

Un último aspecto que debe evidentemente profundizarse es el de la demanda de recursos humanos. Un estudio de la demanda de empleos inducida por el crecimiento económico no ofrece tanta dificultad en la actualidad, dada la abundancia de estadísticas que se tienen ahora sobre ese aspecto. Así, pues, el análisis de la demanda de recursos humanos en cada uno de los distintos sectores de la economía es susceptible de hacerse siguiendo las mismas técnicas aplicadas en el Modelo, es decir, mediante relaciones matemáticas o mediante el uso de coeficientes técnicos que relacionen la producción con el empleo de personas de diferentes categorías profesionales y de diferentes niveles educativos.

UTILIDAD ACTUAL DE VIEJAS IDEAS

Por Isaac GANON*

I

1. El desarrollo, la planificación, si bien se hallan ya en una fase disciplinaria y técnica avanzada, no han pasado aún, entre nosotros, a la práctica, a la acción. Diagnósticos más o menos extensos y profundos, programaciones sectoriales, tímidos ensayos, aplicaciones incipientes, debidas en buena parte a la poquedad de personal y escasez de recursos, pero sobre todo la falta de una actitud positiva para el desenvolvimiento, obligan todavía a recurrir a viejos expedientes para atender necesidades públicas convertidas, debido a la modernización, en impostergables, mientras llega el momento de encararlas dentro de una planificación global.

De ahí que los asesores de organismos públicos, sobre todo de los Gobiernos Departamentales (o Municipales) sean continuamente solicitados para buscar, en el repositorio de formas y doctrinas administrativas, la *idea* o el *instituto* que permita realizar una obra pública, organizar un servicio, asumir actividades —por lo común económicas— en beneficio de los administrados, habitantes de una localidad, un departamento, cuando no de una jurisdicción más amplia.

Sigue siendo acertado, no obstante, lo expresado por el director L. F. Silva Recio:

“Las instituciones e instrumentos que sirvieron bien o mal para otras épocas y otros propósitos, difícilmente podrían facilitar el cambio multifacético indispensable para efectuar las reformas radicales que se intenta poner en práctica. Frecuentemente encontramos en muchos países, organismos de gobierno cuya extrema complejidad de estructura e

* Profesor titular de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo (Uruguay) y Abogado Asesor del Gobierno Departamental de dicha capital.

inflexibilidad de operación les hacen extremadamente ineficientes. Se conservan actitudes y conceptos arcaicos sobre la naturaleza y los propósitos de la administración pública y respecto a la magnitud y complejidad de los problemas a que ésta se enfrenta. Tales organismos y actitudes tampoco pueden ser los vehículos del progreso acelerado que se pretende".¹

Sin embargo, eso mismo es lo que se nos pide, en nuestros países imbuidos de doctrina jurídica, de legalismo literal, o de "estado de derecho", como lo dicen los más avanzados; con algún margen de libertad, o de comodidad, mejor dicho, para reunir o ensamblar los elementos que, procedentes de las más disímiles fuentes, deben permitir al Gobierno o Administración llevar a cabo su obra, sin incurrir en ilegalidad o en exceso de poder.

Ese instituto o idea que se pide, consiste las más veces en la adaptación de alguna vieja *forma* económica, financiera, administrativa; puede ser también una *fundamentación* jurídica, que demuestre un indemostrable, a saber, la viabilidad del proyecto que se pretende realizar con el derecho vigente, público o privado, constitucional o civil.

Debe tenerse presente, para apreciar bien el esfuerzo realizado en esos casos, que la iniciativa de que se trata puede muy bien hallarse comprendida en algún programa de desarrollo, propuesto por técnicos nacionales, aprobado por expertos internacionales, e incluso haber sido solicitado por el Gobierno o alguna Agencia de asistencia técnica; esto es, que se halle respaldado por las opiniones actuales más en armonía con la ciencia y la técnica. Aún así, para evitar el varamiento del proyecto en alguna de las tantas comisiones de estudio legislativas, se hace necesario proveerlo de una "fundamentación" jurídica tal, que lo ponga en estado de gracia con las formas *tradicionales* o aceptadas por el derecho en vigor.

Es claro que el tiempo no ha pasado en vano, y que junto a las formas legales y los medios administrativos tradicionales han ido apareciendo y desarrollándose otros conceptos jurídicos y otros recursos, todos los cuales deben ser también contemplados; nos referimos, v. gr., a la intervención estatal, a la participación del personal en actividades conexas con la dirección de los servicios, obras o empresas de interés público, y otras.

2. Justamente, en este artículo, nos proponemos mostrar la utilidad actual de un instituto administrativo, ni muy antiguo, ni muy moderno, la *concesión*, que fuera aceptado y rechazado, tras experiencias locales e internacionales numerosas y variadas, para ser readmitido

¹ L. F. Silva Recio, "La Administración para el desarrollo en Puerto Rico", en *Revista de Administración Pública*, junio, 1963, p. 70.

con posibilidades de duración, incluso en los países latinoamericanos, donde su forma porta todavía las características de la etapa alta del capitalismo y del imperialismo en que apareciera y se difundiera.

A fin de comprender el alcance del esfuerzo por adaptar ese *viejo* instituto a las *nuevas* necesidades, fuera preciso recordar que en América Latina, la doctrina jurídica y administrativa más conocida y citada ha sido la de los autores y tribunales franceses, aunque las empresas concesionarias extranjeras pertenecieran en mayoría a súbditos de otros países, sobre todo de Gran Bretaña, en el Río de la Plata.

A ese fin obedecen las primeras líneas que subsiguen, destinadas a refrescar las nociones elementales del instituto; y también para mostrar con la mayor claridad posible cuáles son las modificaciones que se le pueden introducir —al menos teniendo en cuenta la realidad nacional más próxima— a efecto de que vuelva a servir como instrumento eficaz de desarrollo, sin presentar en cambio algunos de los más graves inconvenientes que causaron, como se sabe, su descrédito y reemplazo por nacionalizaciones prematuras.

