

Luis Ferney Moreno Castillo (Director)
Luis A. Ortiz Zamora (Coordinador)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN

HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE



Asier
Asociación Iberoamericana de Regulación

Universidad
Externado
de Colombia

EZEQUIEL CASSAGNE*

*El régimen de participación
pública privada en Argentina*

I. EL FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EN ARGENTINA

En nuestro país, el sistema para financiar y construir las infraestructuras públicas se ha basado siempre en los dos modelos tradicionales, conocidos como "obra pública" y "concesión de obra pública", ambos regulados por el Congreso Nacional, en las leyes 13.064 y 17.520, respectivamente.

En el modelo clásico de obra pública, el Estado paga la obra con sus propios recursos (tributos o crédito público), a medida que esta avanza. De tal forma, en la etapa de ejecución del contrato, el contratista solo debe financiar pequeñas fracciones de la obra, hasta el momento en que se le abonan los certificados de avance de obra, cualquiera sea la modalidad de remuneración pactada: precio unitario, ajuste alzado o coste y costas¹. A su vez, para garantizar la buena construcción de la obra, el Estado deduce de cada certificado un monto determinado, que pasa a integrar el fondo de reparos, que se libera con la recepción definitiva de la obra, e implica la conformidad del Estado. Este modelo también admite la inserción de financiación privada por parte de terceros (ej.: consorcio de bancos), siendo el contratista un mero constructor que recibe los pagos de los financistas del proyecto, quienes luego se cobran su acreencia del Estado².

Es importante destacar que la obra pública conlleva el riesgo de que el financiamiento estatal sufra restricciones presupuestarias impuestas por circunstancias sobrevinientes legales y políticas, lo que a veces determina que las obras se extiendan de manera indefinida, y por tal motivo, se encarezcan³.

* Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires. Realizó un curso de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad San Pablo CEU de Madrid, España. Es profesor adjunto de la materia Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Es miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Es Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica. Es Secretario de la Asociación Iberoamericana de Estudios Regulatorios (ASIER). Es Codirector de la Diplomatura de Contratos de Participación Público Privada y Financiamiento que organiza la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires, la Secretaría de Participación Público Privada de la Nación y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Es socio del estudio jurídico Cassagne – Abogados, en el marco del cual asesora tanto al sector privado como al sector público. Correo-e: ezequiel@cassagne.com.ar.

¹ Cfr. BARRA (1988, pp. 877 y ss.).

² Cfr. CASSAGNE (2011, pp. 530-531).

³ Para los especialistas Druetta y Guglielminetti, la falta de presupuesto verificada durante la

En la concesión de obra pública, por su parte, el contratista asume la obligación de financiar, construir y mantener una obra, percibiendo como contraprestación por las tareas efectuadas el peaje que a su respecto abonen los usuarios de la obra⁴. La característica principal de este modelo es que el concesionario asume todos los riesgos técnicos y económicos, tanto en la fase de la construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto. No obstante ello, existen técnicas que morigeran ese riesgo, como ser la aportación de fondos por el Estado Nacional a modo de subvención, o bien el establecimiento de una garantía mínima de rentabilidad, pero para que ello ocurra debe estar contemplado en el contrato⁵.

Si bien el contratista asume en el contrato de concesión de obra pública los riesgos antes mencionados, en rigor no se encuentra del todo desprotegido, dado que como todo contrato administrativo, resulta plenamente aplicable el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera⁶, que protege al concesionario de contingencias, ya sean imputables al concedente o derivadas de la economía general, y siempre que no sean consecuencia del riesgo empresario⁷.

Al ser la concesión de obra pública un sistema de financiamiento privado en el que el repago se obtiene a lo largo de la explotación comercial de la obra, es en los hechos una alternativa muy costosa para la construcción de obras de infraestructura, aunque debe precisarse que no produce mengua fiscal directa, toda vez que los costos de la obra terminan siendo afrontados, en primer lugar, por el propio contratista, quien luego de construida recupera su inversión cobrándose de los usuarios de la misma.

Por otra parte, el modelo de concesión de obra pública —que internacionalmente se conoce como un típico contrato BOT, por sus siglas anglosajonas Build, Operate & Transfer (construir, operar y transferir)— requiere que la

marcha del contrato, e impeditiva del pago del precio de la locación de obra en los plazos pactados, habilita a la Administración a suspender la obra, siendo responsable la Administración con relación a los derechos del contratista a que se le indemnizen todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione. Cfr. DRUETTA y GUGLIEMINETTI (2008, p. 59).

4 FANELLI EVANS (1989) aclara que en la concesión de obra pública “el particular ofrece al comitente construir la obra si se le permite cobrar a los clientes usuarios una determinada tarifa por un determinado tiempo” (p. 18).

5 Cfr. GUIRIDLIAN LAROSA (2004, pp. 31 y ss.).

6 Cfr. VALCARCEL FERNÁNDEZ (2006, p. 381).

7 Cfr. Cassagne (2011, pp. 555-556).

explotación de la obra sea viable comercialmente, para que pueda obtenerse el repago de la inversión a través de su uso tarifado.

Ciertamente, no es un secreto que Argentina, al igual que muchos países de Latinoamérica, sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para su desarrollo económico y social. El mayor problema radica en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características. A su vez, los Estados no pueden postergar la satisfacción de necesidades básicas de la población (como la nutrición, la vivienda, el empleo, la salud, la educación y la seguridad) que no están cubiertas en forma digna y adecuada.

Por tal motivo, resultaba necesario implementar nuevos esquemas de colaboración pública-privada para el desarrollo de estas importantes obras, dado que la infraestructura pública, como señala Perrino (2011, p. 115), “incide no solo en las condiciones de vida y salud de la población sino también en el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública —camino, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etcétera—”⁸.

II. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Entre las nuevas formas de gestión de infraestructuras, se viene abriendo camino el modelo conocido como de asociación público privada (cuya abreviatura es APP) o también llamado participación público privada o PPP (como ha sido concebida por la nueva Ley 27.328, y como las denominaremos de aquí en adelante)⁹.

Se trata de una técnica de contratación administrativa nacida en Gran Bretaña en la década de 1980, bajo el influjo de las reglas del *New Public Managment* (nueva administración pública) propiciadas por el Gobierno Británico de la entonces Primer Ministro Margaret Thatcher, con la intención de

8 PERRINO, 2011, p. 115). Bs. As., Argentina: ed. Rap.

9 El término abreviado PPP incluso coincide con el utilizado en el Derecho anglosajón, aunque en este último caso por tratarse de la figura de las Public-Private Partnership, pero en referencia a una asociación, que en cada país asume particularidades propias.

lograr esquemas efectivos de colaboración entre los sectores público y privado para desarrollar infraestructura, evitando restricciones presupuestarias¹⁰.

Como señala Juan Carlos Cassagne (2011), "se trata de una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación" (p. 556).

El mismo autor aclara que si bien son numerosas las definiciones dadas para las PPP, todas ellas hacen hincapié en que la colaboración público privada debe orientarse al aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, como son las capacidades, habilidades y experiencia del sector privado, y por parte del Estado, el acceso a organismos internacionales de crédito, el establecimiento de beneficios, o la utilización de bienes de dominio público (Cassagne, 2011, p. 556).

De manera tal que este tipo de contratos puede presentar en los hechos muchas formas de vinculación entre los sectores público y privado. En rigor, el término PPP es muy amplio, dado que, según Naciones Unidas, constituye una forma de colaboración de ambos sectores con el objeto de implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo que supone la distribución de riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. En un sentido todavía más delimitado, las PPP constituirían aquellas relaciones en las cuales el gobierno suscribe un acuerdo con el sector privado para que éste le provea servicios en un proyecto de infraestructura. También se ha llegado a decir que más que una institución jurídica, las PPP constituyen una estrategia de acción y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus socios privados apoyados en un proyecto determinado¹¹.

En este mismo entendimiento, el profesor uruguayo Aragone Rivoir (2006), quien se ha dedicado a estudiar el funcionamiento de las PPP en Latinoamérica, sostiene que éstas son en rigor "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencia de riesgos y consecuentes responsabilidades, que tienen por objeto el diseño, la construcción, amplia-

ción, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos".

Ahora bien, las PPP no necesariamente son menos costosas que los típicos contratos administrativos, como ser el de obra pública. Así, se ha dicho que "el financiamiento de proyectos bajo la modalidad de PPP suele ser más cara que el financiamiento público, pues en los esquemas bajo PPP el financista asume el riesgo de la correcta ejecución del proyecto, mientras que en el caso del financiamiento público a través de la emisión de deuda común el que compra bonos soberanos de un Estado no asume riesgos significativos por la compra de los mismos¹²".

Guglielminetti y Bensadón explican que "el riesgo puede ser definido como cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometida. Uno de los principios básicos de la PPP es la transferencia costo-efectiva del riesgo hacia la parte involucrada que se encuentre en mejores condiciones para mitigarlo. Esto no significa que bajo PPP el objetivo, desde el punto de vista del sector público, sea transferir la mayor cantidad de riesgo posible hacia el sector privado. La presencia del sector privado, proveyendo financiamiento y habilidades de gestión, ya resulta de por sí beneficioso, sin embargo sin una adecuada asignación de riesgos no podrá sacarse entero provecho de dichas intervenciones en beneficio del desarrollo de un proyecto" (Guglielminetti y Bensadón, 2005, p. 639).

