sup>220</sup> Ídem.

<sup>221</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 86, nota a pie de página N° 1.

<sup>222</sup> Esta circunstancia ha sido resaltada por Mairal en *La teoría del contrato administrativo...*, *op. cit.*, p. 6 y sigs. Por tal motivo, en países inestables desde el punto de vista del régimen jurídico, las inversiones de envergadura suelen venir acompañadas de instrumentos de “estabilización” que aíslan el proyecto de futuros cambios normativos, como ocurre, por ejemplo, en Perú y en nuestro país con las inversiones mineras.

<sup>223</sup> Ruiz Ojeda, Alberto, “El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión”, en *Revista de Administración Pública* N° 132, septiembre-diciembre de 1993, Madrid, p. 496; en igual sentido, “Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas sobre proyectos de infraestructura con inversión privada” elaborada por la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

<sup>224</sup> Aguilar Valdez, *Caducidad, rescisión y rescate de...* (en prensa), *op. cit.*

repago de los créditos efectivamente invertidos en la infraestructura.<sup>225</sup> Lo crítico ocurre cuando el proyecto es “rescatado” por el Estado para ser cancelado o puesto fuera de operación, lo que impide la aplicación del mecanismo antedicho. Ello obliga a reducir el derecho de los financistas a la percepción de las indemnizaciones que el contratista le debió haber cedido contra el gobierno. De allí que los regímenes de infraestructura sean contrarios a tolerar la prerrogativa de rescate en manos de la Administración. Por esta razón, en nuestro país, el rescate se encuentra expresamente excluido en el caso de las licencias del gas natural,<sup>226</sup> mientras que en los regímenes de la energía eléctrica se encuentra interdicto en tanto existan particulares interesados en la prestación de tales servicios, ello siempre que en esos supuestos se prohíba la reasunción de la explotación por el Estado.<sup>227</sup> A su vez, en la concesión de aeropuertos, su ejercicio se encuentra limitado temporalmente luego de haber transcurrido veinte años.<sup>228</sup> En Latinoamérica, el rescate no resulta contemplado en Chile<sup>229</sup> ni en Perú,<sup>230</sup> y en Brasil, en ausencia de pacto o regulación expresa, se dispone que la reasunción por el sector público sólo puede tener cabida por ley.<sup>231</sup> Asimismo, y como mecanismo para evitar que la conducta irregular de la sociedad que tiene a su cargo la ejecución del contrato pudiera causar su rescisión por caducidad, se ha exigido –y en algunos casos, como en materia petrolera y vial en nuestro país, ha sido recogido como una posibilidad normativamente admitida–<sup>232</sup> que ante la existencia de incumplimientos contractuales que también lo sean bajo los contratos de financiamiento, los financistas puedan reemplazar –con la conformidad de la Administración contratante– la sociedad contratista por otra que esté en mejores condiciones de continuar con la ejecución satisfactoria del proyecto.<sup>233</sup>

<sup>225</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 159 y sigs.

<sup>226</sup> Reglamento de la Ley N° 24.076, Artículo 45 y Licencias de transporte y distribución, Numeral 11.5.

<sup>227</sup> Ley N° 24.065, Artículo 3°. No obstante, sobre el particular, Comadira ha señalado que la posible asunción por el Estado del servicio en el caso en que no hubiesen interesados del sector privado en prestarlo constituye una manifestación de lo que denomina el “rescate impropio”; cfr. Comadira, *El servicio público...*, *op. cit.*

<sup>228</sup> Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 25.1.

<sup>229</sup> Decreto N° 900 del 31-10-1996 que sólo contempla al vencimiento del plazo, el mutuo acuerdo, el incumplimiento grave del concesionario y las causales que expresamente se pacten en las bases de la licitación.

<sup>230</sup> Decreto Ley N° 25.844 de 1992, de Marco General Regulatorio del Subsector Electricidad, Artículo 35 que dispone que las concesiones eléctricas se extinguen sólo por caducidad o renuncia.

<sup>231</sup> Ley N° 8.897, del 13-02-1995, Artículo 37.

<sup>232</sup> En materia de hidrocarburos, Ley N° 17.319, Artículo 73, y en materia vial, Contrato de Concesión para la Conexión Vial Rosario-Victoria, Numeral 23.

<sup>233</sup> Este mecanismo es conocido como “pararse en los zapatos” del ejecutor del proyecto o *step in shoes*; cfr. Vinter, *op. cit.*, p. 159; o *step in rights*; cfr. Fucci, *op. cit.* Por lo general, el reemplazo, en una primera etapa se hace con una sociedad controlada por los financistas, la que tiene por objeto principal reestructurar la gestión del proyecto y sus deudas para, ulteriormente, transferirse a otra de gestión en infraestructura. Para un análisis del tema en nuestro Derecho, véanse las interesantes consideraciones respecto de su colisión o compatibilidad con el principio de igualdad de trato de los oferentes que formula Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 69.

Ahora bien, el modelo de explotación de infraestructuras por parte del sector privado y costeadas con precios percibidos de los usuarios, amén de las críticas de orden ideológico de las que pudiera ser pasible, tiene la restricción de sólo ser útil para proyectos de “mediana” o “alta” rentabilidad económica, lo que excluye su utilidad en segmentos donde tal rentabilidad no existe o es “baja”. Si bien se ha pretendido hacer frente a tales déficit por vía de la imposición de obligaciones o cargas de “servicio universal”, lo cierto es que ello no quita, *per se*, la dificultad de encontrar financiamiento en los mercados de capitales para costear esos emprendimientos económicamente poco rentables. Por otro lado, acudir a los subsidios cruzados para posibilitar el aseguramiento de un servicio mínimo a un precio razonable y asequible no está exento de problemas de índole competitiva y suele generar, además, enfrentamientos entre aquellos sectores llamados a costear estas facilidades y aquellos otros que se benefician de ellas.<sup>234</sup> En adición, en países que, como el nuestro, se encuentran excluidos –cuando menos, temporariamente– de los mercados de capitales, la situación descrita se agudiza severamente, ya no sólo para proyectos de “baja” rentabilidad económica, sino para cualquier proyecto de infraestructura que no cuente con garantías de que no será afectado por decisiones públicas.<sup>235</sup> En este sentido, no puede obviarse que un régimen de transferencia al sector privado de las responsabilidades atinentes a la construcción y operación de largo plazo de proyectos de infraestructura de envergadura –tal como ya lo hemos advertido en el comienzo del presente trabajo– incrementa el riesgo denominado de “expropiación” o de “oportunismo gubernamental”, en tanto que, una vez construida la infraestructura y habilitada al uso público, los gobiernos pueden estar tentados de “apropiarse” de los beneficios económicos de dicha explotación y, de esa manera, afectar la amortización de la inversión realizada por el sector privado.<sup>236</sup>

Finalmente, la traslación casi entera del riesgo de financiamiento al sector privado ha demostrado ser, cuando menos en nuestro país, peligroso al enfrentar situaciones de crisis o de emergencia económica.<sup>237</sup>

<sup>234</sup> Recordemos lo ocurrido en nuestro país en materia de agua potable y saneamiento o en materia de “rebalanceo telefónico”.