II

3. La *concesión* es considerada un modo de organizar y prestar servicios públicos, mediante la colaboración que presta un particular (persona física o jurídica, única o múltiple), llamado *concesionario*, con la autoridad administrativa competente (Estado, Municipio, Ente autónomo), llamada *concedente*. Con arreglo a las condiciones impuestas y aceptadas, el concesionario se hace cargo del servicio público, cuya atención le ha sido concedida (con o sin monopolio, con o sin competencia restringida), pudiendo resarcirse de los gastos (inversión, mantenimiento, explotación) y obtener un beneficio con el producto de *tarifas* u otras entradas, pagadas por los usuarios del servicio.

3.1. Existen numerosas *variedades* de concesión, y otras tantas formas de concertarla (directa, previo concurso o licitación, etc.). Para lo que nos interesa, retendremos solamente tres de dichas variedades, a saber: la explotación de servicios públicos, la construcción de obras públicas, y la utilización de bienes públicos.

Esas tres variedades pueden ser reunidas en una cuarta clase, la cual, a falta de mejor o más sintética expresión, es denominada *concesión mixta*; algunos autores, sobre todo entre los clásicos, atendiendo a los objetivos principales, la dominan de trabajo y servicio públi-

cos, o de trabajos públicos, simplemente, pues la concesión de servicio implica la utilización de bienes públicos y se sobreagrega a la de trabajos públicos para permitir su pago o financiación.

En la concesión mixta se aúnan, efectivamente, la utilización, la construcción y la explotación de bienes y servicios públicos, de tal modo, que ninguna de ellas se da o se presta separadamente de las restantes; es el caso, por ejemplo, de las concesiones de ferrocarriles, en particular de los subterráneos, de las usinas para higienizar y pasteurizar leche, y otros.

Decimos que lo propio y característico de la concesión mixta consiste en esa reunión combinada de las otras tres clases de concesión, porque cualquiera de estas puede separarse de las demás y darse con la finalidad que le es particular; así, se puede otorgar a una empresa la construcción del sistema, a otra la explotación del mismo, y a una tercera la utilización de bienes del dominio público cercanos a aquél, y vinculado, o no, a una u otra operación (lugares para anuncios de publicidad, locales de comercio, etc.).

3.2. La *concesión mixta* es por cierto una figura compleja de numerosos actos y contratos administrativos; si el perfeccionamiento de esa variedad es de ahora, su teoría data del siglo pasado, del período, llamado "saint-simoniano", de la expansión económica y financiera del capitalismo, cuando, en uno de sus fallos, dictado en 1872, el Consejo de Estado francés la caracterizó como una estructura de dos componentes, aunque diferenciables, unidos íntimamente, a saber, la construcción de una obra pública y la explotación de ésta durante un tiempo determinado.

Culminaba, de ese modo, una corriente jurisprudencial cuyo acierto había consistido en diferenciar claramente el *contrato de obra pública* de la *concesión de trabajos públicos*. La distinción parece sutil, si no meramente gramatical; pero no es así: para que haya concesión —precisaba un comentarista— es necesario, esencial, que la remuneración provenga, no de una suma pagada por la Administración, sino de la percepción de una retribución impuesta, durante un tiempo más o menos largo, a los particulares que utilizan el trabajo realizado.

Ese concepto se ha mantenido en las obras de los tratadistas franceses más conocidos en este siglo, desde Aucoc y Berthélémy, Duguit y Hauriou, hasta Duez-Debeyre y Laubadère.

Sin embargo, los profesores uruguayos de Derecho Administrativo —que si en Administración propiamente dicha hay pocos, en esa rama jurídica son numerosos— no le asignan mayormente atención a la concesión de trabajos públicos, otorgándosela en cambio a las otras variedades del mismo instituto sustantivo ya mencionadas, la construc-

ción de obra pública, la explotación de servicio público, y la utilización de bienes del dominio público.

Parecería desprenderse de tal postura doctrinaria, una posición histórica y lógica al mismo tiempo, sobre dicho instituto. La concesión de trabajos públicos habría comprendido lógica e históricamente a las otras; y hoy resultaría de la suma o combinación de dichas variedades: primero se otorgaría una de esas, y después las restantes; el orden de los otorgamientos lo impondría la misma realidad. En suma, lo que el análisis jurídico permite (separar los institutos), la actividad administrativa puede también hacerlo: puede adjudicarlos, cada uno por separado, o reunirlos en una sola operación.

3.3. No obstante todo lo que permite la lógica y la actividad administrativas, lo cierto es que la concesión mixta asume las características de una forma, o por mejor decir, la figuración de una *estructura* por sí misma. Y como tal debe ser tomada y aplicada, si se desea servirse de ese instrumento jurídico y administrativo a un tiempo (no de Derecho Administrativo solamente), con vistas a permitir la realización de algún programa de desarrollo.

En efecto: si por virtud del análisis, y aún por la índole de los procedimientos y actividades, la concesión mixta es descomponible en una sucesión de operaciones, ninguna de éstas es hacendera de por sí, separadamente, sin desnaturalizar el instituto en sí mismo. La concesión mixta de trabajos y servicios públicos es *un todo*, y no una mera adición de concesiones separables, cual formas autónomas que pueden ser, cada una de ellas, dentro de su propio campo administrativo.

Si se practica esa operación escisoria, y se realizan por separado las concesiones constituyentes, el resultado no es el que corresponde al conjunto de las partes de un todo, sino a varios todos completos en sí mismos. Sea, por ejemplo, el anteproyecto de construcción del ferrocarril subterráneo de Montevideo, que hemos informado en cumplimiento de nuestras funciones de asesoramiento al Gobierno Departamental de la capital uruguaya. Para realizarlo, se tendría que efectuar primero el contrato de obra pública, la cual debe ser pagada o financiada por el Gobierno Departamental de Montevideo o por un tercero, que tomaría o no a su cargo la explotación del servicio público, para resarcirse. En el caso que no la tomase, la explotación de referencia puede hacerse, ya por gestión directa, ya por concesión de servicio público, ya en forma mixta. Hay aquí, como se advierte, dos o tres formas autónomas, realizadas separadamente, que después se combinan. En cambio, si a la misma empresa que construye la obra se le otorga, por vía de financiación y pago de su crédito, la explotación del

servicio que esa obra permite, hay solamente *una* concesión —la mixta de trabajo y servicios públicos—, y nada más que una.

