

A. Saddy
Aurilivi Linares Martínez
Coordenadores

Direito das Infraestruturas

UM ESTUDO DOS DISTINTOS MERCADOS REGULADOS

Autores

Alberto Biglieri
Alexandre Santos de Aragão
A. Saddy
Antonio Marti del Moral
Aurilivi Linares Martínez
Bernard-Frank Macera
Christian Alberto Cao
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Eva Desdentado Daroca
Henrique Meier Echeverría
Inga Kawka
James F. Reardon
Janice Gray
João Nuno Calvão da Silva
Jorge H. Sarmiento García
José Luis Villar Ezcurra
José Ignacio Hernández G.
José M^a Aristóteles Magán Perales

José Miguel Azpúrua Alfonso
Josefina Cortés Campos
Luca De Lucia
Maria Gabriela Cresto Irigoyen
Manuel Lopes Porto
Marcos Gómez Puente
Marcos Juruena Villela Souto
Mariana García Torres
Mauricio Rafael Pernía-Reyes
Miguel Ángel Sendín García
Nuria María Garrido Cuenca
Pablo Silván Ochoa
Patricia Jonason
Pedro António P. Costa Gonçalves
Ramon-Jordi Moles i Plaza
Susanne Michel
Víctor Rafael Hernández-Mendible
Vittorio Minervini

Infraestructuras en la Argentina. El Control de la Intervención Administrativa en su Desarrollo

(Los Sistemas de Preselección y la Actividad de Fomento)

t

Alberto Biglieri*

Preliminar político histórico 1810/1940. Derecho Administrativo Económico. La Patria Peronista. (El ferrocarril como Analogía necesaria para el estudio de las infraestructuras). La Patria Contratista. La Patria Privatista. La Patria Milagrosa. Un hito Jurisprudencial. El derecho de las infraestructuras en la Constitución. La responsabilidad del Estado (Reglas de juego precontractuales). Fomento y Contratos. La Licitación Pública. Nuevos Institutos y posibilidades en la Legislación. La Iniciativa Privada. La Asociación Público Privada. Conclusión.

"Toca a los poderes públicos escoger y ver el modo de imponer los objetivos que hay que proponerse, las metas que hay que fijar, los medios para llegar a ellas, estimulando al mismo tiempo todas las fuerzas agrupadas a esta acción común. Pero han de tener cuidado de asociar a esta empresa las iniciativas privadas y los cuerpos intermedios. Evitarán así el riesgo de una colectivización integral o de una planificación arbitraria que, al negar la libertad, excluiría el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana". Popularum Progressio, 26 de Marzo de 1967. Papa Paulo Vi

Preliminar político histórico 1810/1940

Las viejas ideas, impulsadas desde Europa en los tiempos de las independencias y luego reavivadas desde Estados Unidos cuando se hizo potencia mundial llevaron, en los

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo Universidad Nacional de Lomas de Zamora, y Profesor Adjunto Ordinario de Derecho de la Integración en la UBA, República Argentina. . Magister en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos (USAL - Carlos III). MBA (U. Baltimore). Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Subdirector del Instituto de Derecho administrativo del Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires.

albores del Siglo XIX a las declaraciones de Independencia¹ de los territorios que conformaban la Corona Española² y que se transformaron en nuestros actuales países. Tanto allá, como en el siglo XX, los factores externos de la política internacional gravitaron profundamente sobre las decisiones nacionales. En aquel entonces, divisiones que solo beneficiaban a los caudillos locales o a los dueños del transporte y del comercio internacional; y en el siglo recientemente pasado, las hipótesis militares de conflicto, fuertemente impulsadas a partir de las dos grandes guerras mundiales - y potenciadas en la *guerra fría* - se convirtieron en el eje de la organización presupuestaria de países hermanos cuyas dirigencias generaban temores y conflictos entre ellos y así, justificaban el destino de sumas siderales a la carrera armamentista.

Brasil y Argentina no escaparon a ese recelo, y solo con la vuelta de la democracia, en los años 80 -con la caída vertical de la sustentabilidad de los gobiernos militares envueltos en resonantes casos de corrupción y aislados por las violaciones a los derechos humanos que los transformó en socios impresentables aún para los países productores de material bélico-. La locura subcontinental concluyó con la derrota de Malvinas³, que produjo un efecto dominó sobre los gobiernos de hecho. Recuperada la democracia, los Presidentes Sarney y Alfonsín establecieron una relación de cooperación, dejando atrás más de un siglo de enfrentamientos por la hegemonía regional.

En su libro Derecho Público de la Integración, Granillo Ocampo sostiene:

*"La recuperación de la democracia se tradujo en la superación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, vigente durante los regímenes militares, que además de estar asentada en la tradicional rivalidad, trabajaba sobre la idea de que entre los dos países existía un riesgo de conflicto potencial, todo lo cual contribuyó a la configuración de una determinada organización económica, política y social en ambos países (especialmente en sus fronteras), que desalentaba toda cooperación en obras de infraestructura bilateral. Todo esto además, generaba mayores presupuestos militares, diseños específicos en la infraestructura de base (fabricaciones militares, carreteras ferrocarriles, etc.) y concentración de la relación de las áreas de conflicto y no de cooperación"*⁴

- 1 Solo a efecto de sentar una posición, y no correspondiendo un análisis profundo de esta cuestión en estas líneas, considero que los movimientos independentistas – en especial los que separan a Chile de Perú y a Uruguay de Argentina- obedecen a factores e intereses geopolíticos relacionados con el control de las costas atlántica y pacífica respectivamente.
- 2 Es conocido que el recorrido histórico del Brasil, no se condice con los otros países hispanoparlantes, y la situación del Imperio llevó otra lógica y tiempos diferentes en su Independencia.
- 3 Cuya reivindicación sostenemos, pero por los medios pacíficos de reclamos internacionales.
- 4 GRANILLO OCAMPO, Raúl. Derecho Público de la Integración, Editorial ABACO, Buenos Aires, 2007, pág. 546.

En realidad, como ya los señalamos en otras oportunidades⁵, el fenómeno que se registra de fronteras para afuera, se reproduce fronteras adentro, las mismas hipótesis militares que diseñaron el control de las vías y los medios de comunicación para poder controlar a sus poblaciones, impidiendo el conocimiento de las realidades vecinas - por el fuerte esquema de censura interna y las interferencias de las señales transfronterizas - especialmente para impedir el contacto personal emergente de la libre circulación de personas en zonas en las que la división limítrofe es solo una referencia inhallable, cuando las fronteras secas han creado un conjunto habitacional único como en Bella Unión y Barra do Quaraí o entre Santa Ana do Livramento y Rivera-. En el interior de los países, el fenómeno se repite, aún cuando las dictaduras no pudieran impedir permanentemente la circulación interna de sus nacionales, en muchas ocasiones recurrieron a decretar el Estado de Sitio, o simplemente a desarrollar obras de infraestructura, como la red de acceso vial a la Ciudad de Buenos Aires que se diseñó pensando en la facilidad de controlar el ingreso y egreso a la central del poder administrativo, militar y financiero del país - se calcula que las Autopistas Urbanas transportan unas 5.000.000. de personas por día hacia la Capital en 3 arterias de 4 carriles por mano cada una y 4 puentes de los siglos pasados de 2 carriles-. En el mismo orden, la red ferroviaria fue abandonada paulatinamente, con el corolario de la frase de Menem "ramal que para ramal que cierra" que inició el cierre de más del 70 % de la red ferroviaria argentina⁶ en los 90, y el paulatino reemplazo del transporte de cargas por el automotor - acarrió también un increíble fortalecimiento del sindicato de conductores de camiones, actor principal del sindicalismo argentino contemporáneo-.

Derecho Administrativo Económico

Fernando Herren Aguillar define al "Derecho Económico" ⁷, como: "*El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países. Derecho económico es también la expresión que designa el estudio de esas normas e institutos jurídicos*".

En su análisis - siempre dentro de un orden capitalista- el autor compara el funcionamiento del modelo económico del Brasil y la implementación de ese modelo a través de las políticas públicas que en su país se han ido aplicando sucesivamente, con el recorrido de un péndulo. La metáfora imagina una tabla de medición de la intromisión del

5 BIGLIERI Alberto, Ponencia en el Congreso ASIER 2006 " Las cooperativas en la PBA -excepciones al procedimiento licitatorio"-

6 Comparar con el cuadro de la nota 13.

7 HEP-REN AGUILLAR, Fernando:"Direito Eonómico - Do direito nacional ao direito supranacional", Sao Paulo, Editora ATLAS, 2006.-

Estado en el mercado en constante movimiento con una parábola que recorre una grilla que indica mayor o menor actividad reglamentaria del Estado, pero siempre lo indica en movimiento o actividad, nunca detenido y, siempre, con un valor mínimo superior a cero.

Tomando este sistema, podríamos sostener que en la Argentina la actividad reglamentaria del Estado ha atravesado varias veces las distintas actitudes, más o menos intervencionistas de los distintos gobiernos. Una clasificación ideológica tornaría estéril e infructífero cualquier estudio. Independientemente de su signo político, forma de acceso al poder o duración en el mismo: todos LOS GOBIERNOS EN ARGENTINA han utilizado distintas formas y volúmenes de intervención estatal.

