

NATURALEZA JURIDICA DEL PEAJE

FERNANDO DIEGO ÁLVAREZ
WALTER OSCAR GATTI

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

En este trabajo habremos de abordar y analizar un tema que es el relativo a un instituto jurídico de renovada vigencia en la Argentina de nuestros días: el peaje; abordando su estudio –inicialmente– a través de un análisis integral de su problemática, para –en un segundo momento– ocuparnos en la dilucidación de su naturaleza jurídica. Este tema es uno de aquellos a los cuales la doctrina ha dedicado –a lo largo de varias décadas– ingentes y bien intencionados esfuerzos, pero, sin por ello, arribar a conclusiones más o menos pacíficas y uniformes.

Creemos que el peaje, al posibilitar el crecimiento y mantenimiento de las redes viales, se ha convertido, en las sociedades preocupadas en su desarrollo, en una eficaz herramienta jurídica tendiente a establecer una más rápida y mejor comunicación entre las regiones de los diversos países, erigiéndose, asimismo, en un propulsor del crecimiento económico y comercial del mundo moderno. En nuestro país, donde se comenzó a utilizarlo en forma más o menos regular hacia mediados de la década del 60, sus bondades ya habían sido advertidas por ese eminente visionario y pensador político que tuvimos los argentinos, mentor, además, de nuestro texto constitucional, Juan Bautista Alberdi, quien sostuvo en su clásica obra, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, que la construcción de caminos y canales y demás obras de utilidad "... pueden ser entregadas temporalmente

para su explotación a las empresas privadas que tomen a su cargo el construirlos¹.

La utilización del sistema del peaje, generalmente implica la celebración de un contrato de concesión de obra pública (cuando el Estado decide realizar y administrar la obra por intermedio de terceros), constituyendo una excelente fórmula de financiamiento. Su utilidad adquiere especial relevancia en los casos en que el Estado adolece de una insuficiencia de los recursos necesarios para afrontar el gasto que la construcción de carreteras, puentes, etc., conlleva. Así, si se extendiese su utilización en nuestro país podría transformarse en una de las soluciones aptas para superar el retraso y deterioro de la infraestructura del transporte que padece la Nación.

La discusión planteada en torno al peaje en nuestra actualidad nacional, es, en verdad, seudonovedosa, puesto que aquí ya ha sido implementado exitosamente, entre otros casos, en el túnel subfluvial que une Santa Fe y Paraná y en el puente sobre el río Paraná que une las provincias de Corrientes y Chaco. En el resto de América también ha constituido y hoy en día constituye un factor de progreso de primer orden (piénsese, por ejemplo, en la carretera Río-San Pablo, y en la Río-Santos, ambas en Brasil; y en las imponentes *highways* norteamericanas, muchas de las cuales fueron construidas gracias a este medio de financiamiento).

Ya hemos dicho que el tema central de la presente investigación es el del estudio de la naturaleza jurídica del instituto en cuestión. Para cumplir este objetivo de una manera satisfactoria, hemos creído necesario realizar una indagación "abarcadora" respecto de algunas temáticas íntimamente conectadas con el peaje. Así, por ejemplo, nos hemos ocupado de considerar la especial naturaleza del contrato de concesión de obra pública y de las relaciones jurídicas de él emergentes, puesto que de todo ello pudimos desentrañar la cuestión de fondo en este "complejo normativo" (dentro del cual se inserta el peaje), que está dada por una peculiar forma de vinculación jurídica propia del derecho público: la delegación transestructural de cometidos estatales.

De tal modo, hemos puesto énfasis en la consideración de las distintas clases de vinculaciones suscitadas entre los

¹ Alberdi, Juan B., *Sistema económico y rentístico*, p. 259 y 62.

sujetos públicos y privados involucrados, dando lugar a una interacción de relaciones jurídicas de considerable complejidad. Este particular juego de "ligaciones" se entabla, ora entre la Administración pública-concesionario-usuario, relación ésta de índole netamente administrativo; ora entre la Administración pública y el usuario. Esta última, admite —a su vez— la discriminación de dos aspectos coexistentes y bien diferenciados: a) una relación de carácter estrictamente administrativo, que reconoce su justificación en que es el Estado el titular del dominio de la obra pública construida bajo el régimen de la concesión, manteniendo sobre el bien y sobre las condiciones de su uso, la totalidad de sus "prerrogativas" (aun cuando, en la mayoría de los casos, tales relaciones se conduzcan por intermedio de su concesionario o "delegado"), y b) una relación de claro cariz tributario, puesto que —como veremos— la imposición coactiva del cobro del peaje importa verdaderos actos del poder tributario estatal.

De las conclusiones a las que iremos arribando luego del análisis de las temáticas referidas, inferiremos la naturaleza tributaria del peaje, sin perjuicio de considerar los argumentos brindados por teorías negatorias de dicha especie de naturaleza jurídica, a las cuales también criticaremos.

Por otra parte, atenderemos a la posibilidad de su ubicación dentro de la típica clasificación tripartita de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones. Es en este punto, donde las opiniones vertidas por los doctrinarios ofrecen un atractivo campo para el análisis. Veremos así que las distintas explicaciones aportadas no satisfacen plenamente las expectativas que cabe crearse de una justificación científico-jurídica plausible. En este sentido hemos intentado en un primer momento evidenciar las contradicciones e inconsistencias de las elaboraciones perfeñadas hasta el presente; y en un segundo momento ofreceremos nuestra propuesta respecto a la especie de tributo dentro de la cual es dable encuadrar al peaje, aportando sobre el particular una justificación que creemos novedosa.

Finalmente, meritaremos las soluciones de la doctrina a la luz de las normas de nuestra Constitución, valorando si cada una de aquéllas importa o no un agravio a nuestra ley fundamental.