Los riesgos impactan en forma directa en los costos de los contratos. De manera que una efectiva asignación de riesgos ciertamente resultará en una disminución del costo del proyecto. Por tal motivo, el costo de los contratos en realidad dependerá en cada caso concreto de cómo se estructure cada PPP, pero va de suyo que en términos generales y normales el financiamiento privado debiera ser más costoso que el financiamiento público. Decimos en términos generales pues, en rigor, ello no siempre resulta así, toda vez que, por el contrario, a veces el financiamiento privado puede ser menos oneroso, dados ciertos factores, tales como la mala calificación de la deuda de los algunos Estados y entidades públicas, que encarece su propio financiamiento¹³.

¹⁰ Cfr. YESCOMBE (2007, p. 15).

¹¹ Cfr. AGUILAR VALDEZ (2005, p. 425), quien cita un trabajo de la Comisión Económica por Europa, de las Naciones Unidas (2008).

¹² Ver el excelente trabajo de AZARRI y VEGA OLMOS (28/06/2016).

¹³ Cf. ECHEVARRÍA PETIT (2012, p. 50).

Asimismo, la lógica del mercado determinará el interés concreto del sector privado, al que solo le interesará participar en los contratos PPP si el retorno de ganancias esperado está por encima de la compensación que podría obtener con operaciones de menor riesgo. Por tal motivo, si para el privado la PPP implica la asunción de altos riesgos, intentará trasladarlos al precio final¹⁴.

En rigor, como enseña desde España la Dra. Valcárcel Fernández, “puede decirse mayoritaria la opinión acerca de la conveniencia de celebrar un contrato de CPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione “*Value for Money*”. Conocer si esto ocurre pasa por descender en un análisis comparativo que determine la capacidad del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. Si el resultado obtenido a través de la iniciativa privada es notablemente mejor que el que conseguiría el sector público pese al mayor coste y supone que el objetivo de interés general quede adecuadamente atendido, puede compensar ese mayor desembolso final. Cosa distinta es quién haga frente al desembolso de ese mayor coste (la Administración o los usuarios de la infraestructura)” (Valcárcel Fernández, 2012, pp. 435-462).

De todas formas, en nuestro caso, las PPP son necesarias para obtener financiamiento privado. Esta financiación privada es, en efecto, de la esencia de las PPP. En este entendimiento, las PPP son muy útiles para las entidades públicas que se encuentran en una situación de endeudamiento presupuestal que les impide seguir ampliando su pasivo¹⁵.

No obstante ello, es importante comprender que el contratista, o parte privada de la PPP, difícilmente pueda asumir con capital propio la totalidad del financiamiento privado que debe comprometer. Como es sabido, las finanzas requeridas para las PPP conllevan altísimos niveles de inversión en las etapas iniciales de construcción de la obra de infraestructura. A su vez, los plazos de recuperación de la inversión suelen ser extensos, y son altos sus riesgos asociados. Por tal motivo, la parte privada en un contrato de PPP necesita de financiamiento de terceros. En tal entendimiento, resultan im-

prescindibles los agentes financieros especiales con participación mixta, como son los organismos multilaterales de crédito, bancos de desarrollo, bancos de inversión, fondos de infraestructura, e inclusive el mercado de capitales¹⁶.

Azzarri y Vega Olmos indican, con claridad, que en los contratos de PPP “se habilita al Estado, que carece de recursos suficientes hoy para desarrollar toda la infraestructura social [(por ejemplo, hospitales), regalística o cultural (cárceles, escuelas, universidades, infraestructura o provisión de equipos militares, etc.)], a ejecutar su puesta en marcha mediante esquemas donde una correcta distribución de riesgos y la estructuración de estándares de calidad adecuados y precisamente controlados por sus organismos tornan atractivo para el financiamiento privado el desarrollo de dicha infraestructura. Esto posibilita a la autoridad pública distribuir el costo de dichas inversiones en plazos más largos de tiempo, evitando la problemática de falta de recursos coyunturales”¹⁷.

Mucho se ha escrito sobre el principio de subsidiariedad, como principio rector que justifica, en ciertos supuestos, la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado (justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación) y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos)¹⁸.

La subsidiariedad estatal puede formularse en los siguientes términos: “no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa” (Ariño Ortiz, 2004, pp. 111-112). Este principio postula dos grandes directivas para el Estado que se complementan entre sí: la positiva, en virtud de la cual el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar plenamente una actividad necesaria para el bien común, y un postulado negativo, que indica que el Estado no debe sustituir a los particulares cuando estos pueden desarrollar dichas actividades¹⁹.

El principio de subsidiariedad adquiere toda su dimensión en el campo de importantes obras de infraestructura que requieren financiamiento, sien-

14 Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012, pp. 435-462).

15 Cf. ECHEVARRÍA PETIT (2012, p. 50).

16 Cfr. BRAGARD (2012), en DURÁN MÁRTINEZ (s.f., pp. 278-279).

17 Ver AZARRI y VEGA OLMOS (28 de junio de 2016).

18 Cfr. CASSAGNE (2006, pp. 61-63), con citas de los Dres. BARRA, CASSAGNE, MESSNER, SOTO KLOSS, MASSINI, y SAGÜES; Véase MESSNER (1967, pp. 949 y ss.).

19 Véase UTZ (1961, pp. 312 y ss.).

do imprescindible su manda positiva, esto es, el auxilio para la promoción de esta actividad orientada a transformar la vida de los habitantes de cada país, cuando las circunstancias determinan que los particulares no puedan desarrollarla en su totalidad.

III. EL NUEVO RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA PRIVADA EN ARGENTINA

Frente a la carencia de recursos públicos, era imperioso que en Argentina se sancionara una ley de asociación público privada que sirviera para regular esta importante y novedosa materia, siendo que Argentina, junto con Venezuela, era hasta fines de 2016 uno de los pocos países en América Latina que no tenía una ley sobre esta temática. Así fue como en el mes de junio del 2016 ingresó al Honorable Senado de la Nación un proyecto de ley impulsado por el Poder Ejecutivo de la Nación, que ha sido el resultado de un importante consenso social y político logrado a partir de un trabajo muy importante coordinado desde Presidencia de la Nación.

La Ley 27.328 fue sancionada el 16 de noviembre de 2016, y publicada el día 30 de dicho mes y año, y ha bautizado a estos contratos como Participación Público Privada (PPP). El término "participación" utilizado en la ley a los fines de definir el vínculo entre la parte privada y la pública es más preciso que el término de "asociación", aunque no existen diferencias en el uso de ambos términos, que suelen utilizarse de manera indistinta.

En la preparación del proyecto de ley han tenido participación activa diversos organismos del Estado Nacional y diversas entidades del ámbito privado. En efecto, en su redacción colaboraron la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, asesores de Gobierno en materia de inversión, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, el entonces Ministerio de Energía y Minería; el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda; el Ministerio de Transporte; el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; el Sindicato de la Construcción (UOCRA); la Asociación de Bancos de Argentina (ABA); la Cámara de la Construcción (CAC); la Agencia Nacional para la Promoción de Inversiones; asociaciones civiles; Organizaciones No Gubernamentales; diversas consultoras, y actores sociales, entre otros.

La importancia de haber logrado una regulación de PPP por ley del Congreso Federal radicaba en la necesidad de aunar consensos y generar el debate necesario para acordar con distintas fuerzas políticas y los diversos

sectores de la sociedad (empresas, bancos, trabajadores, usuarios) una regulación que permitiera efectuar realmente un cambio de paradigma en la contratación administrativa estatal, orientada hacia el futuro, con vocación de permanencia²⁰.

La ley ha sido luego reglamentada por el Decreto 118/2017, de fecha 17 de febrero de 2017, modificado levemente por el Decreto 936/2017.

A continuación se efectuará la descripción y análisis general de este nuevo régimen de PPP, y los aspectos centrales que ofrecen seguridad jurídica a los inversores, a los contratistas y al Estado.

IV. TIPOS DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA PRIVADA PREVISTOS EN LA LEY DE PPP

En primer lugar, considero importante destacar que los contratos de PPP no necesariamente deben estar circunscriptos a proyectos de infraestructura. Pueden abarcar todo tipo actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y servicios conexos a los mismos. La ley 27.328 expresamente prevé que los proyectos de PPP pueden

20 En el año 2005, mucho tiempo antes de la sanción de esta nueva ley, el Poder Ejecutivo había dictado el Decreto 967/05, creando un modelo muy restrictivo de PPP. Este modelo, que no logró generar ningún proyecto de PPP en todos sus años de vigencia y que ha sido derogado por la nueva ley de PPP, radicaba en exigir la constitución de vehículos societarios entre el sector público y privado, con la finalidad de lograr una mayor injerencia estatal en la suerte del proyecto y, en especial, en las decisiones de gestión, en el régimen de inversiones y en la administración del financiamiento. El régimen preveía todo un procedimiento engorroso, que culminaba con una eventual calificación del interés público en la necesidad de constituir una PPP, por parte del propio Presidente de la Nación, y luego el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios debía convocar a una licitación pública para seleccionar al futuro socio privado. Otro de los inconvenientes del régimen era que determinaba a priori cuales podían ser los aportes del Estado, siendo posible únicamente: a) pago en efectivo, b) cesión de créditos tributarios y/u otorgamiento de beneficios tributarios y c) derechos sobre bienes del dominio público del Estado. Este modelo asociativo, que fomentaba sociedades mixtas con el Estado, no ha dado buenos resultados en nuestro país. No es difícil imaginarse cuales fueron y han de ser las razones del sector privado para no ver con buenos ojos la conformación de este tipo de sociedades jurídicas con el Estado, donde la injerencia estatal es importante, debiendo discutirse las decisiones de la gestión ordinaria del proyecto. Asimismo, no es un dato menor el hecho de que cada forma societaria a crearse requería del dictado de una ley del Congreso Nacional. Muratorio ve en ello unas de las causas que determinaron que estas PPP no hayan prosperado, además del fracaso en el uso de la iniciativa privada, supuestamente orientada a generarle beneficios al iniciador.

contemplar tanto la construcción de una obra, como la ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación, y financiamiento²¹.