<sup>235</sup> De allí que, en la actualidad, las únicas inversiones privadas en materia de infraestructura para el desarrollo de nuevos proyectos provengan del sector minero que cuenta, gracias a la Ley de Inversiones Mineras, con un régimen de estabilización impositiva y cambiaria que ha permitido excluir a estos proyectos de las modificaciones normativas sufridas desde fines del año 2001.

<sup>236</sup> Sobre el particular, véanse Spiller, *A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?*, *op. cit.*; ídem Cook, Jacques, *op. cit.*; Spiller y Savedoff, *op. cit.*; Abdala y Spiller, *op. cit.*, p. 17 y sigs.; Gómez Ibáñez, *op. cit.*, pp. 1 a 17; Newbery, *op. cit.*, p. 27 y sigs.

<sup>237</sup> Sobre la naturaleza “privada” del riesgo vinculado al financiamiento, véase CNFed. Cont. Adm., Sala II, “Transportadora de Gas del Norte”, del 12-11-2002 con nota de Caplán, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, en *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, La Ley del 14-02-2003, pp. 1/10. De todas maneras, ello no quita que su situación deba ser considerada en casos donde, por ejemplo con lo ocurrido con la pesificación de tarifas dispuesta



Ante los problemas y ventajas que plantean los dos sistemas básicos de construcción y ejecución, en los últimos años se ha intentado lograr una “sinergia” entre ambos modelos y, así, minimizar los riesgos y potenciar las ventajas de ambos. Entonces, será al costeo de la infraestructura “por precio y por impuestos” la modalidad a la que habrá que recurrir allí donde la rentabilidad social sea “alta” y la rentabilidad económica sea “media” y/o “baja”. Pensemos, por ejemplo, en infraestructura de carácter “social” (obras de saneamiento, hospitales, etc.), de carácter “regalístico” (cárceles, infraestructura militar, etc.) o de carácter “cultural” (escuelas, centros de información pública, etc.). En todos estos supuestos, y debido a su baja rentabilidad económica, difícilmente mecanismos como los contratos BOT podrán tener cabida. A su vez, su financiación *ex ante* por medio de los presupuestos públicos –en razón de la naturaleza y envergadura de los montos de inversión que suponen, unido a la necesaria simultaneidad y pluralidad de proyectos que exigen los ámbitos donde éstos tienen lugar– parece muy dificultosa, en lo sustancial, debido al incremento de la deuda pública que la inversión pública trasluce y a las restricciones de disposición de fondos públicos que de ello se deriva. Por otra parte, en materia de infraestructura “económica”, especialmente, en países que, como en el nuestro, existe la necesidad de su desarrollo para proveer de servicios a sectores de muy bajos recursos, las restricciones apuntadas para aquellas otras especies de infraestructuras públicas también tornan desaconsejable dejar librado su costeo, en forma exclusiva, a alguno de los dos modelos antedichos. Pero, por otra parte, las ventajas de la participación del sector privado en tales proyectos –especialmente las vinculadas con la eficiencia en la gestión y el aprovechamiento de experiencias internacionales así como de su acceso al mercado de capitales– no pueden ser omitidas por ningún gobierno que realmente pretenda el desarrollo de la infraestructura.

Dentro de este contexto, en el ámbito internacional se ha pretendido idear mecanismos que permitan asignar a los sectores público y privado, dentro de un mismo proyecto, el papel que cada uno de ellos está en mejores condiciones de realizar. Uno de los primeros países que –ante las limitaciones impuestas al endeudamiento público emanadas del Tratado de Maastricht– intentó modelar esquemas como el enunciado fue Gran Bretaña. Así, en 1992 lanzó la denominada “Iniciativa de Financiación Pública” (o *Public Finance Initiative*, PFI) que, en lo sustancial y diseñado para el campo de las infraestructuras sociales, culturales y regalísticas, importó un cambio relevante en la provisión de infraestructura pública al gobierno en tanto que cambió el rol del Estado de “adquirente de infraestructura” por el de “ad-

---

por la Ley N° 25.561, ha sido el propio Estado quien ha “encarecido” notoriamente el costo de endeudamientos ya asumidos, comprometiendo sus posibilidades de repago; sobre el particular véase Rocha Pereyra, Gerónimo, “Endeudamiento y Riesgo Empresarial”, ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Servicios Públicos, Mendoza, abril de 2004.

quirente de un servicio”. De esta forma, de un régimen de contratación donde era necesario el incremento de la deuda pública para atender el gasto de inversión en varios ejercicios, se pasó a uno donde el Estado sólo “paga un precio” (gasto de operación) a cambio del servicio que, sobre la base de una infraestructura construida, financiada y operada por el sector privado, éste le suministra periódicamente.<sup>238</sup> Utilizando este mecanismo, el sector público persigue el objetivo de lograr, mediante el empleo de fondos públicos, el recaudo de “valor por dinero”, el que se logra, básicamente, realizando una mejor distribución de los riesgos según quién –sector público o privado– se encuentre en mejores condiciones de afrontarlos; proveyendo incentivos más adecuados para mejorar la ejecución del proyecto en tanto que el contratista sólo recibirá pagos del Estado en la medida en que el servicio prestado sea satisfactorio; asegurándose de que no existirá una “sobreinversión” en activos físicos que exceda lo necesario para proveer un servicio de calidad; aprovechando las capacidades y experiencias del sector privado, etc.<sup>239</sup> No obstante, la PFI no llega a convertirse en un modo de “privatización” en tanto que el sector público no se convierte en un mero “regulador” externo del servicio sino en su “adquirente” o “cliente”, con lo cual media una distribución de riesgos entre el Estado y el sector privado ausente –cuando menos, explícitamente– en los mecanismos de “privatización”.<sup>240</sup>

Basada en el modelo británico, internacionalmente fue cobrando fuerza la idea de lograr, en este campo, una suerte de asociación entre los sectores público y privado que mediante una adecuada intervención de cada uno de ellos en el proceso de desarrollo de infraestructura permitiese lograr las “sinergias” necesarias para el alcance de fines de interés general. Así surgió una nueva modalidad de desarrollo de infraestructura denominada *Asociación Público-Privada* (APP o PPP, en sus siglas en inglés).<sup>241</sup> Si bien se trata, como se ha dicho, de un término multívoco,<sup>242</sup> en un sentido amplio, se ha dicho que comprende cualquier forma de colaboración entre,

<sup>238</sup> Sobre los fundamentos macroeconómicos de la PFI, véase Grout, Paul A., “*The Economics of the Private Finance Initiative*”, en *Oxford Review of Economic Policy*, V. 13, N° 4 (1997), p. 53 y sigs.; en igual sentido, véase también Smith, *op. cit.*, p. 2 y sigs.