Ahora bien, las realidades políticas y económicas de Argentina y Latinoamérica son mucho más coincidentes que divergentes⁸, y es por ello que aún utilizando como uno de los ejes el trabajo antes mencionado, igual incluimos la noción de "*derecho administrativo económico*" para que quede claro el objeto y los sujetos partes del análisis.

Una mirada histórica de la Obra Pública en la Argentina: especulando con una visión superficial utilizaré el péndulo que propone Herren Aguillar para abordar el eje del desarrollo infraestructural en la Argentina, aún cuando los ejemplos jurisprudenciales y normativos solo obedecen a una línea de relato y no abarcan la totalidad de la actividad estatal en estos temas por obvias razones de espacio.

La Patria Peronista

La mayoría de los textos que se ocupan de hablar sobre las Obras, los Servicios Públicos y las fuentes de energía en la Argentina tienen una tendencia marcada a individualizar, fijar o determinar como el período máximo de organización de la infraestructura estatal del país en los primeros gobiernos del General Perón.⁹

Me veo en la obligación de dejar asentado que esta óptica agiliza el arribo al núcleo temático que he elegido para tratar y comparar con la actualidad, pero tiene la profunda injusticia - según mi opinión- de olvidar los gobiernos de Roca, Mitre y especialmente los de Hipólito Yrigoyen y Marcelo T. de Alvear quienes (entre otras innumerables logros) firmaron los decretos de creación de la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Y.PF) y la designación al frente de esa repartición del General Enrique

8 "La lógica de la intervención estatal que prevaleció entre nosotros hasta hace poco tiempo estaba, pues, centrada en la supremacía del interés público (entendido como interés del Estado-Nación) sobre los intereses privados." T del A. En: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo: "Agencias Reguladoras Independientes, Fundamentos e seu Regime Jurídico"; Editorial Fórum; 6ª edición -Brasil, 2005; pág. 27

9 "Este clima de ideas económicas fue cristalizado en la Constitución reformada en 1949, que consagró al Estado como dueño de los servicios públicos y de las fuentes energéticas" en *Nueva Historia de la Nación Argentina*. Academia Nacional de la Historia, Tº 7, Pág. 306, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2001.

Mosconi¹⁰. En idéntico sentido y tomándonos una licencia cronológica, trataremos más tarde el tendido de las primeras redes ferroviarias.

Utilizaré esos puntos máximos de injerencia, en los cuales la intervención administrativa llegó a *constitucionalizar*¹¹ el juego, como la medición más alta del recorrido pendular de la actividad reglamentaria del estado en materia económica. En el punto referido expresamente al Derecho Constitucional, me referiré al momento actual y vigencia de las normas incorporadas y sobrevivientes desde 1853, sus antecedentes y los principios generales.

Habrà que recordar - amén de la cita constitucional - que la era peronista significó una constante producción de bienes infraestructurales con recursos del Estado. La obra pública se desarrollaba íntegramente con mano de obra del empleo público, maquinaria y fondos públicos y materiales producidos o adquiridos por la misma administración. Es de entender, entonces, que la relación administrativa de empleo público - y su sobredimensionamiento - nace más cerca de incorporar fuerza laboral a la maquinaria estatal y luego ocuparla *keynesianamente*, que de agrandar la "industria nacional"¹² para mejorar

- 10 PIEN, Sandra: "un Argentino Llamado Mosconi", Biblioteca Soldados, Buenos Aires, 1999. También se debe destacar su influencia y relación con Jorge Newbery en el impulso de la aeronavegación nacional.
- 11 Constitución Nacional Argentina de 1949: Capítulo IV: La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica: Art. 38 - La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz. Art. 39 - El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino. Art. 40 - La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se concentrará con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido."
- 12 BIGLIERI, Alberto: "El derecho Público en la Insula de Barataria" -en homenaje al 400º aniversario de la 1ª edición de El Quijote- Revista Urbe et Ius N° IV pág. 95, Primavera de 2005 (www.urbeetius.org). Ver en este artículo la evolución de la noción *industria*.

las infraestructuras básicas en comunicación , salud, transporte, etc. En igual sentido, las normas dictadas para la regulación patrimonial de las maquinarias y las formas de adquisición de materiales necesarios para el desarrollo de estas actividades, fluían del puño y letra oficial.

Este fue un período en el cual el estado era el *primer actor, director y guionista de un film en blanco y negro.*

"El intervencionismo adquiere hacia 1946 connotaciones diferentes, cuando el Justicialismo produce un cambio sustantivo en la concepción política, económica y social. Al Estado se lo instrumentaliza en pos de la justicia social, la redistribución del ingreso y la necesidad de producir un acelerado proceso de sustitución de importaciones. Se instala, de esta manera, un intervencionismo estructural y permanente por el cual el Estado ya no sólo regula sino que, a través de las nacionalizaciones, gestiona empresarialmente en estratégicos sectores de la economía. Es en esta etapa cuando comienza a configurarse el Estado empresario, porque de hecho la empresa pública era un idóneo instrumento de redistribución del ingreso y de acumulación de capital frente a la insuficiencia del sector privado. Es entonces cuando se perfila el concepto de Estado de bienestar, que busca ser un justo medio entre el Estado de derecho liberal, que pone acento en lo individual, y la concepción socialista, que enfatiza lo colectivo.

Sin embargo, el proceso de crecimiento empresarial estatal en la Argentina y el de otras modalidades de intervención, no se detendrán aun cuando hubiere caído el gobierno justicialista. Por el contrario, adoptaran nuevas formas en procura del desarrollo económico."¹³

En nuestro país -LAMENTABLEMENTE- los movimientos pendulares de la intervención administrativa en la economía siempre aparecen en forma espasmódica. La caída del General Perón, de ése gobierno constitucional, trajo como consecuencia la demonización de sus políticas. A cada gobierno depuesto lo ha sucedido una demolición completa de sus obras (materiales e intelectuales). Siento la necesidad de expresarme contrariamente a estos cambios abruptos y precipitados de los rumbos económicos, sin que ello constituya un juicio de valor - en especial del gobierno peronista.

13 DROMI, Roberto: " Empresas Públicas - de Estatales a Privadas-",pág. 21 y ss gtes., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1997.-

El modelo se puede apreciar, tanto en la letra de la Constitución de 1949 - derogada a la caída del gobierno – como en innumerables situaciones. Por ejemplo la relación jurídica y la inversión en ferrocarriles¹⁴:

Desde la *novedosa*¹⁵ iniciativa privada inicial en ferrocarriles, el crecimiento de la participación estatal en el tendido de la red ferroviaria, a la nacionalización del gobierno de peronista, la privatización de los 90 y el rescate de las concesiones durante el período de Kirchner, el péndulo no ha tenido respiro.

El análisis histórico demuestra lo expuesto:

"La aplicación de la teoría sostenida en el menaje presidencial de 1887 apoyada por los gobernantes que ejercieron el poder en años posteriores, hizo que en 1900, la extensión de vías del Estado se redujera en 1700 kilómetros, en tanto que la de las empresas particulares se acrecentaba en casi 11000 kilómetros. A partir de 1900 el desenvolvimiento de las vías férreas anotado en años típicos de su desarrollo ha sido el que expresa el cuadro que sigue:¹⁶

Años	Longitud de Vías		Longitud Total	Aumentos Parciales	
	Estado	Particulares		Estado	Particulares
1900	2,0	14,5	16,6		
1907	2,6	19,4	22,0	0,6	4,9
1914	4,7	28,8	33,5	2,1	9,4
1922	6,0	29,1	35,1	1,3	0,3
1930	8,7	30,2	38,9	2,7	1,1

*"Este*clima de ideas económicas fue cristalizado en la Constitución reformada en 1949, que consagró al Estado como dueño de los servicios públicos y de las fuentes energéticas .De todas las nacionalizaciones, la de los ferrocarriles, fue la*

14 La referencia expresa a su desarrollo corresponde a la aplicación analógica que se puede realizar en el marco del derecho histórico argentino, pues ha sido el tren el emblema de la comunicación terrestre en nuestro desarrollo infraestructural.

15 ALBERDI, Juan Bautista. BASES; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires, 1998, (1era. Edición 1852); pág. 69, transcribo el párrafo con el que el *alma mater* de la carta magna se refería al ferrocarril en la publicación de 1852: "Ferrocarriles. El ferrocarril es el medio de dar vuelta al derecho 1 que la España colonizadora colocó al revés en este continente. Ella colocó las cabezas de nuestros Estados donde deben estar los pies. Para sus miras de aislamiento y monopolio, fue sabio ese sistema; para las nuestras de expansión y libertad comercial, es funesto. Es preciso traer las capitales a las costas, o bien llevar el litoral al interior del continente. El ferrocarril y el telégrafo eléctrico, que son la supresión del espacio, obran este portento mejor que todos los potentados de la tierra. El ferrocarril innova, reforma y cambia las cosas más difíciles, sin decretos ni asonadas "

16 ORTIZ, Ricardo M.: "Historia Económica de la Argentina" (5- Edición), pág. 583, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1978.-

más cargada de connotaciones simbólicas y la más celebrada por la mayoría de los argentinos. Muchos opositores denunciaron los términos de la sinuosa negociación (1946-1948), al cabo de la cual el Estado absorbió los enormes gastos de modernización y reequipamiento que las empresas (británicas en su mayoría) delegaron de buena gana en vísperas de la expiración de sus privilegios impositivos. Pero éstos gastos (que dichas compañías no podían enfrentar) eran el precio que muchos estados estaban pagando, ya que desde la crisis de 1930, la nacionalización de los ferrocarriles era una tendencia mundial."¹⁷.