El Reglamento en su versión primera, por su parte, exigía que estos proyectos no tuvieran como objeto único la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Estado Nacional²². La modificación del mismo por parte del Decreto 936/2007, permite ahora que se puedan ejecutar proyectos con esos objetos únicos.

Ahora bien, para evitar volver a cometer los errores recientes del pasado, era necesario que un marco regulatorio de PPP permitiera que los contratos tengan la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

En tal entendimiento, la nueva ley de PPP determina que la forma contractual en estos contratos sea absolutamente flexible, esto es, que respecto de cada proyecto requiera considerarse cuál contrato o tipos de contratos son los más aptos para ese desarrollo determinado, sin la necesidad de pre-determinarlo en una regulación general. Y en cada caso concreto se verán cuáles han de ser los instrumentos más eficientes para la consecución del interés público que se persigue, como el caso de un esquema de *project finance* donde se constituye una sociedad de propósito específico que a su vez se relaciona contractualmente con el Estado o con un empresa del Estado, o una sociedad mixta, o una concesión subvencionada, o una relación de colaboración regida por múltiples contratos, etc.²³.

La Ley de PPP establece que los nuevos contratos de PPP, por su parte, son una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes 13.064 y 17.520 y por el Decreto 1023/2001²⁴.

En este nuevo escenario, cada entidad contratante debe analizar la factibilidad de la contratación mediante la celebración de un contrato de PPP o un contrato de obra pública, concesión de obra pública, o cualquier otro contrato. Para ello²⁵, será necesario estimar el impacto que los gastos o sus aumentos generados tendrán en las metas de resultado fiscal²⁶; la estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado²⁷; la estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos²⁸, entre otros.

Téngase en cuenta que cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, deberá mediar financiamiento por parte del contratista PPP²⁹.

En definitiva, y como ya lo hemos expuesto *ut supra*, el Estado debe evaluar la conveniencia de celebrar un contrato de PPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione valor por dinero (*value for money*).

La Ley de PPP, a su vez, prevé la posibilidad de que las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, puedan también celebrar contratos de PPP en carácter de contratistas, actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado³⁰. El propio reglamento aclara que, en estos casos, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el Contrato PPP a través de una licitación (como se verá más adelante, el régimen de PPP impone que el proceso de selección de estos contratos sea siempre por licitación). El reglamento incluso se ocupa de indicar en forma expresa que en tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con

21 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 1.

22 Véase. Poder Ejecutivo Nacional (17 de febrero de 2017). Decreto 118, art. 1º del Anexo 1.

23 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 1. El Decreto 118 de 2017, art. 1º, establece, por su parte, que "el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la Ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate".

24 Ver Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 2.

25 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 13, inc. a).

26 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 13, inc. b).

27 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 13, inc. c).

28 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 13, inc. d).

29 Poder Ejecutivo Nacional (17 de febrero de 2017). Decreto 118, art. 1, modificado por Decreto 936 de 2017.

30 Ver Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 3.

los demás oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna³¹.

A diferencia de lo que acontecía en el régimen del Decreto 967/05, la nueva ley de PPP habilita al Estado, pero no obliga, a la posibilidad de constituir, según las características del proyecto y a los fines de actuar como contratista o como parte del consorcio contratista, sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación de acuerdo a lo establecido por la Ley General de Sociedades.

La Ley 27.328 exige que en estos casos la participación estatal debe alentar y ser compatible con la participación del sector privado en dichas sociedades o fideicomisos, o utilizar los existentes³².

Asimismo, la Ley 27.328 contempla la posibilidad de constituir el modelo de *project finance* si el caso lo requiere, pudiendo en estos casos crearse sociedades o fideicomisos a tal efecto³³. En la reglamentación se ha aclarado que podrán utilizarse toda clase de fideicomisos, salvo en el supuesto de que se constituya un fideicomiso como instrumento de financiamiento de un proyecto, oportunidad en la que solo podrán constituirse un fideicomiso financiero³⁴.

Vale la pena destacar que el *project finance*, cuya fundamental garantía de los financistas para el cobro de su crédito es el flujo de fondos del proyecto en marcha³⁵, es una herramienta muy usada para este tipo de proyectos, pues consiste en una alternativa válida a los endeudamientos directos por parte de las empresas, como la emisión de obligaciones negociables. Ocurre que los esquemas de *project finance* son fundamentales en la estructuración de financiamientos a grandes proyectos, en la medida que no requieren ni endeudamiento directo por parte de las empresas, ni la utilización de recursos por parte del Estado.

En los modelos de *project finance* se constituye una Sociedad de Propósito Específico (SPE) que tendrá en su activo el proyecto, el que constituye la única fuente de repago de la deuda, la cual generalmente oscila entre un 60 % y hasta un 80% del monto de inversión requerido, que usualmente se cancela en un

plazo de 10 a 15 años. Es por esta razón que la estructuración de este tipo de financiamiento lleva más tiempo que un préstamo corporativo tradicional, dado que se debe analizar detalladamente el proyecto (ingresos, costos, sensibilidades a los mismos, etc.), como se realiza la asignación de riesgos (la cual sigue la premisa de asignar a cada parte los riesgos que estén en mejores condiciones de asumir), estructurar legalmente los esquemas de garantías, etc³⁶.

El modelo de *project finance* supera al clásico financiamiento corporativo directo, dado que este último encuentra los límites que imponen las restricciones de endeudamiento de cada empresa. Ahora bien, teniendo en cuenta que la financiación de infraestructura se asemeja a un rompecabezas en cuanto a la complejidad de su redacción y a las negociaciones para conseguir un conjunto efectivo de acuerdos crediticios y de garantías, muchas de estas financiaciones llevan años hasta llegar a su estructuración y cierre, y es común que estén afectadas por contingencias sociales, económicas y políticas, que obligan a introducir modificaciones y sucesivas enmiendas al proyecto de contrato original (Barbier, 2002, p. 201).

V. ENUNCIACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS DE PPP, INCLUIDOS EN LA LEY

Los proyectos de PPP deben³⁷:

a) Perseguir objetivos de interés público, contemplándose mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo³⁸.

36 ARIÑO ORTIZ (2004, p. 700). En el capítulo referido a infraestructuras públicas, el reconocido autor sostiene que en el *project finance* es fundamental "proceder a un reparto de riesgos entre el empresario y la entidad financiera (ya que no todos son asumidos por ésta)", y que dado que esta modalidad de financiación radica en que la única garantía de la entidad financiera consiste en los flujos que genera el proyecto financiado, su particularidad "obliga a realizar un exhaustivo análisis de esos flujos".

37 Los principios se encuentran enunciados en la Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 4.

38 Hay que recordar que el interés público no es aquel perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. Al respecto, Escola sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y

31 Cfr. Poder Ejecutivo Nacional (17 de febrero de 2017). Decreto 118, art. 3°, Anexo I.

32 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 8.

33 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 7.

34 Cfr. Poder Ejecutivo Nacional (17 de febrero de 2017). Decreto 118, 2017, art. 7°, Anexo I.

35 Como señala AGUILAR VALDÉZ (2005), el *project finance* es, verdaderamente, un financiamiento "al proyecto" y no a personas jurídicas determinadas" (p. 419).

b) Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado, y en la utilización de los recursos públicos.

c) Respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades.

d) Promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructuras y servicios básicos.

e) Promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos.

f) Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo.

g) Impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de los oferentes.

h) Ser consistentes con la programación financiera del Estado en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas.

i) Contemplar que el plazo del contrato permita la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable³⁹.

j) Fomentar la participación directa o indirecta de Pequeñas y Medianas Empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado y de la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios.

k) Facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional.

pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...", en ESCOLA (1989, pp. 240-241). En el mismo sentido, COMADIRA (2003) señala que "las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquélla..." (pp. 257-258).

39 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328 establece como límite el plazo de duración de 35 años, incluidas las eventuales prórrogas. La fijación de este plazo lamentablemente privará de esta herramienta a numerosos proyectos que requieren más tiempo de duración, como sería el caso, por ejemplo, de los proyectos para construir y operar terminales portuarias, entre otros tantos.

VI. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE PPP: SEGURIDAD JURÍDICA

El eje de toda regulación de PPP reside en el respeto de los contratos, en el cumplimiento de la palabra y en el establecimiento de un marco de reglas claras que otorguen confianza y seguridad jurídica a los inversores y a las empresas, quienes deben ser vistos y considerados como verdaderos colaboradores de la Administración Pública en la consecución conjunta de los intereses públicos concretos que cada contrato busca alcanzar. A continuación se analizarán los contenidos que la Ley de PPP exige para este tipo de contratos:

I. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS PPP

En primer lugar, los contratos de PPP deben establecer con claridad el plazo de vigencia de los mismos, y si permiten la posibilidad de prórroga. El plazo de certeza y seguridad jurídica al contratista, al inversor y al Estado⁴⁰.

A su vez, estos contratos deben indicar el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, asignando los riesgos a la parte que se encuentre en mejores condiciones de prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, el caso fortuito, la fuerza mayor, el alea económica extraordinaria del contrato y de la extinción anticipada del contrato⁴¹.