<sup>239</sup> Smith, *op. cit.*, p. 9 y sigs.

<sup>240</sup> Cfr. Smith; *op. cit.*, p. 8. Asimismo, se ha señalado que la PFI constituyó la “tercera etapa” del proceso de reforma del sector público en Gran Bretaña en la medida en que el mismo fue posible luego de haberse transitado los otros dos, la privatización de empresas públicas y la apertura a la competencia; cfr. Harris, Stephen, “*Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services*”, *Working Paper Inter American Development Bank*, Washington D.C., 2003, p. 5.

<sup>241</sup> *Public-Private Partnership*.

<sup>242</sup> Se han dado seis posibles significados del término; cfr. Linder, Stephen, “*Coming to terms with the Public Private Partnership. A grammar of multiple meanings*”, en Rosenau, Pauline (ed.), *Public-Private –Policy– Partnerships*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2002, p. 19 y sigs.

de una parte, los poderes públicos y, de otra, las empresas privadas.<sup>243</sup> En un sentido más preciso, las APPs, según las Naciones Unidas, constituyen una forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo que supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte.<sup>244</sup> En esta línea –y delimitando todavía más el concepto– las APPs constituirían aquellas relaciones en las cuales el gobierno suscribe un contrato con el sector privado para que éste le provea servicios en un proyecto de infraestructura con una adecuada distribución de riesgos y beneficios para las partes asociadas.<sup>245</sup> Finalmente, se ha dicho que, antes que una institución jurídica, las APPs constituyen, a la vez, una estrategia de acción de los sectores público y privado y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus socios privados apoyados en un proyecto determinado.<sup>246</sup> Lo apuntado en último término resulta sumamente adecuado para lograr una cabal comprensión del significado de las APPs, puesto que bajo diversas manifestaciones jurídicas, ellas constituyen el punto de encuentro de los intereses y expectativas de los sectores público y privado respecto de un mismo proyecto de infraestructura. De allí el recurso a la noción de “asociación”, aun cuando, desde el punto de vista jurídico, no necesariamente ambos sectores deban estructurar la relación bajo una forma societaria o consorcial.

Desde este prisma, las APPs resultan un vehículo para que el Estado pueda ver plasmados sus intereses relativos a mantener su presencia activa dentro de los proyectos de infraestructura, en especial, en aquellos vinculados con funciones regalísticas, sociales y culturales; para asegurarse, mediante el recurso a las capacidades de gestión del sector privado, la obtención de la premisa de “valor por dinero” para así obtener la provisión de mejores servicios a la par de optimizar la aplicación de recursos públicos; para limitar el incremento de la deuda pública por medio de la mutación del gasto de inversión en gasto de operación; para racionalizar la actividad pública en aquello que el sector público está en mejores condiciones de aportar, y para trasladar los riesgos derivados de la construcción y operación de infraestructu-

<sup>243</sup> Ligniérés, Paul, *Partenariats Publics Privés*, LITEC, París, 2001, p. 1; ídem Plummer, Janelle, “Definiciones”, en Plummer, Janelle (ed.), *Partenariados en Foco. Construyendo capacidades para la gestión público-privada*, Buenos Aires, IIED America Latina, 2004, p. 6; ídem Rubio, Luis A.; “Conceptualización y formas de financiamiento”, trabajo presentado en “*Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura*” MRE-BID-BNDES, Río de Janeiro, 13-14 de noviembre de 2003, p. 3.

<sup>244</sup> Cfr. *Economic Commission for Europe, United Nations*, “*Public-Private Partnerships A new concept for infrastructure development*”, Nueva York y Geneva, 1998.

<sup>245</sup> Rubio, *op. cit.*, p. 4.

<sup>246</sup> Marcou, Gérard, “*Le partenariat public-privé: retrait ou renouveau de l’intervention publique?*”, en AA VV, *Partenariat Public-Privé et Collectivités Territoriales*, París, La Documentation Française, 2002, p. 49.

ras –especialmente, los riesgos de naturaleza comercial y financiera– al sector privado. Por su parte, el sector privado puede ver satisfecho, por medio de su participación en APPs, sus intereses vinculados con la participación en nuevos emprendimientos que, en forma exclusiva o aislada, no estaría en condiciones de afrontar y, de esa forma, aplicar a éstos sus capacidades y experiencias en este campo; reducir el riesgo político y de “expropiación” en tanto que, al estar “asociado” con el sector público, los efectos y costos derivados del mismo serán también soportados por aquél, y para poder reducir, por esta vía, el costo del financiamiento en los mercados de capitales.<sup>247</sup>

En línea con lo expuesto y respecto de las ventajas globales del recurso a las APPs, se ha dicho que éstas permiten –a la par de una mejora en los gastos públicos por vía del logro del objetivo del “valor por dinero” y de la transformación del gasto de inversión en gasto de operación– optimizar los costos y riesgos de ejecución de estos proyectos –especialmente los asociados con la demora en la terminación de las obras– por vía de la creación de incentivos al sector privado que sólo percibirá el precio una vez que se encuentre prestando un servicio satisfactorio; maximizar la utilidad de la infraestructura en función de su explotación mediante la provisión de servicios de calidad, lo que redundará, además, en una mejor planificación de la misma; crear incentivos para la innovación técnica; permitir el desarrollo de finalidades de interés social y fomentar el desarrollo de un nuevo sector de negocios antes excluido de la participación privada.<sup>248</sup> En definitiva, el esquema de APP –desde el punto de vista del costeo de la infraestructura– resulta la materialización de lo que constituye una integración del costeo “por impuestos” –la fuente de pago a la que acude el Estado–, pero con el criterio del costeo “por precios” –el pago procede sólo por un servicio suministrado efectivamente.

Los mecanismos de APP, al igual que lo que ocurre con su modelo inglés de PFI, se diferencian de los esquemas de “privatización” en tanto que, en éstos, el sector público aparece involucrado directamente –y no sólo como regulador de la actividad– ya sea como adquirente del servicio suministrado por el sector privado, o bien como “parte” integrante de la estructura del proyecto. Bajo estas premisas, es usual sostener que las APPs no comprenden modalidades contractuales como, por ejemplo, las concesiones cuyo pago es percibido directamente del público usuario por el prestador. Asimismo, otra diferenciación respecto de tales mecanismos radicaría en que mientras que en aquellos: “[...] el factor comercial tiene un papel preponderante, los servicios públicos que se conciben a través de la APP tienen una directa relación con la obligación que asume el Estado de proveerlos a la población

<sup>247</sup> Para una visión de los diferentes intereses en juego en las APPs, véanse Ligni eres, *Partenariats Publics Priv es*, op. cit., p. 54 y sigs.;  dem Plummer, op. cit., p. 15 y sigs.;  dem Daniels, Ronald J. y Trebilock, Michael J., “An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure”, en Rosenau, op. cit., p. 93 y sigs., *inter alia*.