En general los gobiernos de facto han sido más liberales - en lo económico- que los democráticos, al menos en los discursos.

La Patria Contratista

A párrafo seguido desarrollaré el título elegido, que podría también llamarse "La Patria Financiera", como fue popularmente conocida, por el desdén que se trató al sector productivo en paralelo al sobredimensionamiento de los servicios - en especial bancarios y especulativos- durante la dictadura militar inaugurada en 1976 y que era vista por los historiadores así:

*"...las Fuerzas Armadas y los sectores del establishment que las acompañaban habían decidido ir más lejos. En su diagnóstico, la inestabilidad política y social crónica nacía de la importancia del poder político de los grandes grupos corporativos -los trabajadores organizados pero también los empresarios- que alternativamente se enfrentaban, generando desorden y caos, o se combinaban, unidos por una lógica peculiar, para utilizar en beneficio mutuo las herramientas poderosas del Estado intervencionista y benefactor. Una solución de largo plazo debía cambiar los datos básicos de la economía y así modificar esa configuración social y política crónicamente inestable."*¹⁸

"El criterio de proteger la industria -a la que se achacó su falta de competitividad- fue reemplazado por el del premio a la eficiencia, y fue abandonada la idea que el crecimiento económico y el bienestar de la sociedad se asociaban con la industria. Se trataba de un cuestionamiento similar al del resto del mundo capitalista, pero la respuesta local fue mucho más destructiva que constructiva.

17 "Nueva Historia de la Nación Argentina", Tº 7, de la Academia Nacional de la Historia, pág. 306, Editorial Planeta, Buenos Aires Argentina, 2001.

18 ROMERO, Luis Alberto; Breve historia contemporánea de la Argentina, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2- ed. 15ª. reimp. -Buenos Aires, 2008, pág. 212

*La estrategia centrada en el fortalecimiento del sector financiero, la apertura, el endeudamiento y -como se verá- el crecimiento de algunos grupos instalados en distintas actividades, no benefició particularmente a ninguno de los grandes sectores de la economía.*¹⁹

Los gobiernos de la segunda mitad del siglo XX, no llegaron a imponer un criterio básico o al menos uniforme. Arturo Frondizi (1958-1962) y Arturo Illia (1963-1966) dos presidentes constitucionales, formados en el mismo partido político (Unión Cívica Radical) que los mencionados presidentes Yrigoyen y Alvear, apostaron en contraposición diametral a la inversión privada en la exploración y explotación petrolera y luego a la anulación completa de esos contratos, respectivamente.

Los golpes militares concentraron en pocas manos la riqueza nacional, y a la sombra de las "*hipótesis de conflicto*"²⁰ se emprendieron grandes obras de infraestructura básica (carreteras, autopistas, fuentes alternativas de energía, comunicaciones, etc.) pensando siempre en conflictos latentes (Inglaterra/ Malvinas, Chile/Beagle - Hielos Continentales, Brasil/Ríos mesopotámicos, etc.).

Un erario en quiebra operativa, continuamente diezmado por compras de armas e incompromisos reservados dirigidos a la "seguridad interior", grandes contratos, grandes comisiones, préstamos internacionales, nacionalización de la deuda privada y la aparición de los primeros casos escandalosos de corrupción, encaminaron el sistema de obras públicas a las realizaciones por medio de contrataciones a las grandes empresas, que efectivamente se hicieron grandes en este período (1966- 1983)²¹. De la Patria Peronista (estatista) pasamos a ser la Patria Contratista. En esta última la doctrina aceptó (algunos solo toleraron) la lógica de la aplicación del derecho privado para todas las aristas de la relación: Estado\ Contratista, Contratistas\ Empleados, Contratistas\ Proveedores, etc. Puertas adentro, se creaba la figura de *sociedades del estado* regladas fundamentalmente por el derecho privado para poder luchar con las fuerzas del mercado en igualdad de condiciones, y como máxima expresión de la intervención administrativa en la economía se creó un holding estatal: la Corporación de Empresas Nacionales

Este nuevo orden, beneficiado por un poder omnímodo ante quien nadie se alzaba, alcanzó su cénit con algunas medidas en las que el Estado, prácticamente, reemplazaba al mercado. Se implementó una "tablita"²² que fijaba, día a día, el tipo de cambio del

19 ROMERO, Luis Alberto; Op. Cit. pág. 217.

20 Planificación militar.

21 En 1973, Héctor J. Campora ganó las elecciones presidenciales con Perón en el exilio. Inmediatamente se organizó su regreso y en ese mismo año se convocaron a nuevas elecciones con el triunfo de la fórmula Perón-Perón. La desaparición física del líder justicialista -1974- y la sucesión en el poder de su esposa, María Estela Martínez, solo interrumpieron en lo formal el período económico de los gobiernos militares. La violenta interacción política en el peronismo, se tornó en una batalla ideológica que desatendió la economía nacional.

22 La *tablita de Martínez de Hoz* era el nombre con que se la conoció.

dólar estadounidense. Su "intención" antiinflacionaria solo alentó el vuelo razante de capitales golondrinas. Entre 1981 y 1982, desde la autoridad monetaria (Banco Central de la República Argentina) D. Cavallo implementa el "hospital de empresas", permitiendo a aquellos contratistas que adeudaban grandes sumas de dinero en impuestos emitir acciones en forma de garantía de pago o pago, sin perder el control empresarial independientemente del volumen accionario cedido al Estado. La contundente derrota en Malvinas, implica también una caída del contexto económico "bélico" imperante en todos los gobiernos militares²³. La hiperinflación, la emigración de capitales y la desaparición de los "gerentes" de la Patria Contratista dejan en manos del Estado una innumerable cantidad de empresas (quebradas y deficitarias) con las que no había soñado ni el extinto General Perón.

Los primeros años de Alfonsín (1983-1989) se fueron en los tremendos esfuerzos de sostenimiento del sistema y enjuiciamiento a los responsables de la represión ilegal. La reposición de las libertades políticas y los derechos humanos cambiaron el eje de la discusión. La asfixiante deuda externa y la dependencia del Fondo Monetario Internacional no modificaron profundamente el panorama. Un cambio de moneda (se dejó el peso argentino y se pasó al austral) encubrió una violenta devaluación y la espiral inflacionaria obligó a una convocatoria anticipada a elecciones presidenciales. Alguna iniciativa relacionada con la transformación del sistema sindical²⁴, la incorporación de capitales privados en telefonía²⁵ o la asociación con capitales y management privado²⁶, chocaron con la oposición legislativa del peronismo que meses después aplaudiría la "Era de las privatizaciones" de Menem.

La Patria Privatista

A pesar del subtítulo, y de cómo se conoció el sistema que se implementó desde 1990²⁷, debemos subrayar que: el marco de transformación tuvo un gran consenso social²⁸ - y sindical, pues las centrales obreras recibieron bajo el título de "programa de propiedad participada" partes de los paquetes accionarios de las empresas privatizadas- que se reflejó en un cuerpo legal (dictado por el Congreso Nacional²⁹) cuya abanderada fue la ley 23.696 conocida como Ley de Reforma del Estado o Ley marco de las Privatizaciones. En este contexto salieron de la *intervención directa* para quedar en la llamada *intervención di-*

23 1930, 1943, 1955, 1962, 1966, 1976. Tampoco los gobiernos de Perón : 1946, 1952 y 1973 carecían de un perfil belicista.

24 Y su incidencia en el "Costo Argentino"

25 Plan Megatel: Un plan de inversiones sin participación gerencial empresaria.

26 Se avanzó en asociar Aerolíneas Argentinas a Scandinavian Air System (SAS)

27 Es un giro literario: efectivamente esta época comienza en 1989.

28 A pesar de medidas duras como el ahorro forzoso y la indisponibilidad de fondos sostenidas por las leyes de emergencia económica, toleradas por la Corte Suprema en el fallo "Peralta"

29 La aparente redundancia es aceptada por la RAE para enfatizar ideas.

rectiva³⁰, por ejemplo, ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones, OSN (Obras Sanitarias de la Nación, Aerolíneas Argentinas, Ferrocarriles Argentinos, Gas del Estado, SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires), etc.

La Ley Nacional 23696³¹ tiñó una época. Fue popularmente conocida como la ley "de las privatizaciones" aún cuando en su plexo convivieron las diversas formas de relación que pergeñó el Estado para relacionarse con los capitales privados³²: Ventas totales de empresas comerciales: (textiles, metalúrgicas, canales de televisión radios, etc). Venta de acciones. Concesiones propiamente dichas. Concesiones con venta de inmuebles (Telefónica y Telecom), Permisos, Autorizaciones, Licencias, etc. Se utilizó la definición *privatización* (que pertenecía a la idea especie) como el género que englobó a todas las modalidades que se implementaron para estas relaciones estado-particulares.

La idea que mencionamos anteriormente como "hospital de empresas" aflora nuevamente y ahora en el texto legislativo, pues el Poder Ejecutivo podrá : " *Disponer para cada caso de privatización y/o concesión de obras y servicios públicos que el Estado Nacional asuma el pasivo total o parcial de la empresa a privatizar ,a efectos de facilitar o mejorar las condiciones de la contratación.*"³³. El Estado fue llevado a asegurador del fracaso empresario. Podríamos hablar de una intervención que lejos de directa o directiva, desbarata las reglas de juego del mercado y la lógica capitalista del riesgo empresario. También consideramos inaceptable la utilización de estas normas para justificar la prorroga internacional de jurisdicción.