En síntesis, y para no extendernos en demasía en esta introducción, digamos que hemos intentado desentrañar —con todo el rigor científico del que fuimos capaces— la na-

turalidad jurídica del peaje a través de las particulares implicancias jurídicas de la relación que le da origen (contrato de concesión de obra pública).

Por último, pensamos que la trascendencia y actualidad del tema propuesto, justifica con creces el esfuerzo invertido en la presente elaboración. En cuanto a los resultados obtenidos no es a nosotros a quien corresponde emitir juicio.

2. RÉGIMEN LEGAL DEL PEAJE EN EL DERECHO NACIONAL

Con el objeto de situar el estudio del peaje en el contexto específico de nuestro sistema jurídico se impone referirnos, aunque más no sea en forma introductoria, al régimen vigente que regula el instituto en cuestión.

En este sentido, cabe delinear lo aspectos más relevantes de la ley 17.520, norma que establece el estatuto jurídico básico regulatorio de esta figura, por medio de la institución de la concesión de obra pública "por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación, o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peajes" (art. 1º)¹.

Así, el peaje aparece caracterizado —en principio— como un medio de realización de obras públicas enmarcado en un contrato de concesión, el cual tiene la siguiente característica: la Administración encarga a un tercero la construcción de la obra pero no paga un precio por esa prestación sino que otorga la concesión de ésta, permitiéndole así al concesionario cobrar a los usuarios de ella una tarifa determinada.

Para el establecimiento de las "tarifas" —determinadas por el Poder Ejecutivo con intervención del concesionario— se tendrá en cuenta el valor medio del servicio ofrecido y la rentabilidad de la obra, y de esta manera definir la modalidad de la concesión (cfr. art. 3º). A estos efectos, las alternativas previstas en la ley son: a) a título oneroso:

¹ La ley prevé también la aplicación directa del peaje por parte del Estado, cuando en su art. 5º establece: "El Poder Ejecutivo podrá crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal... o entes públicos, u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley".

imponiéndose al concesionario una contribución o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) a título gratuito, y c) otorgamiento por subvención.

Por su parte, la ley 23.696 denominada de Reforma del Estado, vino a precisar la regulación anterior en lo relativo al destino de los fondos obtenidos por la recaudación del peaje. Así se prescribió la aplicación de los fondos remanentes de los gastos de explotación y mantenimiento de obras existentes a la posibilidad de construir obras nuevas. Estas últimas —exige la ley— deberán tener una vinculación física, técnica, o de otra naturaleza con las primeras (art. 58). Cabe destacar, asimismo, que para la concreción de los trabajos mencionados —objeto del contrato— se atenderá a la ecuación económica y financiera de la concesión, la cual será estructurada con el fin de obtener un "abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario" (art. 58).

Por último, cabe hacer una referencia a los contratos de concesión de obra pública, celebrados por el Gobierno nacional en septiembre de 1990, cuyo régimen ha sido variado sustancialmente en virtud del dect. 527/91, del replanteo del peaje, reglamentario de la ley 23.928, de convertibilidad del austral (B.O., 28/3/91). Respecto de esta reciente normativa se imponen las siguientes observaciones: 1) se reduce el monto de la tarifa a cobrar; 2) implica la pérdida de vigencia de los índices combinados pactados para el reajuste de las tarifas; 3) se deja sin efecto el régimen oneroso de las concesiones, transformándolas en concesiones subvencionadas, lo que no nos parece acertado dada la rentabilidad de algunos de los corredores afectados al sistema, y 4) el art. 6º contempla la posibilidad de que la Administración resuelva los respectivos contratos, aunque lo novedoso de esta norma no es la prerrogativa otorgada al Estado —que es propia del régimen exorbitante que caracteriza al contrato administrativo— sino que establece el alcance de la indemnización debida por la Administración en tal caso, reconociendo en cuanto a la procedencia del lucro cesante (donde la jurisprudencia y doctrina no son uniformes) un 10% de utilidad sobre las inversiones efectivamente realizadas.

Creemos que con todo lo enunciado hasta aquí hemos dado un pantallazo general sobre las notas esenciales del peaje en nuestro país, teniendo en cuenta las modificaciones sufridas por él recientemente, tareas que consideramos imprescindible para poder adentrarnos con paso seguro en los complejos temas centrales del presente estudio.

3. EL PEAJE Y LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

a) Obra pública y peaje

La expresión "obra pública" admite básicamente dos sentidos: 1) designa bienes muebles o inmuebles del Estado afectados a fines de interés general; así son obras públicas los caminos, puentes, edificios públicos, etc., y 2) por extensión se asimila al concepto de contrato de obra pública, refiriéndose en este caso a los contratos entre la Administración y los particulares para que éstos construyan tales obras¹.

En adelante al hablar de "obra pública" nos estaremos refiriendo al primer sentido señalado. Respecto a éste, Gordillo destaca los siguientes elementos:

- a) Se trata de una cosa mueble o inmueble.
- b) De construcción artificial (realizadas por la mano del hombre por oposición a aquellos bienes que existen en el Estado y que los ofrece la naturaleza).
- c) De propiedad del Estado.
- d) Afectada a fines de utilidad general.

Ahora bien, la relación entre el peaje y las obras públicas es evidente, puesto que —como adelantáramos— aquél es un útil instrumento de financiamiento de éstas. Cabe precisar que, históricamente, el peaje nace como un derecho de tránsito, que lo vincula inescindiblemente con aquellas obras públicas relativas a proporcionar vías de circulación, tanto de carácter vial como fluvial².

b) La ejecución del contrato de concesión de obra pública

Atendiendo a la opinión generalizada en la doctrina³ puede afirmarse que la concesión de obra pública consiste en un contrato de derecho público —específicamente de derecho administrativo— en virtud del cual la autoridad concedente (Administración pública) otorga a un concesionario

¹ Gordillo, Agustín A., *Obra pública*, p. 48.