<sup>248</sup> Cfr. Harris, op. cit., p. 10 y sigs.;  dem Plummer, op. y pp. *cits*.

en cantidad, calidad y oportunidad compatibles con las necesidades de la población, pagando al sector privado por los servicios que éste proporcione en el respectivo contrato de APP [...].”<sup>249</sup>

Si bien la experiencia internacional reconoce múltiples formas de instrumentar y llevar adelante proyectos de APP<sup>250</sup> –lo cual resulta lógico en la medida en que recordemos que, antes que una realidad jurídica, la APP es un instrumento de acción pública y privada– podemos decir –aun asumiendo que pecamos de generalizaciones impropias– que dos son los modelos básicos según los cuáles las APPs pueden instrumentarse, respondiendo cada uno de dichos modelos al concepto estricto o amplio de APP que hemos mencionado.

Así, por un lado, el modelo mayormente asociado al concepto de APP en sentido estricto es aquel por medio del cual el sector público contrata con el sector privado la provisión para sí –o para la población– de un servicio de infraestructura o, dicho de otra forma, el “uso” de la infraestructura. Entre nosotros Mairal, refiriéndose al régimen del “Plan Federal de Infraestructura”, ha hecho mención de este modelo como tributario del sistema inglés de *Public-Private Partnership*, afirmando: “[...] Este sistema se caracteriza por poner a cargo del contratista no sólo la construcción sino también, muchas veces, las tareas previas de diseño y mantenimiento posterior de la obra. La Administración, por su parte, sólo paga por el uso de la misma y a partir de que dicho uso comienza [...]”.<sup>251</sup> Como se puede observar, bajo este sistema se combinan, por un lado, los mecanismos contractuales típicos de la construcción de obras públicas (*design then bid o design – bid – build*; “llave en mano”, etc.) y, por el otro, los propios de un modelo fundado en la operación de la infraestructura, tipificantes del sistema BOT (“COM”; “DBFO”; “BOOT”; “BOOST”, etc.) o del sistema que finca en la traslación al sector privado de las tareas, exclusivas, de operación y mantenimiento (“O & M”). En forma recurrente, para ejemplificar el modelo de APP, se ha usado el del llamado “peaje en la sombra” o *Shadow Toll* que, también de origen inglés, se asimila a la tradicional concesión de obra pública, pero el precio, en lugar de ser recibido de los usuarios mediante la percepción del peaje, lo es de la Administración, y su valor se encuentra determinado en función de los registros de tránsito efectivo –o de otras variables vinculadas

<sup>249</sup> Cfr. Rubio, *op. cit.*, p. 5. En este sentido, el régimen del denominado “Plan Federal de Infraestructura” aprobado por Decreto N° 1.299/2000, en su Artículo 2°, expresamente excluye de su aplicación: “[...] los proyectos en los cuales el ingreso proveniente de terceros, a través de canon de uso, peaje o sistemas similares sea superior al sesenta por ciento (60%) del costo total de la obra durante el período del Contrato, como así también los proyectos que consistan básicamente en la operación y mantenimiento de corredores viales y demás proyectos, servicios y/u obras afectadas a regímenes de concesión y/o privatización [...]”.

<sup>250</sup> Lignières, *Partenariats Publics Privés*, *op. cit.*, p. 36 y sigs.

<sup>251</sup> Mairal, *La teoría del contrato administrativo...*, *op. cit.*, p. 5.

con la utilización de la infraestructura—,<sup>252</sup> pudiendo servir, en algunos supuestos, como un mecanismo para garantizar al explotador un pago mínimo, aislándolo del riesgo de una inesperada merma en las estimaciones de tránsito.

Se ha dicho que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real a lo largo de la concesión, puesto que de esa forma se incentiva al prestador para velar por que las obras de reparación perturben lo menos posible la utilización de la carretera.<sup>253</sup>

Relacionada con esta modalidad, también se ha recurrido —especialmente en nuestro país, en forma reciente— a contratar del sector privado exclusivamente la operación y el mantenimiento de infraestructuras, quedando reservadas para el sector público las tareas vinculadas con la construcción de obras nuevas y su respectivo financiamiento.<sup>254</sup> Finalmente, otra modalidad contractual que ha signado los proyectos de APPs —especialmente en Francia por medio de la celebración del contrato del *credit bail*—<sup>255</sup> está constituida por la realización de operaciones de *leasing* mediante las cuales el sector público procede a contratar el “alquiler” de una infraestructura para su utilización durante un determinado período de tiempo y a cambio del pago de un canon, de forma tal que, una vez vencido el plazo en cuestión, podrá proceder a su adquisición por medio del pago del valor residual, si lo hubiese.<sup>256</sup>

El recurso a esta modalidad también admitiría —con provecho para este campo— la figura del *sale & lease back* mediante la cual el sector público cedería en favor del privado el uso de una determinada infraestructura bajo la condición de que éste realice obras nuevas o amplíe las ya construidas a cambio del pago de un canon y con reversión final, en favor del Estado, de tales bienes.<sup>257</sup> En nuestro país, por ejemplo, esta modalidad se encuentra prevista normativamente para proyectos de infraestructura<sup>258</sup> y ha sido de utilización en proyectos de construcción de instala-

<sup>252</sup> Sobre el particular, véanse Ligniérés, *Partenariats Publics Privés*, *op. cit.*, p. 53 y sigs.; ídem Vinter, *op. cit.*, p. 39 y sigs.

<sup>253</sup> *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>254</sup> Por ejemplo, Contratos de Concesión de Obra Pública regulados por el Decreto N° 425/2003.

<sup>255</sup> Sobre el particular, véase Ligniérés, *Partenariats Publics Privés*, *op. cit.*, p. 67 y sigs.

<sup>256</sup> Sobre el recurso a esta figura en materia de infraestructura, véanse Fanelli Evans, *op. cit.*, Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 100 y sigs., y Guglielminetti, Ana Patricia, “Contratos Administrativos y Financiamiento Privado”, en *Actualidad en el Derecho Público* N°11, septiembre-diciembre de 1999.

<sup>257</sup> Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 103.