"El fenómeno jurídico de los años noventa dejó en el territorio provincial algunas heridas, quizás no tan grandes ni significativas como las del orden nacional

30 DROMI, Roberto: Derecho Administrativo, 10ª Edición, pág. 990. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.: "Intervención Ijirectiva:...de orientación o de política económica estricta... Intervención Directa:...de ejecución..."

31 Ley 23696, Artículo 15: Alternativas de procedimiento. Para el cumplimiento de los objetivos y fines de esta ley, el Poder Ejecutivo, a través de la Autoridad de Aplicación o en forma directa en su caso podrá: 1º) Transferir la titularidad, ejercicio de derechos societarios o administración de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas "sujeta a privatización". 2º) Constituir sociedades; transformar, escindir o fusionar los entes mencionados en el inciso anterior. 3º) Reformar los estatutos societarios de los entes mencionados en el inciso 1º de este artículo. 4º) Disolver los entes jurídicos preexistentes en los casos en que por transformación, escisión fusión o liquidación, corresponda. 5º) Negociar retrocesiones y acordar la extinción o modificación de contratos y concesiones, formulando los arreglos necesarios para ello. 6º) Efectuar las enajenaciones aún cuando se refieran a bienes, activos o haciendas productivas en litigio, en cuyo caso el adquirente subrogará al Estado Nacional en las cuestiones, litigios y obligaciones. 7º) Otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieran afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticenlos incisos siguientes (8,9,10 y 11) disponían beneficios impositivos para el Capital de inversión. Los incisos 12 y 13 se analizan en cuerpo principal de la nota.

32 BIGLIERI, Alberto: "Privatizaciones: las alternativas de procedimiento en la Ley 23.696 ", Revista del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, N° 34, Junio-Agosto de 2000.

33 Ley 23696, artículo 15, inciso 12. Para completar, el inciso 13: " Llevar a cabo a cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para cumplir con los objetivos de la presente ley"

. Aún así el debate doctrinario³⁴, sobre la posibilidad de aceptar el juzgamiento foráneo como parte del trato para atraer inversiones de capital extranjero llevó a profundizar el estudio de los alcances del artículo 1 del Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente a la facultad administrativa de prorrogar la competencia. En buen romance se interpretó, utilizando una división aceptada por gran parte de la doctrina en esa época, que era posible aceptar como negociable la jurisdicción a cambio de ese ingreso de divisas. Por supuesto que como siempre en nuestro país prevalecen los antónimos y así lo provisorio aparece como definitivo, lo excepcional como regla y la emergencia eterna; entonces la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación: "...quienes dirijan las negociaciones de la República no deben acceder a semejantes cláusulas sino en caso de excepcional importancia y de absoluta necesidad "³⁵ se hizo agua de borrajas y en 55 casos³⁶ descubrimos esa excepcionalidad y absoluta necesidad. A esta altura, corresponde incorporar el comentario pertinente a que los artículos 1 y 2 del Código de rito nacional, tienen una redacción similar - especialmente a la luz de sus efectos- a los del mismo orden provincial. Es, entonces, altamente recomendable el trabajo sobre el tema de H. Rosatti³⁷, aunque elaborado sobre el texto normativo nacional, pues su concordancia permite comprender su funcionamiento y efectos sobre las provincias, como ocurrió efectivamente en el caso de Aguas del Aconquija (Tucumán) y Azurix Corp. v. Argentine Republic ³⁸(Case No. ARB/01/12) que se ventila ante el Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En ese trabajo , el autor, elabora una receta interesante para discernir también entre la presencia ante tribunales judiciales extranjeros u otros órganos de resolución de conflictos , y los efectos de sus sentencias. Estas últimas podrían respetar la inmunidad soberana a la hora de "nacionalizarse" (vg. Exequátur) y correspondiendo la ejecución de sentencias a las modalidades propias de la reglamentación formal, vuelta a empezar."³⁹

En mérito a la seguridad jurídica reclamada por los inversores, y para garantizar las ecuaciones de los contratos se diseñó un corsé cambiario, similar a la reseñada "tablita",

34 A mí entender saldado con las inclusiones de la competencia sobre Responsabilidad Patrimonial y Contratos administrativos en el artículo 1- incisos 4 y 6 del Nuevo Código Contencioso Administrativo.

35 Dictámenes PTN: 129:137

36 Dato de la Secretaría de Comercio Exterior de la Nación

37 ROSATTI, Horacio D. "Prórroga de Jurisdicción y Soberanía Nacional" en Revista de Derecho Público, 2004/1 de Rubinzal Culzoni.

38 En todos los casos aparece como demandada la Nación, esto se debe a su relación contractual directa, a imputársele falta de cumplimiento de los tratados recíprocos de protección de las inversiones o a el reconocimiento del Estado Nacional como única entidad con personería jurídica en el Derecho Internacional.

39 CASSAGNE, Juan Carlos: Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Título IX, Capítulo II, Pág. 993/994, por BIGLIERI, Alberto, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007.-

por el cual fue cristalizado en un tipo fijo la relación 1 dólar = 1 peso conocido como "convertibilidad". Durante una docena de años, sumado a la apertura aduanera, se destruyó la producción industrial, y especialmente se deterioró la producción agropecuaria que tuvo que luchar contra la importación de commodities subvencionados de la Unión Europea y de los Estados Unidos de Norteamérica, por primera vez en la historia "el granero del mundo" importaba granos. La salida de Menem, no significó grandes cambios, por el contrario el apego del gobierno de De la Rúa a los órganos rectores de la economía internacional vaciaron su equipo de aliados políticos que reclamaban una salida ordenada de la convertibilidad. La vuelta de Cavallo al ministerio de economía disparó una revuelta social que derivó en la caída del Gobierno. Antes de esta situación, una vez más, se intentó transformar al Estado en una aseguradora de riesgo. Por tercera vez en la historia volvía el "hospital", así lo reseña el periodismo:

"Las empresas con deudas impositivas y previsionales podrán incorporar al Estado como socio. Si poseen deudas bancarias de mala calidad (categorías 3 a 6), podrán canjearlas por el valor nominal de títulos públicos devaluados. En Economía sostienen que el rescate tendrá costo cero para el Estado y será ventajoso para los bancos. Pero lo cierto es que el fisco renunciará a percibir dinero contante y sonante y a cambio recibirá participaciones accionarias, teóricamente por un valor proporcional. Así, tras las privatizaciones de los '90, ahora podrían "condonarse" gran parte de los 15 mil millones de pesos, la suma de las deudas fiscales. El Estado, como en épocas del extinto Banade (Banco Nacional de Desarrollo), se convierte nuevamente en hospital de empresas. Como con el Cavallo del '82, toda la sociedad se hace cargo de los pasivos..."⁴⁰

Igualmente el golpe final fue la medida conocida como "corralito financiero" por medio del cual se impedía retirar del sistema financiero el dinero ahorrado (y nominalmente sostenido por la convertibilidad) y solo permitía contar con \$ 1000.- (o u\$s 1000.-) en efectivo por mes, con la obvia similitud para el giro o disposición de las utilidades. Una medida muy parecida a las recetas de shock que mencionamos en el inicio de los 90, pero que en este caso no dio resultado.

La Patria Milagrosa

DIOS ES ARGENTINO. Frase cotidiana que sirve para explicar lo inexplicable, lo natural o lo sobrenatural, lo casual o lo causal, y que sirvió para decir que en dos años,

40 SCALETTA Claudio, Diario Página 12, Edición del día 3/11/2001, Buenos Aires, Argentina.

luego de la salida violenta de la convertibilidad (llegamos a estar u\$s 1.- = \$ 4.-), la incomparable revalorización del precio internacional de las materias primas, y el desarrollo tecnológico (biogenética) aplicado a la siembra el país postdefault reviviera como Lázaro y camine con una economía emergente en un crecimiento de 8 % anual.

Luego de la caída del Presidente De la Rúa, el interregno de Duhalde (que salió de la convertibilidad y ensayó las primeras armas luego de declarado el default por otro Presidente interino - Rodríguez Saa) comenzó con el Ministro de Economía Lavagna y la negociación integral de la deuda externa, el Gobierno encabezado por Néstor Kirchner (quien concluyó esa negociación con el mismo ministro, hoy fuera del equipo presidencial) incide en el mercado a través de una fuerte política monetaria para sostener un tipo de cambio alto (\$3,80.- = u\$sl.-), fijando altas retenciones a las exportaciones agropecuarias (especialmente agrarias) que le han permitido saldar las obligaciones con el FMI y reunir reservas record en el Banco Central. El buen momento económico llevó al gobierno a recuperar la concesión del agua potable, creando una Sociedad Anónima (de capital estatal y propiedad sindical participada) con un régimen de derecho privado para poder "competir" fuertemente en el mercado, y a recuperar las concesiones de los principales ferrocarriles, en ambos casos bajo pretexto de incumplimiento de las inversiones necesarias. DEJA VU.⁴¹