III

La concesión mixta reúne características jurídicas, políticas, administrativas, que la hacen inconfundible y la recomiendan, en las presentes circunstancias latinoamericanas, como un instrumento eficaz de desarrollo nacional.

Una breve reseña de esas características permitirá tranquilizar a todos —juristas, políticos, administradores—, y en particular a financieros y programadores del desarrollo, sobre las posibilidades de aplicación económica de ese instituto, tan conforme a la teoría y a la práctica de aquellas disciplinas, y al mismo tiempo capaz de permitir el logro de un desenvolvimiento real y elevado.

4. Veamos rápidamente las características jurídicas del instituto.

4.1. Los autores discuten acerca de la naturaleza jurídica de la concesión, pues de su determinación se desprenden consecuencias relativas a los derechos y obligaciones de los concedentes, concesionarios, funcionarios y usuarios.

Sin embargo, ese problema puede hoy considerarse secundario, sobre todo si logramos transfigurar la concesión en un instrumento del desarrollo, sacándole de su tradicional concepción de modo de organizar la prestación de un servicio público, para la autoridad, y de un negocio más o menos lucrativo —como otro negocio cualquiera—, para el particular. La concesión puede ser todo eso: modo de prestar un servicio y un negocio, siendo simultáneamente un instrumento del desarrollo, esto es, “un buen negocio” para todos, sobre todo para la comunidad.

En efecto ¿qué importancia mayor tiene caracterizar la concesión, v.gr., como acto o como contrato (administrativo)?

Si es un contrato, existe un acuerdo de voluntades entre el concedente y el concesionario, con estipulaciones para terceros, los usuarios entre éstos, el cual acuerdo rige la vida y el sentido de la concesión, en forma por lo general favorable al concesionario.

Si es un acto, o modo de gestión administrativa, predominan las decisiones del concedente sobre las pretensiones del concesionario, las cuales ceden ante las exigencias del interés general, y se traducen finalmente, cuando aquellas son lesionadas, en una indemnización.

Lo cierto, sin embargo, es que esos rasgos no son incompatibles entre sí; y que se dan en cualquiera de las situaciones encaradas por esas

hipótesis doctrinarias; en todos los casos hay acuerdo de voluntades, porque éste es necesario, imprescindible. Todo acuerdo de voluntades, apenas se requiere recordarlo, no es siempre, forzosamente, un contrato; como toda disposición relativa al servicio, favorable al usuario u otro tercero (el funcionario, por ejemplo), no siempre es una “estipulación para otro”.

Aquellos requerimientos de la operación: naturaleza del servicio, necesidades del público, interés general, no se imponen solamente al concesionario; son condiciones que influyen también decisivamente sobre la administración concedente, y que la obligan a proceder en consecuencia, de acuerdo con el concesionario, o contra la resistencia ilegítima de éste, en beneficio del servicio público.

Convergen, pues, en la concesión, intereses públicos y privados respetables, un acuerdo de voluntades que no es meramente un contrato, condiciones que surgen de la naturaleza del servicio, y disposiciones de la autoridad (reglamentos, decisiones), que en cualquier caso de necesidad, o de pertinencia, deben ser adoptadas. Para decirlo con términos de la escuela francesa del realismo jurídico, es la concesión un *acto reglamentario*, un *acto condición* y un *acto contractual*. A lo que debe agregarse, para la eficacia requerida por un país en vías de desenvolvimiento, un *instrumento de desarrollo*.

4.2. A la luz de esos conceptos, sin abandonar el campo del derecho, la concesión mixta es una operación jurídica con estos atributos: multilateral, conmutativa, onerosa, personal (“*intuitus personae*”).

A. Es *multilateral*, porque entran en consideración cuatro protagonistas, por lo menos —administración concedente, particular concesionario, público usuario, funcionarios—, aunque sean los dos primeros los que pacten o convengan entre sí —por sí mismos y por todos los demás—, las condiciones de la concesión.

En particular, el concesionario se obliga a ejecutar las obras, explotar el servicio público que éstas permiten, y utilizar los bienes públicos en la forma pactada. Para ello, la administración le otorga los poderes necesarios, durante el plazo, con los beneficios y ventajas que se prevén al efecto, reservándose los poderes de contralor y de decisión que le competen, en salvaguardia de sus propios derechos, de los derechos del público usuario, y de los del personal.

B. Es *conmutativa*, puesto que desde el momento mismo de otorgarse, la autoridad pública concede al particular medios materiales y poderes jurídicos que éste necesita para construir la obra y explotarla.

Recíprocamente, el concesionario contrae obligaciones de realizar y mantener aquélla en servicio y restituirla al final del plazo, o al cumplimiento de la condición que se pacte.

En forma coincidente, el personal afectado a las obras y al servicio, con los beneficios de asegurarse la fuente de su trabajo y las compensaciones anexas, acepta las cargas de la continuidad en la ejecución del mismo, de modo que se mantenga para todos el equilibrio de las prestaciones.

Los usuarios, finalmente, toman sobre sí, con las utilidades públicas de la obra y del servicio, el cumplimiento de los deberes previstos en los reglamentos, y la aceptación de las cargas, sobre todo económicas (tarifas) que implican, para su conservación y prestación continua.

Desde luego, la concesión, como toda operación económica, importa *riesgos*, que todas las partes asumen, sobre todo en la fase de explotación del servicio. Pero esos riesgos, ni son tantos, ni son de mucho peligro, de manera que por ellos la operación se vea transformada en una convención *aleatoria*, pues los mismos no inciden sobre el surgimiento de los derechos (correlativos de las obligaciones asumidas), ni tampoco de su extinción.

Mucho menos, la concesión no es una actividad de resultados *seguros* para ninguna de las partes, esto es, de invariabilidad de los precios para la administración, de beneficio constante para el concesionario, de salarios crecientes para el personal, de inmutabilidad de las tarifas para el usuario.

Esos resultados pueden obtenerse parcialmente, dentro de ciertos límites y de algunas condiciones, pues sólo en parte dependen de la operación; más allá de ésta se encuentran los factores que gravitan sobre el mercado y la coyuntura, los cuales son relativamente independientes de las voluntades de aquellos que constituyen justamente, las partes en toda concesión.

C. Es *onerosa*, por las razones expuestas y porque la gratuidad no se presume, ni es lo normal, en operaciones de esta naturaleza, donde se requieren inversiones cuantiosas que es preciso resarcir o compensar, de una parte, y de otra devolver a la comunidad los bienes que ha prestado, o que han sido adquiridos merced a los beneficios y franquicias otorgados por la autoridad concedente, o con el producto de tarifas pagadas por los usuarios.

La extensión del *plazo* de la concesión juega aquí un papel importante.

En principio, es lo indicado que sea el aprovechamiento de la obra misma la fuente de recursos para la amortización de ésta y el beneficio del empresario, las remuneraciones del personal y el mantenimiento (aún la ampliación) del servicio. Es también requerido, que al final de la concesión, la comunidad pueda continuar por un tiempo la ex-

plotación, con beneficio de su parte, a fin de permitirle cierta recapitalización para el reemplazo de máquinas, utilaje, obras, etcétera.

Todo ello está sugiriendo el mayor cuidado en la estimación de los costos y de la duración de los elementos materiales aportados, pues todos éstos no se producen u originan en el país, ni tienen una vida útil equivalente promedialmente entre sí.

La formación de las tarifas asume, en consecuencia, un gran interés, pues es de principio que todo servicio público —incluyendo en ése las obras necesarias— se costee por sí mismo, en base a las prestaciones que por su utilización deben abonar los usuarios. Por eso mismo, toda ayuda extraordinaria, así sea mínima y temporal, como los *subsídios*, que no responda a factores extraordinarios e imprevistos, es indeseable y debe ser *in limine* descartada como posible factor de resarcimiento o de compensación para el concesionario, o de reducción de tarifas para el usuario.

D. Es *personal*, o *intuitus personae*, esto es, que la concesión mixta es concertada teniendo en cuenta las condiciones morales y la solvencia material del particular que asume la parte de concesionario; esas condiciones deben subsistir durante todo el plazo de la concesión. De ahí que el titular de ésta no pueda jurídicamente, por sí solo, transferirla, cederla, o de algún modo pasarla a un tercero sin la autorización expresa de la autoridad concedente.

A tal punto es de esencia de la concesión ese requisito, que ya en 1876, en un fallo del Consejo de Estado francés, se consideraba que era superfluo mencionarlo entre las cláusulas de aquélla.

¿Quiere ello decir, que resulta imposible o muy difícil, que el primer concesionario se desvincule de la concesión, o que pueda compartir con terceros la responsabilidad de atenderla? De ninguna manera es así.

El concesionario puede asociar a otras personas (físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras), tanto a la construcción de la obra pública, como a la explotación del servicio público. Desde luego, en todos los casos, previa aceptación de la autoridad concedente, a quien incluso se le pueden fijar por contrato o pacto, los reparos oponibles a la vinculación de dichos terceros.

En rigor, puede decirse que más que la voluntad de la autoridad concedente, es la naturaleza de la obra y del servicio públicos, es el interés general, en suma, lo que da la pauta para medir o estimar la capacidad moral y material de los aspirantes a contratistas o empresarios de obras o de servicios públicos, cualquiera sea el momento o las circunstancias de su vinculación a éstos.

4.3. Un punto de considerable interés jurídico lo constituye el saber a quien pertenece la obra pública una vez que está terminada; y secundariamente, en caso de suspensión o de abandono de la misma. El interés radica sobre todo en la posibilidad de cobro de su precio, por parte del constructor de la obra.

El Código Civil uruguayo (art. 1854), dice Sánchez Fontans, "al otorgar expresamente el derecho de retención al locador de obra sobre cosa mueble, excluye al constructor de edificios",² esto es, *mutatis mutandis*, al locador de obra sobre bien raíz o inmueble. El fundamento de la exclusión radica, según el autor citado, en que, normalmente, el constructor no es tenedor del inmueble sobre el cual construye; en consecuencia, "sea cual fuere el estado de los trabajos, ante el requerimiento del propietario, el constructor debe entregar de inmediato la obra, aun cuando el comitente estuviera en mora en cuanto al pago del precio".³

Sin embargo, de lo expresado al comienzo de este párrafo, el punto pierde considerablemente interés, desde que se le analiza detenidamente:

A. Según el Derecho Civil, puede pactarse el derecho de retención en beneficio del constructor; no se opone a ello, ni el orden público, ni las buenas costumbres, ni el derecho de tercero.

B. Según el Derecho Administrativo, se puede entregar y recibir la obra pública, para ponerla nuevamente en manos del constructor que ha pactado con la Administración una concesión mixta, a fin de que pueda resarcirse mediante la explotación del servicio público para el cual sirve la obra construida. Esas operaciones, en la práctica, tienen manifestaciones puramente simbólicas.

* * *

No terminan, con las expuestas, las características jurídicas de la concesión mixta; revisten esa cualidad otros puntos, como los derechos y obligaciones del concedente y del concesionario, las estipulaciones en favor de los usuarios y del personal, etc. Sería entrar en pormenores, el exponerlos; y para ello siempre puede presentarse la ocasión.

En cambio, sin serlo tan específicamente, hay otros aspectos —que vamos a exponer—, como el político y el administrativo, que están asimismo y parcialmente regulados por el derecho, a saber, las relaciones entre gobernantes, administradores, usuarios, personal, de una

² J. Sánchez Fontans. *El contrato de construcción*, Montevideo, Fac. Derecho y CC. SS., 1953, T. I, p. 400.

³ *Ob. cit.*, p. 401.

parte; las competencias, los procedimientos y formalidades de adjudicación y de contralor, etc., de otra. Demás está agregar, que el objeto de nuestro estudio no es el detalle, sino las grandes líneas de esos problemas, seleccionando entre éstas aquellas que están más vinculadas al tema del desarrollo.

5. Veamos ahora algunos de los *aspectos políticos* más relevantes.

La adopción de un plan de desarrollo en general, y dentro de éste, en particular, el otorgamiento de una concesión mixta de trabajos y servicios públicos, es un acto político bajo varios aspectos. Lo es como decisión de poder, esto es, de política *pura*, y lo es como aplicación de personal y recursos públicos conforme a un plan, esto es, de política del desarrollo o *aplicada*.

5.1. Algunos autores han pretendido que por el acto de concesión se opera una traslación de poderes, de la Administración (órgano político) al concesionario.

Esos poderes, sin embargo, nada tienen de político, en el sentido que lo posee aquel acto de concesión u otro de la autoridad competente: son poderes en el sentido *material* o "energético" de la palabra. El concesionario, por serlo, no sustituye al gobernante o administrador.

Los empleados o colaboradores del concesionario no son tampoco funcionarios públicos, ni sustituyen a éstos en el ejercicio de la concesión; sólo por extensión puede considerárseles miembros de un cuerpo eficiente o directivo (burocracia; tecnocracia) que guarda algunas analogías con el grupo de agentes públicos así llamados en su conjunto.

No se desconoce que por ese hecho, el concesionario *hace* por la Administración una obra y un servicio públicos; que al ejecutarlos opera *como si fuera* la propia Administración que los hace, al punto por eso mismo, ésta se ve dispensada de efectuarlo, lo que implicaría —de hacerlo— una duplicación innecesaria, si no improcedente.

Indudablemente, la concesión tiene efectos políticos, máxime en la variedad mixta que estamos considerando; tal trascendencia, empero, la alcanzan también otras formas legales, y otras actividades que no son políticas de por sí, sin modificarse por ello.

5.2. Las precisiones que anteceden son útiles para fijar posición frente a otras cuestiones que levanta, v, gr., la mayor duración que puede alcanzar la concesión con respecto a la permanencia de las autoridades que la otorgaron.

El concesionario, en efecto, no mantiene con la autoridad concedente, y viceversa, una solidaridad de tipo político, sino las relaciones jurídicas y administrativas que derivan de la operación convenida y en curso de ejecución.

El vencimiento del término de mandato de aquélla, el cambio o sustitución de los agentes políticos, no modifican por sí mismos la índole de dichas relaciones, ni alteran el equilibrio de las prestaciones recíprocas, principalmente en sus aspectos económicos y financieros. Es bien claro que si la concesión fuera una operación política *stricto sensu*, esas modificaciones repercutirían sobre su existencia, o al menos sobre algunas de sus condiciones o modalidades.

Por lo mismo que esa solidaridad no es política, sino técnica, esto es, se halla vinculada con la eficacia de las prestaciones mismas en que la concesión consiste, la autoridad pública que sucede a la concedente no puede desentenderse de aquellas relaciones jurídicas y administrativas creadas por la concesión, esto es, dicho de otro modo, no puede declararse "insolidaria" por los actos de su predecesora, realizados por ésta en ejercicio de su competencia.

Se ha observado, sin embargo, en ciertos casos de sustitución de gobernantes, tal desafección de los sustituyentes hacia los actos o compromisos de los sustituidos, con efectos negativos sobre la continuación de las obras, o el pago de su precio. El punto ofrece así características prácticas imprevisibles, sobre las cuales no es posible extenderse, ya que exceden el margen razonable y lógico que la doctrina puede fijar y la "praxis" determina en base a la experiencia. Esta, por otra parte, es asimismo indicativa de otras situaciones, en las cuales ciertas concesiones han sido otorgadas con violación de normas o de procedimientos; la doctrina, por ello, no puede cohonestar esas irregularidades, ni tampoco entrar en su descripción, por lo demás harto conocida.

6. Entre los *aspectos administrativos* relevantes, fuera preciso referir las *formas* de otorgamiento de cada variedad de concesión. Podemos, no obstante, pasar rápidamente sobre esas, dado que los manuales de Derecho Administrativo son bastante prolijos en la materia, tan propicia a controversias de *legalidad*.

Desde el punto de vista administrativo, aquellas formas son dos, principalmente: la forma directa y la forma indirecta.

La forma *directa*, como el calificativo lo dice, consiste en el otorgamiento de la concesión, sin más acto previo que la selección libre del concesionario y la concertación, con éste, de las estipulaciones. Mediante este procedimiento se otorgaron, durante el siglo pasado, varias concesiones de ferrocarriles, de tranvías, de alumbrado público, de gas, de aguas corrientes; y en lo que va del corriente, son incontables esos otorgamientos, bajo formas de permisos o autorizaciones para numerosas actividades, predominantemente las de transporte colectivo de pasajeros.

La forma *indirecta* es la que se emplea, por lo común, en los contratos de obras públicas y de suministros, previa licitación amplia o restringida, concurso de precios u otro procedimiento preseleccionador. Pero es también aplicable —como lo es la forma directa— a la concesión mixta o de trabajos y servicios públicos.

Una forma *combinada*, con vistas a armonizar las exigencias del interés público con las garantías a los interesados (concesionarios, usuarios) sería la que, dentro de las directivas del plan, abriera a los eventuales aspirantes a concesionarios, la posibilidad de proponer variantes fundadas, en construcción, financiación o régimen de explotación, que permitieran comparar las propuestas y seleccionar finalmente aquella que, entre las presentadas, ofreciera las mayores ventajas a la población usuaria.

Eso significa, en los hechos, una manera de abrir las puertas a la participación del concesionario —económicamente un empresario, financieramente un inversionista— en la programación de las actividades planificadas o a planificar por el Estado, el Municipio o el Ente público de que se trate. Una manera, entre las numerosas posibles; no la única.

6.1. *Participación del concesionario*. En la programación del desarrollo, sea local, sea nacional, se distinguen, por lo menos tres etapas o fases: 1) la redacción del programa, o proyecto respectivo; 2) la deliberación y aprobación del anterior; 3) la ejecución y el contralor del mismo, ya aprobado.

Resulta obvio que el concesionario puede participar, en medida e intensidad variables, de cada fase o etapa, entendiendo por participación la colaboración que le sea posible, en unos casos, y la realización de las prestaciones a que se haya obligado, en las demás.

Así expuesto el punto, no parece ofrecer mayores dificultades; al contrario: la participación del concesionario *resulta* deseable unas veces, y necesaria otras.

Pero el concesionario puede ser nacional o extranjero, y en este caso haber sido sugerido o propuesto por el Estado a que pertenezca, o por el Organismo internacional que estuviese dispuesto, en ciertas condiciones, a prestar su asistencia técnica y financiera, sobre todo la última. La participación del concesionario, entonces, debe ser estimada en términos *políticos*, y no sólo técnicos, económicos o financieros.

La existencia de una pluralidad de aspirantes a concesionarios, si multiplica las alternativas de la selección, no elimina el aspecto político referenciado; máxime, cuando aquella pluralidad es desvirtuada por esfuerzos destinados a polarizar la decisión final, en determinado sentido, o hacia determinada área geográfica o económica.

Fuera preciso, sin embargo, no ruborizarse, ni alarmarse por ello; si la planificación económica es un acto político, la concesión debe pasar por las "vicisitudes" de éste, hasta llegar a la decisión que les pone término.

Superada esa instancia, la colaboración del concesionario, sobre todo si posee una experiencia vasta y rica en la materia, puede ser invaluable; pero esto, a condición de que se mantenga en el nivel de *racionalización* que es propio de la planificación económica. Los funcionarios y expertos del ente público concedente, por su preparación y antecedentes, han de estar en condiciones de advertir si las modificaciones, correcciones, variantes, etc., que el concesionario propone, son adecuadas al fin perseguido, mediante la concesión, o si son solamente favorables al interés particular del concesionario. La presencia irregular de este interés constituye un obstáculo a la racionalidad de los medios que deben emplearse en el proceso de planificación del cual la concesión es un instrumento.

Todavía, en la etapa de ejecución, la convergencia de opuestos intereses del concesionario y de la Administración puede traer riesgos de fricción, en ocasión del contralor que ésta debe ejercitar; riesgos tanto más numerosos cuanto más cercana de su fin se halle la concesión. Es justamente en esta etapa donde se muestra en todas sus dimensiones, la participación del concesionario de planificación del desarrollo, sobre todo de lo que podríamos llamar la participación *de hecho*, o sea, por el cumplimiento efectivo de las obligaciones que la concesión le impone.

De todas maneras, sea la participación *de jure* o *de facto* atendiendo solamente a su manifestación, no se puede inferir de ahí que haya un traspaso de poder político de la Administración al concesionario, ni un proceso de "institucionalización" de la colaboración de éste para aquélla; el concesionario continúa siendo tal, esto es, un particular, y no se transfigura en un funcionario público. La Administración mantiene sus características políticas, y sobre todo la iniciativa en la orientación del servicio concedido (sin perjuicio, desde luego, de la concesión) y la coordinación de éste con los demás servicios públicos.

6.2. *Participación del personal.* Al optarse por el régimen de concesión mixta, se confiere al concesionario la atribución de organizar la prestación de los servicios concedidos, empleando al efecto el personal idóneo necesario. Ya hemos visto, que ese personal no está compuesto de funcionarios públicos, sino de empleados particulares en funciones de interés o de servicio público, elegidos y designados por el concesionario.

El personal de la empresa concesionaria no es, pues, una *burocracia*, en el sentido tradicional del término; aunque implica, como éste, "un principio de técnica y de organización administrativa" (von Mises).

En principio, sin embargo, no existen diferencias concernientes a la capacidad, eficiencia, disciplina, etc., etc., entre el funcionariado de un organismo público y el personal de una empresa privada; menos deben existir en el caso de una actividad privada en su comienzo, que habrá de ser pública al cumplirse el plazo de su duración o configurarse la condición de pase respectiva. Las diferencias que hayan de observarse no podrían pues, consistir en algunos de dichos factores o condiciones personales, que deben ser invariables en todos los casos.

Entre las innovaciones que se propician con la reforma de la concesión, se cuenta la muy conocida, en doctrina, de la participación del personal en el conocimiento de la marcha (dirección y administración) de la empresa. No se trata de una integración destinada a implicar al personal en aquellas operaciones, o de hacerle sufrir sus resultados; ni tampoco de hacerle renunciar a lo que considere sus "derechos gremiales". En la etapa avanzada del movimiento sindical que viven los países más adelantados industrialmente, particularmente los del mundo occidental, ya no puede dudarse que es irrevocable la distinción entre patronos y empleados, entre administradores y trabajadores; y el régimen de concesión mixta que se preconiza, lejos de abolirla, parte justamente de reconocer y armonizar, al mismo tiempo, esa diferenciación social y económica.

Desde el punto de vista del trabajador, la administración es la misma, sea que la integren mandatarios del patrono particular, o representantes del organismo público (estado o municipio). Desde el punto de vista de la administración, el trabajador es un agente empleado para alcanzar un fin o resultado. Recíprocamente, administradores y subordinados tratarán de obtener lo más posible, sea por afán de lucro, unos, sea por el triunfo de un partido o ideología, otros, sea por pura eficiencia, terceros.

Pero, por extensa que llegue a ser la participación de los trabajadores, nunca podría alcanzar una magnitud que por sí sola, o unida con la de algunos miembros de la dirección o administración, ponga en riesgo la unidad de conducción que se reserva el concesionario. Tal condición no sería aceptada por éste, ni por aquéllos, ni podría ser impuesta a unos u otros por la autoridad pública.

La participación que se refiere persigue, entonces, un fin más limitado, pero al mismo tiempo más fructífera, como lo es el conocimiento, por un representante común, del modo como es conducida la

actividad de la empresa, de cuya existencia y prosperidad depende la subsistencia y el adelanto económico de los trabajadores y sus familiares.

¿Dónde radica el fundamento de esa participación del personal, en los asuntos de la empresa? A nuestro juicio, abreviando, el mismo radica en que el patrono, público o privado, no es el único interesado en el mantenimiento de la empresa en actividad plena; al fin de cuentas, o en el peor de los casos, la liquidación de ésta puede significar, para el concesionario, el comienzo de otra actividad, quizás más afortunada. Pero la desaparición de la empresa trae la pérdida de la fuente de trabajo de los empleados y obreros, a veces la única para muchos de éstos, por razones de edad, especialización, u otra; de ahí que el interés de los trabajadores sea en muchos casos mayor que el de los administradores, por la estabilidad de la empresa.

Si el personal no cuenta con una voz permanente, en el seno mismo de la administración, donde se toman las decisiones que afectan a la empresa, los administradores pueden más fácilmente pasar por alto a los trabajadores, y desinteresarse de su suerte, aún sin intenciones de perjudicarles.

Mantener la fuente de trabajo significa, entonces, alcanzar una garantía de permanencia, equivalente a la inamovilidad de que disfrutaban amplios sectores de funcionarios públicos, y que los trabajadores de la concesión alcanzarán seguramente, de pleno derecho, cuando la obra y el servicio públicos sean reintegrados al Estado o municipio. Aquellas garantías se justifican, pues, ampliamente, en el seno de una estructura donde se reúnen armónicamente los intereses privados y públicos, para lograr resultados favorables a la comunidad, sin riesgo de pérdidas para el concesionario, ni de desempleo para los trabajadores.

Por su parte, la administración no tiene sino resultados útiles a obtener de la participación del personal en el conocimiento de la marcha de la concesión; como los siguientes:

a) Ese conocimiento no se produce mediante informaciones periódicas de la empresa, en aquellas ocasiones que se juzgan pueden ser necesarias o útiles a sus intereses del momento: restricciones diversas, reclamaciones salariales, problemas de suministros, relaciones con el Gobierno u otra autoridad pública. Ese conocimiento es *permanente, continuo*, de esos intereses y de todos los demás que son comunes a la concesión, vista desde el triple punto de mira de la empresa como un todo (Administración y personal), usuarios y autoridades.

b) Es además *directo*, pues el personal se entera por sus representantes, y no por los de la empresa, de los problemas que se van

suscitando durante el cumplimiento de la concesión, y que de alguna manera influyen sobre sus relaciones con aquélla.

c) Es también *actual*, o sea, a medida que se producen los hechos, cuyo conocimiento es necesario o útil para mantener esas relaciones en un nivel aceptable, con tiempo para prevenir consecuencias indeseables, y sobre todo en un ambiente propicio a la cooperación.

d) Dicho de otro modo, la participación del personal es una condición para el *diálogo auspicioso*, fecundo para el entendimiento de las partes, sin pérdida, repetimos, de sus respectivos derechos o posiciones alcanzados, ni lesión de las atribuciones pertenecientes o reconocidas a cada parte en la conducción del complejo de operaciones que abarca la ejecución completa de la concesión.

Por supuesto, esa participación del personal está lejos de ser original, sea como idea, sea como norma de derecho positivo, pues la Constitución uruguaya de 1952 la consagra en su art. 65, para los Entes autónomos de la Administración, asignándole fines de colaboración con los directores de aquellos, para el cumplimiento de las reglas del Estatuto del funcionario, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, la reglamentación del trabajo y la aplicación de medidas disciplinarias.

Con relación a los servicios públicos administrados directamente o *por concesionarios*, la Ley podrá disponer—de acuerdo siempre a esa idea consagrada por la Constitución— la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros, así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios (art. 65, cit., apartado final).

Una de las leyes que con mayor justeza ha interpretado el mandato constitucional, es la que erigió como Ente autónomo la Administración de los Ferrocarriles del Estado (Ley No. 11.859, del 19 de septiembre de 1952, arts. 27 al 30). Este Ente se originó en la nacionalización de la empresa ferroviaria, ocurrida en 1947, previo acuerdo con sus propietarios británicos, datando la primera concesión, del año 1866.

La Comisión Asesora de la A.F.E. se compone legalmente de siete miembros: uno delegado del personal técnico y semitécnico, dos del personal administrativo, tres del personal obrero, y uno designado por el Directorio, que no puede ser miembro del mismo. Los seis primeros son elegidos bajo el contralor de la Corte Electoral, con la base del voto secreto y la representación proporcional. Duran tres años en sus funciones, y no pueden ser reelectos hasta pasados otros tres años desde el cese.

Entre sus cometidos se hallan los constitucionales, ya vistos; y de la eficacia de sus decisiones da una idea el hecho de que si la Comisión Asesora se expide favorablemente a la reclamación de un funcionario, la resolución recurrida, para ser mantenida, deberá ser fundada y contar con mayoría de votos del Directorio.

Desde luego, esa es una fórmula; la naturaleza de cada servicio y la experiencia administrativa aconsejarán en todo caso, la forma de organizar esa participación del personal que en principio nos parece inobjetable.

7. Llegados a este punto, prácticamente el final de nuestro artículo, consideramos necesario decir algunas palabras sobre el aspecto *económico*, o *económico-político* de la solución combinada, en base a los elementos teóricos y prácticos de la vieja concesión mixta. Demás está prevenir al lector, que no es en cuanto economistas, que no lo somos, sino como sociólogos que continuamos tratando el problema. Por eso, un antecedente prestigioso habrá de ampararnos.