<sup>258</sup> Decreto N° 1.299/2000, Artículo 14 que, en lo pertinente, dispone: “[...] El Ente Contratante podrá recurrir al contrato de *leasing* o locación con opción de compra conforme la Ley N° 25.248, o cualquier figura contractual prevista en el Derecho público o privado; todo ello en tanto resulte compatible con el presente decreto y adecuado a la naturaleza de las obras y al proyecto específico de que se trate. El Ente Contratante podrá obligarse en los Contratos a ejercer la respectiva opción de compra de la obra. Los Contratos podrán ejecutarse según la modalidad ‘llave en mano’ cuando resulte compatible con el proyecto [...]”.

ciones carcelarias<sup>259</sup> y también fue previsto para la construcción de la llamada “Ciudad Judicial”.<sup>260</sup>

Al fincar la percepción del precio de parte del Estado en la efectiva prestación de un servicio a la Administración o al público, resulta evidente que dos son los principales riesgos que el sector privado tendrá presente en el momento de decidir su intervención en el proyecto y que influirán, decisivamente, en las condiciones de la financiación que éste deberá obtener para encararlo.

El primer riesgo se vincula con la posibilidad de que la construcción y habilitación al uso de la respectiva infraestructura se demore respecto de la fecha originalmente prevista o bien, directamente, que nunca tenga lugar. Lo primero puede ocurrir por múltiples motivos ajenos a las partes y constitutivos de “fuerza mayor”. Sobre el particular, cabe resaltar que resulta decisivo para el éxito de estos proyectos una adecuada regulación de la distribución entre las partes de los efectos derivados de la “fuerza mayor”, a cuyos fines debe ameritarse que los efectos de la aplicación de dicho instituto no pueden analizarse bajo el prisma de su regulación en el tradicional contrato de obra pública puesto que su impacto resultará claramente diferente en el caso de la APP, en tanto que repercutirá, ya no respecto de la mera obligación de “entrega” de la obra, sino de la de prestación del servicio que el sector público contrató y que constituye el núcleo de la ecuación contractual.<sup>261</sup> Por otra parte, y conforme con el principio que impone repartir los riesgos sobre aquella parte que está en mejores condiciones de evitarlos y, en su caso, de afrontarlos, todos aquellos riesgos derivados de conductas públicas de específica y directa incidencia en el proyecto –por ejemplo, permisos y habilitaciones, servidumbres, etc.– que pueden constituirse en obstáculos para la habilitación temporánea de la infraestructura deben ser asumidos por el sector público con el fin de crear incentivos para generar la auténtica “colaboración” que una relación “asociativa” como la APP exige.<sup>262</sup> Vinculado

<sup>259</sup> Por ejemplo, Licitación Pública Nacional e Internacional N° 01/97, convocada por Decreto N° 1.658 del 27 de diciembre de 1996 para la contratación de la elaboración del proyecto y la construcción de un establecimiento carcelario por el sistema “llave en mano”, financiados íntegramente por el contratista a su solo riesgo, a ejecutar en predios que a tal efecto el Estado Nacional transmitirá en dominio fiduciario en la localidad de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires; y el ulterior alquiler con opción de compra de dichos inmuebles, en favor del Estado Nacional para su afectación al uso del Servicio Penitenciario Federal; adjudicada en favor de la Unión Transitoria de Empresas conformada por “Techint S.A.C.I., Hochtief A.G., Impregilo S.p.A., Iglys S.A.”, dispuesta por Resolución M.D. N° 211 del 11 de febrero de 1998 y aprobada por Decreto N° 203/1998.

<sup>260</sup> Ley N° 24.624, Artículo 9°. Sobre el particular, véanse Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 144, y Guglielminetti, *op. cit.*

<sup>261</sup> Para un análisis pormenorizado de la importancia para el financiamiento privado de proyectos de una adecuada regulación de la fuerza mayor, véase Vinter, *op. cit.*, p. 88 y sigs.

<sup>262</sup> Refiriéndose a las APPs, en el Derecho francés una autoridad como Richer hace alusión a la traslación de la noción de *affectio societatis*; cfr. Richer, Laurent, “La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit”, en AA VV, *Partenariat Public-Privé et Collectivités Territoriales*, *op. cit.*, p. 197.

con lo expuesto, un supuesto crítico en esta etapa radica en el riesgo derivado de modificaciones unilaterales al proyecto o en su terminación anticipada por la Administración. Desde el punto de vista del financiamiento, se ha dicho al respecto que los bancos esperan que el proyecto se cumpla según los términos del acuerdo y que, por lo tanto, no esté sujeto a términos implícitos que puedan alterar la distribución de los riesgos que surge de la documentación del proyecto.<sup>263</sup> Si bien se ha dicho que no se trata –desde esta perspectiva– de una “vaca sagrada” sino sólo de una “fuerte preferencia”,<sup>264</sup> lo cierto es que si el objetivo del sector público es contar con un servicio adecuado y no sólo con una determinada “obra”, nada quita que el ejercicio del *ius variandi* sea limitado en la documentación contractual a modo de una autorrestricción convencional, ello, con mayor razón, si el diseño del proyecto fue encomendado al sector privado. En este sentido, en nuestro país se ha establecido normativamente para proyectos de esta naturaleza que: “los derechos y obligaciones contractuales de las partes serán sólo aquellos expresamente previstos en el presente decreto, en el respectivo pliego de licitación y en el Contrato correspondiente, en la reglamentación de fecha anterior a la celebración de aquél, incorporada por referencia, y en las normas del Derecho privado que resulten aplicables [...]”.<sup>265</sup> También resulta conveniente, por similares razones, modular el ejercicio de la facultad revocatoria de la Administración por razones de oportunidad, tasando en el contrato los principales supuestos que podrán dar lugar a dicha terminación anticipada.<sup>266</sup> En la Argentina, el régimen de infraestructura parece haber dado un paso mayor al contemplar la posibilidad de una autorrestricción del sector público en el ejercicio de dicha competencia –al igual que respecto de la facultad modificatoria–, a cuyos efectos –y como garantía de legalidad– se ha exigido la aprobación de la documentación por el Poder Ejecutivo Nacional, previo dictamen favorable de la Procuración del Tesoro de la Nación.<sup>267</sup>

Superada la etapa de construcción de la infraestructura, y aplicable especialmente a los casos en los que sólo se haya contratado la operación y mantenimiento de la infraestructura, el segundo riesgo apuntado se vincula con la capacidad de pago del sector público de la remuneración convenida a cambio de la prestación del servicio.

Desde la perspectiva del financiamiento del proyecto, se trata de un riesgo determinante en tanto que el mismo reposa en el flujo de fondos producido por la

<sup>263</sup> Vinter, *op. cit.*, p. 87.

<sup>264</sup> Ídem.

<sup>265</sup> Decreto N° 1.299/2000, Artículo 19; en este sentido, Mairal, *La teoría del contrato administrativo...*, *op. cit.*, p. 5. No obstante, nos parece criticable que se haya previsto la aplicación del Derecho privado aun cuando las “normas aplicables” fuesen posteriores a la celebración del contrato.

