

# Badeni, Gregorio, "El régimen constitucional del peaje", *La Ley* 01/01/2008, 139

*La Ley Online*

I. Concepto. -- II. Características del peaje. -- III. Las vías alternativas. -- IV. La libertad de circular.

## **I. Concepto**

El sistema del peaje establecido por diversas normas legales, tales como las leyes 17.520, 22.424 y 23.696 (Adla, XXVII-C, 2813; XLI-A, 207; XLIX-C, 2444), ha sido objeto de una polémica intensa que involucra a todos los elementos que lo componen. Así, el debate, particularmente con motivo de las modalidades autorizadas por el art. 58 de la ley 23.696 (1), no recae solamente sobre los aspectos de carácter técnico, económico, fiscal, político y legal relacionados con la eficiencia, justicia y conveniencia del sistema, sino también sobre su viabilidad constitucional a la luz de los límites establecidos por la Ley Fundamental al poder impositivo (2) y al carácter relevante que tiene la libertad de circulación territorial.

El análisis constitucional del peaje debe estar desprovisto de toda consideración referente a su utilidad, conveniencia y justicia por tratarse de factores determinantes de la eventual razonabilidad que puede presentar el sistema con motivo de su aplicación a un caso concreto. Pero no son los elementos apropiados para la verificación en abstracto de su constitucionalidad. Este aspecto, al cual no se debe acudir en forma apasionada o sectorial para justificar o condenar una institución normativa en función del interés u objetivo predeterminado del protagonista, resulta fundamental en el marco de un estado de derecho donde impera el principio de la supremacía constitucional. Por el contrario, se impone un análisis técnico jurídico realizado en forma objetiva y sobre la base de las reglas que regulan la interpretación constitucional, con el propósito de comprobar la adecuación de una institución normativa al sistema jurídico de la Constitución Nacional (3).

En este sentido, el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Estado nacional c. Arenera El Libertador S.R.L.", constituye un aporte esclarecedor. El Superior Tribunal, ampliando y desarrollando los argumentos que expuso en un caso similar, resuelto el 29 de junio de 1989 (4), se pronunció decididamente por la constitucionalidad del peaje establecido en la ley 22.424, formulando conclusiones que, a su criterio, son rigurosamente aplicables tanto al tráfico marítimo como al terrestre y al que se desarrolla por otras vías de comunicación.

El peaje, como derecho que se tributa por el paso de medios de transporte, bienes o personas por determinados caminos, calzadas, puentes, túneles, ríos, canales u otros parajes, ha sido objeto de definiciones genéricamente coincidentes (5) con la expuesta, en forma sintética, por la Corte Suprema en el fallo citado: contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia con un proyecto de construcción, conservación o mejora que identifica con

particular claridad.

Desde un punto de vista constitucional, y en su amplia gama de modalidades, el peaje constituye una especie de tributo o contribución que se impone a quien voluntariamente y bajo las condiciones que establece la ley, ejerce el derecho de transitar accediendo a la categoría de usuario de una obra pública, debiendo los fondos recaudados ser destinados exclusivamente a satisfacer todos los gastos que demande la construcción, amortización, uso o mantenimiento de esa obra, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada conformando un sistema específico de comunicaciones.

Sobre la base de esta definición y de los argumentos desarrollados por la Corte Suprema, se pueden sistematizar las características que debe presentar el peaje para su encuadre constitucional y prescindiendo de los límites técnicos provenientes de la tipificación que en el derecho fiscal se le asigna a los impuestos, tasas y contribuciones especiales.

## **II. Características del peaje**

El peaje es una especie de tributo o contribución que, como tal, debe reunir todos los elementos genéricos y comunes de aquel que resultan, entre otros, de los arts. 4º, 16 y 67 de la Constitución Nacional. Tal es la condición fundamental que deben reunir las modalidades que el legislador le asigne al peaje en cada caso concreto, sin que tenga relevancia alguna la circunstancia de que se le atribuya un destino preciso a diferencia de lo que puede acontecer con otros tributos.

En tal sentido, es una manifestación del ejercicio del poder fiscal del Estado que recae sobre las personas o los bienes sujetos al derecho de paso con el objeto de reunir los fondos necesarios que le permitan al Estado cumplir con sus fines públicos traducidos en una obra particular y perfectamente determinada.