En cuanto a la distribución de riesgos, Guiridlian Larosa explica que "la compartición de riesgos debe plasmarse manteniendo el necesario equilibrio que debe existir en un vínculo APP, ya que su imposición excesiva y/o el desconocimiento de garantías estructurales (con el mantenimiento de la ecuación económica a la cabeza), aunque con el alcance que merece en pos de no terminar neutralizando el reparto de áleas que se busca en toda APP) puede llevar sino a frustrar su implementación a generar sobrecostos innecesarios, ya que – como pauta general – cuanto mayores son los riesgos

40 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso a).

41 Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. b).

trasladados superiores serán las expectativas de retorno por parte del sector privado⁴².

En todos los contratos de PPP deberán indicarse con claridad las obligaciones del contratista en función de las características del proyecto, los riesgos y aportes asumidos y las necesidades de financiamiento, y los estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ciertamente, deberán contener la forma, modalidad y oportunidades del pago de la remuneración, que en cada caso concreto debería poder ser percibida de los usuarios, de la contratante o de terceros, así como también, los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar el precio base del contrato⁴³. También los contratos deberán establecer los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato⁴⁴.

En resguardo de la seguridad jurídica de estos contratos, siempre deberán también contemplarse las sanciones por incumplimiento contractual, los procedimientos de aplicación y las formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria. Asimismo, las causales de extinción del contrato por vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, u otras causales.

Es sumamente importante que en los contratos de PPP se establezca la facultad de la Administración pública contratante de prestar su cooperación para la obtención del financiamiento que resulte necesario para la ejecución del proyecto. La cooperación del Estado en el financiamiento es de suma importancia para la concreción de este tipo de proyectos, y por ello este factor ha sido contemplado expresamente en la Ley 27.328.

Por su parte, los contratos de PPP deberán tener certeza sobre la titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan durante la vigencia del contrato, así como también la especificación de los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado Nacional al extinguirse el contrato⁴⁵.

42 Véase GUIRIDLIAN LAROSA (2004, pp. 863-864).

43 Establecido en Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso g).

44 Los aportes se encuentran indicados, de manera meramente enunciativa en Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso g).

45 Véase Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. v).

Los contratos deberán también contemplar la posibilidad de ceder, o de dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, incluyendo el derecho a percibir los aportes comprometidos por la contratante, la remuneración y las indemnizaciones pertinentes, así como la titularización de los flujos de fondos pertinentes⁴⁶.

A su vez, la Ley 27.328 establece la facultad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero siempre que este reúna similares requisitos que el cedente y que haya transcurrido, al menos, el veinte por ciento del plazo original del contrato o de la inversión comprometida. Para que ello sea posible, la ley exige, también, que previo a la autorización de la cesión por parte de la autoridad contratante, deberá contarse con un dictamen fundado del órgano que ejerza el control de la ejecución del contrato sobre el cumplimiento de las condiciones antes mencionadas, así como respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista cedente, y la emisión de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre los riesgos que asume el Estado nacional. Finalmente, dicho dictamen debe ser informado a la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de PPP, que crea la ley⁴⁷.

Otra exigencia no menor es que previo al perfeccionamiento de cualquier cesión, y con intervención de la unidad de PPP, se deberá obtener la aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas, y la autorización de la contratante, con intervención de la unidad de PPP.

Con relación a la posibilidad de subcontratación, que por cierto debe estar delimitada en los contratos, la ley de PPP exige contar en cada caso con el previo consentimiento de la contratante. Este requisito, que fue introducido por el Senado de la Nación en el marco de la aprobación de la ley, atenta, en nuestra opinión, contra la libertad que tiene el contratista en la ejecución de los contratos, y podría fomentar casos de corrupción al tener que subcontratarse a empresas elegidas arbitrariamente por los funcionarios de turno.

En materia de subcontratación, el Senado de la Nación también agregó que el contratista debe optar preferentemente por empresas nacionales y/o pequeñas y medianas empresas locales⁴⁸.

46 Conforme Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. q).

47 Ver Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. t).

48 Véase la Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. u).

Por su parte, en los casos en que se haya utilizado la figura del *project finance*, deben quedar en claro los requisitos y condiciones según los cuales la contratante autorice la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico a favor de terceros, así como a favor de quienes financien el proyecto o de una sociedad controlada por ellos, en caso en que la sociedad de propósito específico incumpla las condiciones de los acuerdos de financiamiento⁴⁹.

2. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La necesidad de respetar los contratos no significa necesariamente que deban excluirse o eliminarse las prerrogativas del Estado, que tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina, le reconocen a la Administración Pública en la ejecución de los contratos. En rigor, los contratos de PPP son contratos administrativos, pues en ellos existen todas las notas que caracterizan a un contrato público, como ser el ejercicio de una función administrativa, un régimen exorbitante, una parte pública y otra privada, y el fin público⁵⁰.

Pero lo importante en estos casos, huelga decirlo, es que las reglas sean claras para todos, de manera tal que no exista un riesgo respecto del comportamiento que asuma el Estado durante la ejecución del contrato, luego de haberse efectuado los gastos y las inversiones. A tal efecto, los contratos debieran permitir en forma expresa y obligatoria las prerrogativas del Estado, fijándose en cada caso sus alcances y metodología de aplicación. Esta es la idea que ha sido plasmada en la Ley 27.328.

Como bien señala Luqui (2013), de todas las prerrogativas que tiene la Administración, tal vez la más importante sea la de modificar unilateralmente los contratos administrativos, y la de rescisión de los mismos.

La posibilidad de modificar unilateralmente un contrato administrativo, esto es, el ejercicio del *ius variandi*, se encuentra expresamente contemplada en la normativa vigente. En primer lugar, el Decreto 1023/01 establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de modificar los contratos

por razones de interés público. A tal efecto, se dispone que dicha facultad de modificación debe ser utilizada en forma razonable; estableciéndose que cuando la modificación exceda en un veinte por ciento en más o en menos del monto total del contrato, y la misma no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de las partes. Y al igual que lo que ocurre con las modificaciones bilaterales, las ampliaciones no podrán exceder del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato⁵¹.

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece que los aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado⁵². La ley también dispone que si en el contrato de obra pública celebrado, la Administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un veinte por ciento del importe del mismo, la Administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo⁵³. En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, solo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para ese ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación

49 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. 1).

50 MARIENHOFF (1998, pp. 44, 117 y ss.); CASSAGNE (2009, p. 16); BIELSA (1955, pp. 146 y ss.); GORDILLO, si bien afirma que todos los contratos que celebra la administración son contratos administrativos, entiende que en algunos supuestos su objeto puede estar regulado por el Derecho privado. Ver al respecto GORDILLO (1982, p. 17). Distinta es la posición de Mairal, quien directamente rechaza la teoría de contrato administrativo. Véase MAIRAL (1999, pp. 181-942).

51 Era una regla que se había fijado en el anterior art. 12 del RCAN, pero que luego fue eliminada con la modificación introducida por el Decreto 666, 2003. No obstante ello, el art. 124 del Dec. 893, 2012, que reglamenta el art. 12 del RCAN, vuelve a establecer la limitación del 35 por ciento para los casos de modificaciones consensuadas.

52 Congreso de la Nación Argentina (6 de octubre de 1947). Ley Congreso de la Nación Argentina (6 de octubre de 1947). Ley 13.064, art. 30.

53 Como puede verse, se trata de un procedimiento de renegociación que no tiene límites cuantitativos.

alguna por parte del contratista⁵⁴. A su vez, si las modificaciones superan ese veinte por ciento, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato⁵⁵.

Al respecto, es importante destacar la necesidad de que la *potestas variandi* sea ejercida con una finalidad de interés público. Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria”⁵⁶.

La Ley 27.328 establece en forma expresa que en los contratos de PPP esta prerrogativa tiene que estar incluida, estableciéndose la obligación de compensar adecuadamente la alteración, preservándose el equilibrio económico-financiero original del contrato y, además, las posibilidades y condiciones de financiamiento⁵⁷. La necesidad de preservar las condiciones de financiamiento es sumamente importante en este tipo de contratos, pues en caso contrario no debe imponérsele al contratista la obligación de cumplir con el requerimiento de modificación.

La otra gran prerrogativa señalada por Luqui es la de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Esta institución también se encuentra prevista en el en el Decreto 1023/01, y le permite a la Administración Pública extinguir unilateralmente el contrato por razones de interés público, o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemni-

zando al contratista todos los perjuicios que dicha conducta le irroga, salvo el lucro cesante⁵⁸. En rigor, se trata de una rescisión sin culpa del contratista.

Para Juan Carlos Cassagne —quien critica la limitación que la normativa efectúa respecto del resarcimiento—, la propia potestad debe fundarse en ley, pues de lo contrario sería inconstitucional, en la medida que la Constitución prevé que la propiedad es inviolable y se encuentra protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrificio y la previa indemnización (como ocurre con las expropiaciones), no pudiendo consistir en un mero cambio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades (Cassagne, 2009, pp. 122-123). No obstante ello, gran parte de la doctrina, y más aún la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad, que es ampliamente utilizada por la Administración Pública⁵⁹.

La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ha sido reglamentada en el art. 95 del Dec. 1030/16, que reproduce lo dispuesto en el RCAN⁶⁰. Asimismo, debemos destacar que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n.º 19.549 establece respecto de los actos administrativos, que estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados⁶¹. Téngase presente que el título III de esta ley, en el que precisamente se incluye este principio, es de aplicación directa a los contratos administrativos, en cuanto fuere pertinente⁶².