<sup>266</sup> En este sentido, véase Vinter, *op. cit.*

<sup>267</sup> Decreto N° 1.299/2000, Artículo 19.



explotación de la infraestructura.<sup>268</sup> Por tales motivos, y ante el riesgo que entrañan las restricciones presupuestarias a las que están sujetos los gastos corrientes o de operación que se devengan anualmente, en esta clase de emprendimientos se ha intentado encontrar mecanismos que sirvan para reducir dicho riesgo de forma tal de “aislar” los fondos destinados a satisfacer tales pagos de las políticas presupuestarias generales del sector público. Para el logro de este objetivo, en lo sustancial, dos han sido los mecanismos a los que se ha recurrido.

Por un lado, se ha propugnado la afectación de ingresos públicos específicos –por ejemplo, impuestos, tasas, etc.– de forma tal que el sector privado pueda acceder al mercado financiero utilizando el bloque de esos recursos como parte del “paquete de garantías” a otorgar a los financistas.<sup>269</sup> Si bien en nuestro Derecho se trata de una solución de antigua data en materia de obra pública, la posibilidad de que dicha afectación específica pueda ser modificada por una ley posterior, en la medida en que la afectación no produce *per se* la transferencia patrimonial de los recursos en cuestión, hace que se trate de una solución que no garantiza satisfactoriamente los objetivos perseguidos, especialmente en épocas de emergencia económica y financiera.

Por otro lado, y para paliar dicho déficit, el otro mecanismo al que se ha recurrido, especialmente en nuestro país en los últimos años,<sup>270</sup> es la realización de transferencias fiduciarias, de forma tal de provocar, *ex ante*, una transferencia de recursos desde el patrimonio público hacia un patrimonio de afectación diferenciado de aquél.<sup>271</sup> Si bien la transferencia fiduciaria presenta ciertas peculiaridades cuando es el Estado quien actúa como fiduciante,<sup>272</sup> dos son los aspectos que nos interesa resaltar en tanto que constituyen puntos críticos para su utilidad en estos proyectos, especialmente cuando la transferencia fiduciaria es realizada en favor de los denominados “Fondos Fiduciarios” y/o “fideicomisos públicos”. El primer aspecto a considerar radica en determinar si dicha transferencia fiduciaria es invocable frente al principio de “comunicabilidad de los patrimonios” que se predica del sector pú-

<sup>268</sup> En este sentido, se ha dicho: “[...] la viabilidad financiera última descansa en la percepción del mercado sobre los pagos que hará el gobierno al inversionista privado [...]”; cfr. Rubio, *op. cit.*, p. 10.

<sup>269</sup> Rubio, *op. cit.*, p. 11, y Ruiz Ojeda, Alberto, *Hacia un nuevo entendimiento y articulación...*, *op. cit.*, p. 55. En el mercado de capitales suele emitirse títulos de deuda garantizados con tales recursos de afectación específica (*revenue bonds*).

<sup>270</sup> Por ejemplo, en materia vial, ferroviaria, energética, de telecomunicaciones, etcétera.

<sup>271</sup> En este sentido, el Art. 14 de la Ley N° 24.441 de Fideicomiso dispone –en lo que aquí interesa–: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante [...]”.

<sup>272</sup> Especialmente en orden a la competencia para habilitar dicha transferencia patrimonial y a los recaudos que deben guiar la misma; sobre el particular, véanse Gómez de la Lastra, Manuel, “El Estado Fiduciante”, *La Ley* 2003-E-1311; Pérez Hualde, Alejandro, “Fideicomiso Público”, en *Revista Actualidad en el Derecho Público* N° 12, enero-abril 2000, p. 141 y sigs.; López Ruff, Pablo, “Una visión del fideicomiso como herramienta de gestión de la obra pública en la Provincia de Buenos Aires”, en *Rap Provincia de Buenos Aires* N° 23; Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 105 y sigs.

blico, más allá de las descentralizaciones que pudieran existir.<sup>273</sup> La normativa que regula el accionar financiero del Estado Nacional parecería aportar una solución contraria, en tanto que –si bien por su carácter “extrapresupuestario”, las leyes de presupuesto general sólo aprueban los “flujos financieros y uso de fondos” y no los contabilizan como recursos—<sup>274</sup> integra los: “Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional” dentro del ámbito de aplicación de sus disposiciones.<sup>275</sup> A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación tuvo ocasión de afirmar que resultaban de aplicación a los Fondos Fiduciarios del sector público las políticas de restricciones y transferencias de fondos en favor del Tesoro Nacional impuestas por la Ley de Presupuesto del año 2002.<sup>276</sup>

El segundo aspecto que presenta el recurso a transferencias fiduciarias se vincula, en especial, cuando se trata de los apuntados fideicomisos públicos y/o “Fondos Fiduciarios”, con la posibilidad de que el sector público pueda ejercer algún grado de control o de dirección sobre el ejercicio que el Fiduciario haga de sus deberes como tal. En este sentido, no cabe omitir que, en materia de infraestructura, se ha dispuesto la creación del “Consejo Consultivo de Inversiones de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito de los Ministerios de Economía y

<sup>273</sup> Sobre este principio, véase Barra, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 178 y sigs.; CSJN, *in re* “Gerardo Gómez v/ Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS82 TV Canal 7”, *Fallos*: 273:111.

<sup>274</sup> En este sentido, la Ley N° 25.827 de Presupuesto para el año 2004 dispone en su Artículo 29: “Apruébanse para el presente ejercicio, de acuerdo con el detalle obrante en la planilla anexa al presente artículo, los flujos financieros y el uso de los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado nacional, en cumplimiento a lo establecido por el Artículo 2° inciso a) de la Ley 25.152. El señor Jefe de Gabinete de Ministros deberá presentar informes cuatrimestrales a ambas Cámaras del Honorable Congreso de la Nación, sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios, detallando en su caso las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas”. Sobre el particular, véanse Scocco, Mónica, “Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano. El Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (La importancia de que el Estado Nacional se mantenga en pie de igualdad con las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)”, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, en *La Ley*, julio de 2004, y Gaveglio, Adrián Javier, “Financiamiento de servicios públicos en la emergencia. Fideicomisos públicos. El caso del Decreto N° 976/01”, en AHE, Dafne Soledad (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia II*, Buenos Aires, Ed. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2002, p. 127 y sigs.

<sup>275</sup> Ley N° 24.156, Artículo 8°, inciso d). Por su parte, el Capítulo II de dicha ley se refiere al: “régimen presupuestario de Empresas Públicas, *Fondos Fiduciarios* y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional” (la cursiva nos pertenece).

<sup>276</sup> *Dictámenes*: 243:291, Ley N° 25.565, Artículos 32, 33 y 51, respectivamente. En este sentido, debe tenerse presente que la inclusión de los Fondos Fiduciarios dentro del concepto hacendal de “Sector Público Nacional” puede derivar en similares consecuencias a la luz de lo normado en el Artículo 10 de la Ley N° 11.672 que dispone: “Todas las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional que obtengan utilidades en su gestión económica deberán aportar con cargo a tales beneficios las sumas que determine el Jefe de Gabinete de Ministros, con el fin de cubrir el déficit de otras jurisdicciones y entidades de dicho sector en la proporción que al respecto se establezca”.

Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios”, quien deberá instruir a los respectivos fiduciarios sobre la inversión de las disponibilidades líquidas sin aplicación temporaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional.<sup>277</sup> Si bien dicha instrucción no afectaría la disposición de los recursos con afectación actual, lo cierto es que revela una intención de mantener la intervención pública respecto de recursos que, en principio, habrían salido del patrimonio público y respecto de un sujeto de la relación que, por su naturaleza, debería guardar cierta independencia respecto del Estado fiduciante.<sup>278</sup>

No obstante, en la medida en que en ambos casos las apuntadas restricciones se derivan de normativa de carácter legislativo y no constitucional, la regulación por normas de idéntica naturaleza de las transferencias fiduciarias y de la organización de tales “Fondos Fiduciarios” podría poner a resguardo los recursos fideicomitidos, tanto de las políticas presupuestarias como de su desvío por medio de la intervención administrativa en las labores del Fiduciario. No obstante, ante los apuntados riesgos, parecería más beneficioso, para el proyecto y para el financiamiento, que los fondos en cuestión fueran transferidos a fideicomisos particulares y no a “Fondos Fiduciarios” cuya situación jurídica, a la luz de la normativa expuesta, no resulta demasiado precisa.

El segundo modelo de instrumentación de APPs –que en parte se aleja del concepto estricto de APP– radica en potencializar la naturaleza “asociativa” de estas modalidades, esto de forma tal que el sector público ya no sea, únicamente, un “adquirente” de servicios de infraestructura sino, directamente, un “socio” del sector privado. Con ello se persigue que el Estado tenga una mayor ingerencia en la suerte del proyecto y, en especial, en las decisiones de gestión, en el régimen de inversiones y en la provisión y administración del financiamiento. La estructura usual suele consistir en la formación, en conjunto con el sector privado, de un consorcio o de una sociedad constituida según el régimen común cuyo objeto especial será el desarrollo del proyecto. Bajo un prisma ideal, el sector público aportará, además de los activos de su titularidad que afectará al desarrollo del proyecto –aporte de relevancia cuando se trata de infraestructuras a ser construidas sobre inmuebles dominiales o cuando se trata de proyectos de explotación de recursos naturales–, su capacidad de acceso, en términos menos onerosos que los que pueden resultar de aplicación para el sector privado, a las fuentes de financiamiento. Esto se hará ya sea mediante la afectación de recursos públicos como también por medio del acceso a préstamos otorgados por organismos multilaterales de crédito, y también por vía de su participación como parte activa del proyecto, en un mayor involucramiento en la suerte del

<sup>277</sup> Decreto N° 906/2004, en especial, Artículo 2°.

<sup>278</sup> Para el tratamiento de esta cuestión, véase Guiridlian Larosa, *op. cit.*, p. 125 y sigs.

mismo. De este modo, se crearán incentivos más fuertes que los que ya existen cuando éste se limita a adquirir un servicio, para disminuir el riesgo de “expropiación”. Por su parte, el sector privado aportará, principalmente, su capacidad y experiencia en la operación de esta clase de proyectos, una mayor cultura de eficiencia y gestión empresarial y, en algunos casos, un mayor conocimiento y capacidades en los mecanismos de acceso al financiamiento proveniente del mercado de capitales. Además de ser un “socio” o “consorciado”, el sector privado también podrá ser un contratista de la sociedad vehículo del proyecto por medio de la suscripción de un contrato de operación en virtud del cual tendrá a su cargo la gestión del proyecto de acuerdo con las inversiones que decida la sociedad. En el orden internacional, esta clase de APP ha sido utilizada en materia de proyectos de infraestructura urbana en Francia<sup>279</sup> e Inglaterra<sup>280</sup> y en proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, tanto en Europa como en América Latina.<sup>281</sup> En nuestro país, en donde puede encontrarse un antecedente moderno en las modalidades asociativas o consorciales usualmente utilizadas para desarrollar proyectos con la ex YPF en materia petrolera o con diversas sociedades del estado provinciales en materia de exploración y explotación de recursos mineros,<sup>282</sup> estos esquemas parecen haber sido los últimamente seleccionados para el desarrollo de proyectos de infraestructura, tanto en el orden provincial<sup>283</sup> como federal. En este último ámbito sobresale la reciente Energía Argentina S.A. (ENARSA) cuya ley de creación le permite por sí, por intermedio de terceros o *asociada con terceros*, generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica.<sup>284</sup> No obstante su pretendido atractivo, estas modalidades asociativas en nuestro país pueden involucrar el riesgo de estar sometidas a dificultades en el gobierno corporativo de la sociedad, como también a los vaivenes de la política coyuntural, materializándose en permanentes cambios de dirección de parte

<sup>279</sup> Ligni eres, *Partenariats Publics Priv es*, *op. cit.*, p. 82 y sigs.

<sup>280</sup> Smith, *op. cit.*, p. 7. El ejemplo clásico son las *Docklands Light Railway Extension* y la *Manchester’s Metrolink and Business Park developments*.

<sup>281</sup> Vallejo Serrano, Francisco, “Alternativas de Colaboración Público-Privada y de Financiación No Presupuestaria de Proyectos de Infraestructuras”, en Romero  lvarez, Francisco Javier (Director), *Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos*, Madrid, Civitas, 1999, p. 178. Un caso prototípico es la explotación de la provisión de agua potable en Cartagena, Colombia, donde aquella es provista por un *joint venture* formado entre el Municipio y un operador privado, agrupación ésta que, además, suscribió un contrato de *leasing* con el operador privado; cfr. Plummer, *op. cit.*, p. 189.

<sup>282</sup> Para una visión de conjunto, véase Bunge Guerrico, Hugo, *Minería y petróleo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, p. 411 y sigs.

<sup>283</sup> Por ejemplo, noticias periodísticas daban cuenta de una virtual asociación entre Fomicruz (sociedad del Estado de la Provincia de Santa Cruz dedicada a la explotación de recursos naturales) y Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. (empresa dedicada a la producción de materiales de construcción y explotación de hidrocarburos) para explotar, en conjunto, el proyecto cementero Pico Truncado; cfr. *La Nación* del 29-12-2004.

<sup>284</sup> Cfr. Ley N  25.943, Artículo 1 .

de los representantes del accionista público, de forma tal que flaco apoyo reeditaría para el desarrollo de proyectos de largo plazo en los que se pretenda la intervención del capital privado. Por otra parte, tampoco puede dejarse de lado la circunstancia de que una asociación de esta índole puede generar, en mercados abiertos a la competencia, una peligrosa superposición de roles entre el Estado como “regulador” y como “promotor” del proyecto que puede derivar en distorsiones en la competencia y en posibles desviaciones de poder.<sup>285</sup>

Analizadas globalmente las líneas fundamentales de una APP, puede decirse que, para su éxito y para que despierten un genuino interés en el sector privado que provea a su efectiva participación, resultan clave los siguientes elementos.

