

## CAPÍTULO II

# LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS POR CONCESIÓN

### SUMARIO

1. La nueva ecuación económico-financiera del contrato.....	653
1.1. El financiamiento estatal de la inversión pública.....	653
1.2. Mayores costos, intereses, indexación.....	653
1.3. Inexistencia de crédito público o privado .....	654
1.4. <i>Exceptio non adimpleti contractas</i> .....	654
1.5. El fin del sistema .....	655
1.6. El financiamiento de la obra por el usuario.....	656
1.7. Extensión a la privatización por concesión.....	657
1.8. La habitualidad del consorcio de empresas .....	657
1.9. El subsidio en la concesión.....	658
2. La iniciativa en obras y privatizaciones.....	659
2.1. La iniciativa técnica en materia de proyectos .....	659
2.2. La iniciativa económica en material, de proyectos.....	660
2.3. La iniciativa en la Ley 23.696 y su reglamentación .....	660
2.4. La fórmula polinómica de aprobación y adjudicación.....	662
2.5. La concurrencia en la comparación de ofertas .....	663
2.6. El derecho a mejorar oferta.....	663
2.7. El derecho a mejorar oferta en un licitación .....	664
2.8. El derecho de preferencia .....	664
3. El pliego de la iniciativa .....	665
3.1. Bases de la propuesta .....	665
3.2. Confidencialidad de la información.....	665
3.3. Derechos adquiridos.....	666
3.4. Oportunidad y conveniencia del proyecto.....	668
3.5. La ecuación económico-financiera de la iniciativa .....	668



## Capítulo II

# LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS POR CONCESIÓN<sup>1</sup>

### 1. *La nueva ecuación económico-financiera del contrato*

#### 1.1. *El financiamiento estatal de la inversión pública*

La crisis económica y fiscal lleva a que el Estado no puede en la actualidad financiar desde su presupuesto la construcción de todas las obras públicas, como lo hacía en el pasado, o la realización de las todas las inversiones necesarias para la prestación de los servicios a cargo de las empresas públicas.

[En el 2014, se busca concertar con el Club de París, red de países acreedores, para que vuelvan a conceder créditos baratos para las inversiones de sus respectivos países en el nuestro.]

En el caso de las obras públicas, hace ya muchos años que el Estado comenzó a tener dificultades para realizar los pagos comprometidos, y el atraso en el pago de los certificados de obra pública es una realidad tan antigua que hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió aclarar un caso que en el contrato de obra pública el contratista no era el financiador de la obra, sino que debía serlo el Estado como lo establece el propio art. 1° de la ley 13.653.<sup>2</sup> Estado que, como dijimos, materialmente no ha podido hacerlo.

#### 1.2. *Mayores costos, intereses, indexación*

El desfase entre la inversión efectiva en obra y los precios pactados anteriormente se encaró primero como una cuestión de cálculo de mayores costos, creándose una copiosa normativa a partir de la ley 12.910 del año 1946. Se emitían entonces,

<sup>1</sup> *Revista de Derecho Público*, vol. 98, San Pablo, abril-junio de 1991, pp. 9-17; reproducción en separata.

<sup>2</sup> Lo explicamos en nuestro artículo “Obra pública y contrato de obra pública,” publicado en la revista *Rassegna dei Lavori Pubblici*, Roma, 1964, p. 485 y ss.; reproducido en el libro de la A.A.D.A., *Contratos Administrativos. Régimen de Pago y Actualización*, t. 1/43 y ss., reimpresión 1982, Astrea.

además de los certificados mensuales de obra pública y certificados de acopio y liquidación final, certificados de mayores costos.<sup>3</sup>

Sin embargo, con el correr del tiempo fue aumentando el atraso del Estado en el pago de los certificados de obra pública de uno y otro tipo.

Al comienzo esta cuestión se encaró como una cuestión de intereses moratorios o resarcitorios, con una tasa de interés paralela a la que obraba el Estado por el crédito oficial que daba para el descuento de tales certificados. Tardía y quizás imperfectamente, la ecuación económico-financiera de todos modos cerraba.<sup>4</sup>

Con el aceleramiento inflacionario en años posteriores, se debió pasar a la indexación de la deuda del Estado con sus contratistas por los certificados impagos de obra pública.<sup>5</sup>

Pero finalmente ni ésto pudo ser suficiente para permitir el funcionamiento material de este sistema.

### 1.3. *Inexistencia de crédito público o privado*

Por un lado, el crédito oficial a través de la banca estatal en el descuento de los certificados de obra pública se extinguió como era en definitiva previsible e inevitable.

Por otra parte, el posible financiamiento de la banca privada se hizo simultáneamente no sólo escaso sino sobre todo muy caro, como para no tornar rentable este tipo de inversión privada en obras públicas.

En el esquema tradicional del contrato de obra pública el contratista debía tener el respaldo financiero para afrontar la ejecución de la obra en el lapso que va desde el momento de la ejecución o acopio en obra y el momento contractual o legalmente previsto para el pago del certificado.