El apartamiento de las formas tributarias clásicas o usuales, no configura un impedimento constitucional para la obtención de los recursos destinados a sufragar los gastos del Estado. Así como no es concebible una interpretación de las normas constitucionales al margen del carácter dinámico o progresista que impregna el comportamiento social, tampoco es viable la idea de una ciencia de las finanzas estática y enquistada que desconoce su permanente evolución (6). Es que, en última instancia, siendo que la soberanía política es de imposible concreción sin el aditamento de una soberanía económica y financiera (7), resulta improcedente condicionar la actividad fiscal del Estado al cumplimiento de parámetros tributarios ineficientes o inconvenientes, para la disposición de los recursos que necesita a fin de dar cumplimiento a los grandes objetivos que motivan su creación, subsistencia y desarrollo en el marco constitucional y de conformidad con los cambios sociales que se operan en vísperas del siglo XXI.

Esta consideración fue valorada en el voto de los doctores Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor al expresar que "nada hay en el texto o en el espíritu de la Constitución Nacional que obste al establecimiento del peaje. Empero, a la luz de los recordados preceptos constitucionales, sólo será compatible con éstos el peaje que, con rasgos que lo aproximan a las tasas y lo alejan decisivamente de los impuestos, se corresponda siempre a la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio o realización de una obra".

Como en toda relación jurídica fiscal, el peaje es creado mediante una ley que obliga al contribuyente, bajo las condiciones que ella determina, a aportar recursos específicos. Asimismo y en cuanto a la causa de la obligación fiscal, ella no reside en las razones de índole económica o política que motivan la creación del tributo, sino en cuatro factores fundamentales configurados por la legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y libertad de circulación (8). Todos

ellos deben tener vigencia en el caso del peaje para afirmar su viabilidad constitucional, sin que grave la circunstancia de presentar características diferentes a las que tienen las formas tributarias clásicas.

En el voto de la mayoría se destacó que el término "impuesto" empleado por la Constitución Nacional debe ser interpretado, a igual que la expresión "cargas públicas", como uno de los modos en que se hacen efectivas las contribuciones y, para que el peaje tenga recepción constitucional debe ser una de las contribuciones que reúna las condiciones del art. 4° de la Ley Fundamental sin que influya el hecho de que el legislador determine su destino con una precisión mayor a la que regularmente establece.

En segundo lugar, el peaje es una contribución cuya obligación de pago está condicionada al efectivo uso de una obra pública determinada. La imposición se materializa con motivo del uso voluntario de la obra pública por el contribuyente, quedando excluidos todos aquellos que no tienen acceso a ella.

Esta característica, si bien la acepta la Corte Suprema en el consid. 12 del fallo, lo hace con una amplitud que excede los límites de la razonabilidad al sostener que frente a la necesidad de construir, mantener o mejorar una obra pública corresponde que las personas obligadas al pago sean determinadas entre aquellas que de algún modo se relacionan con la obra, ya sea usándola o beneficiándose de cualquier manera en razón de su existencia y funcionamiento, aun en forma potencial. Esta afirmación excede los límites razonables que generan la relación fiscal en el peaje ya que, llevada a su extremo, puede justificar la imposición del tributo a toda persona que no haga uso de la obra pública pero que, en su condición de miembro de la comunidad política, se beneficie con ella sin llegar a utilizarla.

Entendemos que el peaje sólo debe ser tributado por quienes usan la obra pública en la forma que establece la ley, pero no por aquellos que voluntariamente deciden no acceder a ella. Si a estos últimos la obra les genera algún beneficio, inclusive potencial, cabe imponer otro tipo de contribución pero no el peaje.

La tercer característica del peaje reside en que el producto de la contribución debe destinarse a la construcción, amortización, uso o mantenimiento de la obra pública sujeta al derecho de paso, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada conformando un sistema específico de comunicaciones. Se dirige, sustancialmente, a cubrir todos los gastos ocasionados por la obra para posibilitar su real funcionamiento con las particularidades que establece la ley.

En el consid. 5° del voto de los doctores Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor, aparece reflejada esta característica que impide asignar, a los fondos recaudados con el peaje, un destino total o parcialmente diferente. Esto último importaría una desnaturalización del peaje mediante la aplicación de un impuesto encubierto.

En cuarto lugar, la aplicación del peaje no puede generar discriminaciones. Como todo tributo, debe ser establecido por ley aunque su percepción y la ejecución de las obras estén a cargo de una entidad privada por vía de un contrato de concesión. Sin embargo, esa ley no puede apartarse de los principios generales que regulan la materia tributaria ya que, por más amplio que sea el poder impositivo no deja de ser una manifestación del género de los poderes constituidos que, como tales, están limitados por la Constitución Nacional que los establece y regula.