Un Hito Jurisprudencial

En tiempos de la que dimos en llamar "Patria Privatista", la oposición legislativa intentó el camino judicial para detener el proceso de privatizaciones -en el caso Aerolíneas- y su acción desembocó en una doble derrota. A nadie llamó la atención que la Corte Suprema sostenga en la acción de amparo iniciada por el Diputado Nacional Fontela (autos: *Fontela Moisés Eduardo c/ Estado Nacional si Amparo*) que : "*la administración de la hacienda y patrimonios públicos, y el diseño de las políticas respectivas,...materia propia de otros poderes...No resultando, por cierto, el de los estrados judiciales, el lugar en que deben ser debatidas y juzgadas la bondad o acierto u oportunidad de decisiones políticas sobre los asuntos públicos*" (fragmento del considerando 18), lo notorio fue la recepción en la sede del más alto Tribunal de una acción titulada: "DROMI, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ Avocación en autos: Fontela Moisés Eduardo c/ Estado Nacional s/ Amparo" de la que surgió la doctrina del *per saltum*, según la cual la Corte Suprema de justicia "salteando" las instancias inferiores se avocó al

41 Asumo que esta reseña histórico política podría compararse con las del tipo de las publicadas por los diarios en el libro "1984" de George ORWELL.

tratamiento de esa causa dada su trascendental importancia institucional. Vale recordar que el fallo rechazaba la legitimación esgrimida por el legislador.⁴²

EL Derecho de las infraestructuras en la Constitución Nacional:

Como adelantáramos, nos referiremos a la Carta Magna, vigente, a algunas experiencias derogadas, a las raíces históricas del texto, a la doctrina, a las costumbres y a la recepción legislativa; en definitiva a los principios generales, que conforman el Derecho administrativo económico aplicable al desarrollo nacional:

t

"En efecto, desde la separación de los poderes, hasta el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del Derecho administrativo, y aunque no se encuentren expresamente incorporados en todos los casos al Derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia".⁴³

Ahora, iniciados en los conocimientos de nuestra historia, en una obra colectiva con aportes internacionales, se hace indispensable en otras pocas palabras explicar el sistema federal argentino, para luego poder elaborar una teoría, más o menos realista sobre las infraestructuras en el país y los procedimientos aplicados a su desarrollo.

La Constitución Nacional Argentina, típicamente enunciativa, ha sido vista desde su misma jura como un programa de gobierno. Algunas pocas medidas procesales han sido incorporadas en la Reforma de 1994, y se ha consolidado la noción de una fuente generadora de derechos, más que un contenedor de estos. La conformación de una estructura nacional se forjó con herramientas jurídicas que proyectaron la noción de nacionalidad común - fenómeno repetido en Hispanoamérica-:

"Bolívar..... al escribirle al Director de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Juan Martín de Pueyrredón (el 12 de junio de 1818), indicando el imperativo estratégico de que "una sola debe ser la patria de todos los americanos, ya que en todo hemos tenido una perfecta unidad"⁴⁴

42 Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha reconocido la legitimación - una especie de pluslegitimación- de los legisladores en cuestiones que exceden al marco de sus funciones.

43 CASSAGNE, Juan Carlos; El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa; Editorial Marcial Pons Argentina; 1ª edición -Buenos Aires, 2009; pág. 45

44 GARCÍA NETTO, Irma Adriana (compiladora), En: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO, Los orígenes de la integración suramericana, de: FILIPPI, Alberto; Editorial Eudeba, 1ª ed. -Buenos Aires, 2009. pág. 30

"Mucho menos que una suma, o que una "nación de naciones", y sin que se lograra afirmar ni siquiera una (sola) nación, serán las ciudades hispanoamericanas más o menos grandes (y sus jurisdicciones) las que se transformarán en Provincias soberanas, casi siempre conservando el viejo nombre de la época colonial. En otras palabras, los Estados que surgen no fueron el producto de un proceso histórico específico y fuertemente caracterizado a niveles de integración "nacional" (como el europeo milenario), sino el punto de partida para una organización político-estatal sobre la única identidad socio-política del período: la ciudad-provincia (Goldman, 2003: ¡89-210). Noten ustedes que esta "debilidad estructural" de las "naciones" en el siglo XIX, en muchos casos artificialmente, ideológicamente potenciada por las rivalidades impuestas desde afuera por los imperialismos de turno, es una de las ventajas relativas que tiene (que va a tener) la América Ibérica en la progresiva edificación de los futuros procesos de integración. La "utopía de unión", que los dos siglos de independencia no han logrado realizar, se cumplirá en este siglo, y tal es el auspicio de la política internacional democrática tanto de los europeos como de los iberoamericanos, en este siglo XXI".⁴⁵

Esas herramientas privilegiaron la delegación al Congreso nacional de los llamados derechos de fondo - civil, comercial, penal, minería, trabajo, seguridad social- , algunas pocas normas de derecho público para el funcionamiento de la estructura estatal federal y las necesarias para la gestión interjurisdiccional⁴⁶; pero reservaron la gran estructura del derecho público a las provincias.

Dentro de esas prescripciones hablamos de un reparto de competencias - entre la nación, las provincias y, eventualmente los municipios- a las que calificamos en tres grandes grupos, como: *delegadas* (exclusivas federales), *reservadas* (exclusivas provinciales o no delegadas) y *concurrentes*⁴⁷.

Veremos, entonces, que el tema de las infraestructuras puede quedar bajo la competencia de cualquiera de los tres grupos: dentro de un orden federal, dentro de uno

45 GARCÍA NETTO, Irma Adriana (compiladora), FILIPPI, Alberto; Op. Cit. pág. 31

46 Que en los albores de la patria eran insignificantes, pero con el correr de los años, la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, la federalización del territorio de la Ciudad de Buenos Aires y la explosión demográfica en la zona del llamado conurbano bonaerense, las facultades interjurisdiccionales del Estado nacional se agigantaron, quedando en sus competencias TODOS las infraestructuras que servían en red a la población de esa zona: Electricidad, Agua, Cloacas, Teléfonos, Gas, Ferrocarriles y Rutas. Solo siguió en la órbita de cada municipio del conurbano la recolección de residuos y luego de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, esta obtuvo la competencia sobre el subterráneo y las concesiones de las autopistas de acceso a su territorio.

47 Actualmente nos encontramos ante un debate doctrinario sobre los alcances del derecho al ambiente sano incorporado en la última reforma.

provincial, en un orden constitucionalmente concurrente o - por el peso de los hechos⁴⁸ - en un orden federal por su interjurisdiccionalidad. Desde el proyecto de la Constitución vigente, soñado por Alberdi, se leía:

"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. Unios 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. Franquicias, privilegios. Proteged al mismo tiempo empresas particulares para la construcción de ferrocarriles. Colmadlas de ventajas, de privilegios, de todo el favor imaginable, sin deteneros en medios. Preferid este expediente a cualquier otro "⁴⁹

Este programa de gobierno, que refleja la Constitución se sostiene primariamente en un sistema de recaudación ordenado en atención la formación del Tesoro Nacional⁵⁰ generado en sus bases por la percepción de los impuestos de exportación y exportación, fijando con fuertes límites - prohibiendo - la imposición de aduanas interiores y cualquier derecho de tránsito dentro del territorio.⁵¹

48 A las redes de obras y servicios mencionadas, se agregaban - en la mayoría de los casos - los temas ambientales, hoy incluidos en la Constitución.

49 ALBERDI, Juan Bautista, Op. Cit. Pag. 71.

50 Artículo 4º- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

51 Artículo 9º- En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso. Artículo 10- En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores. Artículo 11- Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio. Artículo 12- Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito; sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.

Con las garantías típicas de un diseño liberal y a la actividad y de la propiedad privada, también dentro del núcleo principal de derechos.⁵² También aparece una cláusula de apertura al comercio internacional⁵³.

En 1994, entre otras reformas de gran profundidad, se incorporan las mandas relacionadas con la protección al ambiente sano⁵⁴, que acarrea la necesidad de incorporar los costos "verdes" en los sistemas de producción y los estudios de impacto ambiental para las obras de infraestructura. La protección de la competencia⁵⁵ - que registraba un antecedente importante en la Constitución de 1949⁵⁶ que no podía tildarse de liberal -, fija un amplio criterio de desenvolvimiento para la actividad privada y de concurrencia en el mercado. Aunque, la mayoría de los autores⁵⁷ no se han ocupado - todavía- de la

52 Artículo 14- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender. Artículo 17- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

53 Artículo 26- La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

54 Artículo 41- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

55 Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

56 Artículo 40, ver nota 12.

57 Los comentarios al artículo 42 se orientan en general al Estado oferente y no al Estado demandante, como ejemplo ver en: GORDILLO, Agustín; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo 2 La defensa del usuario y del administrado: Editorial FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO; 6ª edición - Buenos Aires, 2003, pág.II-9. GELLI, María Angélica; CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Comentada y Concordada; Editorial LA LEY; 3ª edición ampliada y actualizada -Buenos Aires, 2006, pág.464. BIDART CAMPOS, Germán J.; COMPENDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL; Editorial Ediar; 1ª edición -Buenos Aires, 2004, pág. 120.

cuestión monopsonica. La injerencia del Estado como único demandante en un mercado limitado a sus fronteras lo transforma en un actor clave de la formación de precios, o, peor aún: cuando no reglamenta su participación, en un elector discrecional del oferente con la incidencia que de ello se infiere.

Específicamente, en la parte dispositiva, entre las competencias del congreso nacional, se destacan las potestades de fijar tributos concurrentemente con las provincias y distribuir su producido⁵⁸.