La cuestión más controvertida en la jurisprudencia y en la doctrina, es la relativa al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la Corte Suprema en varios precedentes relativos a materia contractual se inclinó por la reparación integral⁶³, y en otros vinculados a revocación de actos administrativos en cambio ha limitado el resarcimiento, excluyendo el lucro cesante⁶⁴. En la doctrina las posiciones no son pacíficas⁶⁵. Por su

54 Congreso de la Nación Argentina (6 de octubre de 1947). Ley Congreso de la Nación Argentina. (6 de octubre de 1947). Ley 13.064, art. 38.

55 Congreso de la Nación Argentina (6 de octubre de 1947). Ley Congreso de la Nación Argentina. (6 de octubre de 1947). Ley 13.064, art. 53. DRUETTA y GUGLIELMINETTI (2013, p. 224).

56 Cfr. CSJN, (9/02/1995), Fallos 312:89, *in re* “Marocco y Cía SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario”. La referencia del art. 1197 del Código Civil hace alusión al *pacta sunt servanda* y la *lex inter partes*.

57 Véase Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. i).

58 Cfr. art. 12, inc. b), párr. 2º del RCAN. Ver también, en el mismo sentido, el Dec. 893, 2012, art. 121.

59 Ver CSJN, Fallos 306:1409, *in re* “Sánchez Granel”. Cfr. CSJN, Fallos: 297:252, 305:321, 332:2801. Para MARIENHOFF esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada (MARIENHOFF, 1981, p. 624).

60 En igual sentido al art. 121 del anterior reglamento aprobado por Decreto 893, 2012.

61 Ver Congreso de la Nación Argentina (3 de marzo de 1972). Ley n.º 19.549, art. 18, *in fine*.

62 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (3 de marzo de 1972). Ley n.º 19.549, art. 7, *in fine*.

63 Ver CSJN, Fallos: 306:1409, 328:265 y 332:1367.

64 Véase CSJN, Fallos: 293:617; 301:403 y 312:649.

65 En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos Cas-

parte, muchos autores sostienen que dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante se encuentra establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho⁶⁶.

En este escenario, siguiendo las últimas tendencias de cara a otorgarle seguridad jurídica a las inversiones, la ley de PPP ha fijado que la cuestión de la limitación del alcance de la reparación en estos casos deba estar expresamente contemplada en los contratos, no siéndole de aplicación las reglas generales limitativas de responsabilidad, de manera tal que en cada contrato se fije el alcance de la indemnización en caso de revocarse el mismo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁶⁷.

En rigor, la Ley 27.328 establece que “en el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el Decreto 1023/2001 y sus modificatorias”. Así, en cada supuesto podrá limitarse o no dicha indemnización, con indicación del procedimiento a seguir, y el método de determinación y pago.

Ahora bien, existe una potestad administrativa que carece de razonabilidad y atenta contra la seguridad jurídica, cual es la facultad de suspender o revocar un contrato en sede administrativa por razones de ilegitimidad, cuando el contratista supuestamente conociere el vicio⁶⁸. Es a nuestro criterio una facultad irrazonable, por cuanto la Administración en dichos supuestos se comporta como juez y parte, y no se alcanza a ver razón valedera alguna para que tal suspensión o anulación no deba ser solicitada y declarada por

sagne, quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional), y protege contra la tentación en que muchas veces incurren los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista. Cfr. CASSAGNE (2009, p. 124). En igual sentido ver también PERRINO (2007, pp. 1.128-1.129). En una posición contraria se ubicaban los profesores MARIENHOFF y COMADIRA, quienes entendían que debía aplicarse en forma analógica la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante. Al respecto, véase MARIENHOFF (s.f.) y COMADIRA (1996, pp. 435 y ss).

66 Cfr. LUQUI (2013, p. 14); VILLARRUEL (2013, p. 160). Para Farrando, en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios constitucionales relacionados con la propiedad (art. 14 y 17 CN). Cfr. FARRANDO (2006, p. 777).

67 Así se prevé en la Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso p).

68 Posibilidad prevista a partir de la interpretación armónica de los artículos 17 y 18 de la Ley 19.549.

un tribunal competente, o sea, un tercero imparcial que dirima el conflicto. Además, si existiere una necesidad imperiosa de suspender la ejecución de un contrato, pues la Administración Pública puede acudir a la justicia y requerir una medida cautelar⁶⁹. Y en el caso de que tenga intención de anularlo, pues más aun debiera iniciar una acción de nulidad, en nuestro medio también llamada de lesividad.

Con gran acierto la Ley 27.328 prohíbe el ejercicio de esta facultad, exigiéndose en estos casos que el Estado acuda a sede judicial.

3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DE LOS CONTRATOS

Los contratos de PPP deben necesariamente contemplar el derecho de las partes contratantes al mantenimiento del equilibrio económico financiero original del contrato y los instrumentos y procedimientos de renegociación o adecuación contractual para el caso de ruptura de dicho equilibrio. Debe ser un principio independiente, no acotado a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito. Este principio es, además, esencial para los supuestos de contratos de larga duración. En cualquier caso, su fundamento consiste en que el interés público radica en el cumplimiento del objeto del contrato, y todo desequilibrio que se genere en su ejecución, no imputable la contratista, deber ser restablecido.

La Ley 27.328 en varias oportunidades hace referencia a la preservación del equilibrio económico financiero de los contratos de PPP. En primer lugar, al regular lo atinente al equitativo y eficiente reparto de riesgos (art. 9, inc. b), y también en el caso de las modificaciones unilaterales del contrato (art. 9, inc. i). Y lo consagra de manera autónoma, al establecer como inciso independiente (art. 9, inciso j) que “en caso de que las partes invoquen la existencia de desequilibrio económico-financiero, la unidad de participación público-privado podrá solicitar informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto”.

Es importante comprender que el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea,

69 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso p), *in fine*.

a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en que a nadie pueden imponérsele sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación⁷⁰. El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁷¹, ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público (Marienhoff, 1998, pp. 469 y ss.).

Debe comprenderse, además, que no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia.

Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales⁷². La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que “el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término”⁷³. Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al “mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato”, en tanto éste integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (Berçaitz, 1980, p. 409).

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás im-

portes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado⁷⁴.

En nuestro país, las manifestaciones y la caracterización general del desequilibrio financiero del contrato no se encuentran definidas por la legislación ni por la reglamentación contractual, sino que ha sido desarrollada a partir de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica contractual. No obstante ello, hay ciertas prescripciones normativas que resguardan el equilibrio financiero del contrato frente a las prerrogativas unilaterales que ejerce la Administración Pública, o incluso frente a supuestos ajenos a la voluntad de las partes.

En tal sentido, el Decreto 1023/01 prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo⁷⁵. Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible. Asimismo, también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado”⁷⁶.

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida⁷⁷. La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. Por su parte, el nuevo procedimiento de revisión de precios ha sido regulado recientemente por Decreto 691/2016, fijándose que los precios correspondientes podrán ser predeterminados —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales reflejen una

70 Constitución Nacional, art. 17.

71 Constitución Nacional, art. 16.

72 Véase CASSAGNE (1989, p. 32).

73 Fallos CSJN, Fallos: 145:307; 158:268, entre otros.

74 Conf. ESCOLA (1981, p. 452).

75 Véase art. 13, inc. a), del RCAN.

76 Cfr. Suprema Corte de Santa Fe, *in re* “Transportes La Florida SRL y otros v. Municipalidad del Rosario”.

77 Ley Congreso de la Nación Argentina (6 de octubre de 1947). Ley 13.064, art. 30.

variación promedio superior al 5% a los del contrato o precio de la última redeterminación. Es interesante destacar que al anterior régimen de redeterminación de precios permitía la redeterminación —recién a partir de una variación superior al 10%. Esto demuestra un reconocimiento aun mayor del equilibrio de la ecuación económica de los contratos.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la “Teoría del Hecho del Príncipe” —*factum principis*—, que posee base constitucional en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, que reconocen el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que “no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato” (Escola, 1977, p. 458). La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta *alea administrativa*, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño (Cassagne, 2009, p. 107).

En definitiva, la recomposición del equilibrio económico financiero de los contratos no debe acotarse a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito. Debe ser permanente, no excepcional, y debe orientarse al mismo fundamento que inspira el mecanismo de redeterminación de precios en la obra pública. No debe perderse de vista, como señala Guglielminetti, que “el principio del equilibrio económico-financiero o principio del equivalente económico exige que la economía del contrato definida al momento de su celebración sobre la base de la oferta presentada por el adjudicatario —la ecuación financiera del contrato, en la terminología francesa, o el equivalente económico, en la terminología española— perdure hasta su extinción, de modo que si se produce la ruptura o alteración del equilibrio económico financiero del contrato, nace para el cocontratante particular, como antes se dijo, un verdadero derecho a su restablecimiento y el deber de la Administración de corregir los desequilibrios producidos por la modificación de las circunstancias originarias del contrato administrativo” (Guglielminetti, 2016, p. 919).

No obstante lo expuesto, la recomposición económica de estos contratos debe también proteger al Estado, no solo debe contemplarse en beneficio del contratista. Debe preverse que la recomposición pueda ser requerida por cualquiera de las partes cuyo equilibrio contractual se vea alterado. Y esta es la solución que ha fijado la ley de PPP al permitir que “las partes invoquen” la existencia de dicho desequilibrio⁷⁸.

VII. ASPECTOS GENERALES QUE CONTEMPLA LA LEY DE PPP

I. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Siendo los contratos de PPP contratos públicos, la selección del contratista debe hacerse, por regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Así se había previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo, cuestión que se vio fortalecida en el trámite parlamentario, en la medida que la Ley 27.328 exige la licitación o concurso público como únicos procedimientos de selección para este tipo de contratos⁷⁹.

La ley indica en forma expresa que en estos procesos deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada⁸⁰.