La igualdad como base impositiva (art. 16, Constitución Nacional) con el complemento del carácter equitativo y proporcional (art. 4°), determina que el uso de la obra y el monto de la contribución no pueden estar sujetas a discriminaciones que, como tales, son arbitrarias. En

virtud del principio de la igualdad fiscal, la imposición debe ser igual para todos los obligados en iguales circunstancias y su monto debe ser igual para todos los usuarios que se encuentran en las mismas condiciones.

En quinto lugar, el monto del peaje debe ser razonable, es decir proporcional al costo que por todo concepto demande la obra. Los principios de equidad y razonabilidad que emanan de la Constitución Nacional (9), determinan que su verificación se deba adecuar a las circunstancias especiales de cada caso concreto. Sin embargo, como el origen del peaje es una obra pública de la cual es inseparable y su finalidad apunta a la cobertura de los gastos que ella demande, son en este punto aplicables por analogía las reglas que regulan las tasas. Así, se ha destacado que, para la determinación del monto de las tasas "debe considerarse si la recaudación global de las mismas es razonablemente proporcional al costo directo o indirecto del servicio, so pena de que si se excede más allá de lo razonable, la tasa carecerá parcialmente de causa, en cuanto con su recaudación se han de financiar otros servicios divisibles o indivisibles que tendrían que ser materia de otras tasas u otros impuestos; la falta de razonabilidad entre el quantum de la tasa y el costo (directo e indirecto) del servicio, puede fundar la defensa de falta parcial de causa que conlleva a la declaración de su inconstitucionalidad"(10).

En este sentido, en el consid. 13, la Corte, pese a sostener que el peaje no debe ser considerado desde una óptica meramente contractual, destacó que, en los hechos, puede el monto del peaje ser sustancialmente similar al precio pagado por un servicio.

La sexta característica del peaje se relaciona con su transitoriedad. Generalmente, se afirma que el peaje debe ser esencialmente transitorio porque su razón de ser concluye con la cobertura del costo de construcción de una obra. Sin embargo, si el peaje también se vincula con la ejecución de trabajos de mantenimiento o con la prestación de servicios de seguridad para el uso de la obra, puede ser permanente en la medida que se requieran recursos para cubrir el costo de tales trabajos y servicios. Claro está que, si el monto originario del peaje absorbía la cobertura de gastos por obras o servicios concluidos, deberá ser reducido en función del costo real de las prestaciones subsistentes.

La séptima característica del peaje consiste en que no debe representar un impuesto encubierto. Por intermedio del peaje el Estado no puede concretar un beneficio fiscal, ya que su monto debe estar únicamente destinado a solventar los gastos que genere la obra que le dio origen. La afectación de los fondos a un destino diferente, el establecimiento de montos que exceden aquellos gastos o la aplicación del peaje a quienes no ejercen el derecho de uso respecto de la obra en cuestión, son modalidades que superan el marco constitucional incurriendo en la hipótesis vedada por el art. 11 de la Ley Fundamental.

En este punto resulta importante conocer el destino que le asigna el Estado a los fondos obtenidos mediante el peaje. Si ellos, en forma total o parcial, no son empleados para cubrir los gastos que produce una obra determinada o aquellas que le son accesorias o complementarias, se estará en presencia de un impuesto encubierto que grava el mero hecho de la circulación territorial o marítima. Así, en el voto de los doctores Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor, se expresó que la correspondencia del peaje con la concreta prestación de un servicio o realización de una obra permite apreciar cuándo la contribución es propiamente un peaje y cuándo se trata de un impuesto encubierto que grava el tráfico interjurisdiccional prohibido por la Constitución.

### **III. Las vías alternativas**

Uno de los argumentos expuestos por quienes cuestionan la viabilidad normativa del peaje a raíz de ciertas modalidades que están autorizadas por las leyes 22.424 y 23.696, consiste en sostener que su constitucionalidad está condicionada a la existencia de vías alternativas

gratuitas por las cuales deberían poder circular las personas sin necesidad de acudir a aquéllas en las cuales se aplica el peaje. La inexistencia de esas vías alternativas constituiría un impedimento constitucional para hacer efectivo el peaje pues se estaría desconociendo la libertad de tránsito.

Este argumento fue rechazado de manera categórica por la Corte al sostener que la doctrina de las vías alternativas sólo tendría sentido si de los hechos resulta que su falta afecta de modo efectivo la libertad de circular, lo que no se da por la sola circunstancia de que ante la falta de tal vía el pago del tributo resulte ineludible, ya que nunca se ha considerado que el gravar el ejercicio de una actividad determinada constituya por sí sola una medida que la torne imposible. Añadió que el requisito de las vías alternativas sólo se justifica si, en el caso concreto, se acredita la necesidad ineludible de utilizar la vía gravada y la existencia de un monto irrazonable que haga ilusorio el derecho de circular.

Asimismo, en el voto de los doctores Petracchi, Nazareno y Moliné O'Connor se destacó que la cuestión de las vías alternativas cobra relevancia solamente en las hipótesis en que se invoca la irrazonabilidad o confiscatoriedad del monto del peaje, agregando que es insuficiente para acreditar la inconstitucionalidad del peaje la simple demostración de la inexistencia de una vía alternativa, puesto que la Constitución Nacional sólo prohíbe el establecimiento de impuestos al tránsito pero no impone la existencia de vías alternativas a aquellas en que se cobra el peaje.

En síntesis, siendo el objetivo constitucional tutelar la libertad de circulación, el recaudo de las vías alternativas sólo es aceptable cuando el peaje, por su monto y en cada caso concreto, torna imposible o irrazonablemente gravoso el ejercicio del derecho de tránsito.

Consideramos válida esta argumentación de la Corte aunque relacionándola directamente con la imputación del monto del tributo a la ejecución o mantenimiento de la obra. Caso contrario, el simple hecho de transitar sería imponible y ello excedería los alcances de una interpretación teleológica o finalista del art. 11 de la Constitución Nacional. Implícitamente, la Corte aceptó esta observación al señalar que "la exigibilidad ineludible de vías alternativas importaría especialmente una flagrante contradicción con el principio rector que inspira el sistema de peaje. Basta recordar, a título de ejemplos: el Túnel Subfluvial Hernandarias (sujeto a peaje) que no cuenta ni podría contar por sus características con vías alternativas gratuitas y el de los puentes construidos sobre los ríos Paraná y Uruguay, algunos de ellos también sometidos a peaje".

#### **IV. La libertad de circular**

La instrumentación legal del peaje debe responder a las características que hemos puntualizado para no encubrir un impuesto inconstitucional a la circulación territorial aplicable por el solo hecho de transitar.

Conforme a las previsiones contenidas en los arts. 9º a 12, 67, inc. 12, 107 y 108 de la Constitución Nacional, los constituyentes procuraron consolidar la unión nacional "asegurando que toda nuestra patria sea un solo territorio para una sola Nación y un solo país para un solo pueblo"(11), mediante la nacionalización de las aduanas, la supresión de las aduanas interiores, el establecimiento de la libertad de circulación territorial y la prohibición de los derechos de tránsito(12).

Combinando las reglas teleológica y dinámica de interpretación constitucional, nuestra doctrina sostiene que los constituyentes distinguieron la libertad de circulación territorial de la circulación económica (13). Mientras que la circulación económica puede quedar sujeta al poder impositivo provincial, no acontece lo mismo con la circulación territorial de bienes o personas según lo dispone el art. 11 de la Constitución Nacional.

Esto significa que la contribución no puede recaer sobre los bienes o las personas por el solo hecho de su circulación territorial, pero sí puede ser gravada la circulación económica. Asimismo y con respecto a la circulación territorial, ella puede ser objeto de gravámenes cuando la finalidad del tributo no es la de imponerle impedimentos o restricciones, sino la de fomentar, promover o beneficiar su ejercicio mediante la creación o mantenimiento de las condiciones materiales necesarias y acordes con semejante finalidad. En este caso, el hecho imponible no es el tránsito que, conforme al art. 14 de la Constitución Nacional se ejerce de acuerdo con las leyes reglamentarias, sino el uso de ciertas obras públicas afectadas al tránsito y cuya subsistencia resulta indispensable para posibilitar la libertad de circulación.