### 1.4. *Exceptio non adimpleti contractus*

Cuando los atrasos no solamente fueron excediendo ese tiempo previsto por las partes, sino que se tornaron permanentes y en muchos casos extraordinarios, también hizo quiebra la pretensión de que el contratista no podía paralizar la obra y debía seguir con la ejecución de la obra, no obstante la falta de pago.

<sup>3</sup>Nos remitimos a nuestro artículo "Mayores costos, imprevisión, indexación" en el libro de la A.A.D.A., *Contratos Administrativos, Régimen de pago y actualización*, reimpresión 1982, Astrea, p. 103 y ss.

<sup>4</sup>Nos remitimos a nuestro artículo "Intereses por mora en el pago de los certificados de obra pública," publicado en *JA*, año 1962, t. III/81 y ss., reproducido en el libro de la A.A.D.A., *Contratos Administrativos. Régimen de Pago y Actualización*, t. 1/83 y ss., reimpresión, Astrea, 1982.

<sup>5</sup>Con el dictado de las leyes 21.391 y 21.392, que explicamos en nuestro artículo "Mayores costos, imprevisión, indexación," en el libro citado en la nota precedente, p. 103 y ss.

El antiguo principio de la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* al contrato administrativo debió pues ser revisado, y el pronunciamiento de la Corte Suprema en la causa *Sade* es el punto de inflexión final en la materia.

En consecuencia de esta realidad se redujo sustancialmente el monto de la inversión estatal en obras públicas, y muchas empresas de obras públicas también quebraron o cerraron sus puertas. En algún caso ya antiguo, el juez de la quiebra imputó la responsabilidad de la falencia al propio Estado que había incumplido sistemática y frontalmente su obligación de pago al contratista de obra pública.

### 1.5. *El fin del sistema*

Este fenómeno se vio también acompañado por la paralización de inversión en obras privadas. En ambos casos se trata, desde luego de la clásica caracterización de un país en desarrollo<sup>6</sup> como país carente de capitales. Como dijo hace décadas HANSON, se trata de “la insuficiencia de capital, una característica casi definitiva de países subdesarrollados.”<sup>7</sup> El fenómeno no es para nada reciente, sólo la toma de conciencia de él lo es.

El mismo problema se presentó en el caso de las empresas públicas con la creciente absolescencia de los servicios por la falta de inversión y reinversión en tales empresas.

Esto hace que se deba abandonar en parte la figura del contrato de obra pública como construcción hecha con fondos del tesoro de la Nación y la prestación de servicios por el Estado.

Se pasa entonces ahora parcialmente a un sistema en el que el pago de la obra o la realización de la inversión no la efectúa el Estado: Entramos así a la aplicación de la figura de la concesión de obra pública, y a la privatización de las empresas públicas, según el caso.

Sin embargo, la crisis económica y el ajuste no existen solamente en el sector público sino también en el privado. No existen al parecer capitales dispuestos a invertir primero en estas obras y servicios, para recuperar después su inversión del usuario, a través del pago de la tarifa o el peaje.

[En el 2014 se avanza con figuras de administración privada con fondos públicos para la prestación de los servicios públicos, como una etapa intermedia entre estatizar totalmente el servicio o privatizarlo nuevamente. No existe pues una posición oficial definitiva.]

<sup>6</sup>Según la clásica expresión cortés para decir “subdesarrollado.” La cortesía ha avanzado más, ya que no el desarrollo económico, y ahora se prefiere hablar de “países de menor desarrollo económico relativo,” o mejor aun, “en desarrollo.” Esto refleja en otro ámbito el hecho que, no pudiéndose superar las desigualdades sociales existentes, modernamente por lo menos se evita la discriminación semántica o verbal para dirigirse a las minorías menos favorecidas por la sociedad. (Otra expresión cortés antigua, ésta proveniente del cuarto plan francés.)

<sup>7</sup>HANSON, A. H., *Public Enterprise and Economic Development*, Londres, 1959, p. 24, que recordamos y ampliamos en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, p. 18 y ss.

Incluso en algunos servicios la ecuación económico-financiera no cierra en plazos de 30 años, p. ej., con tarifas que el público pueda pagar: El máximo de tarifa económicamente posible no alcanza para el recobro de la inversión necesaria para la prestación eficiente del servicio. (El caso clásico de los ferrocarriles.)

Tampoco hay capitales dispuestos a una inversión a mucho más largo plazo, como sí ocurriera con las concesiones ferrocarrileras del siglo pasado.

La realidad económica mundial es otra, y son muy excepcionales los supuestos en que se puedan reunir los fondos en un consorcio privado como realizar inversiones a recuperar luego a través del cobro del peaje. (El caso del túnel bajo el canal de la Mancha.)

### 1.6. *El financiamiento de la obra por el usuario*

La inexistencia de capitales en el mercado dispuestos a realizar inversiones importantes en obras y servicios hasta este momento estatales para su recobro del usuario, lleva entonces a una modificación sustancial respecto de la ecuación económico-financiera tradicional.

En lugar de invertir primero el concesionario o permisionario y recobrar después del usuario, cobra primero del usuario la tarifa o peaje necesario para crear el flujo de fondos con el cual realizar la inversión necesaria.

