



ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO

Departamento de Justicia

ROBERTO J. SÁNCHEZ RAMOS
SECRETARIO

15 de abril de 2008

Ing. Carlos J. González Miranda
Secretario
Departamento de Transportación y Obras Públicas
P.O. Box 41269
San Juan, Puerto Rico 00940-1269

Consulta Núm. 08-202-A

Estimado señor Secretario:

I. INTRODUCCIÓN

La Autoridad de Carreteras y Transportación de Puerto Rico (“ACT”) ha solicitado que nos pronunciemos en torno a la legalidad de un contrato a largo plazo (“Contrato”) que se propone realizar con una entidad privada para la operación y mantenimiento de la Carretera de Puerto Rico Núm. 22 (“PR-22”), según se adjudique al mejor postor mediante procedimiento de subasta. Según se expresa en la consulta, la entidad privada se encargaría de la operación y mantenimiento de la PR-22, conforme a los términos establecidos en el Contrato y bajo la supervisión de la ACT, pagando a ésta, al momento de la firma del Contrato, una suma de dinero de acuerdo con la oferta que la entidad privada hizo en la subasta. Además, se nos indica que la entidad privada se encargaría de cobrar las tarifas del peaje existente en la PR-22. A tales efectos, se aclara que se mantendrían aplicables las tarifas del peaje actuales, sujetas a ajustes periódicos por los aumentos de los costos de operación y mantenimiento de la carretera. El dinero así recaudado del peaje sería depositado en una cuenta de tercero y utilizado para cubrir: (i) los gastos de operación y mantenimiento y las mejoras de capital, según especificado en el Contrato; y (ii) una ganancia para la entidad privada por los servicios

rendidos y el capital invertido, incluyendo el pago de principal e intereses de las deudas incurridas por la entidad privada y unas ganancias por su inversión, según especificado en el Contrato.

Después de haber realizado un análisis exhaustivo sobre el derecho aplicable, y celebradas varias reuniones en las que se nos aclararon los términos del Contrato, somos del criterio que la ACT tiene la facultad en ley para otorgar el contrato que se propone, siempre que el mismo cumpla con ciertos requisitos. Nos explicamos.

II. DERECHO APLICABLE

A. *La Ley Núm. 74 de 23 de junio de 1965, según enmendada, conocida como “Ley de la Autoridad de Carreteras y Transportación de Puerto Rico”, 9 L.P.R.A. §§ 2001 et seq.*

Mediante la Ley Núm. 74 de 23 de junio de 1965, según enmendada, conocida como “Ley de la Autoridad de Carreteras y Transportación de Puerto Rico”, 9 L.P.R.A. §§ 2001 et seq., se creó la ACT con el propósito de, entre otras cosas, ofrecer al pueblo las mejores carreteras y afrontar la creciente demanda por mayores y mejores facilidades de tránsito. Para ello, se le asignaron a la ACT funciones públicas y esenciales del gobierno, disponiendo que la ejecución de los poderes conferidos por ley en ningún momento tendrían el efecto de investir a la ACT con el carácter de empresa privada. Art. 2 de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2002.

Así, la Ley Núm. 74 le reconoce a la ACT amplios poderes, entre ellos:

- (d) Tener completo control y supervisión sobre cualesquiera facilidades de tránsito poseídas, operadas, construidas o adquiridas por ella bajo las disposiciones de [esta Ley], incluyendo, sin limitación, la determinación del sitio, localización y el establecimiento, límite y control de los puntos de ingreso y egreso de tales facilidades, y los materiales de construcción y la construcción, mantenimiento, reparación y operación de las mismas;

.....

- (e) Preparar o hacer que se preparen, planos, diseños, estimados de costo de construcción, extensión, mejoras, ampliación o reparación de cualesquiera facilidades de tránsito o parte de las mismas y modificar tales planos, diseños y estimados;

.....

- (h) Hacer contratos y ejecutar todos los documentos o instrumentos necesarios o incidentales en el ejercicio de sus poderes;

.....

- (j) Determinar, fijar, imponer, alterar y cobrar portazgo o peaje, rentas, tasas y otros cargos razonables por el uso de las facilidades de tránsito poseídas, operadas, construidas, adquiridas o financiadas por la Autoridad o por los servicios que rinda...;

.....

- (s) Construir o reconstruir cualquier facilidad de tránsito o parte o partes de ésta, y cualesquiera adiciones, mejoras o ampliaciones a cualquier facilidad de tránsito de la Autoridad, mediante contrato o contratos o bajo la dirección de sus propios funcionarios, agentes o empleados o por conducto o mediación de los mismos.