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido los Dres. Fiorini y Mata, “asegurar la concurrencia significará promover la afluencia de ofertas pues, sin concurrencia, no hay puja

⁷⁸ Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inc. j).

⁷⁹ Véase Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 12 y ss.

⁸⁰ Los principios enunciados están expresamente incluidos en el art. 12 de la Ley de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328.

ni posibilidades de competencia" (Fiorini y Mata, 1972, p. 43). En rigor, el principio de máxima concurrencia es reconocido "como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, el de concurrencia o competencia entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción" (Gordillo, 1982, p. 301).

En cuanto a la adjudicación, deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad PPP. A los fines de alcanzar los votos necesarios para su aprobación, en el Congreso de la Nación se agregó que "los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado, justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto⁸¹".

El trámite parlamentario también incorporó al texto de la ley la exigencia de contar con componente local. En efecto, el art. 12 de la Ley 27.328, luego de disponer que los procedimientos de contratación deberán promover, de acuerdo a las características del proyecto, la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo nacional, establece que "en lo relativo a la provisión de bienes y servicios que deba realizarse en el marco de los contratos que se celebren al amparo de la presente ley, los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que tales bienes y servicios tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento (33%) de componente nacional". También se aclara en la ley de PPP que las preferencias establecidas por la Ley 25.551 a favor de bienes de origen nacional resultarán de aplicación.

Asimismo, la ley indica que en casos particulares, el Poder Ejecutivo nacional podrá exceptuar o limitar las exigencias y preferencias mencionadas en el párrafo precedente en aquellas contrataciones en las cuales la unidad de PPP, mediante dictamen fundado y previa intervención del Ministerio de Producción de la Nación, justifique la conveniencia o necesidad de dicha

excepción o limitación en las condiciones o necesidades particulares del proyecto.

Por su parte, una cuestión importante que merece ser destacada es que la nueva regulación contempla la posibilidad de acudir al sistema de diálogo competitivo para la elaboración de las condiciones particulares y demás documentación contractual, el que deberá garantizar la transparencia, concurrencia, competencia efectiva y la participación simultánea de todos los interesados precalificados. El sistema de diálogo competitivo debiera poder realizarse a través de un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base habrán de formularse las ofertas⁸².

Mediante el dictado del Decreto 944/2017, el Poder Ejecutivo aprobó la Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta, estableciéndose un procedimiento que permite, en casos de proyectos complejos o de montos importantes, la consulta del eventual anteproyecto de Pliego de Bases y Condiciones Generales o del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, las especificaciones técnicas y/o cualquier documento relacionado con el respectivo proyecto de PPP, con el objeto de posibilitar la contribución de los interesados precalificados al desarrollo y definición de soluciones para mejorar si fuere necesario las bases de la futura licitación. La normativa en cuestión establece que para ser considerado "Interesado Precalificado" basta inscribirse en un registro que habilitará cada autoridad convocante.

Por su parte, la Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones públicas realizadas en el marco de Proyectos de PPP, establece que "en el procedimiento transparente de consulta (Ley n.º 27.328, artículo 14) será fundamental prever mecanismos que habiliten una amplia participación de los interesados en las etapas de formulación de los pliegos y que permitan el monitoreo del sector privado en la gestión de los Proyectos PPP⁸³".

2. GARANTÍAS

82 El diálogo competitivo está previsto la Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 14.

83 Ver Disposición 1-E, 2017 de la Subsecretaría de PPP, punto 16.

81 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 15.

La ley de PPP prevé numerosas garantías para asegurar las obligaciones de pago asumidas por la contratante pública, pudiéndose acudir, entre otros, a la afectación específica y/o la transferencia de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación; la creación de fideicomisos y/o utilización de los fideicomisos existentes; o el otorgamiento de fianzas, avales y cualquier otra garantía por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional⁸⁴.

En rigor, por Ley de Presupuesto 27.431, que aprobó el presupuesto para el ejercicio del año 2018, se creó el Fideicomiso de Participación Público Privada ("Fideicomiso PPP"), que puede constituirse mediante un único fideicomiso y/o a través de distintos fideicomisos individuales denominados "Fideicomisos Individuales PPP".

Esa propia ley indica que el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP se conformarán como fideicomisos de administración, financieros, de pago y de garantía, con los alcances y limitaciones establecidas en dicha ley y las normas reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo nacional⁸⁵.

Luego, en el mes de febrero de 2018, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 153/2018, por medio del cual reglamentó el Fideicomiso PPP, a cuyo efecto previó:

- i) Que tenga una duración de 30 años;
- ii) Que se puedan constituir Fideicomisos individuales PPP, bajo su órbita;
- iii) Designar al Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. como organizador y fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP;
- iv) Que los Ministerios o entes del sector público nacional a cuya jurisdicción correspondieren los proyectos actuaran como fiduciantes;
- v) Que serán beneficiarios aquellas personas humanas o jurídicas titulares de los valores fiduciarios PPP, certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos individuales PPP;
- vi) Que el patrimonio de los Fideicomisos Individuales PPP quedará irrevocablemente afectado a las obligaciones asumidas bajo cada contrato de Fideicomiso Individual PPP.

⁸⁴ Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 18.

⁸⁵ Cfr. art. 60 de la Ley 27.431.

Por otra parte, conforme lo prevé la Ley de PPP, los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista sirven para garantizar el repago del financiamiento mediante la constitución de derechos con función de garantía sobre tales derechos⁸⁶.

Ahora bien, en otro orden de cosas, y de cara a brindar seguridad jurídica, resulta fundamental que el nuevo marco normativo haya contemplado alguna garantía importante frente a la extinción anticipada de los contratos por parte de la Administración Pública, cuestión por demás común en la historia reciente de nuestro país. A tal fin, la ley de PPP estableció que con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimientos de determinación que al respecto se establezcan, la que en ningún caso debiera ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto⁸⁷.

3. MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CUESTIONES TÉCNICAS Y DE CONTROVERSIAS: PANEL TÉCNICO Y ARBITRAJE

La ley de PPP permite, en sentido correcto, la constitución de paneles técnicos, para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. Estos paneles técnicos tienen que poder subsistir durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes⁸⁸.

La reglamentación ha establecido el conjunto de reglas que deberán aplicarse en caso de constituirse un Panel Técnico⁸⁹. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

- i) Salvo previsión en contrario en el pliego o en el contrato, el panel técnico estará integrado por cinco miembros, que deberán tener una espe-

⁸⁶ Véase Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 19.

⁸⁷ Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 10.

⁸⁸ Véase Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 9, inciso w).

⁸⁹ Ver Decreto 1118, 2017, art 9°, inc. 13, Anexo I.

cialización acorde con la materia del contrato de que se trate y permanecerán en sus funciones durante todo el período de ejecución del contrato.

ii) Los integrantes del panel técnico serán seleccionados por las partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en el listado de profesionales habilitados que a tal efecto llevará la Unidad de PPP. (Dicha lista se confeccionará previo concurso público de antecedentes).

iii) En caso que no hubiese acuerdo de Partes, la designación la efectuará la Unidad de PPP mediante sorteo público.

iv) Podrán someterse a la resolución del panel técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al contratista y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato.

v) Para someter una controversia al panel técnico no será necesario que el contratista presente en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas de ningún tipo (si los hubiere presentado y luego se acude al panel técnico, se entenderán desistidos).

vi) Los paneles técnicos se expedirán sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones. Las recomendaciones solo serán obligatorias para las Partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo que se prevea al efecto en el pliego o en el contrato.

vii) Si el panel técnico no se expidiese sobre la controversia dentro del plazo fijado en el pliego o en el contrato, cualquiera de las partes podrá someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el pliego o en el contrato (y sin perjuicio de los plazos de prescripción) a la justicia, o al tribunal arbitral si se hubiere previsto arbitraje. Lo mismo en el caso de que una de las partes manifestase su disconformidad con la recomendación del panel técnico.

Es importante destacar que en aquellos casos donde se hubiese previsto la existencia de un panel técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida a la justicia o un tribunal judicial sin que antes haya sido sometida al panel técnico, con la excepción de la extinción del contrato por razones de interés público, salvo el caso de requerimiento de medidas cautelares.

Como ya se adelantó, la Ley 27.328 prevé la posibilidad de acordar en un contrato determinado que todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos, pueden resolverse acudiendo a mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

Es importante que la ley haya habilitado la utilización de esta herramienta. No de manera obligatoria para todos los contratos, sino simplemente se permitiera la posibilidad de poder decidir incluir una cláusula arbitral en un determinado contrato.

Y para estos casos en que así se decidiera, la ley de PPP dispone que contra los laudos arbitrales solo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo en ningún caso dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del Artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales, en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico)⁹⁰. Obviamente que en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal, o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

El Senado de la Nación incorporó como exigencia al proyecto del Poder Ejecutivo que en caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Presidente de la Nación, y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.

Más allá de ciertas disidencias, parece existir consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la Constitución Nacional no prohíbe que el Estado comprometa en árbitro conflictos con particulares en materia de contratos administrativos o que involucren materia federal, siempre que una ley del Congreso así lo autorice con el único límite de las cuestiones que afecten el orden público⁹¹.

⁹⁰ Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, arts. 25 y ss.