² Barra considera que también puede ser objeto del sistema de peaje, por ejemplo, una obra eléctrica, con lo cual —por los argumentos vertidos en nuestro estudio— no coincidimos. Barra, Rosalfo, *La concesión de obra pública*, p. 48.

³ Entre otros, Marienhoff, Drocni, Barra, Fiorini.

(sujeto de derecho público o privado), el cometido de construir una obra; importando la obligación de custodia en cabeza del concedente, y para el concesionario la de realizar lo necesario para que la obra esté expedita al uso público. El efecto principal de la relación jurídica que se entabla, lo constituye el derecho del concesionario a cobrar, por el trabajo realizado y cuidados posteriores, una tarifa a los usuarios: el peaje.

En otras palabras: el público, que es el destinatario de la obra y en cuyo interés se otorga la concesión, es quien paga el precio de la obra. Esta peculiar característica es decisiva en orden a establecer la distinción con el contrato de obra pública. En este sentido, la concesión se singulariza por el modo del pago del precio, ya que como vimos quienes aportan la remuneración del contratista del Estado son directamente los usuarios a través del peaje y no la propia Administración concedente.

4. LA DIVERSA TIPOLOGÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS NACIDAS EN TORNO A LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Del seno del contrato de concesión de obra pública —del cual se desprende el cobro del peaje— surgen una serie de relaciones jurídicas diferenciadas de cuyo análisis nos ocuparemos en este estudio. Ellas son:

- Relación Estado (Administración pública)-Concesionario-Usuario.
- Relación Estado (Administración pública)-Usuario.
 - Faz Administrativa.
 - Faz Tributaria.

Pero antes de abocarnos a la dilucidación de este complejo de relaciones, creemos necesario considerar algunas cuestiones que le sirven de presupuesto. De ellas nos ocuparemos.

a) El especial carácter de los contratos administrativos

El contrato, entendido como "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones destinado a producir efectos jurídicos"¹ constituye una categoría jurídica genérica que

¹ Leubsdörfer, André de, *Tratado*, t. I, p. 7 y 8.

resulta aplicable tanto a los contratos de derecho privado como a los de derecho público.

Ahora bien, el Estado —por medio de la Administración pública— actúa o puede actuar de dos formas distintas: ejerciendo por sí mismo una determinada actividad, o utilizando al administrado para que colabore con él en orden al cumplimiento de sus fines administrativos. Dicha colaboración puede adoptar dos modalidades en punto al requerimiento que hace el Estado, pudiendo ser ésta “forzosa” o “voluntaria”. Ejemplos de la primera forma de colaboración serán las cargas públicas o prestaciones personales obligatorias; en tanto que la segunda puede dar lugar a los contratos de la Administración pública⁷.

La Administración puede celebrar dos tipos de contratos: “administrativos” *strictu sensu*, y de “derecho común” (o contratos “privados” de la Administración). En el caso de la concesión de una obra pública estamos en presencia de un típico contrato administrativo, lo que implica su sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado. Además, y esto es fundamental, esta especie de contratos se caracterizan por propagar sus efectos “fuera” de las partes que le dieron origen, afectando —así— a terceros ajenos a la relación contractual⁸.

Como ya manifestamos, el contrato de concesión estudiado participa plenamente de la última característica señalada de los contratos administrativos, ya que el vínculo jurídico convencional establecido entre el Estado y el concesionario se extiende a los administrados-usuarios (de la obra). De algún modo —como dice Marienhoff— estos últimos son “parte” de la relación jurídica originaria⁹.

b) La relación Estado (Administración pública)-concesionario-usuario

Está regulada por la llamada “delegación transestructural de cometidos estatales”¹⁰. Ésta es una expresión que trata de explicar ciertas actividades cumplidas por los particulares, generalmente en su propio ámbito de interés, pero

⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado*, t. III-A, p. 28.

⁸ Cassagne, Juan C., *Los contratos de la Administración pública*, p. 37.

⁹ Marienhoff, *Tratado*, t. III-B, p. 384.

¹⁰ Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. 1, p. 205.

que, por imperio de una decisión estatal previa, supone la gestión de determinados cometidos o competencias públicas —estrictamente estatales— en un régimen de desempeño compartido con la misma Administración pública (cogestión) o exclusivo (autogestión) de esa actividad. El concesionario actúa en el cumplimiento de una cierta delegación emanada de la Administración, sustancialmente idéntica a la delegación de competencia que se da en la esfera interna administrativa (tanto en el ámbito de la organización centralizada como descentralizada), pero que por trascender a su estructura se la ha denominado "delegación transestructural".

La explicación que hemos esbozado supone que la relación estudiada ostenta un carácter reglamentario, derivado del ejercicio de la potestad de la Administración de crear unilateralmente vínculos jurídicos con los administrados. Pero no debemos olvidar que en el caso de la concesión de obra pública estamos en presencia de un vínculo bilateral de naturaleza contractual. Esta última característica determina, junto al fin de lucro que persigue el concesionario, que nos refiramos para el supuesto de la concesión administrativa a una modulación del principio de la delegación transestructural. En suma, el carácter contractual de la relación y la finalidad propiamente privada, en vistas a la cual el administrado contratista se vincula con la Administración, importan una suerte de "delegación atenuada"¹¹.

La concesión de obra pública —al decir de Barra¹²— es la figura más destacada dentro de los múltiples sistemas de la ejecución de la delegación transestructural.