1- Que exista una clara delimitación de los riesgos que se le transfieren así como de las cargas que asume el sector público. Sin esta clarificación, no hay APP posible puesto que es de su esencia el razonable reparto de riesgos.

2- Que el proyecto sea adecuado a los requerimientos de la comunidad financiera (*bankability*) para este tipo de proyectos. Como bien se ha dicho, una APP, por sí, no puede transformar un proyecto no financiable en una buena inversión.<sup>286</sup> Es fundamental, por ello, una correcta “selección” del proyecto a ser ejecutado bajo APP. Recordemos que APP sólo es un mecanismo para obtener las ventajas –entre ellas, las financieras– derivadas de los aportes públicos y privados, pero no para proveer infraestructura gratis.<sup>287</sup>

3- Que el Sector Público ostente una buena calificación crediticia. Este recaudo resulta esencial a más que se advierta que, al hacerse descansar el financiamiento en el flujo de fondos proveniente de los pagos que haga la Administración, para los mercados de capitales la operación equivale a una de naturaleza financiera, lo que deriva en que las tasas de interés que gravarán dicho financiamiento serán más reducidas que las que correspondería aplicar si se tratase de una operación de financiamiento exclusivamente privada.<sup>288</sup>

4- Íntimamente vinculado con lo anterior podemos decir que, al percibirse la APP como un mecanismo que permite un mejor acceso a un financiamiento que descansa en el flujo de fondos del proyecto, los pagos adeudados por el sector público al amparo de una APP debieran ser equiparados, en lo que hace a su grado de cumplimiento, a los pagos que el Estado hace del servicio de su deuda pública, de forma tal de otorgarle a dicho flujo de fondos la garantía implícita de que no será

<sup>285</sup> En este sentido, resulta criticable lo previsto para ENARSA en el sentido de que ésta: “[...] podrá intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios. En su actuación observará las políticas del Estado Nacional y bajo ningún procedimiento las modificaciones estatutarias podrán dejar a éste en situación minoritaria”; cfr. Ley N° 25.943, Artículo 4°.

<sup>286</sup> Harris, *op. cit.*, p. 19.

<sup>287</sup> Harris, *op. cit.*, pp. 3 y 19.

<sup>288</sup> Harris, *op. y pp. cit.*; Rubio, *op. cit.*, p. 14.

desviado hacia otras necesidades.<sup>289</sup> Por otra parte, esta solución es la más lógica y coherente con el carácter de deuda pública que, a pesar del recurso a esquemas de APP, los organismos multilaterales persisten en calificar los montos comprometidos por los Gobiernos en estas modalidades.<sup>290</sup>

5- Para despertar el interés internacional, el diseño de la estructura del proyecto debe resultar familiar con aquella que el mercado internacional está habituado a considerar. Una acción conjunta y de largo plazo con el sector público puede llegar a resultar demasiado conflictiva y riesgosa para el sector privado si no se basa en esquemas que ya han sido probados.<sup>291</sup>

6- Para que el sector público realmente se comprometa en la relación de larga duración que supone una APP y no se siente a sucumbir ante las exigencias del corto plazo, debe existir un marco institucional que fije reglas claras de juego y mecanismos aptos y eficaces para resolver las controversias que pudieran surgir y para imponer a las partes el respeto de lo acordado.<sup>292</sup>

Finalmente, en la Argentina se han expresado fundadas opiniones que formulan críticas severas a la viabilidad de un régimen de APP, ello en función de la entidad y calidad de los requerimientos necesarios para que tales emprendimientos resulten exitosos. Así, se ha entendido que en nuestro país no están dadas las condiciones institucionales para que exista una verdadera “cogestión” entre los sectores público y privado, considerándose las un posible foco de corrupción. Por tales motivos, se ha señalado que la verdadera “alianza público privada” parte de una idea inversa a la que predomina internacionalmente respecto de la APP. Ésta consistiría en separar los roles del Estado y del sector privado por etapas, de forma que no exista superposición de intervenciones y de riesgos. Así: “[...] el mercado ejecuta y financia por su cuenta y riesgo; el gobierno, separadamente, hace intervenciones subsidiarias”.<sup>293</sup>

Por lo expuesto, si bien el recurso a las APPs es un recurso válido y, en muchos casos, el más adecuado para el logro del desarrollo de ciertas infraestructuras, deben extremarse los recaudos para evitar que por su intermedio el Estado no pretenda “renacionalizar” obras o servicios de infraestructura sin respetar el papel subsidiario que le cabe según nuestro régimen constitucional.

<sup>289</sup> Rubio, *op. cit.*, p. 9. Sobre el particular, cabe señalar que, en caso de insolvencia, es una tradición que los gobiernos privilegien el pago de su deuda pública de naturaleza financiera respecto de la deuda no financiera. De allí que se proponga la apuntada equiparación.

<sup>290</sup> Véase *International Monetary Fund*, “*Public Private Partnerships*”, 12-03-2004, p. 22 y sigs.

<sup>291</sup> Harris, *op. cit.* y p. *cit.*

<sup>292</sup> Rubio, *op. cit.*, p. 7 y sigs.

<sup>293</sup> Cfr. Laura, Guillermo y Sturzenegger, Adolfo, *Abundancia de lo indispensable para todos. Gobierno + Mercado: sustentar el desarrollo y derrotar el desempleo*, Buenos Aires, Prentice Hall, 2004, p. 129.

## 9. EPÍLOGO

En definitiva, el desarrollo de la infraestructura en la Argentina depende de múltiples factores, pero, especialmente, de uno: de que el país respete sus compromisos y así recobre su credibilidad y capacidad crediticia en los mercados de capitales internacionales. Por eso conviene culminar recordando lo que hace muchos años exhortaba a la dirigencia de esa época, sabiamente, Juan Bautista Alberdi: “[...] Pero no obtendréis préstamos si no tenéis crédito nacional, es decir, un crédito fundado en las seguridades y responsabilidades unidas de todos los pueblos del Estado; con créditos de cabildos o provincias no haréis caminos de hierro ni nada grande. Uníos en cuerpo de Nación, consolidad la responsabilidad de vuestras rentas y caudales presentes y futuros y tendréis quien os preste millones para atender a vuestras necesidades locales y generales, porque si no tenéis plata hoy, tenéis los medios de ser opulentos mañana. Dispersos y reñidos no esperéis sino pobreza y menosprecio”.<sup>294</sup>

<sup>294</sup> Alberdi, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en Alberdi, Juan Bautista, *Organización de la Confederación Argentina*, T. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1913, p. 72.