⁹¹ Tal es el caso de la ley permanente de presupuesto que faculta al Poder Ejecutivo a comprometer en árbitros en materia de contratación de préstamos con organismos internacionales económico financieros en los que participe como miembro de la República Argentina, sin perjuicio de la discusión sobre si la emisión de bonos por parte del Estado Nacional se trata efectivamente de un contrato y, eventualmente, la naturaleza administrativa o de derecho privado que reviste. Cabe recordar que, si bien en relación con este tipo de préstamos a organismos internacionales,

En la Argentina, el juicio arbitral está regido en el Libro IV del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 736 a 765 CPCCN). No obstante, el arbitraje se origina en cláusulas contractuales pactadas por las partes, pudiendo someter el caso a un tribunal arbitral constituido al efecto, o bien a tribunales arbitrales institucionales —que ya se encuentran preestablecidos y que actúan conforme a reglas también ya pactadas a las que las partes se someten—, sean nacionales o internacionales.

No obstante ello, la Argentina suscribió (a partir de mayo de 1990) Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI”) con 57 países (Durand, 2013, p. 1.159). Luego, dando cumplimiento a lo previsto por la Constitución Nacional, estos acuerdos fueron ratificados por el Congreso⁹². Consecuentemente en 1994, se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio del CIADI”)⁹³. Bajo este esquema, los conflictos que surgen entre la Argentina y los inversores de países con los cuales se firmaron los TBI, se resolverán con los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyan para resolver las disputas en el marco institucional del CIADI.

Actualmente, tanto los tratados como el Convenio del CIADI continúan vigentes, por los que sus disposiciones se aplican a los inversores de los países signatarios que decidan hacer hoy una inversión en la Argentina, del mismo modo que se aplican a los inversores argentinos en aquellos países. El procedimiento arbitral en el marco del CIADI se rige por las propias disposiciones del Convenio del CIADI, y las Reglas de Inicio y Reglas de Arbitraje de 1967, reformadas en 1984. Una vez dictado el laudo final se convierte en definitivo, debe ser cumplido, y será considerado por todos los estados signatarios de la Convención como *una sentencia nacional*, lo que implica que no es necesario el trámite del *exequátur*⁹⁴.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

la Corte Suprema se inclinó en el caso “*Brunicardi*” por considerar que el empréstito público establece una relación de derecho público (CSJN, Fallos 319:2886). Ver TAWIL y MINORINI LIMA (2006, p. 35).

92 Cfr. Constitución Nacional, artículo 75, inc. 22.

93 Aprobado en la Argentina por medio de la Ley n.º 24.353, 28/07/1994.

94 Cfr. DURAND (2013, pp. 1.159-1.170).

Al tratarse de materia contractual, la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes debe necesariamente sujetarse a lo dispuesto en los pliegos y en el contrato, y así ha sido previsto en la Ley 27.328⁹⁵.

En cuanto a la aplicación la normativa general, se estipula la aplicación supletoria de las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, no se aplica la ley de responsabilidad del Estado n.º 26.944, que prevé la aplicación supletoria en materia de contratos administrativos⁹⁶, siendo una decisión muy acertada toda vez que esta ley de responsabilidad del Estado es sumamente restrictiva, y ello encarecería estos contratos de PPP. Por ejemplo, entre las cuestiones restrictivas de dicha ley se encuentra la limitación de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione su conducta legítima. O sea, aplicándose a un contrato, habilitaría a la exclusión del lucro cesante para el caso, por ejemplo, en que se decida la terminación anticipada de un contrato por razones de oportunidad del Estado, sin que media culpa alguna del contratista⁹⁷.

5. REGULACIÓN Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Las funciones de regulación y de poder de policía del Estado son indelegables, y así lo dispone en forma expresa la ley⁹⁸. El cumplimiento de los contratos de PPP se encuentran sujetos al control de la contratante, contando para ello con amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente⁹⁹.

A los efectos de reforzar el control de este tipo de contratos, el Senado agregó un nuevo artículo al proyecto del Poder Ejecutivo, el 22, que establece que la Auditoría General de la Nación deberá incluir en cada plan de acción anual la auditoría de la totalidad de los contratos de participación público privada existentes, su desarrollo y resultado,

95 Ver Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 11.

96 Ver Ley 26.944, art. 10.

97 Ver Ley 26.944, art. 5.

98 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 21.

99 Ídem.

La Subsecretaría de participación público privada (hoy Secretaría) dictó en noviembre de 2017 una Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas en el marco de los proyectos de PPP. Esta guía, aprobada por Disposición 1-E/2017, es una importante herramienta de autocontrol que debe ser respetada por los propios funcionarios. El control de su cumplimiento será un factor determinante para el buen éxito de las PPP en Argentina.

6. ÓRGANO RECTOR

Para que un régimen de PPP —como el sancionado— funcione, era necesario constituir un órgano rector, que tenga a su cargo la centralización normativa —reglamentación, guías de contratos, recomendaciones, etc.— del nuevo marco regulatorio.

Este órgano no debe ser en modo alguno un órgano concentrado de gestión de las PPP, porque no es política ni administrativamente conveniente que un solo órgano concentre la gestión de los contratos de PPP, de diversas materias específicas.

Nótese que la Ley 27.328 prevé la descentralización de la gestión de las PPP, como cualquier otro contrato administrativo. De manera que la gestión contractual corresponde a cada entidad o jurisdicción con competencia en la materia del contrato. Sin embargo, resulta importante que se conforme un equipo altamente especializado que pueda asesorar transversalmente a los distintos órganos que deban llevar adelante las contrataciones, prestando apoyo consultivo u operativo en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato.

Este órgano ha sido denominado en la Ley 27.328 “Unidad de Participación Público Privada”, teniendo entre sus funciones la de asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; asistir en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del sistema de PPP, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otras; asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, abarcando la realización de estudios de viabilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los contratistas, y asesorar a requerimiento de las entidades y jurisdicciones en el

diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos contratistas¹⁰⁰.

A los efectos de garantizar y fomentar la transparencia y la difusión, la Ley 27.328 establece que la Unidad de PPP deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de internet, con el fin de dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de la ley¹⁰¹.

La Guía para la Transparencia de estos contratos indica con claridad, en su punto 12, que resultarán fundamentales la publicación y difusión de actos administrativos, auditorías, informes relacionados con las licitaciones, pre-pliegos, pliegos y de la convocatoria para el llamado a licitación/concurso público. También resalta que será de vital importancia que toda la información relativa a los Proyectos de PPP en curso se encuentre centralizada y sistematizada en una plataforma electrónica, de fácil y rápido acceso y consulta, que permita otorgar mayor transparencia y que facilite el control social¹⁰².

El Decreto 936/2017, modificatorio del Reglamento de la Ley de PPP, le da a la unidad de PPP rango de subsecretaría de Estado, denominándose a partir de ese momento “Subsecretaría de Participación Pública Privada”.

7. LA COMISIÓN BICAMERAL DE SEGUIMIENTO DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

La Ley 27.328 ha creado la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, la que estará integrada por siete senadores y siete diputados del Congreso de la Nación, quienes serán elegidos por sus respectivos cuerpos, respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen.

La Comisión tiene como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de PPP a los de fines verificar el cumplimiento de la 27.328. A tal efecto, la Comisión deberá contar con acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este

100 Ver Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 28.

101 Cfr. Congreso de la Nación Argentina (16 de noviembre de 2016). Ley 27.328, art. 29.

102 Disposición 1-E, 2017 de la Subsecretaría de PPP.

régimen, no pudiendo oponérsele a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos.

Asimismo, la Ley 27.328 prevé que el titular de la unidad de PPP deberá concurrir anualmente ante dicha Comisión a los efectos de brindar un informe fundado sobre el estado de ejecución y cumplimiento de estos contratos.

VIII. LOS PRIMEROS CONTRATOS DE PPP CELEBRADOS: EL CASO RARS

I. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS RARS

En Argentina se han firmado seis contratos PPP, todos respecto de un mismo sector, el de las concesiones viales. En efecto, por medio de la Resolución 147-E/2018 el organismo Vialidad Nacional llamó a una licitación para adjudicar seis corredores viales que pertenecían a una primera etapa de un plan mayor, denominada "Proyecto de la Red de Autopistas y Rutas Seguras". Los contratos tienen como objeto la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los corredores viales.

Con motivo de ese proceso de selección se firmaron seis contratos PPP, todos de iguales características salvo en lo concerniente al pago, en el que hubieron ciertas diferencias debido al flujo de tránsito de usuarios de las mismas y su impacto en la capacidad de percepción de peaje.

A los fines de suscribir los contratos, los adjudicatarios debieron constituir sociedades de propósito específico a cargo de la ejecución del proyecto en forma única y exclusiva.

El esquema PPP consistió en contratos de quince años de duración, en los que se preveía construcción, operación y mantenimiento de los corredores. En los primeros cuatro años los contratistas debían completar las obras principales.

Estas obras principales son remuneradas mediante entrega de títulos irrevocables (títulos de inversión, TPI), en dólares estadounidenses, a emitirse trimestralmente al finalizarse cada período de inversión, contemplándose luego pagos semestrales una vez terminadas las obras principales. Estos TPI se ajustan por riesgo país, por única vez, al momento del cierre financiero.

En cuanto a la operación y mantenimiento, o sea, los servicios principales, son remunerados mediante la contraprestación por uso que deberán afrontar los usuarios (peaje) y, en caso de corresponder, adicionalmente una contraprestación por disponibilidad, instrumentada mediante la entrega de Títulos de Disponibilidad (TPD), en pesos argentinos, a emitirse mensualmente a partir de que la obra esté disponible. Estos TPD se pagan a partir de los quince días de su emisión¹⁰³.