En la actualidad, muchas de las grandes obras públicas, cuyo uso es susceptible de ser tarifado, son ejecutadas mediante este sistema de ejecución indirecta, por las ventajas de tipo presupuestario y organizativo que genera en beneficio de la Administración responsable (titular de la competencia) de que se lleve a cabo la obra.

Desde la óptica de la delegación transestructural, la concesión de obra pública puede ser definida "como el sistema de ejecución indirecta de una obra pública a través del

¹¹ Esta atenuación del principio de la delegación transestructural no parecería posible en la formulación que del mismo hace Barra en la obra citada, pero que sí puede derivarse de lo expuesto en su obra *Principios de derecho administrativo*.

¹² Barra, *La concesión*, p. 303.

cual el concesionario delegado recibe del concedente o delegante el ejercicio de competencia administrativa de contratar con un tercero constructor la realización de esa obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar las operaciones necesarias para el buen mantenimiento y explotación de la misma, quedando el pago de todas las inversiones para la construcción, mantenimiento y explotación, también delegado en el concesionario, quien recibe asimismo, el cometido de percibir los ingresos por la explotación de la obra, para destinarlos a amortizar la inversión hecha y a satisfacer su beneficio empresario que puede o no ser participado con el delegante¹³.

Esta consideración del contrato de concesión de obra pública como una especie de la figura de la delegación ha sido admitida expresamente por nuestro derecho provincial, como es el caso del art. 116 de la ley 1864/88 de la provincia de Jujuy: "La concesión de obra pública es un acto jurídico que consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos, reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases, la remuneración de los capitales puestos a contribución de la ejecución de la obra pública"¹⁴.

En el ámbito conformado por la delegación transestructural, el concesionario adopta frente al usuario un rol equivalente al que le corresponde a la Administración concedente, siempre claro está en su calidad de gestor de un cometido público dado (delegado). De modo tal que la relación jurídica establecida entre el concesionario y el usuario se encuentra publicificada, por efecto del vínculo sostenido entre el primero y la Administración (es decir, por la concesión como delegación).

Como consecuencia de lo dicho, ya que no existe relación contractual entre la Administración y el usuario, tampoco la hay entre el concesionario y éste. Lo afirmado implica que el concesionario debe habilitar la obra para que pueda ser utilizada por el usuario en las condiciones establecidas en su contrato de concesión, el cual constituye una verdadera "base reglamentaria" que proyecta sus efectos hacia el tercero-usuario (efecto propio de los contratos ad-

¹³ Barra, *La concesión*, p. 306.

¹⁴ Barra, *La concesión*, p. 307.

ministrativos), quien se encuentra obligado por el reglamento de utilización de la obra¹⁰.

Es importante destacar que "el concesionario no es una empresa que ofrece al mercado el 'uso de la obra' a un precio generado por el libre juego de la oferta (autopistas) y la demanda (usuarios)"¹¹, sino que por el contrario, en la explotación de aquélla el concesionario se limita a cumplir con sus obligaciones originadas en el contrato de concesión celebrado con la Administración concedente. Por esto mismo entendemos que "los usuarios de los servicios públicos (de las obras públicas, en el tema que aquí interesa) son administrados, no clientes"¹².

En síntesis, entre concesionario y usuario existe una relación de derecho público de acuerdo con las reglas de la delegación transestructural definidas en los reglamentos y el contrato de concesión.

c) La relación Estado (Administración pública)-usuario

Esta relación se desdobra en dos facetas:

1) La faz administrativa

Hablar de esta faz administrativa se justifica en tanto que el Estado es el titular del dominio de la obra pública construida bajo el régimen de la concesión, manteniendo sobre el bien y sobre las condiciones de su uso la totalidad de sus prerrogativas, aun cuando tales relaciones se conduzcan a través de su concesionario o delegado (v.gr., horarios de utilización, los tipos de vehículos, dirección del tránsito, etcétera).

Como contrapartida, el usuario conservará frente a la Administración, todas las garantías que el ordenamiento administrativo le confiere (v.gr., trato igualitario respecto del uso de esa obra pública, etcétera).

¹⁰ La doctrina está conteste en que aquí no puede hablarse de un contrato por adhesión entre el concesionario y el usuario. Cfr. Rivera Yzerm. La protección del usuario de los servicios públicos, p. 233, y del mismo autor. El derecho administrativo y las relaciones con los particulares, quién engloba esta vinculación dentro de la categoría de "relaciones jurídico-administrativas entre particulares", p. 117.

¹¹ Barra, La concesión, p. 343, nota 8.

¹² Barra, La concesión, p. 343, nota 9.

2) La faz tributaria

Entre las prerrogativas que dispone la Administración en el marco del contrato de concesión, se destaca la relativa a la fijación del valor de la tarifa que deberán oblar los usuarios de la obra: el peaje. Es evidente que al hablar del establecimiento y origen de estas tarifas, entramos de pleno en el campo de las cargas fiscales, cuya imposición supone el ejercicio del Poder tributario del Estado. Como sabemos, éste consiste en la potestad estatal de crear y exigir tributos con relación a personas o bienes que se encuentran en la respectiva jurisdicción¹⁸.

En este punto se hace necesario distinguir la relación fiscal o tributaria de la obligación que ella implica. Así, la relación tributaria es el vínculo jurídico que se configura entre el Estado o el ente autorizado a exigir el tributo, y el sujeto afectado por el tributo. En cambio, la obligación tributaria es aquella que pesa sobre el sujeto obligado a pagar el tributo; se trata de una obligación de dar —en principio, una suma de dinero— maguer existen otros aspectos de la obligación fiscal que no implican pago (v.gr., presentar declaraciones juradas). Esta última nace siempre de la ley (principio de legalidad); no es, por lo tanto, de naturaleza contractual¹⁹.

Según ya explicamos, el sujeto activo de la relación tributaria es, por antonomasia, el Estado, sin perjuicio de que éste pueda autorizar a un ente distinto —público o privado— para exigir el pago del tributo. Resulta, pues, útil diferenciar el “poder” tributario, de la “competencia” tributaria. El primero es un concepto de mayor amplitud, puesto que implica dictar la norma de creación del tributo, mientras que la segunda se limita a la facultad de percibirlo. En el caso del peaje, es claro que el “poder tributario” está en cabeza de la Administración concedente, mientras que la “competencia tributaria” —originariamente estatal— le es “dele-

¹⁸ Adelantamos así, nuestra opinión sobre la naturaleza tributaria del peaje, cuestión que luego desarrollaremos.

¹⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado*, p. 371. El monto del peaje es establecido por la Administración de conformidad con el concesionario, lo cual no violenta —según la opinión de algunos— el principio de legalidad imperante en materia tributaria. Ello es así, porque es claro que la ley 17.539 contiene una habilitación —legislativa— para que la Administración celebre los contratos de concesión utilizando el sistema de peaje, y asimismo facultándolo para la fijación del monto de dicho tributo en cada caso.

gada" al concesionario de la obra, que así opera como un verdadero agente recaudador.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL PEAJE

a) Es un tributo

De conformidad con lo expuesto, creemos que puede inferirse cuál es la "naturaleza jurídica" del peaje²⁰. En este sentido, pensamos que la "tarifa" (término utilizado en la ley 17.520), en tanto involucre una "exacción pública" (García de Enterría), no dudamos en afirmar su naturaleza tributaria²¹.

En principio, este carácter se deriva del hecho de que estamos en presencia de una prestación pecuniaria que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio (concretamente de su poder tributario)²². Pero esta explicación —que podemos calificar como "tradicional"— no es suficiente para justificar acabadamente la naturaleza fiscal del instituto en cuestión. Ello es así porque éste ofrece otros argumentos —desde la perspectiva de la delegación que hemos estado estudiando— que dada su especificidad decididamente nos proporciona una más plausible justificación.

De tal forma, sostenemos que el peaje posee "naturaleza tributaria", desde que los fondos recaudados en su concepto pertenecen primariamente al tesoro público y no al concesionario cocontratante de la Administración, si bien esta última delegó en él mismo su recaudación y gestión en el marco contractual de la concesión. Es así que es necesario precisar que la tarifa tiene un carácter meramente instrumental, en orden a la retribución del concesionario, ostentando el mismo carácter la relación concesionario-usuario dentro del régimen jurídico de la delegación.

En conclusión, la relación que cabe tener por principal es la que vincula a la Administración con el usuario, la cual se establece a través del concesionario cuando, como en

²⁰ Coinciden en esta apreciación, entre otros, Giuliani Forrosgue y Gelli, aunque sobre fundamentos diversos.

²¹ García de Enterría, *Sobre la naturaleza de las tasas*, citado por Barria, *La concesión*, p. 288.

²² Cfr. Giuliani Forrosgue, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. II, p. 298.

este caso, se recurre a la figura de la delegación transestructural. Por lo tanto, para el concesionario el peaje aparece como un medio de pago elegido por la autoridad concedente para saldar su gestión, modalidad que la Administración impone —de aquí su naturaleza tributaria— a los terceros usuarios. Es decir, la tarifa tiene naturaleza tributaria para la Administración y para el usuario; para el concesionario, en cambio, es sólo un medio para percibir el precio de su gestión, pero cuyo verdadero deudor no es el usuario sino la propia Administración concedente.

b) Teoría negatoria de la naturaleza tributaria del peaje

Existe una corriente doctrinal que niega al peaje su carácter tributario. Así, el autor uruguayo Ramón Valdés Costa sostiene que el peaje reúne las características sustanciales de los precios, a los cuales define como "las sumas de dinero que voluntariamente se dan como contraprestación por la entrega de un bien, la concesión de su uso, la ejecución de una obra, o la prestación del servicio de naturaleza económica"²³.

Guillermo Pablo Gallí, por su parte, luego de analizar el sistema que estatuye la ley 17.520, concluye que al no definirse el legislador respecto de la naturaleza jurídica del peaje y al exigirse que en el contrato de concesión se definan, entre otras materias, "las bases tarifarias y procedimientos por seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas", el pago efectuado por el usuario aparece como un precio, quedando la fijación de su monto librada a una decisión administrativa de común acuerdo con el concesionario de la obra²⁴. Este autor, no obstante inferir la conclusión apuntada, se pronuncia en contra de tal carácter, considerando que el régimen legal aplicable viola la naturaleza misma del peaje (Gallí, como dejamos sentado en la nota 20, entiende que el peaje es un tributo).

Por nuestra parte, nos hemos ocupado de refutar esta teoría del peaje considerado como un precio. Esta conclusión no puede ser distinta puesto que los caracteres de "voluntariedad" y de "contraprestación" no se coheren con

²³ Valdés Costa, Ramón, *Cursos de derecho tributario*, t. I, p. 156, 158 y 167.

²⁴ Gallí, Guillermo, *Recursos públicos*, p. 225.

el carácter coactivo y de afectación de los fondos pagados en concepto de peaje, que luego analizaremos.

c) **Ubicación del peaje dentro de la clasificación de los tributos**

Corrientemente la doctrina está de acuerdo en clasificar a los tributos en tres categorías:

1) **Impuestos.** "Es una prestación pecuniaria, obtenida de los particulares autoritariamente, a título definitivo, sin contrapartida y para la cobertura de las cargas públicas"²².

2) **Tasas.** "Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público inherente al Estado individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación"²³.

3) **Contribuciones.** "Son prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas, o de especiales actividades del Estado"²⁴.

En doctrina se han sostenido clásicamente dos posiciones respecto a la ubicación que cabe darle al peaje dentro de la clasificación tripartita que recién hemos esbozado. Por un lado están aquellos que opinan que el peaje es una tasa, opinión prevaleciente entre los especialistas (Cincunegui, Guíjarro, Bédart Campos, Ahumada, entre otros); por el otro, se encuentran quienes afirman que se trata de una contribución especial (Giuliani Fonrouge, Damarco, Poelava Lafuente).

d) **El peaje como tasa**

Como dijimos, la doctrina mayoritaria sostiene "que el peaje es una tasa que se paga como contraprestación del servicio prestado por una obra pública y decimos uso del servicio y no de la obra, ya que ésta, que siempre se supone ejecutada en beneficio del interés general, ha sido construida para una finalidad, y es esta finalidad la que determina el servicio, y el uso de éste el que justifica el pago de la tasa"²⁵.

²² Daviger, *Mauricio, Hacienda pública*, p. 91 y 92.

²³ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 319.

²⁴ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 323.

²⁵ Cincunegui, *El peaje*, p. 54.

Estimamos que esta conceptualización es, por diversos motivos errada: primero, porque el peaje es una típica forma de financiación de obras públicas, y es instrumentado mediante una concesión a entes privados como públicos, verificándose la existencia de un contrato de concesión de obra pública y no de concesión de servicios públicos. En síntesis, el peaje nunca es la retribución dada por la prestación de un servicio sino que lo es por la realización de una obra.

En segundo lugar, la denominada teoría de la contraprestación está —desde hace mucho— superada en derecho financiero: “luego, porque una obra pública satisface una necesidad pública pero no tipifica un servicio público que pueda originar una tasa, en el sentido en que tales expresiones reciben en derecho financiero y en derecho administrativo”²⁹.

Por último, si considerásemos al peaje como una tasa podría oponérsele a dicha consideración un obstáculo de naturaleza constitucional que estudiaremos más adelante.

e) El peaje como contribución especial

Quienes sostienen esta opinión consideran con especial énfasis el hecho del destino de los fondos recaudados mediante el peaje. Así, explican que dichos fondos son atribuidos en orden a solventar, ya la construcción de una obra pública, ya sus gastos de conservación y mantenimiento.

En esta dirección, el peaje aparece como una contribución de pago obligatorio por los usuarios de la obra pública ‘originado en los beneficios o ventajas que reciben de ella’³⁰.

f) Uso de dominio público y peaje

Cierta doctrina ha expresado que el peaje no puede ser encuadrado dentro de la ya tradicional clasificación tripartita de los tributos. Así, Galli luego de afirmar que esta figura constituye una típica forma tributaria, encuentra el fundamento de su imposición en el carácter de bienes del dominio público que ostentan los caminos, puentes y túneles. Este autor explica que la naturaleza tributaria del peaje deriva de que se trata de un “uso de un bien del dominio público que, en principio, escapa a la posibilidad de ser objeto

²⁹ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 946.

³⁰ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, p. 941.

de transacciones"²¹. En este sentido, se descarta el carácter de precio, y el uso diferenciado que hace el particular de la vía pública resulta el hecho generador de su obligación.

Esta posición puede ser objetada desde tres puntos de vista:

a) Desde las soluciones del derecho administrativo, en cuanto a las formas del uso especial del dominio público se ha dicho que éstas son: el permiso; la concesión; y la prescripción²² por lo que —evidentemente— el peaje no aparece enmarcado en ninguna de estas tres modalidades reconocidas por la doctrina administrativista nacional²³.

b) No es cierto lo que afirma Galli respecto de que los bienes del dominio público no pueden ser objeto de transacciones. La afirmación de este prestigioso autor obedece a que el art. 953 del Cód. Civil (objeto de los actos jurídicos) prohíbe que el objeto de un acto jurídico pueda consistir en una cosa o bien que está fuera del comercio. Lo que ocurre, es que los bienes del dominio público, que son efectivamente *res extra commercium*, no pueden ser objeto de transacciones regidas por el derecho privado; pero nada impide que lo sean de aquellas reguladas por el derecho administrativo (v.gr., contrato de concesión de obra pública, de uso del dominio público, etcétera). "Si existiera identidad absoluta entre los contratos de derecho privado y los administrativos, si todo lo que ocurre en los primeros debiera suceder en los segundos, entonces no habría contratos de derecho privado y contratos administrativos, sino única y exclusivamente de derecho privado o simplemente contratos"²⁴.

c) Por último, la postura impulsada por Galli presenta una grave objeción de índole constitucional, de la cual nos ocuparemos más adelante.

g) **Valoración de las doctrinas analizadas a la luz de las normas y principios de nuestra Constitución nacional**

La libertad de circulación —tanto de personas como de bienes— está garantizada por nuestro texto constitucional.

²¹ Galli, *Derechos públicos*, p. 224.

²² Drossi, José R., *Manual*, t. II, p. 34.

²³ Drossi, *Manual*, t. II, p. 34.

²⁴ Bergsitz, Miguel A., *Teoría general*, p. 131.

Así, para analizar la constitucionalidad del peaje, es preciso tener en cuenta los arts. 4º, 9º, 10, 11, 12, 67, incs. 1º, 9º y 16, y 108.

Las disposiciones constitucionales que hemos indicado tenían como fin —en la inteligencia que le dieron los constituyentes— el crear un Estado uniforme económicamente sobre la base del principio de unidad territorial económica y superar la época de las luchas entre los distintos Estados provinciales propiciada por la existencia de las aduanas interiores que actuaban entorpeciendo el comercio general del país.

La Corte Suprema, desde sus inicios tuvo ocasión de interpretar las normas constitucionales en juego relativas a la tributación: con motivo de numerosos conflictos impositivos suscitados por la aplicación de leyes locales, se distinguió entre "circulación territorial" y "circulación económica", señalándose que esta última es susceptible de restringirse. También nuestro supremo tribunal tiene dicho que las provincias pueden gravar la circulación en el interior de su territorio pero no podrán hostilizar el comercio de productos de otra, ni crear diferencias por el mero hecho de la circulación.

En torno a la constitucionalidad del peaje, se ha hecho referencia a la conveniencia del sistema, con el que se hace posible la apertura de toda clase de vías de comunicación, facilitándose así la circulación territorial. También, se ha explicado que su implementación encuentra raíz constitucional en la llamada cláusula del progreso, inserta en el art. 67, inc. 16, de la Const. nacional, inspiradora de todas las empresas iniciadas para hacer realidad aquella expresión: "un solo territorio para una sola Nación". Ambos argumentos son sustentados indistintamente por la generalidad de la doctrina. En otra posición doctrinal encontramos a Dana Montaña y Galli, quienes subordinan la constitucionalidad del instituto a la circunstancia de que el camino o la vía a construirse por su intermedio no sea la única que una los dos puntos de conexión, y en tanto exista una vía accesoria cuyo tránsito esté exento de derechos²². Este requisito de

²² Nos referimos aquí a lo que podemos denominar "tesis de la constitucionalidad condicionada". Dana Montaña, citado por Pelegrín La Fuente, Juan C., *Breves consideraciones*, p. 746. Galli, Guillermo F., *Régimen financiero*, p. 38.

la existencia de otro camino también fue sustentada por Tagle en la VII Conferencia Nacional de Abogados, cuyas conclusiones incluyen entre otras: a) que es propio de la figura su institución en retribución del costo de la obra, la cual deberá caracterizarse por su razonabilidad, y b) no asumirá la naturaleza de un impuesto, o renta general, ya sea por su desvinculación de los costos a cubrir o por el destino que se asigna a la recaudación²⁶.

En orden a la valoración de la constitucionalidad del peaje de acuerdo a la ubicación que los doctrinarios le asignan dentro de la clasificación tripartita de los tributos enunciada, consideramos pertinente tomar para comenzar el análisis la opinión de nuestro calificado constitucionalista Germán J. Bidart Campos: "Cuando el peaje se aplica a vías de comunicación entre dos o más provincias, el pago de la tasa por el usuario que las utiliza se ha supuesto, en algunas ocasiones, equivalente a los derechos de tránsito abolidos por la Constitución. Y la suposición es equivocada, porque la suma a sufragar no se impone por el hecho de la circulación interprovincial, sino por el uso de la carretera, camino o vía, para costear su construcción y mantenimiento. La contraprestación obtenida es evidente y ello disipa toda duda, dejando bien en claro que lo que se abona no es un derecho al tránsito sino una verdadera tasa"²⁷. Por su parte, Esteban Guijarro entendiendo, al igual que Bidart Campos, que en tanto el peaje funcione como una tasa, es decir, que su monto se encuentre en relación a los gastos de construcción y mantenimiento de la obra pública, tal tributo no puede ser alcanzado por la prohibición constitucional²⁸. Vemos que las opiniones hasta aquí expuestas revelan las contradicciones e inconsistencias propias de las elaboraciones pergeñadas hasta el presente. Así, observamos que lo llamativo de estas opiniones estriba en que atribuyen al peaje el carácter de tasa —aun cuando reconocen que el cobro de éste se impone en orden a costear la realización de una obra pública—, lo cual no es coherente con el contenido material del concepto de esta categoría de tributo, ya que —como sabemos— la imposición de una tasa siempre obedece a una correlativa prestación de un servicio público.

²⁶ Ver LL, 10/6/85, p. 15 y 18, *ser. Noticias*.

²⁷ Bidart Campos, citado por Peclava Lafuenta, *Breves consideraciones*, p. 738.

²⁸ Guijarro, Esteban, *Fundamentos*, p. 1301.

En esta dirección, cabe hacer las siguientes distinciones derivadas de la idea de servicio público en su vinculación con la construcción de obras públicas y, por lo tanto, con el peaje.

Puede sostenerse de esta manera que se presta un servicio público a través de la construcción de la obra: responden a esta concepción las teorías que definen al peaje como el precio que retribuye la obra o que lo consideran como el uso de un bien de dominio público —la obra pública—. De otro modo, se explica que el cobro del gravamen en estudio responde a la explotación del servicio público a que la obra está destinada, o bien se refiere a la prestación de un "servicio de tránsito"; es decir, el peaje aparece como la contraprestación por el uso del servicio prestado por la obra pública.

En este punto, es preciso recordar que el tributo que involucra el pago del peaje se exige en tanto se relaciona con la construcción de una obra pública vial o fluvial, destinada a proporcionar vías de circulación suficientes; por lo que hablar de un uso del dominio público (caminos, aguas) o de retribución de un servicio público significa, a la luz de lo apuntado, que se está gravando la circulación. En otras palabras, el tránsito se convierte, según estas teorías, en el elemento esencial del hecho imponible del peaje, con el consiguiente agravio constitucional.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, pensamos que el peaje no es el "precio" de la utilización de la obra, sino que tiene como destino preciso el integrar los fondos destinados a solventar, ya sea la construcción de la obra, ya sus gastos de conservación y mantenimiento. Esta característica salva la constitucionalidad y nos decide a afirmar que, de acuerdo a lo dicho, el peaje se adecua a las notas sustanciales propias que definen a la categoría tributaria de las contribuciones especiales.

Desde esta perspectiva, resulta criticable —por extensión— cierta doctrina, que, no obstante coincidir en lo relativo a la calificación del peaje como contribución especial, diferencia dos etapas en la realización de la obra pública: a) etapa de construcción, que concuerda con el término de ejecución del contrato de concesión, y b) etapa de explotación, conservación y mantenimiento, en la que "si se continúa el cobro [del peaje], no estamos ante el mismo contrato, sino ante la necesidad de retribuir un servicio mediante la tasa de peaje y ésta debe ser distinta de la anterior en su monto y

en la determinación de su imposición"¹⁰. Como vemos, en esta última estaríamos en presencia nuevamente de la idea retributiva de un servicio, en este caso los gastos de conservación y mantenimiento. Esta explicación parte de un presupuesto equivocado, ya que los trabajos aludidos sólo podrán ejecutarse en el marco de una concesión administrativa y, por lo tanto, únicamente cabe hablar, en este sentido, de la naturaleza contributiva del peaje.

Por último, no podemos soslayar referirnos a lo establecido por la ley de Reforma del Estado, en cuanto a diferir los fondos remanentes de la conservación y mantenimiento de obras públicas existentes, y a la posibilidad de construir una nueva obra. Dejamos planteado aquí un eventual problema constitucional, ya que el usuario de la obra estaría financiando otra, excediendo la medida de su propio beneficio.

6. SÍNTESIS CONCLUSIVA

No queríamos dar por finalizado este estudio sin repasar —muy brevemente— algunas de las muchas conclusiones que fuimos desgarrando a lo largo de la presente elaboración y que, de alguna manera, constituyen una muy ajustada síntesis de todo lo expuesto.

El régimen del peaje en nuestro país está previsto en la ley 17.520, con las modificaciones incluidas por la ley 23.896, y el decr. 527/91 reglamentaria de la ley 23.928 de convertibilidad del austral.

Este instituto reconoce su origen en el marco brindado por el contrato de concesión de obra pública, cuando el Estado decide realizar y administrar obras viales (o fluviales) por intermedio de terceros, ya sean personas privadas o entes públicos.

Dentro del haz de vinculaciones entre los sujetos involucrados en torno a la concesión de obra pública, hay dos relaciones jurídicas que son verdaderamente capitales: por un lado, la relación Estado-concesionario, con la delegación transestructural de cometidos estatales que ella conlleva, y que publica todas las demás relaciones nacidas en virtud del contrato —incluidas los efectos "extrapartes" que alcan-

¹⁰ Hutchinsen - Grecco - Barraguirre, *Reforma del Estado*, p. 331.

zan a los usuarios-; y por otro lado, la que se entabla entre el Estado y el usuario, la cual involucra la obligación fiscal en cabeza de este último de oblar el valor correspondiente al peaje.

El peaje, como exacción pública que es, tiene origen en el ejercicio del poder tributario del Estado, lo que nos lleva a afirmar su naturaleza tributaria.

El peaje integra la especie tributaria de las contribuciones especiales, dada la afectación especial de los fondos recaudados en su concepto destinados a solventar la construcción y mantenimiento de la obra pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan B., Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Bs. As., Luz de Día, 1954.
- Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, t. 1, Bs. As., Ábaco, 1988.
- La concesión de obra pública, en "Prudencia Jurídica XXIII", ene-jun. 1990, p. 48.
- Principios de derecho administrativo, Bs. As., Ábaco, 1980.
- Berçaita, Miguel A., Teoría general de los contratos administrativos, Bs. As., Depalma, 1990.
- Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional, t. 1, Bs. As., Ediar, 1988.
- Cassagne, Juan C., Los contratos de la Administración pública, en "AADA, Contratos administrativos", t. 1, p. 21, Bs. As., Astrea, 1988.
- Circunegui, Juan C., El peaje en la legislación argentina, 2ª ed., Rosario, "Centro Argentino de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales", 1988.
- Dromi, José R., Manual de derecho administrativo, t. 2, Bs. As., Astrea, 1987.
- Duverger, Maurice, Hacienda pública, Barcelona, Bosch, 1988.
- Galli, Guillermo P., Recursos públicos, en "Manual de finanzas públicas -varios autores-", Bs. As., A.Z., 1985, p. 123.
- Régimen financiero de la Constitución, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.
- Godillo, Agustín A., Los contratos administrativos, en "AADA, Contratos administrativos", t. 1, p. 7, Bs. As., Astrea, 1988.
- Gujarro, Esteban, Fundamentos histórico-jurídicos de la constitucionalidad del peaje, LL, 118-119B.
- Grullani Fenouge, Carlos M., Derecho financiero, vol. II, Bs. As., Depalma, 1978.
- Hutchinson, Tomás, Ley nacional de procedimientos administrativos, Bs. As., Astrea, 1987.
- Hutchinson, Tomás - Grecco, Carlos M. - Barraguirre, Jorge, Reforma del Estado. Ley 23.698, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990.
- Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. II, III-A y III-B, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.

- Pedraza Lafuente, Juan C., *Breves consideraciones sobre el peaje y la ley 17.529 de concesión de obra pública*, LL, 153-734.
- Rivero Yarn, Enrique, *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969.
- *La protección del usuario de los servicios públicos*, en "RAP", n° 87, p. 233, Madrid, 1978.
- Rodríguez Arias, Claudio, *El peaje. Las virtudes y los vicios*, en "RAP", n° 144, ene. 1981, p. 30.
- Torres, Agustín, *Sistema tributario*, en "Manual de finanzas públicas -varios autores-", p. 349, Bs. As., AZ, 1969.
- Valdés Costa, Ramón, *Cursos de derecho tributario*, t. 1, Montevideo, 1971.
- Varios autores, *De las concesiones*, en "RAP", 1990; ver la ley 23.696 de reforma administrativa, p. 121.