Art. 4 de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004. Las disposiciones mencionadas demuestran que la actividad de la ACT responde a un interés de tipo gubernamental y debe conducirse sin ánimo de lucro. En ese sentido, se le requiere a la ACT que asuma la responsabilidad primaria en el ejercicio de sus funciones. Véase Op. Sec. Just. Núm. 24 de 1990. En efecto, la ACT está llamada por ley a tener el control y la supervisión sobre las facilidades de tránsito. Así, a manera de ejemplo, se indica que la ACT tiene que determinar la localización, el establecimiento y el límite y control de los puntos de ingreso y egreso de las facilidades, así como los materiales de construcción y la construcción, mantenimiento, reparación y operación de las mismas.

Asimismo, la ACT tiene la facultad para construir o reconstruir cualquier facilidad de tránsito o parte de ésta, adiciones, mejoras o ampliaciones a cualquier facilidad de tránsito. Art. 4(s) de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(s). Surge de la ley que la ACT puede ejercer esas funciones “mediante contrato o contratos o bajo la dirección de sus propios funcionarios, agentes o empleados o por conducto o mediación de los mismos”. Id. Queda claro, entonces, que la ACT tiene el poder de contratar los servicios de otros con el propósito de construir o reconstruir una facilidad de tránsito, o hacer adiciones, mejoras o ampliaciones.

Por otra parte, le corresponde a la ACT fijar e imponer las tarifas u otros cargos por el uso de las facilidades de tránsito. Igualmente, una vez fijadas, sólo la ACT puede alterar dichas tarifas. No obstante, en la realización de esas funciones, la ACT no tiene discreción absoluta. En efecto, la Ley Núm. 74 establece unos criterios y un procedimiento específicos para ello. En particular, se determina que al fijar o alterar estos cargos la ACT tiene que considerar los factores que fomenten el uso de las facilidades de tránsito, en la forma más amplia y variada que sea económicamente posible. Asimismo, la ACT tiene que celebrar una vista pública, de carácter informativo y cuasi-legislativo, ante cualquier funcionario o funcionarios que para ese fin designe la ACT. También la Ley Núm. 74 requiere que a dichas vistas se les dé la debida publicidad. A esos efectos, dispone que sean anunciadas con antelación razonable, indicando en el anuncio el sitio y la hora en que se llevarían a efecto y, además, los cargos o alteración de los mismos que se proponen adoptar. Art. 4(j) de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(j).

Con igual rigor, la Ley Núm. 74 regula el depósito de los dineros de la ACT y sus desembolsos. A tales efectos, se dispone que los dineros de la ACT sean guardados en depositarios reconocidos para los fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y que, además, se mantengan en cuenta o cuentas separadas a nombre de la ACT. En cuanto a los desembolsos, se dispone que se hagan de acuerdo con los reglamentos y presupuestos aprobados por la ACT. Art. 8 de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2008.

A la luz de lo anterior, surge que la actividad de la ACT responde a un interés gubernamental y que, por ello, es cuestionable la legalidad de “cualquier interpretación jurídica que le reconozca a la Autoridad la facultad implícita de **delegar** en la empresa privada la **responsabilidad primaria** de llevar a cabo unas actividades o un propósito legislativo que tan directa y principalmente se le impuso a ella”. Op. Sec. Just. Núm. 24 de 1990 a la pág. 156 (énfasis suplido).

Por otro lado, el Artículo 4(k) de la Ley Núm. 74 le concede a la ACT la facultad de “[n]ombrar un Director Ejecutivo y un Secretario, ninguno de los cuales será miembro de la Junta de Gobierno de la Autoridad, y otros oficiales, agentes y empleados, y conferirles aquellos poderes y obligaciones, y pagarles por sus servicios la compensación que la Junta de Gobierno de la Autoridad determine”. 9 L.P.R.A. § 2004(k). Dicha facultad no implica entrar en convenios o acuerdos con entidades privadas para **delegar** en éstas prerrogativas de la ACT. Op. Sec. Just. Núm. 24 de 1990 a la pág. 157 (énfasis suplido). Así, en ocasiones anteriores, expresamos que la ACT puede contratar los servicios de una entidad privada que se encargue, por ejemplo, de cobrar el peaje y atender los usuarios en las estaciones de peaje de las autopistas, compensando a la entidad privada por sus servicios de acuerdo a lo estipulado. La legalidad de dicha actuación se debe a que la ACT no está delegando su responsabilidad primaria, toda vez que retiene en sus manos el control de la totalidad de los recaudos por concepto de pago de peaje. Id.