Es sabido que F. D. Roosevelt fue una vez interpelado, acerca de la naturaleza político-económica de la "Administración del Valle del Tennessee" ("Tennessee Valley Authority"), sobre si la misma no era un Ente de tipo socialista; y que el Presidente respondió: "No se si es socialismo o capitalismo, pero sé que funciona". Esto era lo que le importaba, y sigue importándole a los hombres de su propio partido, en las soluciones arbitradas para los problemas de política social y económica, sea en el cuadro de la "Nueva Frontera" kennediana, sea en el de la "Gran Sociedad" de Johnson.

Dicho de otra manera: más allá de los conceptos doctrinarios y las limitaciones ideológicas, lo que cuenta positivamente es el empleo de instrumentos de Política (de Política pura, o aplicada: social, económica, cultural) que permitan alcanzar los objetivos pretendidos, esto es, en la materia que estamos tratando, una tasa de desarrollo nacional armónica y adecuada a la expansión de las estructuras.

Si nos atenemos a la clasificación empírica de las sociedades contemporáneas, en aquellas que pertenecen al mundo occidental, las del mundo socialista y las comprendidas en el Tercer Mundo, y preguntamos por el medio, entre los más eficaces, que permitió a unas y otras alcanzar su situación actual, se nos responderá que las primeras deben su desarrollo al mantenimiento de la propiedad privada de los medios de producción, al capitalismo, en una palabra, y que las segundas lo deben a que la abolieron, esto es, al socialismo.

Las sociedades del Tercer Mundo, a su turno, ofrecen variedades entre esas tendencias principales, que las solicitan. Para ellas, la meta es también el desarrollo y, tarde o temprano, la sociedad "desenvolvi-

mentista" que hayan tomado como modelo. Pero ¿cómo habrán de alcanzarla?

El problema, dice M. Duverger, es de saber si ellas la alcanzarán directamente, o si lo lograrán por el desvío del comunismo o del capitalismo, como las otras. En el primer caso acelerarán la evolución, en el segundo la demorarán.⁴

Prescindamos de algunos contados casos, que consideramos excepcionales, y veamos rápidamente las posibilidades de modernización del Tercer Mundo, en el cual se comprenden las sociedades latinoamericanas.

La primera vía, la directa, es sólo posible, si se dispone de capitales suficientes; pero, siendo muy débil el ahorro interno, la autofinanciación del desarrollo es prácticamente imposible.

El recurso a capitales extranjeros, cualquiera sea su procedencia, como se comprende, es en principio indeseable; porque esos no se invierten en las sociedades subdesarrolladas, sino a cambio de ventajas peculiares que implican el riesgo de un "nuevo colonialismo".

La vía del comunismo es asimismo indeseable, porque implica una suma de sacrificios materiales (bajas remuneraciones) y morales (privaciones de derechos) insoportables.

Existen, por otra parte, fuerzas históricas que resisten el ingreso de las sociedades subdesarrolladas, directamente, en la estructuración de tipo desenvolvimentista. Las naciones latinoamericanas ingresaron al mundo libre, en una época de expansión capitalista, mientras que las naciones afroasiáticas lo vienen haciendo bajo el signo socialista, predominantemente.

No obstante, como quiera que "la U.R.S.S. y las democracias populares no se harán jamás capitalistas", ni "los U.S.A. y Europa occidental se volverán comunistas", pero ambos grupos de naciones marchan hacia puntos de convergencia "por un doble movimiento: de liberalización en el Este y de socialización en el Oeste",⁵ el destino final de las sociedades del Tercer Mundo parece ser igual, aunque más lentamente alcanzable, sea por su inserción directa en el proceso de desarrollo nacional, sea por el zig-zagueo, u opción momentánea del capitalismo y del socialismo, según la selección de sus pueblos, sea por el aprovechamiento de la ayuda prestada por organismos internacionales.

Mantenemos la impresión de que los instrumentos jurídicos que hasta el presente han venido utilizándose en nuestros países de América Latina, convenientemente "remozados" y adaptados a las nuevas

⁴ M. Duverger, *Introduction a la politique*, París, N.R.F., 1964, p. 369.

⁵ M. Duverger, *Ob. cit.*, p. 367.

situaciones que las necesidades del desarrollo van creando —como ese de la *concesión mixta*, que hemos expuesto en la parte principal de nuestro artículo— pueden dar resultados positivos, sin comprometer ideológicamente a sus autores, o a sus aplicadores. En fin de cuentas, como se recordará al comienzo de este párrafo, lo que importa es *que funcione*, que sea eficiente.

EL DILEMA DEL ARTE DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL CONTEXTO ACADEMICO

Por Hiram NAZARIO*

DE las dificultades más obvias a que se enfrentan quienes tratan de definir nuestro campo y establecer la relación entre teoría y realidad, es la controversia de si Administración Pública es arte o ciencia.¹ Es por eso que la finalidad principal de este trabajo es examinar los argumentos envueltos en ese conflicto y evaluar su *status* presente.

Administración Pública: ¿Arte vs. ciencia o arte y ciencia?

Toda vez que en su forma más tradicional la controversia a que nos referimos fue en gran medida causada por una confusión semántica, creo que el punto de partida apropiado es tener una idea clara de lo que es arte y lo que es ciencia.

Tal como lo utilizaremos "arte" significa simplemente "virtud o industria para la aplicación práctica del conocimiento".² El arte envuelve destrezas cuyo ejercicio es altamente individualizado en el sentido de que ellas se encuentran incorporadas en la personalidad del artista. En cambio, lo que distingue la "ciencia" es la idea de "conocimiento sistematizado".³ Su propósito es explicar y clarificar los fenómenos que nos rodean. Por consiguiente, si en algo se diferencia la perspectiva artística de la científica, es que la primera requiere

* Instructor, Escuela de Administración Pública, Universidad de Puerto Rico.

¹ Este trabajo constituye la ponencia del autor ante la conferencia "Administración Pública: Teoría y Realidad", que fuera celebrada por la Asociación de Personal Público, capítulo de Puerto Rico, el día 23 de septiembre de 1966.

² Real Academia Española, *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1950, p. 150.

³ *Ibid.*, p. 367.