En el caso de las concesiones de las grandes redes viales esto es perfectamente claro, como que la primera inversión del contratista es apenas la necesaria para poder comenzar el cobro del peaje: Casillas de cobro del peaje y obras menores de iluminación y mantenimiento.

Es recién a medida que el ingreso por el peaje se va produciendo que va naciendo la obligación de ejecutar obras y éstas a su vez se van distribuyendo a lo largo del plazo de la concesión en función del ingreso que se va produciendo por el cobro del peaje.

Para aventar posibles dudas respecto a la admisibilidad de este sistema de financiamiento de las obras públicas<sup>8</sup> la ley 23.696 introduce una modificación a la ley de concesión de obras públicas n° 17.250, agregando como párrafo segundo del art. 1°: “Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera

<sup>8</sup>Duda que podía remontarse a la definición legal del contrato de obra pública dada por la ley 13.064, y a la vieja discusión en materia expropiatoria, acerca de si podían expropiarse más bienes de los necesarios físicamente para ejecutar la obra, a fin de contribuir a financiar su realización.

de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario.”

### 1.7. *Extensión a la privatización por concesión*

El empleo de la frase “tarifa o peaje” adelanta la extensión del principio a la privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso,<sup>9</sup> aspecto éste que luego extiende un poco más claramente el decreto reglamentario 1.105/89, que en su art. 17, inc. 5, dispone que “La concesión, licencia o permiso que se otorgue se ajustará en lo pertinente, a lo dispuesto en el art. 15, inc. 7, de la Ley 23.696 y su reglamentación y en los arts. 57 y 58 de las normas citadas.”

En otras palabras, queda ahora claro por la remisión normativa que no solamente se financiará la construcción de la obra pública con el previo cobro del peaje al usuario, sino que también se podrá financiar la inversión en la renovación y modernización de los servicios prestados al público, a través del previo cobro de una tarifa actualizada a tal efecto.

Al margen de la forma indirecta en que se lo dice por vía reglamentaria, en cualquier caso debe tenerse presente que la llamada concesión de servicios públicos no se encuentra legislada en el derecho argentino, y que es la ley 23.696 la primera norma legal que viene a impulsar la privatización de las empresas públicas por concesión, permiso o licencia.

Por lo expuesto, la base reglamentaria del decreto 1.105/89 parece suficiente fuente normativa de este tipo de ecuación económico-financiera del contrato para países subdesarrollados en época de emergencia, máxime que ya viene establecido por la ley 23.696 para la concesión de obra pública, y ambos contratos tienen en esencia la misma secuencia clásica de inversión-recobro, o actualmente cobro-inversión.

Por lo demás, es evidente que viene a ser la realidad económica contemporánea que impone en nuestro país, al menos en algunos casos, este tipo de financiamiento de la inversión por el usuario, actuando el concesionario —bajo el control del Estado— como cobrador, administrador y ejecutor de la obra o servicio, pero no como financiador de la obra.

### 1.8. *La habitualidad del consorcio de empresas*

Cuando en el anterior gobierno se discutían los primeros proyectos que luego darían lugar, recortados, al decreto 1.842, también se advirtió que el sistema del

<sup>9</sup>El art. 17 de la ley 23.696 utiliza la expresión privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso. A más de la novedad de introducir la licencia o el permiso, en los cuales no hay propiedad estatal de los bienes afectados a la actividad, la fraseología de privatización por concesión soslaya la vieja fórmula verbal de la “concesión de servicios públicos,” evitando la inútil discusión semántica acerca de cómo definir a los “servicios públicos.”

contrato de obra pública había hecho crisis, y se preparó un proyecto impulsando el régimen de concesión de obra pública.

Discutido este proyecto con representantes de los contratistas de obras públicas y suministros, la reacción de ese segmento del empresariado no fue favorable, bajo el argumento de que este tipo de concesiones requerían grandes capitales y dejaban por lo tanto fuera del mercado a las clásicas medianas y pequeñas empresas de obra pública. Se les dijo que deberían consorciarse a tal efecto, pero no resultaron convencidos y el proyecto en definitiva quedó en las gavetas gubernamentales.

Al margen de cuál fuere el acierto o desacierto de aquella discusión histórica, lo cierto es que el nuevo sistema de privatizaciones por concesión, y concesiones de obra pública, ha concitado la presencia de consorcios de múltiples empresas en todas las privatizaciones por concesión y en todas las grandes concesiones de obra pública.

Más aún, no conocemos de ningún caso en el cual se hayan presentado en estos contratos grandes empresas nacionales o internacionales en forma individual y exclusiva; como era frecuente en el viejo contrato de obra pública.

Todavía más, en algún caso se han presentado, y se les ha adjudicado, a un conjunto de diversos consorcios, cada uno de ellos integrado por medianas y hasta pequeñas empresas, algunas de ellas medianas y también en algunos supuestos pequeñas y hasta muy pequeñas, como es el caso de la licitación para el transporte de cargas del Ferrocarril Urquiza en la Mesopotamia.