De lo anterior podemos colegir que la facultad que tiene la ACT para contratar con terceras personas para construir o reconstruir una facilidad de tránsito o hacer adiciones, mejoras o ampliaciones tiene un límite claro, a saber, dicha contratación no puede significar una subdelegación de las prerrogativas y las responsabilidades primarias expresamente delegadas por ley a la ACT. Basado en ello, anteriormente se ha rechazado el reconocimiento legal de un esquema de total “privatización”, en el cual a la “compañía privatizadora” se le delegue la responsabilidad primaria de construir, administrar, conservar y cobrar el peaje correspondiente en la carretera o autopista en cuestión, por el tiempo que sea necesario, a fin de recobrar la inversión de capital privado y la utilidad sobre ésta, aun cuando esto se haga “en estrecha coordinación y con la anuencia de la Autoridad, según contrato a esos efectos a negociarse y otorgarse entre la autoridad y el privatizador”. Id. a la pág. 158.

Ahora bien, la Ley Núm. 74 originalmente no admitía la posibilidad de configurar una “privatización” de este tipo de las carreteras de Puerto Rico. No obstante, posteriormente, dicha ley fue enmendada por la Ley Núm. 4 de 24 de agosto de 1990, exactamente con el propósito de reconocer ciertos supuestos excepcionales de “privatización”. Para fines de nuestro análisis, debemos, por tanto, examinar el alcance de la Ley Núm. 4 y sus efectos.

B. El alcance de la Ley Núm. 4 de 24 de agosto de 1990

Según nos indica la ACT, mediante la Ley Núm. 4 se reconoció la posibilidad de incorporar el sector privado a la actividad de desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura vial de Puerto Rico. Según surge de la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 4, ese reconocimiento respondió a la necesidad de tener un sistema eficiente de transportación terrestre para el desarrollo social y económico de Puerto Rico. *Id.* A tales efectos, se señaló que, a pesar de las cuantiosas sumas de dinero invertidas por el Gobierno, era necesario tener inversiones adicionales, permitiendo la incorporación del sector privado a ese tipo de actividad como socio del gobierno. *Id.*

No obstante, ese reconocimiento no fue amplio y generalizado, sino taxativo y específico. En particular, la mencionada ley reconoció la intervención económica del sector privado exclusivamente en dos supuestos: (i) en caso de construcción de **nuevas** carreteras; y (ii) en caso de **conversión** de una carretera **sin peaje** en una con peaje. Véanse Art. 4-A y Art. 4-E de la Ley. Núm. 74, 9 L.P.R.A. §§ 2004(a) y 2004(e).¹ Además, la Asamblea Legislativa no autorizó en abstracto y sin limitaciones de dicha participación. Así, en el primer supuesto requirió que el contrato con la entidad privada fuera ratificado por la Junta de Adjudicaciones, compuesta por el Presidente del Banco Gubernamental de Fomento para Puerto Rico, el Secretario de Asuntos del Consumidor y el Secretario de Hacienda. Art. 4-F de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(f). En el segundo caso, estableció que el proyecto fuera aprobado por la Asamblea Legislativa mediante resolución conjunta. Art. 4-E de la Ley. Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(e). De esa manera, se aseguró de que cada proyecto fuese evaluado en concreto, a base de sus propias

¹ Por ser pertinente a nuestro análisis, citaremos *in extenso* el Artículo 4-E de la Ley Núm. 74, el cual dispone:

§ 2004e. Operación y administración por entidades privadas de vías públicas existentes

Cuando la Autoridad de Carreteras y/o el Secretario de Transportación y Obras Públicas determinen que el interés público requiere que una carretera, o un tramo de la misma, puente, avenida o autopista existente, con sus facilidades de tránsito anejas, sea convertido en una carretera de peaje, operada y mantenida por una entidad privada, deberán proponer el proyecto a la Asamblea Legislativa, el cual estará sujeto a la aprobación por ésta mediante resolución conjunta. Una vez aprobado el proyecto por la Asamblea Legislativa, el mismo estará sujeto a las disposiciones de este capítulo. En los casos en que se convierta una carretera existente a una carretera de peaje, deberá existir una vía alterna a la ciudadanía que no esté sujeta al pago de peaje.

circunstancias y méritos, para que pudiera determinarse si, en efecto, serviría los mejores intereses públicos.

III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS

De lo anterior surge que, como norma general, y en ausencia de un mandato legislativo expreso, la ACT no puede delegar a entidades privadas la responsabilidad primaria para la construcción o el mantenimiento de las carreteras de Puerto Rico. Por ende, la ACT no puede contratar con entidades privadas para delegar libremente en éstas sus prerrogativas, según establecidas por ley. En vía excepcional, la Ley Núm. 4 le permitió a la ACT privatizar e incorporar el sector privado a la actividad de desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de las carreteras de Puerto Rico en ciertos casos, a saber: (i) la construcción de carreteras **nuevas**; y (ii) la **conversión** de una carretera construida **sin peaje** en una con peaje. Y aun en esos casos, tal proceder se autoriza sólo si se cumplen los requisitos expresa y específicamente establecidos por ley para ello.