Este aspecto, a nuestro modo de ver fundamental, no fue suficientemente desarrollado por la Corte Suprema en su fallo. Es que la cláusula del art. 11 de la Ley Fundamental, que con respecto a la circulación territorial es aplicable tanto al Congreso Nacional como a las legislaturas provinciales(14), impide el establecimiento de tributos que desnaturalicen la libertad de esa circulación y por el solo hecho del tránsito. Por el contrario, merced a una interpretación dinámica de aquel texto basada sobre las previsiones del art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional, se arriba a la conclusión de que el Estado federal puede gravar la circulación territorial sin trabarla o impedirla con motivo del uso de obras públicas afectadas a tal fin y siempre que su objeto sea el de facilitar o posibilitar el tránsito por medio de ellas (15).

La prohibición del art. 11 de la Constitución Nacional respondió al propósito de evitar que las provincias, mediante la aplicación de impuestos al tránsito territorial, pudieran perturbar la unidad nacional. Bien señala la Corte en su pronunciamiento, que la finalidad fue la de consolidar la unión nacional repudiando el ejercicio por las provincias de poderes impositivos que pudieran resquebrajar tal unión.

Sin embargo, agrega que, alcanzada la unión nacional, puede la Nación imponer contribuciones de tránsito para dar cumplimiento a los fines del art. 67, inc. 16 y también las provincias en el marco del art. 107 de la Ley Fundamental. Esta consideración formulada de manera absoluta y sin un límite expreso puede conducir a un resultado diferente al proclamado por los constituyentes y que la Corte reconoce. En efecto, si la Nación grava la circulación territorial por el solo hecho del tránsito para obtener recursos encaminados a satisfacer sus necesidades genéricas, también puede perturbar la unidad nacional además de lesionar la libertad fiscal. En cambio, si esa consideración se desarrolla sujeta a un límite específico como el resultante de la ineludible relación que debe existir entre el tributo y una obra pública determinada, aquellos reparos se diluyen en la medida que el tributo no recaerá sobre el mero hecho de la circulación sino sobre el uso de esa obra. En este aspecto resulta más convincente para la viabilidad constitucional la argumentación que afirma la prohibición de los tributos que recaen sobre la circulación territorial, tanto para las provincias como para la Nación, con la salvedad de que la contribución responda al uso de una obra pública afectada al tránsito y se destine exclusivamente a su ejecución o mantenimiento para, precisamente, posibilitar esa circulación territorial conforme a las garantías, técnicas y modalidades resultantes del progreso tecnológico.

## **NOTAS:**

(1)HUTCHINSON, Tomás, BARRAGUIRE, Jorge y GRECCO Carlos, cuestionan la constitucionalidad del peaje en la forma establecida por la ley 23.696 en "La reforma del Estado", p. 340, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

(2)LINARES QUINTANA, Segundo V., "El poder impositivo y la libertad individual", p. 77, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1951.

(3)LINARES QUINTANA, Segundo V., "Reglas para la interpretación constitucional", p. 40, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988.

(4)Sobre el particular, merecen citarse dos artículos de POCLAVA LAFUENTE, Juan Carlos, "Breves consideraciones sobre el peaje y la ley 17.520 de concesión de obra pública" (LA LEY 152-736) y "Peaje para mantenimiento y/o conservación: Constitucionalidad" (LA LEY Actualidad, del 16/5/91, año LV, núm. 93).

(5)Entre las definiciones jurídicas del peaje podemos citar, a título de ejemplo, las expuestas por BIELSA Rafael, "Derecho administrativo", t. II, p. 451, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1947; MARIENHOFF Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. III-B, p. 51, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983; BIDART CAMPOS Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional", t. I, p. 388, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986 y BARRA Rodolfo C. "Contrato de obra pública", t. I, p. 348, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1984).

(6)GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Temas de derecho tributario", p. 17, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

(7)LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. V, p. 179, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988.

(8)LINARES QUINTANA, Segundo V., "El poder impositivo y la libertad individual", p. 77, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1951.

(9)LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. V, p. 312, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988.

(10)GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Temas de derecho tributario", p. 128, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

(11)LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. V, p. 321, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988.

(12)Conf. GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", ps. 407 y sigts., Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983; GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Derecho constitucional argentino", t. III, p. 64, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1930; ARCE, José, "Las instituciones de la Constitución Argentina", p. 98, Buenos Aires, 1963; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. V, p. 323, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988; BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, p. 387, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986.

(13)LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. V, p. 324, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977/1988.

(14)BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho constitucional del poder", t. I, p. 310, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967.

(15)ARCE, José, "Las instituciones de la Constitución Argentina", p. 99, Buenos Aires, 1963.