Desde este punto de vista cabe destacar que en este nuevo tipo económico-financiero de contratación no se ha producido hasta el presente una gran concentración del capital, o una presencia dominante de grandes capitales internacionales. Los grandes capitales externos, para sorpresa de más de algún sector del pensamiento nacional, no han estado particularmente interesados en este tipo de inversiones.

[Por ello, si bien el arreglo de la deuda externa con el Club de París, actualmente en curso, es una de las condiciones del financiamiento externo a los grandes inversores, no es suficiente si el país no ofrece las seguridades que mentamos en el cap. I de la Sección I.]

### 1.9. *El subsidio en la concesión*

La ley 17.520 fue interpretada en el sentido que no se pueden dar concesiones de obra pública sobre la base del subsidio estatal, lo que puede haber explicado en parte la no utilización de la figura antes de la ley 23.696. Esta última ley, por su art. 58, párrafo tercero, agrega al inc. c) del art. 2º de la ley 17.520 que “no se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente.”



Según ya vimos, el art. 17, inc. 5, del decreto 1.105/89 hace aplicables los arts. 57 y 58 de la ley 23.696 a las privatizaciones por concesión, licencia o permiso.

Estimamos que es posible que esta norma eventualmente se modifique, porque la ecuación económico financiera de algunas actividades prestadas actualmente por el Estado no cierra sin el subsidio estatal directo o indirecto.

Las posibilidades de fijar una tarifa retributiva como para financiar las inversiones necesarias a la modernización del servicio no existen por cuanto en algunas actividades, como es el caso del transporte automotor en relación al ferrocarril, otros medios de transporte ofrecen en competencia casi perfecto, una limitación del mercado en materia de precios o tarifas que puedan realmente percibirse por el transporte ferroviario.

A su vez, en la situación de crisis económica que hemos estado describiendo, con recesión, inflación, desempleo, subempleo etc., es también obvio que muchas personas no tienen simplemente capacidad económica suficiente para realizar el gasto.

En el pasado la respuesta fácil ha sido que el Estado debía en todos los casos subsidiar por razones sociales este déficit.

La respuesta contraria de excluir todo subsidio es igualmente demasiado fácil, y es entonces casi seguro que se llegará finalmente a algún punto intermedio en cuanto a la subvención o subsidio que el Estado quiera y pueda hacer en materia de tarifas, y las realidades de la nueva situación económica y financiera.

[Esa es la senda que se está transitando en el 2014.]

## 2. *La iniciativa en obras y privatizaciones.*

### 2.1. *La iniciativa técnica en materia de proyectos*

Hace muchos años que habíamos observado el disfuncionamiento de la preparación de proyectos por el mismo Estado. El proyecto oficial, casi siempre preparado en el secreto o la reserva de la administración, no era sometido en momento alguno al procedimiento de la audiencia pública<sup>10</sup> y era la base con la cual se hacía el llamado a licitación.

Normalmente no se admitían variantes o alternativas en las ofertas, y entonces la sociedad se veía privada de la posible mejor idea que pudieran tener la totalidad de las empresas privadas del ramo, acerca de qué era lo más conveniente o cuál era la forma, más conveniente de realizarlo. Los oferentes competían entonces por

<sup>10</sup> Las *public hearings* o *enquêtes publiques* nunca tuvieron recepción en nuestro sistema, no obstante todos los esfuerzos doctrinarios en tal sentido: Nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, p. 27 y ss., y *La Administración Paralela. El Parasistema Jurídico Administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, [reproducido como Libro II del t. 6] cap. V.

antecedentes técnicos, capacidad económico-financiera, y precio. No competían por la bondad de sus ideas en la materia objeto de la licitación.

## 2.2. *La iniciativa económica en material, de proyectos*

Con mayor razón aún, los funcionarios del Estado difícilmente podrían descubrir, mejor que los propios interesados, dónde existe un negocio posible que pueda atraer el capital privado.

Cuando se pregunta, pues, cómo puede hacerse para atraer el capital privado a la inversión en obras y servicios públicos, la respuesta es [entre otras, como lo explicamos en el cap. I de la Sección I.] permitirle al propio capital privado aportar sus ideas al respecto a través de proyectos que permitan resguardar su iniciativa, tutelar la privacidad de la información, y conferirle una ventaja competitiva frente a otros posibles inversores para la concreción del posible negocio que se propone.<sup>11</sup>

## 2.3. *La iniciativa en la ley 23.696 y su reglamentación*

Ambas ventajas se presentan en el sistema de iniciativa creado por los arts. 57 y 58 de la ley 23.696 para la concesión de obra pública, extendido por el art. 17, inc. 5, del decreto 1.105/89 a la privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso.

Dice el citado art. 58 que en estos contratos la administración “admitirá la presentación de iniciativas que identifiquen el objeto a contratar, señalando sus lineamientos generales.”

“Si la entidad pública concedente entendiere que dicha obra y su ejecución por el sistema de la presente ley, es de interés público, lo que deberá resolver expresamente, podrá optar por el sistema de la presente ley lo que deberá resolver expresamente, podrá optar por el sistema del inc. a) o bien por el concurso de proyectos integrales.”

En otras palabras, la presentación misma de la iniciativa no confiere ningún derecho al presentante, salvo la preservación de la privacidad de la información comercial que haya acompañado a la presentación, flujo de caja etc., más la idea misma con el alcance que la ley establece.

La administración puede en consecuencia discrecionalmente aceptar o rechazar la propuesta, o simplemente no aceptarla, pero desde luego no puede luego utilizar la idea o los datos contenidos en la propuesta sin preservar el derecho del autor de la iniciativa.

<sup>11</sup> FANELLI EVANS, GUILLERMO, *La Concesión de Obra Pública. La Reforma del Estado (Nueva Legislación)*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989, p. 34.

Si la administración considera que el proyecto es de interés, entonces dicta el acto administrativo declarando de interés público la iniciativa, y llama a la concurrencia o competencia pública de otros interesados que quieran presentar otros proyectos diferentes por el concurso de proyectos integrales, o llama a licitación pública bajo un único proyecto y un pliego que preparará al efecto.<sup>12</sup>

Conforme lo establece esta misma disposición, si llama a concurso de proyectos integrales, “En tal caso convocará a la presentación de los mismos mediante anuncios a publicarse en el *Boletín Oficial* y en dos diarios de principal circulación a nivel nacional por el término de cinco días.”

“Dichos anuncios deberán explicitar la síntesis de la iniciativa, fijar el día, hora y lugar de presentación de las ofertas, y los días, horario y lugar de apertura.”

Tal como lo aclara el decreto 1.105, art. 58, inc. e), la administración al resolver declarar de interés público el proyecto dispone asimismo el llamado oportunidad en la cual en un mismo acto debe optar entre hacerlo por el sistema de concurso de proyectos integrales o por licitación pública.<sup>13</sup>

Se ha sostenido que la opción entre uno u otro procedimiento es una facultad discrecional y que una vez tomada la decisión se confiere ya un derecho de carácter reglado al particular autor de la iniciativa. En otras palabras, no puede alterarse el procedimiento una vez elegido uno de ellos.

Sin perjuicio de que coincidimos en la estabilidad del derecho adquirido al amparo de la elección de uno u otro procedimiento, no pensamos que sea totalmente discrecional optar entre concurso de proyectos integrales y licitación pública.

Más bien pensamos que, dentro del espíritu e intención de la ley 23.696, debe preferirse el procedimiento de concurrencia o competencia de proyectos antes que la clásica compulsa de antecedentes y precios propia de la licitación pública, mucho menos rica en materia de ideas, iniciativas y alternativas que el procedimiento que compara proyectos íntegros.

Una vez realizada la concurrencia por uno u otro sistema de comparación de ofertas, la administración puede considerar preferible el primer proyecto o alguno de los presentados en concurrencia, conforme pautas que luego comentaremos.

Adelantamos aquí, de cualquier manera, que parte de la preservación del derecho y el interés del autor de la iniciativa reside en la facultad de mejorar oferta que se le concede, en paridad de situación con aquél que a su vez hubiera mejorado su propia oferta inicial.

Continúa en tal sentido estableciendo la norma de referencia que “De existir una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, según

<sup>12</sup> EVANS, GUILLERMO, *op. y loc. cit.*

<sup>13</sup> HUTCHINSON, BARRAGUIRRE, GRECCO, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 345; FANELLI EVANS, *op. y loc. cit.*

acto administrativo debidamente motivado, el autor de la iniciativa y de la oferta considerada más conveniente, podrán mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no excederá de la mitad del plazo original de presentación.” (Que a su vez tiene un mínimo de 30 y un máximo de 90 días, por el mismo artículo.)

#### 2.4. *La fórmula polinómica de aprobación y adjudicación*

En el proyecto existente a nivel oficial antes de la sanción del decreto 1.842/87 se establecía una fórmula polinómica para la adjudicación,<sup>14</sup> con más la indispensable crítica recíproca de los diversos oferentes, que luego explicaremos.

En proyectos de esta magnitud, en que deben meritarse tanto los antecedentes técnicos y capacidad económico-financiera de la empresa, como la bondad técnica, económica, social etc., del proyecto mismo, como por fin el régimen de tarifas y canon propuesto, parece obvio que debe existir alguna pauta racional y objetiva para la decisión que la administración adopte.

Sería abandonar la idea que motoriza este sistema —que los particulares tienen algo de interés que decir en la cuestión— admitir proyectos integrales y luego decidir sobre pautas demasiado simples como solamente la tarifa o el precio o canon propuesto. Sería como revertir a la vieja fórmula del contrato de obras públicas, tal como ella no ha funcionado adecuadamente.

Es obvio a nuestro criterio que debe establecer un sistema de puntajes parciales, o fórmula polinómica, en el cual se establezca sobre un total de 100 qué porcentaje se asigna a cada uno de los elementos que configuran la toma de decisión acerca de la bondad de una oferta y proyecto determinado: Qué porcentaje sobre 100 se asignará a los antecedentes, qué porcentaje a la capacidad económico-financiera, qué porcentaje al proyecto, qué porcentaje al precio, canon o tarifa. (Subsidiado o no; o cuán y cómo subsidiado etc.)

Sin embargo, no tenemos noticia de que hasta ahora se hayan aprobado proyectos integrales como de interés público, o llamado concursos o licitaciones, o realizando adjudicaciones, empleando este sistema. Aparentemente por ahora se hace un análisis discrecional de todos los elementos en juego y se decide sin explicitar públicamente qué parámetros, ni menos qué parámetros previamente conocidos y anunciados, se han aplicado para la toma de decisión.

Obviamente es éste un aspecto muy criticable de la forma en que se aplica el sistema, aunque desde luego [no es] fácilmente subsanable.

<sup>14</sup>Ya sugerimos este procedimiento en nuestro artículo “El precio y la responsabilidad en el contrato de consultoría,” en el libro de la A.A.D.A., *Contratos Administrativos. Contratos Especiales*, t. II, pp. 162-165, Buenos Aires, Astrea, reimpresión 1982.

### 2.5. *La concurrencia en la comparación de ofertas*

En otras licitaciones públicas de mucha complejidad se ha efectuado antes de ahora la concurrencia o competencia de proyectos y ofertas por los propios oferentes.

Conocemos a través de los años casos en que en licitaciones públicas complejas se dio formal traslado de todas las ofertas a todos los oferentes. Cada uno de ellos presenta en tales supuestos un exhaustivo análisis comparativo de las demás ofertas, en todos sus aspectos. (Nuevamente, antecedentes y capacidad económico-financiera, proyecto, precio, aspectos legales, etc.)

De la lectura de tantos análisis comparativos como ofertas presentadas surge una enorme riqueza de materiales para la toma de decisión. Es lo más parecido, e incluso mejor, a los alegatos de bien probado por las diferentes partes en un juicio como elementos para la toma de decisión del juzgador. El carácter contradictorio de tales piezas es la forma clásica que tiene el proceso para coadyuvar a una decisión imparcial e independiente, con suficiente sustento fáctico.

En nuestra experiencia, pues, el análisis crítico competitivo de cada uno de los aspectos de las ofertas hecho por los propios contendores es uno de los mejores elementos para arribar a una decisión razonable y fundada, cualquiera sea el grado de complejidad del proyecto.

A la inversa, resolver sin tener diversos análisis comparativos sobre las mismas ofertas, es tomar el camino de una decisión demasiado discrecional.

Para concluir este punto comparemos la decisión que puede tomar la administración cuando ella misma hizo el proyecto sin crítica de nadie, y luego adjudica sobre meras diferencias de precios sin que nadie tampoco discuta el proyecto, o cuando en cambio es un tercero el que hizo, el proyecto, otros terceros interesados que presentan proyectos diversos competitivos, y todos que critican recíprocamente los distintos proyectos, quedando a la administración la decisión final.

Si difícil es el arte y fácil es la crítica, resulta claro que conviene más a los intereses públicos que la administración se reserve el rol final de criticar y elegir entre las críticas, antes que elaborar el arte de un proyecto que no domina y que nadie tendrá posibilidad real de criticar.

### 2.6. *El derecho a mejorar oferta*

Conforme al párrafo sexto del art. 58 de la ley 23.696, “De existir una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, según acto administrativo debidamente motivado, el autor de la iniciativa y el de la oferta considerada más conveniente, podrán mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no excederá de la mitad del plazo de presentación.”

Este mecanismo legal constituye una adecuada tutela del derecho del autor de la iniciativa y de aquél que mejoró su oferta. Constituye un medio de no desalentar la presentación de futuras iniciativas en otros servicios u obras del Estado, y al mismo tiempo no desalentar tampoco la concurrencia o competencia de ofertas que constituye lo esencial del trámite de toda licitación.

### 2.7. *El derecho a mejorar oferta en un licitación*

Si bien la ley contempla como única posibilidad el aprobar o no la iniciativa y llamar a concurso de proyectos integrales, nada impide a nuestro juicio, y así lo ha hecho la administración en algún caso, que se apruebe el proyecto y se lo declare de interés público con el alcance de llamar a licitación pública nacional, o nacional e internacional.

En este supuesto el llamado a licitación pública toma como base el proyecto aprobado, o un proyecto que la administración elabora sobre la base del presentado, y en lugar de requerir proyectos alternativos pasa al mecanismo tradicional de pedir precios para realizarlo. (Precios, tarifas, canon, etc.) Es una variante que revierte a lo clásico sobre la base de lo moderno.

En lugar de confiar plenamente a la mayor creatividad del sector privado para idear posibles negocios y posibles proyectos, se toma *ex ante* la decisión de cuál es el mejor proyecto a juicio de los funcionarios intervinientes, sobre la base de una sólo propuesta de un particular.

Claro está que esto es mejor que idear y diseñar *ex novo* el proyecto los mismos funcionarios públicos, sin ni siquiera tener proyecto alguno presentado por un particular, pero nos parece claro que resulta mejor, y más dentro de la lógica de la reforma, completar el ciclo de consultas al sector privado requiriendo o admitiendo proyectos alternativos de parte de los demás oferentes.