En este caso, debemos, por tanto, examinar preliminarmente si el Contrato para la operación y mantenimiento de la PR-22 cae dentro de los supuestos de “privatización” excepcionalmente establecidos por la Ley Núm. 4. Por consiguiente, el primer paso del análisis necesario en este tipo de situación es si existe autorización legislativa expresa y específica que autorice la transacción propuesta. De existir, allí terminaría nuestro análisis.

Ahora bien, si no existe tal expresa autorización, debemos evaluar si la transacción propuesta cumple con la normativa general de contratación permitida a la ACT. Para este propósito, debemos llevar a cabo un análisis multifactorial, caso a caso, que desarrollaremos en más detalle a continuación.

A. El Contrato para la operación y mantenimiento de la PR-22 a la luz de la Ley Núm. 4

En su consulta, la ACT nos indica que se propone realizar el Contrato para ceder la operación y mantenimiento de la PR-22, una carretera existente que al día de hoy ya opera con peaje. Arguye la ACT que, con la aprobación del Artículo 4-E de la Ley Núm. 74, la Asamblea Legislativa reconoció la posibilidad de incorporar el sector privado en la operación y administración de todas las vías públicas existentes. En particular, sostiene que, a pesar de que dicho artículo en efecto

disciplina sólo el caso de conversión de una carretera existente sin peaje a una carretera con peaje, el mismo debe entenderse como un reconocimiento implícito de “privatización” para todas las carreteras existentes. A tales efectos, señala como significativo el hecho de que el título de dicho artículo se refiera generalmente a “vías públicas existentes”.

Además, la ACT sostiene que la reglamentación contenida en el Artículo 4-E no debe aplicarse a todas las vías públicas existentes, sino que exclusivamente a las que se van a convertir a carreteras con peaje. En particular, el requisito allí contenido de la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa debería requerirse, según la ACT, sólo cuando se trate de una conversión a carretera con peaje. Asimismo, la ACT argumenta que la Asamblea Legislativa reglamentó expresamente el caso de conversión porque quería que solamente ese caso quedara sujeto a la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa. En vista de lo anterior, concluye que para otorgar el Contrato propuesto no necesita de la aprobación de la Asamblea Legislativa, toda vez que la PR-22 ya funciona con peaje. No podemos avalar dicha interpretación.

Como se podrá notar, la Ley Núm. 4 permite la “privatización” expresa y exclusivamente en los casos de construcción de una **carretera nueva** o de **conversión** de una carretera existente **sin peaje** a una con peaje. En este caso, la PR-22 es una carretera ya existente con peaje. Por ende, se trata de una carretera que no cae bajo ninguno de los dos supuestos expresa y excepcionalmente regulados por la Ley Núm. 4.

Tampoco encontramos un precepto jurídico que permita interpretar razonablemente que la facultad de la ACT de ceder totalmente a un ente privado la administración de una carretera existente con peaje, delegando así sus responsabilidades primarias, está implícita en los poderes expresamente conferidos a la ACT. Puesto que la norma general no admite la “privatización”, y que los supuestos excepcionales de “privatización” fueron rigurosamente reglamentados por la Asamblea Legislativa mediante la Ley Núm. 4, resulta jurídicamente improcedente argumentar que el reconocimiento propuesto de “privatización” de una carretera existente con peaje está implícito en el mero título de un artículo de ley. Esta conclusión queda reforzada si consideramos la importancia y la seriedad que conlleva, en términos de política pública, la decisión de permitir “privatizar” las carreteras de Puerto Rico.

Además, nos parece oportuno señalar que, según surge del historial legislativo de la Ley Núm. 4, en el proyecto original de dicha medida, el Artículo 4-E incluía en su marco de regulación todas las carreteras existentes, requiriendo para todas ellas la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de los contratos de operación y mantenimiento que se otorgarían con entidades privadas. Posteriormente, y a solicitud de la misma ACT, ese artículo fue modificado para permitir la “privatización” sólo en caso de carreteras que se convierten a carreteras con peaje. Sin embargo, aparentemente por inadvertencia, se dejó el título original con referencia a todas las carreteras existentes. Ahora bien, la manera más adecuada, y conforme a los principios y leyes aplicables según mencionadas, para interpretar esta disposición es reconociendo que la Asamblea Legislativa no quiso otorgar reconocimiento a la “privatización” con relación a todas las carreteras existentes, sino sólo a las que se convierten en carreteras con peaje. A tales efectos, no podemos ignorar que, en materia de derecho administrativo, en ausencia de una autorización legislativa expresa, un poder delegado normalmente no puede ser subdelegado con liberalidad por el organismo o funcionario a quien le ha sido conferido.

Aclarado que el Contrato para la operación y mantenimiento de la PR-22 no cae dentro de los supuestos de “privatización” excepcionalmente establecidos por en la Ley Núm. 4, no encontramos la autorización legislativa expresa y específica que permita, sin más, la transacción propuesta. Pasemos, pues, a examinar ahora si el Contrato cumple con la normativa general sobre la contratación permitida a la ACT.

B. El Contrato a la luz de la facultad general para contratar de la ACT

Según expusimos antes, la actividad de la ACT responde al interés gubernamental de ofrecer al pueblo las mejores carreteras. También queda establecido que dicha actividad debe conducirse sin ánimo de lucro, ello dado que la ley expresamente dispone que en la ejecución de sus funciones no puede investirse a la ACT con el carácter de empresa privada. En ese contexto, la ACT no puede delegar a entidades privadas la responsabilidad primaria para la construcción y el mantenimiento de las carreteras de Puerto Rico.

No obstante, ello no quiere decir, y no puede significar, que la ACT no esté facultada para otorgar contrato alguno con entidades privadas. De hecho, la posibilidad de entrar en convenios o acuerdos con entidades privadas está

expresamente permitida por ley. En efecto, según expusimos ampliamente antes, la ACT tiene facultad para contratar los servicios de entidades privadas con el propósito de construir o reconstruir una facilidad de tránsito. Art. 4(s) de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(s). Igualmente, puede entrar en contratos con entidades privadas para hacer adiciones, mejoras o ampliaciones. Id.

Por otro lado, resulta incuestionable que solamente la ACT puede fijar y alterar las tarifas de peaje. Art. 4(j) de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(j). Así pues, además, los dineros recaudados deben mantenerse en cuentas separadas a nombre de la ACT, y los desembolsos correspondientes de dichos fondos se deben hacer de acuerdo con los reglamentos y presupuestos aprobados por la ACT. Art. 8 de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2008.

Estas facultades y deberes de la ACT han de conciliar y concertar dos distintas exigencias: por un lado, la responsabilidad primaria de la ACT respecto a la construcción y el mantenimiento de las carreteras; y, por el otro, la posibilidad de la ACT de contratar entidades privadas para realizar esas funciones. En otras palabras, es preciso encontrar una interpretación que permita salvaguardar la facultad de contratación privada de la ACT, siempre que ello no desemboque en una delegación de sus deberes y obligaciones primarias, según establecidas por ley. Conforme a lo anterior, en el pasado hemos expresado que la ACT puede contratar los servicios de una entidad privada que se encargue, por ejemplo, de atender los usuarios en las estaciones de peaje de las autopistas y de cobrar el peaje. Op. Sec. Just. Núm. 24 de 1990 a la pág. 157. En ese caso, la ACT no está delegando su responsabilidad primaria toda vez que retiene en sus manos el control de la totalidad de los recaudos por concepto de pago de peaje, compensando a la entidad privada por sus servicios.

Como puede notarse, estos asuntos deben someterse a una evaluación caso a caso, cuyo resultado depende de las circunstancias específicas de las transacciones y contrataciones propuestas. Como parte de tal evaluación, debemos formular un análisis multifactorial. Así pues, al momento de determinar si una transacción propuesta constituye una indebida delegación de las responsabilidades primarias de una entidad gubernamental, precisa considerar, entre otros, y sin ser taxativos, los siguientes factores: (i) si las funciones que realizará la entidad privada a contratarse son parte de las funciones centrales delegadas a la entidad gubernamental contratante por razón de su pericia particular o si son tareas incidentales a la operación de la referida entidad gubernamental; (ii) si la entidad

gubernamental contratante mantendrá el control sobre la política pública a implantarse, detallando en el contrato los parámetros específicos necesarios para asegurar el cumplimiento con la referida política pública; (iii) si la entidad gubernamental contratante tendrá facultad para auditar y supervisar periódicamente, así como requerir informes periódicos sobre, las operaciones de la entidad privada bajo el contrato; (iv) si la entidad gubernamental podrá resolver el contrato, con o sin causa, en cualquier momento, y asumir las funciones objeto del contrato; (v) si la entidad gubernamental contratante mantendrá el poder para fijar los precios o tarifas a cobrarse a la ciudadanía, o a la clientela de la entidad, a tenor de las operaciones objeto del contrato, y de acuerdo con los procedimientos y las disposiciones establecidas en la legislación y la reglamentación aplicable; (vi) si a la hora de determinar cambios a dichas tarifas o precios a cobrarse a la ciudadanía, o a la clientela de la entidad gubernamental, se tomará en cuenta el ánimo de lucro de la entidad privada contratada; (vii) si la entidad gubernamental retendrá el control y la titularidad sobre los fondos públicos que se puedan recaudar de las operaciones objeto del contrato; (viii) las características particulares de las propiedades o fondos públicos involucrados en la transacción, y si se transmite su titularidad u otros derechos reales a entidades privadas; y (ix) si la entidad gubernamental contratante recibirá el remanente de cualquier ingreso producto de las operaciones objeto del contrato, luego de descontarse los costos de la operación y la ganancia razonable dispuesta en el contrato como compensación para la entidad privada por sus esfuerzos y por su inversión de capital. El peso relativo atribuible a cada uno de estos factores, y la consideración de criterios adicionales, claro está, dependerá de la situación particular objeto de análisis y, también, de la ley orgánica y las demás leyes y reglamentaciones aplicables a la entidad y a la actividad gubernamental concernidas. Teniendo todos estos factores en mente, pasemos, ahora, a analizar el caso ante nos a la luz del derecho aplicable.

Como ya expresáramos, en este caso la ACT pretende negociar con una entidad privada para la operación y mantenimiento de la PR-22. Se aclara en la consulta que la entidad privada que obtenga la buena pro en la subasta actuaría en ejecución del Contrato bajo la supervisión de la ACT. Además, la entidad privada se encargaría de cobrar las tarifas del peaje en la PR-22. A tales efectos, se aclara que se mantendrían aplicables las tarifas de peaje actuales, sujetas a ajustes periódicos por los aumentos de los costos de operación y mantenimiento de la carretera. El dinero recaudado del peaje sería depositado en una cuenta de tercero y utilizado para cubrir: (i) los gastos de operación y mantenimiento y las mejoras de capital, según especificado en el Contrato; y (ii) una ganancia para la entidad privada por

los servicios rendidos y el capital invertido, incluyendo el pago de principal e intereses de las deudas incurridas por la entidad privada y unas ganancias por su inversión, según especificado en el Contrato.

De entrada, debemos señalar que, para que pueda entenderse legalmente válido, el Contrato no puede cambiar la naturaleza o la titularidad de la PR-22. En ese sentido, es oportuno aclarar que, a pesar de que se trata de un acuerdo a largo plazo, la duración del Contrato, y la estructuración de los intereses y derechos reales involucrados en el mismo, no deben ser tales que pueda entenderse la contratación como una enajenación de la carretera, de acuerdo a los criterios jurídicamente establecidos a esos efectos.

Además, para que la ACT pueda conservar la responsabilidad primaria de sus funciones, debe quedar claramente establecido que el Contrato no debe entenderse o interpretarse a los efectos de que la ACT delega o renuncia a sus facultades y a su responsabilidad. Más bien, dicho contrato sólo puede tener el efecto de concederle a la entidad privada la posibilidad de operar y mantener la PR-22 **de acuerdo con las directrices específicas de la ACT**, quedando la carretera sujeta al control directo de ésta, de manera que la operación de la entidad privada, en todo momento, resulte satisfactoria para la ACT.

A tales efectos, es preciso que la ACT fije en el Contrato los estándares mínimos de servicio y ejecución de la operación y mantenimiento de la PR-22 y que, en virtud del Contrato, la entidad privada quede específicamente obligada a operar y mantener la PR-22 bajo esos estándares según fijados por la ACT. Así, debe la ACT también reservarse la facultad de modificar unilateralmente dichos estándares durante el término del Contrato. En ese sentido, nos parece oportuno mencionar que en su consulta la ACT nos indica que la entidad privada quedaría obligada a cumplir con los estándares de la “American Association of State Highways and Transportation Officials”, que actualmente rigen las actividades de operación y mantenimiento de las carreteras de la ACT.

Asimismo, para permitirle a la ACT supervisar si, en efecto, la entidad privada está cumpliendo con los términos del Contrato, y controlar así la operación y mantenimiento de la PR-22, debe establecerse en el Contrato, por ejemplo, la obligación de la entidad privada de enviar informes periódicos, que detallen el estatus de la carretera, las operaciones realizadas y los servicios rendidos y a rendir, así como accidentes, incidentes, emergencias y reclamaciones. Por otra

parte, y con el mismo propósito, la ACT debe tener la facultad de auditar en todo momento la ejecución de la entidad privada.

Conforme a lo anterior, debe quedar claramente establecido en el Contrato que la ACT puede resolver el mismo en caso de incumplimiento por parte de la entidad privada o en caso de que la ejecución de la entidad privada no sea satisfactoria para la ACT, aun cuando tal resolución conlleve alguna devolución de contraprestaciones a la entidad privada, según se establezca razonable y justamente en el Contrato. Además, debe establecerse a cargo de la entidad privada, y a favor de la ACT, un relevo de responsabilidad y el correspondiente seguro para eventuales reclamaciones relacionadas a la operación y mantenimiento de la carretera. Igualmente, con el propósito de conservar la responsabilidad primaria de la ACT sobre la PR-22, el Contrato debe permitirle a la ACT terminar o resolver el mismo en cualquier momento por razones de interés público.

Estructurando el Contrato de la manera indicada, se cumpliría con el mandato legislativo según antes expuesto. En efecto, el esquema en que se constituiría y mantendría la relación entre la ACT y la entidad privada preservaría la responsabilidad primaria de la ACT en cuanto al ejercicio de sus funciones. Ello, toda vez que, al fijar los estándares mínimos de servicio y ejecución, la ACT estaría, en efecto, estableciendo *a priori* la política pública sobre la operación y mantenimiento de la carretera. Por ende, lo que por el Contrato la ACT estaría concediendo a la entidad privada es exclusivamente la ejecución diaria de dicha política bajo sus directrices, pero controlando continua y periódicamente la operación de la entidad privada y asegurando la implantación de la política pública establecida por la ACT. De esa forma, la ACT retendría la responsabilidad primaria de operar y mantener la PR-22.

Por otro lado, en cuanto al cobro de las tarifas del peaje, la ACT nos indica que se encargaría de ello la entidad privada. También nos aclara que se mantendrían aplicables las tarifas del peaje actuales, sujetas a ajustes periódicos por los aumentos de los costos de operación y mantenimiento de la carretera. Con relación a ello, es preciso recalcar que, bajo la Ley Núm. 74, le corresponde exclusivamente a la ACT fijar e imponer las tarifas u otros cargos por el uso de las facilidades de tránsito y que, una vez fijadas las mismas, sólo la ACT puede alterarlas. Art. 4(j) de la Ley Núm. 74, 9 L.P.R.A. § 2004(j). Además, según expusimos antes, la ACT no tiene una discreción absoluta en el ejercicio de esas funciones, toda vez que la Ley Núm. 74 fija unos criterios a considerar y un procedimiento a seguir para ello,

el cual incluye la celebración de vistas públicas. Id. En vista de lo anterior, resulta imprescindible que el Contrato exprese específicamente que se mantendrían aplicables las tarifas de peaje actuales y que las mismas sólo podrían modificarse por la ACT, conforme a los criterios y al procedimiento establecidos por la Ley Núm. 74, según indicamos antes. En este sentido, cabe destacar que el Contrato debe hacer claro que, al momento de revisar las tarifas, la ACT no tomará en cuenta el ánimo de lucro de la entidad privada. Entendemos que la ACT, al revisar las tarifas, deberá asegurar que las operaciones generen suficiente ingreso para cubrir las obligaciones de la ACT hacia la entidad privada, incluyendo el pago de los gastos de operación y mantenimiento y las mejoras de capital, así como de una ganancia razonable para la entidad privada por los servicios rendidos y el capital invertido, incluyendo el pago de principal e intereses de las deudas incurridas por la entidad privada y unas ganancias por su inversión, según especificado en el Contrato. Sin embargo, cualquier lucro adicional a la justa compensación pactada en el Contrato no deberá servir de base para la revisión de las tarifas. Así pues, se asegura que el Contrato no torne la operación de PR-22 en un negocio con ánimo de lucro.

En cuanto al cobro del peaje *per se*, se nos expresa en la consulta que la entidad privada se encargaría de dicho servicio. Además, se indica que el dinero recaudado del peaje se depositaría en una cuenta de tercero y sería utilizado para cubrir: (i) los gastos de operación y mantenimiento y las mejoras de capital, según especificado en el Contrato; y (ii) una ganancia para la entidad privada por los servicios rendidos y el capital invertido, incluyendo el pago de principal e intereses de las deudas incurridas por la entidad privada y unas ganancias por su inversión, según especificado en el Contrato. Según expusimos antes, la ACT puede contratar los servicios de una entidad privada que se encargue de cobrar y atender los usuarios en las estaciones de peaje. Dicho contrato sería legalmente válido siempre que la ACT retenga el control de la totalidad de los recaudos por concepto de pago de peaje y compense a la entidad privada por sus servicios. En ese caso, la ACT no estaría delegando su responsabilidad primaria, y el contrato con la entidad privada se encuadraría más bien en uno de prestación de servicios a la ACT.