La forma de organizar el presupuesto⁵⁹, no se condice con las políticas de Estado y a largo plazo, necesarias para un importante desarrollo infraestructural. En la ya comentada Constitución de 1949 se autorizaba al Congreso a fijar un presupuesto de hasta 3 años. En un orden similar, el constitucionalista y constituyente, Quiroga Lavié⁶⁰ sostuvo la idea de poder proyectar por el tiempo de mandato que le resta al Ejecutivo, ambas ideas quedaron sin encontrar eco en la Asamblea.

El inciso 18 del artículo de las atribuciones del Congreso se plasma la llamada CLAUSULA DEL PROGRESO, que a fuerza de ser sinceros, no hemos seguido debidamente:

"18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo."

Finalmente, en las atribuciones del Título referido a los Gobiernos de Provincia se reservan los derechos de celebrar Tratados para fortalecer su desarrollo, solo poniendo en conocimiento al Congreso Nacional:

58 Artículo 75- Corresponde al Congreso: inciso 2(parcial) . Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

59 Artículo 75, inciso 8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este Artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

60 En el expediente 65, presentado por Humberto Quiroga Lavié.

"Artículo 125.- Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración⁶¹ de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios."⁶²

Estas mandas, vigentes, surgen de la acumulación de las tareas de las distintas Asambleas Constituyentes.

El vocablo "acumulación", no es casual ni antojadizo, surge de la forma en la que se ha ido conformando el actual plexo constitucional, en el que se ha ordenado la numeración correlativa de los artículos introducidos en su oportunidad, pero se ha dejado en el texto algunos "restos" de la labor de la primera redacción de 1853/ 1860⁶³, y en la reposición de la vigencia de este texto⁶⁴ se incorporó un artículo dedicado a las conquistas sociales que las organizaciones de los trabajadores obtuvieron durante el Gobierno del Gral. Perón. Finalmente, en 1994, la ley de convocatoria⁶⁵ a la Reforma vedó la posibilidad de modificar cualquier artículo del núcleo duro -amén de los derechos de propiedad, libertades individuales, etc. se preservó lejos de las manos de los nuevos constituyentes la clausula pétrea del sistema de reforma⁶⁶- y quedó como *tótem* sobreviviente la declaración de la libertad de los esclavos⁶⁷.

Responsabilidad del Estado -Las Reglas de Juego Precontractuales-

Uno de los grandes interrogantes - que quizás nunca se resuelva- es cuan de importante es el rol del Estado en su intervención en la economía.

La respuesta aparece tan efímera que no se la puede presentar como un dato con valor científico. La constante puja de intereses y su reflejo en la actividad estatal reglamentaria, activa, de control y de fomento actualizan, día a día - y en tiempos de Internet,

61 En portugués: "pesquisa".

62 Parcial.

63 La redacción original y la denominación a a que se hace referencia típica es a la Constitución Nacional de 1853, inspirada en la Obra "Bases" de Juan B. Alberdi, no obstante, la incorporación final a la confederación nacional de la Provincia de Buenos Aires, se produce con la enmienda de 1860, y de allí la mención 1853/1860.

64 Durante la Presidencia de Perón se puso en vigencia un texto - CN 1949 - que tras la caída de ese gobierno -1955- durante su segundo período, en 1957 se repuso la CN 1853/1860, incluyendo en ella los llamados derechos sociales en un artículo numerado como 14 bis.

65 LN 24039.

66 Artículo 31

67 Artículo 15

segundo a segundo- esa variable, impidiendo realizar un diagnóstico que derive finalmente en un valor determinado que permita cuantificar la acción estatal como virtuosa o dañosa.

Creyendo en una lógica emergente de la responsabilidad estatal que iría desde su inacción total ante un mercado libre, o al control absoluto -como en el desaparecido sistema soviético- los grandes estudiosos del derecho civil han encontrado siempre alguna respuesta para justificar la idea de un Estado asegurador que en el ámbito del capitalismo *auxilie* el fracaso privado.

Si el reglamentarismo fue excesivo o exiguo, si la actividad fue mucha o poca o tardía, si el control se ejerció, no se ejerció o se ejerció tardíamente; siempre han sido argumentos suficientes como para construir un edificio de justificaciones para que el Estado costee el riesgo empresario.

Obviamente este comentario acarrea un tono crítico a esas elucubraciones, casualmente cuanto más alambicadas, más cercanas a los pensamientos del liberalismo absoluto en la economía.

Pero en estos escritos - y en esa línea crítica a un rol asegurador INTOLERABLE para un país infraestructuralmente deficitario⁶⁸- nos referiremos al accionar del Estado que se produce previamente al perfeccionamiento de los contratos que celebra para alcanzar sus altos fines públicos.

Fomento y Contratos

Dejamos sentado, que los innumerables recursos de fomento - subsidios, vencimientos fiscales diferidos, desgravaciones impositivas, localizaciones, etc., etc.- con que cuenta el Estado sin utilizar sus competencias activas, reglamentarias o de control podrían equipararse en incidencia dineraria (e incluso superar) a las cuestiones que desarrollaremos más abajo. Efectivamente la definición de Jordana de Pazos con una técnica "residual" deja a la vista que la actividad fomento escapa a los sistemas propios de funcionamiento y supervisión de las otras acciones de la administración y se constituye por descarte en el movimiento de un inmenso volumen de recursos públicos sin control:

"la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen

⁶⁸ Acostumbramos a hablar de un erario en penurias, pero el actual nivel de reservas en el Banco Central (aprox. u\$s 50.000.- millones en el 2008) nos obliga a mirar la quiebra en el sistema de transporte, salud, energía, educación y comunicaciones, que impide el crecimiento económico del país y su distribución justa en la población.

necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos".⁶⁹

Es por ello que se sostiene que la actividad interventora del Estado en materia económica excede sus límites históricos comprendiendo actualmente:

"El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países. Derecho económico es también la expresión que designa el estudio de esas normas e institutos jurídicos".⁷⁰

Pero nos ocuparemos seguidamente de las situaciones emergentes de la actividad del Estado al seleccionar sus contrapartes en los contratos, y que consideramos como una relación reglada que origina una responsabilidad precontractual propiamente dicha. El derecho privado ha desarrollado algunas ideas para utilizar esta noción, pero las encontramos más cerca de algunos institutos de responsabilidad extracontractual que del tema de este trabajo:

"Por el hecho de acceder a negociar sobre un contrato, las partes inmersas en esta fase preliminar no se comprometen a llevar hasta el final los tratos y lograr un acuerdo. Si así fuera se estaría entorpeciendo gravemente el tráfico, ya que nadie se aventuraría a comenzar una negociación".⁷¹

Complementando la idea:

"De esa manera se ha juzgado que si uno de los participantes, y en el decurso de las negociaciones, pretende inspeccionar las mercaderías que serán objetivo del negocio futuro, y daña a esos elementos, su responsabilidad es precontractual. "⁷²

Pero, como dijimos, las reglas de juego claramente establecidas en los procedimientos de preselección de las contrapartes de la administración forjan un sistema de responsabilidad precontractual que pretendemos abordar y reseñar en base al instituto- Licitación

69 JORDANA de PAZOS, reseñado en el libro " Ayudas Públicas " de Ignacio M de la Riva, Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2004, pag. 104.

70 HERREN AGUILLAR, Fernando, "Derecho Economico" Editorial Atlas, San Pablo, 2006.

71 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén; en Revista Jurídica La Ley, Año LXX N° 191: " Responsabilidad Precontractual", Buenos Aires, Pags. 1,2,3.(Cita a CUADRADO PEREZ)

72 COMPAGNUCCI DE CASO, Ibidem.

ción Pública-, de cuya complejidad y exigencias, derivan los demás métodos empleados para contrataciones de menor impacto económico. Y asumiendo que en la actualidad el control sobre las políticas de fomento se encuentran apenas limitadas por la aprobación presupuestaria y el control posterior de la cuenta de inversión. La aplicación de las normas de procedimiento administrativo a las decisiones sobre esa inmensa masa de dinero, se limitan a un simple ajuste reglamentario o extrínseco acotado por la calificación de actos discrecionales, institucionales o políticos que reciben estas expresiones, para quedarse guarecidos del control judicial. De poco sirven los Convenios sobre transparencia (OEA 1996 y ONU 2003). Ambos Tratados Internacionales, consolidados a la luz de las obligaciones emergentes de la clásica Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, se parecen a un decálogo del derecho penal de "güante blanco" y traen algunas pocas obligaciones en materia de regulación de los contratos públicos e institutos, que - dicho sea de paso - nuestros países venían incorporando desde la misma utilización de las fuentes del derecho indiano, y antes - obviamente - de las emancipaciones americanas, como el recordado Juicio de Residencia. El comentado artículo 42 de la Constitución Nacional, viene a reafirmar un marco necesario de control de la intervención administrativa en la economía para garantizar la competencia, en especial desde la consagración del art. 9 de la Convención ONU, que recogiendo las experiencias de sus antecedentes de la OEA y la UE, incluye expresamente las relaciones entre transparencia y competencia, y el procedimiento licitatorio.

La Licitación Pública

El instituto de la Licitación Pública está profundamente arraigado en nuestro sistema de derecho administrativo como el procedimiento preferido a la hora de seleccionar los cocontratantes con las organizaciones del derecho público nacional, provincial y local".

Este anclaje, o más específicamente hablando, esta interrelación ha recorrido -y recorre- todas las construcciones normativas posibles en nuestra estructura jurídica: reglamentos, ordenanzas, leyes⁷³ y finalmente el impulso de las últimas corrientes del constitucionalismo, que tienden a transformar en enciclopédicas las viejas redacciones pragmáticas, han llevado a incluir en la misma letra de los magnos textos el procedimien-

73 En algunos casos se ha obligado a grandes concesionarias de servicios públicos a realizar Licitaciones Públicas para impedir los abusos de las posiciones dominantes en los mercados a la hora de proveerse de determinados bienes.

74 Los sistemas de contratación han sido establecidos por Decreto, Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Reglamentarios sobre Leyes de Obras y Servicios Públicos, Ordenanzas Generales de la Dictadura Militar, Ordenanzas en los Municipios, Leyes y Decretos Provinciales, en fin, han nacido de todas las formas posibles.

to licitatorio⁷⁵. Igualmente se debe señalar que en el sistema federal de la Constitución Nacional Argentina, las competencias no delegadas por las Provincias a la Nación, y el reconocimiento a las autonomías municipales nos dejarían hoy ante la posibilidad formal de contar con 2180⁷⁶ normas procedimentales de selección de cocontratantes en los municipios, a las que habría que sumar las correspondientes a las competencias provinciales y federales.

Amén del método utilizado, la Licitación Pública se ha consagrado en nuestro medio como un procedimiento obligatorio de selección del cocontratante para las adquisiciones de bienes y servicios de relevancia económica.

Vale la pena aclarar, o al menos recordar, que fuertes opiniones doctrinarias⁷⁷ sostienen que en el "inicio de los tiempos", en el génesis de las relaciones contractuales administrativas, el criterio, la lógica del actuar de la administración se basaba en el principio de la libre elección.

Muchos años han pasado. Y se han construido sistemas de preselección abordados desde la óptica de optimizar los contratos, o desde la visión de generar un fuerte esquema de control que elimine el flagelo de la corrupción. Una u otra fundamentación, en forma alternativa o complementaria, han sido ideas-fuerza que solo sirven en la actualidad para algunos comentarios doctrinarios. Lo cierto es que la aplicación del procedimiento licitatorio importa una cantidad de derechos y obligaciones a los cocontratantes que se adelantan a las relaciones emergentes del acuerdo bilateral o contrato, para anticiparse a la fecha misma desde la que se invita o convoca a la adquisición de los pliegos, vg: a la fecha de la publicidad de la convocatoria a la Licitación.

Reseñaremos , brevemente, el instituto de la iniciativa privada, consagrada y reconocida como una ventaja competitiva entre los licitantes, otorgada a aquel cuya idea primigenia aporta un valor agregado a una determinada actividad u obra a realizarse y que obtiene como contraprestación una ventaja, cristalizada en los términos del pliego de bases y condiciones generales y particulares (PBCGP), tanto con su idea / propuesta como con los porcentajes de diferencia en ventaja que obtiene ante otros oferentes. Y finalmente las asociaciones público privadas (APP o PPP).

75 Constitución de Catamarca, artículo 174: "Toda enajenación de bienes de la provincia, compras suministros y demás contratos realizados por la misma, se harán mediante subasta o licitación pública bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los funcionarios que autoricen, ejecuten o consientan la trasgresión de estas normas. Quedan exceptuados los casos que expresamente prevea la ley de la materia".

76 Municipios y/o Comunas por Provincias: Buenos Aires: 134, Santa Fé: 363, San Luis: 64, La Pampa: 79, Santa Cruz, 20, Tucumán: 112, San Juan: 19, Formosa: 39, Tierra del Fuego:3, Chubut: 46, Neuquén: 57, Río Negro: 75, Entre Ríos: 267, Misiones: 76, Catamarca: 36, Salta: 60, Jujuy: 61, Santiago del Estero: 71, Chaco 68, Corrientes: 66, La Rioja: 18, Mendoza: 18 y Córdoba 428, Total 2180. - Dejamos constancia que la Ley de Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha entrado a la fecha de este trabajo en vigor.

77 Marienhoff, Bielsa, Hutchinson, Cassagne, Dromi, Mairal, Sayagués Laso, etc.

Nuevos Institutos y Posibilidades en la Legislación:

Ahora bien, ni las obras públicas propiamente dichas, ni las concesiones, ni las privatizaciones aparecen como la panacea que se quiso entronizar en cada uno de los períodos desarrollados, y que en algún momento amalgamó la doctrina:

*"Aun la ejecución de la obra objeto principal del contrato, en el caso de la concesión de obra pública, o de aquellas necesarias y directamente aplicadas a la prestación del servicio, en el caso del servicio público, debe considerarse un supuesto de obra pública por delegación, incluso en la hipótesis en que el delegado-concesionario contrate con terceros la realización de la obra del caso."*⁷⁸

Ahora, con mucho esfuerzo y muy lentamente, por la transformación cultural que representan, se abren paso los nuevos institutos conocidos como Iniciativa Privada y Asociaciones publico privadas, que requieren ineludiblemente: seguridad jurídica, políticas de estado, planes estratégicos (con alcance técnico, político, cultural, institucional, regulatorio y que contemple - en nuestro país, especialmente las condiciones geográficas -), proyectos a largo plazo⁷⁹, publico -privados con intereses convergentes. Como sostiene Hernandez-Mendible:

*"En la sociedad contemporánea se admite que convivan juntos los derechos y libertades públicas, como la propiedad privada, la libre empresa, la libre competencia y los derechos de los usuarios con la intervención pública en la actividad económica nacional, la cual deberá desarrollarse teniendo presente que la actuación del Poder Público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que le permitirá limitar o restringir, más no anular el ejercicio de los derechos económicos de los particulares, pues ellos deben garantizarse en el marco de la economía social de mercado que reconoce la Constitución."*⁸⁰

Obviamente, la dificultad normativa argentina emergente de las competencias sobre derecho público explicadas más arriba, generaron una suerte de "adhesión" de las

78 BARRA, Rodolfo Carlos; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO 3, Administración pública. Jefe de Gabinete. Empresas públicas; Editorial Abaco de Rodolfo Depalma; 1^o edición -Buenos Aires, 2006; pág. 689 . (Con autorreferencia a su disidencia -junto a Fayt- en el fallo CSJ Davaro)

79 Releer nota art. 75 inciso 8

80 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.; LA NACIONALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES, LOS SERVICIOS Y LAS EMPRESAS EN VENEZUELA; En Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas; de AAVV, Colección Instituto de Derecho Público Universidad Central de Venezuela No. 3; Editorial Jurídica Venezolana; 1^a edición -Caracas, 2008; pág. 48

provincias a estos regímenes con leyes locales en "espejo". Siguen unas pequeñas observaciones referidas a los ingredientes locales de estos institutos más desarrollados en cualquier lugar del subcontinente:

Iniciativas Privadas para Obras Públicas⁸¹

Hace tiempo que la legislación ha incorporado la posibilidad de admitir que una persona o empresa privada se presente ante la Administración aportando una idea novedosa, o una propuesta que genere importantes ahorros en los métodos, tareas o elementos utilizados.

El disparador (de la responsabilidad precontractual) no aparece ante la sola presentación de la iniciativa, ni tampoco emerge de la actitud seguida por la Administración hasta su acto expreso de exteriorización de su voluntad: este período de la actividad se rige por las normas comunes del procedimiento administrativo, los plazos, reclamos, moras, silencios, etc. se encuentran dentro de la responsabilidad del Estado por su accionar legítimo (o eventualmente extracontractual si fuere un acto ilegítimo).

Pero desde el momento en que la Administración ha hecho suya la propuesta, deberá proteger y garantizar las ventajas que contará el emprendedor durante el procedimiento, y especialmente a la hora del análisis de las ofertas, que generalmente lo "premián" con diferencias a favor en los puntajes y precios meritables. Luego, nuevamente, rigen las normas del procedimiento licitatorio

Asociaciones Público Privadas⁸²

Es posible que tenga un alto grado de razonabilidad la noción de incorporar entre las variables para la selección de una asociación público privada (PPP por: participación público privada en España, *parcerías publico privadas* en Brasil, o *Public-Private Partnerships* en Inglaterra⁸³) el *afecto societatis* del derecho comercial, en el mismo orden que a alguna de las grandes empresas privadas - o empresas públicas de gestión privadas-prestadoras de servicios públicos se les obligó en los contratos de concesión a regir sus adquisiciones importantes por las normas del procedimiento licitatorio.

81 Régimen Nacional de la Iniciativa Privada Dec. 966-05, la Provincia de Buenos Aires adhirió por LP 13810. La Ciudad de Buenos Aires por Ley 2635.

82 Régimen nacional de la Asociación Público Privada Dec. 967-05. En la Provincia de Buenos Aires LP 13810.

83 SHINOHARA, Daniel y FERREIRA SAVOIA, José. "Parcerías Público Privadas no Brasil", Editoria Manóe, Barueri, SR Brasil, 2008, pag. 12.

84 DROMI, Roberto. Empresa Públicas.

Esta diferencia es quizás la más importante para adentrarse en el terreno de aceptar una notoria distanciamiento entre las APP de otros métodos de incorporación de capital privado a actividades de interés estratégico para los estados.

Las Empresa Públicas, dejaron rápido paso a las Sociedades del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, para luego utilizar las formas jurídicas societarias con todas sus alternativas (mayorías o minorías en los paquetes accionarios, órganos de control, acción de oro, miembro del directorio con derecho a veto) como cristalización de la participación estatal.

También es necesario recordar que se ha echado mano en reiteradas oportunidades a las herramientas societarias que permite utilizar el derecho privado para dotarlas de la agilidad necesaria para luchar⁸⁵ en el mercado cuando su objeto era industrial o comercial o a veces con la criticada finalidad de eximirlas del control público sin ninguna intención de incorporar capital privado.

Va de suyo que con las APP aparece una nueva lógica de relación que no se aparta de las instituciones vigentes ni crea ninguna nueva forma societaria.

El proceso de reestatización⁸⁶ manteniendo la estructura societaria de derecho privado nos lleva a pensar que el control de las prestaciones brindadas en la forma de esos monopolios públicos parecería disuelto de la función asignada a los entes reguladores destinándolos a la desaparición⁸⁷, salvo que se los mantenga pensando en nuevas privatizaciones, mediante licitación o a través del mercado bursátil, o ante la reformulación de las competencias de jurisdicción administrativa, que justificarían la supervivencia del regulador como asistente técnico de la Administración central o como efectivo controlador de la Administración activa. Va de suyo que esta última transformación necesita de una profunda reforma legal y constitucional, si no se pretende reincidir en las fórmulas de recursos directos ante los órganos judiciales de alzada⁸⁸, congestionando el sistema judicial con las inconstitucionalidades impetradas⁸⁹ sostenidas desde "Fernández Arias c/ Poggio"⁹⁰ y constitucionalizadas en la Reforma de 1994.

85 Esta lucha puede tener fines comerciales o en otros casos de generar preciso de referencia como un método heterodoxo de intervención administrativa.

86 Como Aerolíneas Argentinas, o las empresas nacional y de la Provincia de Buenos Aires de aguas y saneamientos: AYSA y ABSA, respectivamente.

87 BIGLIERI, Alberto: "La regulación después de la intervención" www.direitodoestado.com.br/ASIER2008

88 Como por ejemplo los que se deducen ante el regulador del Gas: ENARGAS

89 Si el recurso interpuesto ante cualquier estrado judicial no permite una instancia amplia de discusión del derecho y de la prueba, se reduce a una decisión administrativa sin control judicial, pues - como ocurre en la Ley de Educación Superior con los recursos contra las decisiones finales y definitivas de las Universidades Nacionales- el órgano judicial controlador de la legalidad no necesariamente garantiza la protección del derecho constitucional de defensa en juicio.

90 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1960 en el que se consagraba el derecho a un control judicial suficiente y efectivo.

Volviendo, entonces, a la posibilidad de crear una alianza público - privada de distintas características a las conocidas hasta ahora corresponde analizar si esa flexibilización o mayor discrecionalidad en poder del Estado a la hora de seleccionar su aliado se transforma en un nuevo sistema o si se debe continuar con la lógica de las concesiones, en el que prevalece el análisis del objeto contractual y su remisión obligada a los principios de la Licitación Pública⁹¹. En cambio, una respuesta negativa nos deja en el marco de la cuestión de la responsabilidad precontractual del Estado, abordada desde una óptica más alejada de los controles como enunciamos antes de la definición de la actividad de fomento de Jordana de Pazos, y más enrolada en un ámbito de discrecionalidad para elegir al sujeto contraparte de la APE

Doy por sentado que todas las hipótesis conducen a pensar en una asociación que pone en manos privadas la conducción de un proyecto público de interés estratégico para un Estado que ve agotadas sus posibilidades de implementar políticas públicas con escasos fondos, empresas propias ineficientes, acciones de oro o controles internos y que no se destina necesariamente a la prestación de servicios públicos, conformando por lo tanto un nuevo sistema.

Esta noción la induzco de pensar que cualquiera de las modalidades reseñadas como formas societarias hubieran servido de instrumento para canalizar una actitud de un Estado gestor con socios capitalistas, o que el sistema de las concesiones directamente subsidiadas acunó una dirección e inversión privada de una actividad no rentable. Tampoco parece que esas herramientas y la presencia *testimonial* de la Administración - como fuera otrora sostener o bajar precios, mantener la competencia o garantizar la calidad- se vean asegurados ni alcancen para implementar las nuevas finalidades públicas paridas después de la innecesariamente venerada globalización total y ante la más coherente organización internacional con bloques de integración regionales.

Es indispensable invertir el test de pertenencia de los caracteres de los servicios públicos como venía desarrollando la doctrina: ahora el principio de subsidiariedad demostrando la necesidad de la actividad estatal de fomento será el primer paso para iniciar el procedimiento de una alianza público - privada, luego es posible que alguna de las realizaciones de estas APP respondan a cada uno de los tipos de prestaciones encerradas por los demás caracteres y entonces les reconozcamos .como una acción esencial , con todo lo que ello implica. Pero, lo más posible es que al menos en un principio, el acto con el que se plasme la comunión de las voluntades de las partes conlleve un esfuerzo en el método y expresión de la decisión pública al elegir su socio. Esta fuerte discrecionalidad exige un desarrollo exhaustivo de la expresión, enumeración y evaluación de las causas

⁹¹ En otros trabajos debería estudiarse cual sería la responsabilidad de los reguladores ante el nuevo marco de actividades mixtas.

y motivaciones (en este caso: los antecedentes empresariales, el objeto contractual de la sociedad privada y el por qué de la elección).

Como hemos explicado incansablemente en clases: a más reglamentación (como correspondería al supuesto de la respuesta positiva antes formulada: en las concesiones) menos esfuerzo en la exteriorización de la motivación de la voluntad, pero: A MENOS REGLAMENTOS MAS ESFUERZO Y EXPRESIÓN DE LA MOTIVACION QUE FUNDA LA DECISION.

Obviamente, este juego pedagógico, la posibilidad de reconocer en el Estado (y en estos casos: en sus funcionarios) la elección de un socio como en el derecho privado, implica un altísimo grado de discrecionalidad y por ende un importante nexo entre la decisión adoptada y la responsabilidad p re contrac tu al que no puede soslayarse con las viejas teorías de actos políticos no judiciales.

Conclusión

Obra Pública Propiamente dicha, contrataciones, concesiones, fomento, gestión mixta, Iniciativa Privada, APP o el instrumento que arroje nuestra creatividad jurídica, todos serán en un complejo balanceo, necesarios para construir una red infraestructural que acerque y equipare física⁹² y socialmente a América Latina, que permita la libre circulación de bienes y personas, pues si ha pasado la crisis, nuestros PBI recuperarán tasas superiores a las anteriores al 2009, y ello implica que sin planificación y visión de futuro la red necesaria de estructuras y servicios para encausar y potenciar ese crecimiento, se erigirá en el límite del desarrollo, por cierto cada vez más vetusto y mas deficitario. O en otras palabras:

"Para tener ferrocarriles, abundan medios en estos países. Negociad empréstitos en el extranjero, empeñad vuestras rentas y bienes nacionales para empresas que los liarán prosperar y multiplicarse. Sería pueril esperar a que las rentas ordinarias alcancen para gastos semejantes; invertid esa orden, empezad por los gastos, y tendréis rentas!"

92 El Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM) aparece como una interesante iniciativa, que esperamos - emulando a Schuman - se transforme en pequeños pasos para la construcción de un gran proyecto sudamericano.

93 ALBERDI, Juan Bautista, op. cit. Pág. 70.

Pouco depois do lançamento da sua segunda obra coletiva, intitulada Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros, publicada, no Brasil, pela editora Lumen Juris, a MethoIus Consultoria Jurídica Internacional (www.methoIus.com) apresenta à comunidade jurídica e acadêmica um novo livro: *Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*.

No intuito de continuar promovendo o pensamento jurídico-social e o debate das ideias, esta terceira obra tem o propósito de englobar as principais novidades do Direito das Infraestruturas. Isso posto, inicialmente, é mister enfatizar que ao crescimento de um país são necessários grandes investimentos em infraestrutura, nos mais diferentes setores. Ou seja, somente, por meio da infraestrutura é possível atingir-se o desenvolvimento, afinal, além de criar empregos, esta permite o bom funcionamento dos demais ramos da economia. Consequentemente, pode-se inferir, de antemão, que não há como um Estado crescer sem infraestrutura nas áreas de energia, comunicação, água e transporte, as quais permitirão o alavanque de sua economia. Tal preocupação e suas devidas diacronias jurídico-contextuais justificam a presente obra.

O Direito das Infraestruturas, como novo Direito, engloba o estudo do conjunto de elementos ou serviços que se consideram necessários para a criação e funcionamento de uma determinada atividade econômica. É uma nova área que tem sua essência no aprofundamento do processo de desestatização e regulação de diferentes mercados; na análise do desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como no estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades; na definição de uma mesma atividade de distintas naturezas jurídicas (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); na busca de novos mecanismos de gestão e financiamento para evitar que as infraestruturas dos distintos setores entrem em colapso; entre outros.

Desse modo, apresentam-se estudos de reconhecidos estudiosos dispostos em sete divisões temáticas: I – Pressupostos básicos do Estado Regulador e Políticas Públicas Aplicadas; II – As Infraestruturas Públicas; III – Regulação das Energias; IV – Regulação das Comunicações; V – Regulação das Águas; VI – Regulação dos Transportes; e VII – Defesa da concorrência no Direito das Infraestruturas.

Os coordenadores

ISBN 978-85-375-1139-8



9788537511398

Visite nossa loja virtual:
www.lumenjuris.com.br