### 2.8. *El derecho de preferencia*

El decreto 1.105/89, en su reglamentación al art. 58 de la ley 23.696, inc. j), dispone que “En todo caso en que las ofertas presentadas fueren de equivalente conveniencia, será preferida la del que presentó la iniciativa,” cláusula aplicable tanto al concurso de proyectos integrales como a la licitación.

Desde luego que es siempre difícil o imposible encontrar un caso de exacta equivalente conveniencia que dé lugar a un desempate o preferencia por este mecanismo, pero la norma reglamentaria es de todos modos útil para indicar un sentido general de tutela y preferencia para el autor de la iniciativa aprobada.

### 3. *El pliego de la iniciativa*

#### 3.1. *Bases de la propuesta*

La ley 23.696<sup>15</sup> procura atraer la inversión privada en obras y servicios públicos mediante la presentación de proyectos integrales, producto de la iniciativa privada.

Ahora bien, la administración tiene la facultad discrecional de aceptar o no dichos proyectos integrales, y llamar o no a concurso de proyectos integrales o licitación pública, pero no puede desconocer la confidencialidad de la información que le es proporcionada, ni las bases bajo las cuales la propuesta le es formulada.

Puede sin duda no aceptar la propuesta o proyecto integral, y en tal caso no utilizar la información suministrada, pero no puede imponerle bases distintas a las que conforman la propuesta.

#### 3.2. *Confidencialidad de la información*

Entre las bases esenciales de la propuesta está el haber confeccionado un proyecto y formulado una iniciativa que importa exponer aspectos técnicos, económicos y financieros que hacen al secreto comercial de una empresa o conjunto de empresas, máxime cuando la presentación reviste los caracteres de completitud, complejidad y detalle de una presentación de esta naturaleza.

A lo ya mencionado cabe sumar la inversión realizada en tiempo, recursos humanos, gastos de presentación, constitución de garantías etc., con más la asunción de un importante riesgo empresarial al obligarse con las debidas garantías a presentar una oferta para el supuesto de aprobarse la iniciativa, sostener las garantías, etc.

Cabe agregar la indispensable limitación, de hecho o de derecho, que las empresas autoras de la iniciativa introducen a su propia capacidad de contratación por todo el tiempo que dure el estudio y aprobación de la iniciativa primero, y el trámite de la licitación o concurso después hasta existir decisión definitiva en la materia.

Esa inversión y ese riesgo, con más dicha transparente exposición al Ministerio de una iniciativa empresarial como la expuesta, lleva como contrapartida necesaria que el Ministerio, al analizarla, tiene la posibilidad de desinteresarse del proyecto y archivarlo, no utilizando la información privilegiada que se le proporciona, o aprobarlo y en tal caso tutelar también entre otros aspectos la información comercial reservada que el fue suministrada.

<sup>15</sup> Y su ampliación a la privatización de empresas públicas por concesión, licencia o permiso, conforme el art. 7, inc. 5, del decreto 1.105/89.

El modo en que nuestra legislación tutela dicha información privilegiada que es puesta por el Ministerio a la vista de los eventuales posibles competidores, para su posible superación —facilitada obviamente por el previo conocimiento no igualitario de los detalles de la propuesta que se trata de mejorar— es a través del parejo derecho a mejorar la oferta ajena que se reconoce al autor de la iniciativa aprobada.

Así como el autor de la iniciativa queda inicialmente desprotegido al permitirse a los terceros mejorar su oferta e iniciativa conocida, queda luego equilibrado frente a tales terceros con el equivalente derecho que se le reconoce de superar a su vez la mejor oferta que aquéllos presenten, y el derecho de preferencia a ser el adjudicatario en caso de razonable equivalencia de las ofertas mejoradas.

De ese modo quedan equiparados en un plano de igualdad el autor de la iniciativa, que como punto de partida descubre su esquema comercial, y los autores de posteriores ofertas que con la ventaja de tal privilegiada información puedan mejorar la oferta inicial.

Va de suyo que si de algún modo o en algún momento se interrumpiera esa cadena de equivalencias, en lugar de producirse el equilibrio previsto en las normas que rigen la cuestión, él se vería transformado en un manifiesto desequilibrio.

Si los autores de la iniciativa perdieran el secreto comercial al verse expuestos a otras ofertas realizadas con conocimiento de la suya propia, y perdieran en forma irrazonable o contraria a las normas vigentes el derecho a mejorar ellos también la oferta presentada por los demás, resultaría un sensible perjuicio a sus derechos, a más de que la administración habría, en el caso de configurarse tal hipótesis, utilizando indebidamente información que no le fue suministrada con otro alcance que el que resulta de las normas antedichas.

### 3.3. *Derechos adquiridos*

La calificación de interés público y el específico tratamiento como “iniciativa” al amparo de la ley de reforma del Estado constituye por ende un derecho subjetivo; el principio de la estabilidad de los derechos adquiridos al amparo de actos administrativos regulares, que deviene no solamente de los arts. 12 y 17 del decreto-ley 19.549/72, sino también de antigua jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene así plena y clara aplicación a nuestro caso.

El derecho adquirido es aplicable no solamente a la declaración de interés público, sino también al procedimiento de concurso de proyectos integrales o de licitación pública con el derecho a mejorar oferta y de preferencia.

Es la única interpretación lógica de estas normas, pues mal podría concluirse en que la administración puede optar por la licitación pública con el alcance de



desconocer los derechos del autor de la iniciativa, si es que aprueba su presentación y utiliza la información que emerge de su proyecto.

El respeto por el Estado a sus propias reglas de juego ha sido enfatizado en esta materia por la doctrina nacional: “En el caso de las obras previstas dentro de la ley de reforma del Estado, las empresas y los bancos vendrán por ellas de la misma manera que lo hacen con otras, inversiones, en otro campo, siempre y cuando sean atractivas. Pero el Estado, para hacerlas atractivas, debe buscar elementos y definiciones serias y realistas de manera que las «reglas de juego» no conduzcan a un engaño del cual sería el primer perjudicado.”<sup>16</sup>

Resulta de ello que es contrario al propio interés público que estas normas tutelan y promueven, introducir en perjuicio de los autores de proyectos e iniciativas de inversión privada, modificaciones a las reglas de juego puestas por el propio Estado para atraer tales inversiones.

Uno de los efectos evidentes de tal actitud sería naturalmente desestimular futuras iniciativas privadas de semejante naturaleza, y futuras inversiones en proyectos de inversión privada en el sector público.

En definitiva, sería desestimular precisamente aquello que estas normas procuran fomentar, o sea que los particulares imaginen y propongan proyectos, traigan asuntos a consideración del Estado, sometan negocios a consideración, inviertan dinero en proyectos públicos, arriesguen tiempo y dinero, y responsabilidad patrimonial, en proyectos que interesan al Estado y éste no ha diseñado por propia imaginación o iniciativa.

El autor de la iniciativa busca normalmente tecnología externa, realiza estudios e inversiones, expone el flujo de caja previsto, compromete inversiones adicionales, todo ello en el marco de la legislación referida, y espera en consecuencia que le sea respetado el derecho que tales normas confieren a los autores de iniciativas que reciban la aprobación de la autoridad competente mediante la declaración de interés público.

Todo el sistema quedaría severamente cuestionado y en definitiva entraría en incoherencia y contradicción si una iniciativa oportunamente aprobada pudiera eventualmente caer o perder los derechos de tal, o su información ser utilizada sin conferírsele la pertinente aprobación, sin que nuevos elementos de juicio den sustento fáctico suficiente a la decisión.

La iniciativa aprobada conlleva, entonces, el derecho a mejorar la propuesta frente a eventuales terceros interesados que, atraídos por la referida iniciativa, concurren a competir con otras ofertas.

<sup>16</sup> HUTCHINSON, BARRAGUIRRE, GRECCO, *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 347. [Otra variante de este mismo razonamiento puede verse en el cap. I de la Sección I de este t. 11.]

En tal caso corresponderá llamar a mejora de propuestas entre el autor de la iniciativa y el tercer oferente, y el autor de la iniciativa tendrá el derecho de preferencia en caso de equivalente conveniencia de ambas. (Inc. j) de la reglamentación de la ley 23.696, decreto 1.105/89: “En todo caso en que las ofertas presentadas fueren de equivalente conveniencia, será preferida la del que presentó la iniciativa.”)

### 3.4. *Oportunidad y conveniencia del proyecto*

La oportunidad o conveniencia de la iniciativa debe analizarse bajo el doble aspecto del proyecto o idea misma que se propone a la administración, y del desarrollo de la propuesta que en caso de ser adjudicada dará lugar al correspondiente contrato de concesión.

Esa oportunidad o conveniencia es evaluada por la administración en ocasión de pronunciarse sobre la declaración de interés público y opción por el procedimiento de concursos integrales o de licitación pública.

En caso de aprobarse la iniciativa y sometérsela a la compulsa de la competencia o concurrencia, va de suyo que existe una predeterminación inequívoca de la administración en el sentido de contratar posteriormente con dicho primer oferente si no se presentan ofertas mejores (o al mejorar oferta el tercero no le supera en la mejora), ni cambian las circunstancias de hecho tenidas en cuenta por la administración al aprobar la iniciativa.

No cabe entonces admitir en un futuro pliego que elabore la administración para llamar a licitación cláusulas tales como aquellas que, de todos modos inválidamente, a veces incluyen en licitaciones públicas por las cuales la administración se reserva la facultad pretendidamente discrecional de no adjudicar a ningún oferente sin dar ningún fundamento fáctico razonable y suficiente, por circunstancias de hecho sobrevinientes al llamado. El mero cambio de opinión no es desde luego fundamento fáctico suficiente y razonable.<sup>17</sup>

### 3.5. *La ecuación económico-financiera de la iniciativa*

Debe tenerse presente que el principio de toda contratación administrativa, que debe mantenerse la ecuación económico-financiera del contrato, resulta lógicamente también de aplicación en estas iniciativas y así lo reconocen expresamente las normas vigentes.

<sup>17</sup>Tema éste que analizamos, a propósito de otro tema, en el artículo “La donación como acto o como contrato administrativo,” *Revista de la Contraloría General*, San José, Costa Rica, año II, n° 8, 1968, p. 5 y ss.