Por otra parte, en su consulta, la ACT nos indica que el dinero recaudado del peaje se depositaría en una cuenta de tercero. Posteriormente, se nos aclaró que se trata de una cuenta a nombre de la ACT, la cual sería administrada, utilizando la figura del fidecomiso, por un tercero fiduciario. Con relación a ello, debemos aclarar que, conforme a la Ley Núm. 74, el dinero recaudado de los peajes es dinero de la ACT

y, por ende, se trata de fondos públicos. Al atender ese asunto, debemos considerar, por un lado, que la ley Núm. 74 requiere que los dineros de la ACT se mantengan en cuentas separadas a nombre de la ACT y, por el otro, que no hay en la Ley Núm. 74 disposición alguna que expresamente le permita a la ACT constituir fidecomisos sobre sus dineros. Al constituirse un fidecomiso sobre los dineros recaudados del peaje, esos dineros se transmitirían al fiduciario. Art. 834 del Código Civil, 31 L.P.R.A. § 2541. De esa manera, dichos dineros podrían dejar de considerarse fondos públicos de la ACT. A la luz de las disposiciones legislativas sobre los dineros de la ACT, y en ausencia de una disposición legal que lo permita, tenemos dudas sobre si la ACT puede constituir un fidecomiso sobre sus dineros.

Más bien, precisamos que los dineros recaudados del peaje sólo pueden depositarse en una cuenta a nombre de la ACT. Una vez depositados, dichos dineros podrán ser desembolsados para pagarle a la entidad privada los gastos de operación y mantenimiento, de conformidad con lo acordado en el Contrato, y de manera que la entidad privada tenga una ganancia razonable por los servicios rendidos. No vemos problema con que la cuenta sea **administrada** por un tercero (por ejemplo, alguna entidad bancaria), pero debe quedar claro en el Contrato que el beneficiario y titular de los fondos depositados en dicha cuenta es la ACT, aunque no tenga acceso directo o inmediato a ellos, según se pueda disponer en el Contrato. Finalmente, debe quedar claramente establecido en el Contrato que el dinero remanente en dicha cuenta, luego de descontados a favor de la entidad privada los gastos y la ganancia razonable establecidos en el Contrato, será de la ACT. Así pues, la ganancia económica real que pueda surgir de las operaciones bajo el Contrato, si alguna, sería siempre de la ACT, permaneciendo su naturaleza de fondos públicos. Este remanente la ACT lo podrá entonces reinvertir, de acuerdo a las leyes, los reglamentos y los presupuestos aprobados, para la implantación de la política pública establecida por la ACT y el gobierno a favor del Pueblo de Puerto Rico. De esa manera, se construye un esquema acorde con las disposiciones de la Ley Núm. 74, y se asegura que los poderes y facultades de la ACT se ejecuten sin ánimo de lucro y en aras del bienestar del Pueblo de Puerto Rico.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, considerando las circunstancias de este caso y el derecho aplicable, entendemos que la ACT puede negociar con una entidad privada para la operación y mantenimiento de la PR-22 en los términos y dentro de los límites establecidos por la Ley Núm. 74. La ACT debe fijar en el Contrato los estándares mínimos de

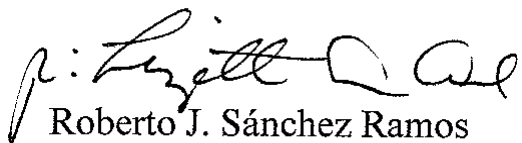
servicio y ejecución de la operación y mantenimiento de la PR-22 y mantener en todo momento una relación de supervisión y control sobre el operador de la entidad privada. En vista de ello, el Contrato, además de especificar los estándares mínimos de servicio y ejecución de la operación y mantenimiento de la PR-22, debe contener una reserva expresa a favor de la ACT para modificar dichos estándares durante la duración del Contrato. Debe también quedar claramente establecida en el Contrato la facultad de la ACT de supervisar la ejecución de la entidad privada continuamente y mediante auditorías e informes periódicos. Así, se debe establecer la facultad de la ACT para resolver el contrato por razón de incumplimiento de la entidad privada con sus obligaciones y, además, por razones de interés público.

Asimismo, la ACT debe retener el control de la totalidad de los recaudos por concepto de pago de peaje, compensando a la entidad privada por sus servicios. A tales efectos, y contrario a lo planteado por la ACT, no es legalmente posible crear una cuenta a nombre de un tercero sobre los dineros recaudados del peaje.

Finalmente, recalcamos que al Contrato propuesto no le es de aplicación alguna lo dispuesto en el Artículo 4-E de la Ley Núm. 74 dado que, contrario a lo que argumenta la ACT, la Asamblea Legislativa sólo autorizó la “privatización” de vías existentes en los casos en los que se convierta una carretera sin peaje a una carretera con peaje.

Por las razones expresadas, concluimos que la ACT tiene facultad legal para otorgar un contrato similar al propuesto, siempre y cuando se incorporen los términos y se sujete a los límites antes indicados. En el Departamento de Justicia estamos a su disposición para atender cualquier otro asunto de su interés.

Cordialmente,


Roberto J. Sánchez Ramos