A los fines de la emisión de los títulos antes referidos, por Decreto 153/2018 del Poder Ejecutivo Nacional se creó el Fideicomiso PPP, con una duración de treinta años, designándose como organizador y fiduciario al Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima (BICE). Este fideicomiso contendrá a su vez fideicomisos individuales para cada contrato de PPP. Así fue que luego se creó el Fideicomiso Individual PPP RARS¹⁰⁴. El Fideicomiso Individual PPP RARS, que tiene seis cuentas, una por cada contrato, estará integrado por un porcentaje del producido de la cobranza del impuesto sobre los combustibles líquidos y el dióxido de carbono, y el Tesoro de la Nación garantiza con eventuales aportes en el caso de que en un año determinado el fideicomiso no contara con fondos suficientes para afrontar sus compromisos.

Los contratos fueron adjudicados tomando en cuenta, además de los aspectos técnicos y económico financieros, los montos ofertados de pago por inversión, esto es, la oferta más conveniente tuvo en cuenta aquella que requirió el menor monto anual en dólares que los oferentes pretendían percibir en el año 2025, que integra el período de años en los cuales el pago por inversión encuentra su máximo anual, tomando en consideración el plan de obras principales.

En ocasión de la firma de los contratos de PPP, los contratistas debieron aportar diversas garantías, entre las cuales se encuentran la de obras, las de servicios principales, y la de cierre financiero. Esta última debe estar vigente desde la suscripción del contrato hasta la notificación del acto administrativo mediante el cual el ente contratante acepte el cierre financiero, o hasta cumplirse la fecha programada de cierre financiero, lo que ocurra primero.

Con relación al mecanismo de solución de controversias, se acudió a la modalidad de paneles técnicos contemplada en la Ley 27.328, eligiéndose

103 Hay tres contratos que prevén TPD (Corredores A, C y D).

104 Por su referencia a Red de Autopistas y Rutas Seguras.

para estos casos una composición de tres miembros: un ingeniero, un abogado y un especialista en ciencias económicas.

Por su parte, se estableció la jurisdicción arbitral para dirimir las controversias, siendo un tribunal unipersonal para aquellos reclamos cuantificables menores a diez millones de dólares estadounidenses, o un tribunal arbitral compuesto de tres miembros para aquellos asuntos que superen dicha suma, o cuando la controversia no fuere cuantificable. También podrá acudir a la instancia judicial de la República Argentina (justicia nacional en lo contencioso administrativo federal) en los casos en que cualquiera de las partes no cumpla con una recomendación del panel técnico, o se diere el supuesto de suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad (que está prohibido) o se haya extinguido el contrato por razones de interés público y se cuestione tal decisión.

2. EL IMPACTO DE LA CRISIS MACROECONÓMICA. LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS

Estos contratos sufrieron el impacto de una importante crisis macroeconómica que ha sufrido la Argentina a partir del año 2018, que ha ido agravándose mes a mes, y que ha impactado concretamente en la economía de los mismos y en la posibilidad de lograr el cierre financiero comprometido y el cumplimiento del cronograma de obras acordado.

Al momento de las ofertas, el índice Riesgo País que publica el JP Morgan estaba para Argentina en el orden de los 300 puntos, luego subió a los 800 puntos, y al momento de este trabajo había superado los 2.200 puntos. Este índice es un indicador que mide la diferencia que pagan los bonos del Tesoro de Estados Unidos contra las del resto de los países. De esta manera, el índice mide la sobretasa que debe pagar un bono frente al rendimiento de los títulos a 10 años que emite el Tesoro de los Estados Unidos.

Este incremento en el costo del financiamiento de los contratos alteró el cumplimiento de las obligaciones establecidas contractualmente. A ello se sumó una devaluación brutal del peso argentino con respecto al dólar estadounidense, y un fuerte incremento en la inflación del país.

Ello ha obligado a las partes a una renegociación de los términos de los contratos, lo que ha resultado en un proceso transparente que ha sido plasmado en una Adenda contractual, por medio de la cual se ha postergado el cierre financiero y se ha reprogramado el cronograma de obras. Esta mo-

dificación bilateral de los contratos era necesaria para los contratistas, pues iban a incumplir todos los términos contractuales, y quedaban expuestos a la ejecución de las correspondientes garantías, pero también para el propio Estado nacional, en la medida que si los contratistas obtenían el cierre financiero, en ese momento debían ajustarse los TPI por el riesgo país, el cual, al haber incrementado mucho, habría generado un aumento sideral en el costo de los proyectos.

Esta renegociación contractual ha demostrado que el régimen de PPP resiste los problemas macroeconómicos, está más fuerte que nunca, y que en definitiva se ha respetado el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera de los contratos.

REFERENCIAS

- AGUILAR VALDEZ (2005). Principios Jurídicos Aplicables a las Infraestructuras Públicas. En AA.VV. et al, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones RAP.
- AGUILAR VALDEZ (2005). Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas. En AA.VV. et al, *Organización administrativa, función pública y dominio público*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones RAP.
- ARAGONE RIVOIR (2006). "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, Madrid, España.
- ARIÑO ORTIZ (2004). *Principios de Derecho Público Económico*, 3.^a ed. ampliada. Granada, España: Comares.
- ARIÑO ORTIZ (2004). *Principios de derecho público económico*. Granada, España: Edit. Comares.
- AZARRI y VEGA OLMOS (28 de junio de 2016). Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley. *La Ley*.
- AZARRI y VEGA OLMOS, (28/06/2016). Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley. Bs. As., Argentina: La Ley.
- BARBIER (2002). Contrato de financiación de proyectos. En *Contratación Bancaria*, p. 201. Bs. As., Argentina: Ed. Astrea,

- BARRA (1988). *Contrato de Obra Pública*, t. III, p. 877 y ss. Bs. As., Argentina: Edit. Ábaco.
- BERCAITZ (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*, p. 409. Bs. As., Argentina: Edit. Depalma.
- BIELSA (1955). *Derecho administrativo*, II, p. 146 y ss. Bs. As., Argentina: Roque Depalma Editor.
- BRAGARD (2012). "Reflexiones sobre el financiamiento privado en los proyectos de participación público-privada. La utilización del mercado de capitales". En DURÁN MARTÍNEZ (Dir.) (s.f.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Bs. As., Argentina: LL Uruguay.
- CASSAGNE (1989). *El equilibrio económico financiero del contrato administrativo*, en REDA n.º 1, p. 32. Bs. As., Argentina.
- CASSAGNE (2006). *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- CASSAGNE (2009). *El Contrato Administrativo*. Bs. As., Argentina: Abeledo Perrot.
- CASSAGNE (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 10ª ed. Act. Prov. Bs. As., Argentina: La Ley.
- COMADIRA (1996). *Derecho administrativo*. Bs. As., Argentina.
- COMADIRA (2003). *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. Bs. As., Argentina: La Ley.
- DRUETTA y GUGLIELMINETTI (2008). "Ley Congreso de la Nación Argentina. (6 de octubre de 1947). Ley 13.064 de Obras Públicas". Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- DURAND (2013). "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia". En CASSAGNE (Dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. III (p. 1159). Bs. As., Argentina: La Ley.
- DURÁN MARTÍNEZ (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo* (p. 50). Bs. As., Argentina: LL Uruguay.
- ECHEVARRÍA PETIT (2012). "El contrato de PPP en el mundo anglosajón". En DURÁN MARTÍNEZ (Dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*. Bs. As., Argentina: LL Uruguay.
- ESCOLA (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*. Bs. As., Argentina: Depalma.
- ESCOLA (1981). *Contratos administrativos*, I, p. 452. Bs. As., Argentina Editorial Depalma.
- FANELLI EVANS (1989). *La Concesión de Obra Pública*, p. 18. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ciencias de la Administración.
- FARRANDO (2006). Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo. En AA.VV. et al., *La contratación pública*, II (p.777). Bs. As., Argentina: Hammurabi.
- FIORINI y MATA (1972). *La licitación pública*, Selección del Contratista Estatal. Bs. As., Argentina: Abeledo-Perrot.
- GORDILLO (1982). Los contratos administrativos. En AA.VV. et al, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, I, p. 17. Bs. As., Argentina: Astrea.
- GUGLIELMINETTI (2016). *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, REDA, n.º 107, p. 919. Ed. Abeledo Perrot.
- GUGLIELMINETTI y BENSADÓN (2005). Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada, ed, *Derecho Administrativo*.
- GUIRIDLIAN LAROSA (2004). *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*. Prov. de Bs. As., Argentina: Lexis Nexis.
- LUQUI (2013). La modificación ("Ius Variandi") del Contrato Administrativo. En CASSAGNE (Dir.). *Tratado general de los contratos públicos*, III (p. 8). Bs. As., Argentina: La Ley.
- MAIRAL (1999). La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico. *Revista El Derecho*.
- MARIENHOFF (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, III A. Bs. As., Argentina: Abeledo Perrot.
- MARIENHOFF. *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad*, ED 114-949.
- MESSNER (1967). *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, p. 949 y ss. Madrid, España: Rialp.
- PERRINO (2007). El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público. En AA.VV. et al, *La contratación administrativa* (pp. 1.128-1.129). Bs. As., Argentina: Hammurabi.

- PERRINO (2011). Calidad Institucional y Desarrollo de Infraestructura Pública. En AA.VV. et al, *Cuestiones de Intervención Estatal*, p. 115. Bs. As., Argentina: ed. Rap.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2006). *Ejecución y financiación de obras públicas*. Navarra, España: Thomson-Civitas.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012). "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos". En GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de la contratación pública*. Cizur Menor: Thomson-Civitas. ISBN: 978-84-470-4033-9.
- VILLARRUEL (2013). El rescate en los contratos administrativos. En CASSAGNE (Dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, III. Bs. As., Argentina: La Ley.
- YESCOMBE (2007). *Public-private partnerships. Principles of policy and finance*. Ed. Elsevier.

CAPÍTULO 4 REGULACIÓN DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS