

DIRECTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

Estela B. Sacristán

Bianchi - Alberto Biglieri -
Agustín Gordillo - Roberto
Cortés - Jorge H. Sarmiento
awil

Buteler - Ariel Cardaci
Karina Cicero - Juan
inoza Molla - Ana Patricia
ustavo E. Silva Tomayo

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

Muñoz Machado (España)
tín Rebollo (España)
oderne (Francia)
ora de Bieusses (Francia)
rzuoli (Italia)
o. Sorace (Italia)
ri (Italia)
andelli (Italia)
Bejar Rivera (México)
ós Ordóñez (Perú)
Martin Tirado (Perú)
al (Portugal)
Brewer-Carías (Venezuela)
rnández Mendible (Venezuela)

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© ABELEDOPERROT S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: 0810 222 5253

Ventas
Casa Central
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

Local I Facultad de Derecho - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel / Fax: (011) 4806-5106

Centro Digital Legal One
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel / Fax: (011) 4803-2468
Junín 747 - Tel.: (54-11) 4373-4409 / 4372-5572

tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina, Printed in Argentina.*

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tomayo

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC)
Buenos Aires
Argentina

ISSN 1851-0590
RNPI 5074816

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)	Santiago Muñoz Machado (España)
Christian Pielow (Alemania)	Luis Martín Rebollo (España)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)	Franck Moderne (Francia)
Odete Medauar (Brasil)	Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Fabio Medina Osorio (Brasil)	Carlo Marzuoli (Italia)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)	Domenico Sorace (Italia)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)	Aldo Travi (Italia)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)	Luciano Vandelli (Italia)
Felipe de Vivero (Colombia)	Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)	Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)	Richard Martin Tirado (Perú)
Consuelo Sarria (Colombia)	Lino Torgal (Portugal)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)	Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Tomás Ramón Fernández (España)	Víctor Hernández Mendible (Venezuela)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)	

SUMARIO

TEMA SELECCIONADO: LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Los riesgos en el contrato de concesión, APP y PPP. Consideraciones generales Por Julio César Crivelli	371
El régimen de participación público-privada Por Ezequiel Cassagne	385
Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada Por Pablo E. Perrino	413
Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328 Por Juan Carlos Cassagne	433

ESTUDIOS

Breves anotaciones sobre la influencia del derecho de la Unión Europea en la liberalización de los servicios públicos en redes Por José Sebastián Kurlat Almar	443
Destitución de funcionarios públicos en caso de violación de deber de reserva Por Pablo Schiavi	455
Reclamo administrativo previo y prescripción liberatoria: una teoría con perspectiva local Por Lisandro Yolis	467
La nulidad del acto administrativo por vulneración del debido proceso previo: los dictámenes Por María Gisele Cano	489
El principio de formalismo moderado a favor del oferente en el marco de un procedimiento licitatorio Por Manuel Alderete	501

LEGISLACIÓN ANOTADA

ACORDADA 42 (C.S.J.N.) / Corte Suprema de Justicia de la Nación – Acceso a la información, publicidad y transparencia de la gestión pública – Norma complementaria de la Ley Nacional 27.275..... 505

La Corte Suprema y la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública. Acordada 42/2017

Por **Marcela I. Basterra** 510

DECRETO 72 / Administración Pública Nacional – Reglamento de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional – Comités de Control Interno y Unidades de Auditoría Interna – Modificación del Anexo del dec. 1344 – Derogación de los arts. 4, 5 y 6 del dec. 971/93, de los arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del dec. 1272/94 y del art. 2 del dec. 619 517

La designación de los auditores internos en una nueva reglamentación: luces y sombras

Por **Alejandra M. Santos** 517

DECRETO 936 / Contratos de Participación Público Privada – Definiciones – Reglas – Licitación – Solución de controversias – Subsecretaría de Participación Público Privada – Norma complementaria del dec. 808 – Modificación del Anexo I del dec. 118 525

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contratos PPP (decreto 936/2017)

Por **Julio C. Durand** 525

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Por **Estela B. Sacristán y María Eugenia Zacagnino** 535

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Por PABLO E. PERRINO

I. Introducción

En este trabajo nos centraremos en el estudio del régimen de prerrogativas de la Administración contratante en la legislación de Contratos de Participación Público Privada (contratos de PPP)¹, ley 27.328², dictada en noviembre de 2016 con el objetivo de alentar las inversiones privadas³

¹ Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de los contratos de PPP, se los puede definir como: "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, 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" (ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "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 [REDETI]*, nro. 25, Madrid, 2006, ps. 11 y ss.). Explica De La Riva que "[u]na de las constantes más destacadas que se viene observando a nivel macroeconómico en la mayor parte de los países occidentales en los últimos años reside en la preocupación por intentar armonizar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de proyectos de infraestructura, con vistas a sumar las ventajas que pueda aportar cada una de esas órbitas. El objetivo consiste en identificar el esquema de articulación más apto para cada proyecto en particular, de modo de dar con la distribución de las cargas y riesgos que resulte más eficiente de cara a cada proyecto. Así nació la figura de la asociación público-privada, conocida también por las siglas "app", o "ppp" en razón de su denominación en inglés (*public-private partnership*). Esta expresión, en realidad, hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos". (De LA RIVA, Ignacio M., "Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nro. 17, primer semestre/2017, ps. 193 y ss. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/5698>).

² La ley 27.328 (BO 30/11/2016) fue reglamentada por el dec. 118/2017 (BO 20/02/2017), texto modificado por el dec. 936/2017 (BO 15/11/2017). Ver: LAU ALBERDI, Jerónimo, "El régimen de Participación Público-Privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2017, nro. 12.

³ Si bien el Estado suele participar en el financiamiento de la infraestructura pública, tal como ha ocurrido en nuestro país en los últimos tiempos, es una realidad incontrastable que los presupuestos estatales no tienen capacidad para cubrir la totalidad de las innumerables y diversas demandas existentes al respecto, ya que también deben satisfacerse otras necesidades básicas de la población como las atinentes a la salud, seguridad social, educación y seguridad, etc. cuya atención por parte del Estado, resulta prioritaria e indeclinable. De ahí que, al esfuerzo estatal en el ámbito de la infraestructura debe sumársele el aporte del sector privado a fin de financiar y desarrollar las obras y los servicios públicos que requiere la sociedad.

necesarias para dar respuesta al grave déficit que nuestro país tiene en materia de infraestructura⁴ y servicios públicos⁵.

Desde ya adelantamos que, dicho marco normativo contempla un razonable equilibrio entre las prerrogativas administrativas y los derechos de los contratistas. Con ello lo que el legislador persigue es generar la seguridad jurídica⁶ imprescindible para la concreción de relaciones contractuales de largo aliento, con prestaciones de gran complejidad y magnitud y que requieren la inversión de altas sumas de dinero del sector privado⁷.

II. Los contratos de PPP en la legislación argentina

En el art. 1º, 1º párrafo de la ley 27.328 se definen a los contratos de PPP como "aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la ley 24.156⁸ y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica"⁹.

⁴ Con la expresión infraestructuras públicas hacemos referencia a toda obra o instalación vinculada a la explotación de un servicio público o que está destinada a un uso general. Sobre el alcance y el desarrollo de esta expresión ver: VILLAR EZCURRA, José L., "Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos", en AA.VV., *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ariño & Almoguera, Abogados (EDS), Montecorvo, Madrid, 2001, ps. 69 y ss.

⁵ "En la Argentina la inversión en infraestructura como porcentaje del PIB cayó a la mitad en la última década. Particularmente, la participación del sector privado como proporción del producto se redujo ocho veces en relación con la anterior década" (CASTRO, L. - SZENKMAN, P. - LOTITTO, E. [marzo de 2015], "¿Cómo puede cerrar el próximo gobierno la brecha de infraestructura?", *Documento de Políticas Públicas/Análisis* nro. 148. Buenos Aires: CIPPEC; ver: The Economist-Intelligence Unit, *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2017 Infrascope*. EIU, Nueva York, NY (http://infrascope.eiu.com/wp-content/uploads/2017/02/EIU_IDB_INFRASCOPE_2017-FINAL-1.pdf, fecha de acceso 28/12/2017).

⁶ Como afirma Ezequiel Cassagne: "El eje de toda regulación de APP debe residir 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" (CASSAGNE, Ezequiel, "Las asociaciones público privadas en la Argentina", RDA, nro. 107, Buenos Aires, 2016, ps. 923 y ss.).

⁷ GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la Asociación Público-Privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", RDA nro. 107, Buenos Aires, 2016, ps. 855 y ss.

⁸ Según el art. 8º de la ley 24.156 el Sector Público Nacional está integrado por: "a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional".

⁹ Como señala De La Riva, las técnicas de asociación a alianzas público privadas configuran un instrumento formal destinado a dar cabida al encuentro entre los intereses de los sectores público y privado, lo cual justifica plenamente que se aluda a ella como una verdadera asociación. Tanto el sector público como el privado tienen importantes aportaciones que hacer para la concreción de los grandes proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, resulta tan errado pensar que la participación del sector privado se

El objeto de los contratos de PPP puede versar sobre el diseño, la construcción, la ampliación, la mejora, el mantenimiento, el suministro de equipamientos y bienes, la explotación u operación y el financiamiento del proyecto que se contrate¹⁰.

Este tipo de contratos son instrumentos alternativos a las modalidades contractuales tradicionales para la provisión de infraestructuras, bienes y servicios públicos, tales como los contratos de obra pública, de concesión de obra pública y de suministro¹¹.

Los contratos de PPP se suelen caracterizar por su complejidad, tanto en lo que se refiere a las prestaciones que incorporan, como a los sujetos participantes (públicos y privados), la duración relativamente larga del proyecto a realizar¹², el modo de financiación, que debe recaer preponderantemente en el sector privado, y la modalidad de asignación de los riesgos entre cada una de las partes contratantes.

Por las singularidades mencionadas de estos contratos es evidente que la forma en que se regulen las prerrogativas de la Administración contratante y los derechos de los contratistas e inversores constituye una cuestión de suma importancia, por lo que, de no estar razonablemente regulado, puede aumentar considerablemente la exposición a riesgos¹³ y llegar al punto de encarecer el proyecto e, incluso, tornarlo inviable¹⁴.

Es que, si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público, debido a la cuantía y a los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos, diversos¹⁵ y pueden afectar la ecuación económica financiera del contrato¹⁶.

debe limitar a brindar el financiamiento necesario para que el proyecto pueda concretarse como percibir a la APP como una suerte de velada "privatización por ósmosis" o "privatización soft". Se trata, en suma, de una auténtica alianza en la que cada parte tiene un papel relevante y distinto que desempeñar" (DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Es la 'participación público-privada' (PPP) un nuevo contrato administrativo?", *El Derecho Suplemento El Derecho Administrativo*, del 03/05/2017).

¹⁰ Art. 1º, párr. 2º de la ley 27.328. Según lo dispone el art. 1º, párr. 3º de la ley 27.328: "Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia".

¹¹ En tal sentido, el art. 2º de la ley 27.328 dispone: "Los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el dec. 1023/2001 y sus modificatorias". Por tal motivo, en el art. 31 de la ley 27.328 se dispone que a los contratos de PPP no les son de aplicación directa, supletoria ni analógica, las citadas normativas.

¹² El plazo del contrato suele ser extenso porque debe permitir la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y la utilidad razonable del contratista. El art. 4º, inc. d de la ley 27.328 dispone que el plazo del contrato de participación público-privada no puede superar, en ningún caso, los treinta y cinco años de duración, incluyendo las eventuales prórrogas.

¹³ En tal sentido ha señalado Cassagne: "Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no solo porque este es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras" (CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., ps. 274-275).

¹⁴ Corporación Andina de Fomento, "Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en proyectos de participación público-privada para América del Sur. Sector transporte", 2008, p. 198, <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01701.pdf>.

¹⁵ Hay riesgos comerciales, de desarrollo del proyecto, de operación, financieros, regulatorios y políticos, derivados de situaciones de fuerza mayor, etcétera.

¹⁶ En tal sentido, han puesto de resalto Levy y Spiller que la principal diferencia entre los activos de infraestructura y otros tipos de capital está dada por el gran número de imperfecciones de mercado que

La construcción de infraestructura requiere la inversión de ingentes sumas de dinero para su desarrollo, las cuales, usualmente, deben erogarse en la etapa inicial del contrato y una vez invertidas, quedan definitivamente afectadas al destino para el cual han sido aplicadas. Se trata, como suele decirse, de costos hundidos, cuya recuperación y amortización suele demandar períodos de extensión muy considerables. De ahí que, la adecuada asignación de estos riesgos resulte determinante para minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos¹⁷.

Algunos de los riesgos más importantes que se ven expuestos los contratistas y financiadores derivan de medidas que pueden adoptar las autoridades públicas en ejercicio de las tradicionales prerrogativas con que cuenta la Administración contratante durante la ejecución de los contratos públicos, tales como la de modificar el contrato y extinguirlo por razones de oportunidad y de ilegitimidad¹⁸.

III. Riesgos contractuales y ecuación económico-financiera

Un elemento clave en la contratación pública es el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera, derecho cuyo origen se remonta al famoso caso resuelto por el Consejo de Estado Francés "Cie, Général Française des Tramways", el 11/03/1910, en el cual se sostuvo, en las conclusiones del Comisario de Gobierno Léon Blum, que es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al cocontratante y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al cocontratante y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato¹⁹.

El concepto mismo de ecuación económica-financiera, entendida como "la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes"²⁰, muchos de los cuales —agregamos— son consecuencia de los riesgos y contingencias asumi-

caracteriza el sector de la infraestructura, lo que hace que la acumulación y operación de estos activos hagan necesario contar con normas que regulen la interacción de las partes y, por tanto, una amplia intervención del Estado. Entre las imperfecciones de mercado que estos autores identifican en la provisión de servicios de infraestructura se encuentran la presencia de activos hundidos (con altos capitales invertidos), que no pueden ser desmontados una vez instalados, tecnologías con importantes economías de escala y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último punto alienta a la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos, no solo para solucionar imperfecciones y externalidades sino como instrumento de política económica (p. ej., para redistribuir el ingreso). LEVY, Brian - SPILLER, Pablo T., "A framework for resolving the regulatory problem", en LEVY, Brian - SPILLER, Pablo T. (eds.), *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, ps. 1 y ss.

¹⁷ Como es evidente, ello tiene importantes repercusiones en el costo de capital y la remuneración del contratista.

¹⁸ La experiencia revela que, generalmente, se emplean en los momentos de mayor debilidad del contratista, como es cuando la inversión principal ya ha sido realizada y la infraestructura ha sido construida.

¹⁹ LONG, Marceau [et al.], "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", Ed. Dalloz, París, 2009, 17ª ed., ps. 131 y ss.; ver LAUBADERE, André de, "Traité Théorique et pratique", Librairie Générale de Droit et Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

²⁰ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., t. III-A, p. 470.

dos²¹, lleva implícito el derecho del contratista a su mantenimiento y restablecimiento frente a aleas administrativas o económicas que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato²².

Se trata de un derecho de los contratistas que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 de la CN) y, fundamentalmente, la que establece que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 de la CN)²³. Dichas garantías vienen a compensar el peso de las prerrogativas, inusuales en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público²⁴. Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos²⁵.

Obviamente, el principio del equilibrio económico financiero no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficits o malos resultados de la gestión contractual²⁶, pues este debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deri-

²¹ Los riesgos válidamente asumidos son, junto con los demás derechos y obligaciones convenidos, elementos constitutivos de la ecuación económica contractual. Por tanto, no pueden ser ulteriormente modificados —ni para atenuarlos, suprimirlos, incrementarlos o trasladarlos a la otra parte— puesto que se alteraría la ecuación económica financiera, con la consiguiente afectación para uno de los contratantes.

²² Conf. RODRÍGUEZ, Libardo R., "El equilibrio económico en los contratos administrativos", Ed. Temis, Bogotá, 2012, 2ª ed., ps. 25/27 y ps. 32/37. "Esta 'garantía' del cocontratante particular o 'sujeción' de la Administración es parte del régimen exorbitante propio de los contratos administrativos y balancea las prerrogativas estatales vinculadas a la ejecución del contrato, especialmente la potestad modificatoria, que es la que ha dado origen a la formulación teórica de dicha garantía". (GUGLIELMINETTI, Ana P., "Prerrogativas y garantía contractuales a través del prisma del financiamiento privado", RDA nro. 107, Buenos Aires, 2016, ps. 903, y ss.).

²³ Explica Cassagne que "existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de principios jurídicos dogmáticos propios del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas", como son el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y el de continuidad en la ejecución de los contratos (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", cit., t. II, p. 460). Seguidamente, afirma el citado jurista que "si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea causa del alea administrativa provocada por hechos del propio Estado (*factum principis*) o el alea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta lógico otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos una carga que no pesa sobre las demás personas" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit.).

²⁴ Bien se ha dicho que "en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación" (RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nro. 12, 2008, p. 795).

²⁵ ESCOLA, Héctor J., "Tratado integral de los contratos administrativos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 453.

²⁶ En este sentido, la sala III de la Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed. sostuvo: "La ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficit de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume. Es solamente la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar. Por tal motivo, cuando las variaciones de costos se instrumentan a través de fórmulas polinómicas

ven del alea normal del negocio²⁷. En tal sentido se ha señalado: "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"²⁸.

La ecuación económica financiera del contrato puede verse alterada como consecuencia de riesgos anormales originados muchas veces por la intervención directa o indirecta del Estado en la ejecución del contrato (v.gr., modificación o extinción anticipada del contrato por razones de interés público, hecho del príncipe, etc.)²⁹.

Dada la importancia de la ecuación económica financiera en los contratos de PPP la legislación argentina y su decreto reglamentario contienen diversas disposiciones tendientes a su adecuada preservación. Así, en el art. 9º, inc. f) se dispone que, sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener, entre otras previsiones, "los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato".

A su vez, en la reglamentación de esta norma se determina: "El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando esta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, esta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará

incorporadas al contrato, ambas partes deben aceptar sus resultados sea que impliquen un aumento o una reducción de los precios ofertados al momento de la licitación" (causa "Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación", sent. del 31/03/1999, LA LEY, 2000-C, 159). En igual sentido se pronunció la sala IV de la mencionada Cámara de Apelaciones en la causa "Compañía Misionera de Construcciones SA c. Dirección Nacional de Vialidad", sent. del 27/04/1998, LA LEY, 1999-A, 162.

²⁷ Conf. SCBA, causa "Hormigovial SA c. Municipalidad de la Plata", sent. del 27/06/2007, LLOnline: 70041774. Distinta es la situación que se presenta frente a riesgos imprevisibles y ajenos al contratista y que pueden provenir de aleas extraordinarias o económicas cuyas consecuencias perjudiciales él no está obligado a soportar en beneficio de la comunidad, sin la respectiva y pertinente compensación (ESCOLA, Héctor J., ob. cit.).

²⁸ CASSAGNE, Ezequiel, "Las asociaciones público-privadas en la Argentina", RDA, nro. 107, Buenos Aires, 2016, ps. 923 y ss.

²⁹ La doctrina es conteste en sostener que las causales que pueden provocar el quiebre de la ecuación económico-financiera de los contratos administrativos son, básicamente, los supuestos que dan lugar a la *potestas variandi*, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión (VEDEL, Georges, "Derecho administrativo", Ed. Aguilar, Madrid, 1980, ps. 209/212; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., ps. 473/474; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 1997, 8ª ed., t. II, ps. 728 y ss.; BREWER CARIAS, Allan R., "Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica", Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, t. III, ps. 770 y ss., CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 460 y ps. 463 y ss.; en igual sentido se pronuncia Ariño Ortiz, Gaspar, aunque incorporando también entre las causales de ruptura al error calculi ("Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 248). La inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual por la Administración contratante suscita un supuesto de responsabilidad contractual, la cuales es, entonces, la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios *lex contractus* y de la fuerza obligatoria del contrato expresamente receptados en la contratación civil y plenamente [...] imperantes en la contratación pública" (PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, ps. 186 y ss.).

que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP³⁰.

Además, en el art. 9º, inc. b) de la ley 27.328 se exige que en los pliegos y en la documentación contractual se regule: "El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para 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, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato".

Asimismo, en el art. 9º, inc. s) de la legislación citada se contempla la *exceptio non adimpleti contractus*³¹, al disponerse que en el pliego o en el contrato se deberá regular "s) La facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia"³².

IV. Las prerrogativas de la Administración contratante en los contratos de PPP

Si bien la ley 27.328 contempla la mayoría de las clásicas prerrogativas³³ de la Administración contratante [dirección, inspección y control, sancionatoria, modificación del contrato por razones de interés público, resolución por razones de interés público³⁴, etc.], prevé diversas limitaciones a su ejercicio, que operan como garantías en favor de los contratistas y financistas, a fin de equilibrarlas razonablemente, desalentar su ejercicio abusivo y proteger la ecuación económica financiera de los contratos.

Probablemente, una de las garantías más importantes que alcanza a todas las prerrogativas administrativas, que aspira a dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes, radica

³⁰ Art. 9º, inc. 7º, Anexo I del dec. 118/2017. También en la reglamentación, al regularse la contraprestación del contratista se dispone: "El Contrato PPP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la Contraprestación por variaciones de costos incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos no financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, éstos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el Pliego o en el Contrato PPP" (art. 9º, inc., 6, apart. c, Anexo I del dec. 118/2017).

³¹ Cassagne ha señalado que, "salvo el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en lo estrictamente inherente a su continuidad, la *exceptio* no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que aquella reposa (la reciprocidad obligacional)". (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, ps. 455/456).

³² Como acertadamente se ha escrito: "resulta necesario establecer en cada contrato cuantitativa y cualitativamente cuáles son los incumplimientos —en su magnitud— que habilitan al contratista a invocar la excepción de incumplimiento, y muy especialmente cómo se articula esta potestad con el deber de continuidad de la prestación cuando se trata de contratos vinculados con la prestación de servicios públicos". (GUGLIELMINETTI, Ana P., "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", RDA, nro. 107, Buenos Aires, 2016, ps. 903, y ss.).

³³ Señala Cassagne: "Una de las diferencias más notorias —en relación con los contratos privados— que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo radica en la existencia de prerrogativas a favor de la Administración (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 449), las cuales tiene su razón de ser por "el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración" (RODRÍGUEZ ARANA, Xaime, "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2008, 12: 795-812). Y ese "interés público o general en el que se fundan las prerrogativas se conecta directamente con el fin específico del contrato al que está vinculada la potestad de la Administración, lo que impide su ejercicio espurio" (MEILÁN GIL, José L., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos Propuesta de revisión", *Revista de Administración Pública*, ps. 11 y ss.).

³⁴ BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 7ª ed. actualizada por Roberto E. LUQUI, t. II, ps. 956 y ss.

en que la Administración contratante solo puede ejercer válidamente aquellas prerrogativas regladas en las normas que regulan los contratos de PPP (esto es, la ley 27.328, su reglamentación y los pliegos de bases y condiciones) y en la medida en que estén contempladas en forma expresa en los contratos³⁵. Así lo dispone claramente el art. 9° de la ley 27.328³⁶. De tal modo, y como lo propugna Cassagne³⁷, ello descarta la posibilidad de que se invoquen prerrogativas implícitas o virtuales en los contratos de PPP³⁸. Es que, como acertadamente afirma Rodríguez Arana, "las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa (...) no del contrato, sino de la ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida *ex lege* para atender los intereses públicos (...).

Las prerrogativas de la Administración en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada, ya que solo la ley puede conferir potestades que modulen el contenido de las relaciones contractuales reguladas por la propia ley"³⁹.

³⁵ Se ha señalado que ello es necesario en los contratos de PPP para poder realizar una evaluación correcta de riesgos que permita llevar adelante una precisa valuación de costos y una pertinente consideración sobre las posibilidades de financiamiento del proyecto involucrado (AZZARRI, Juan Cruz - VEGA OLMOS, Jimena, "Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley", LA LEY 2016-D, 784).

³⁶ En el art. 9° se dispone que, sin perjuicio de lo que se disponga en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener previsiones en las que se regulen los aspectos esenciales de los contratos, tales como las atinentes al plazo y su prórroga, el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, las obligaciones del contratante y del contratista, los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria, la forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración, los aportes que la contratante se comprometa a efectuar, la facultad de la Administración Pública contratante para efectuar unilateralmente variaciones al contrato solo en lo referente a la ejecución del proyecto, las garantías de ingresos mínimos para el caso de haberse decidido establecerlas; las garantías de cumplimiento del contrato, las causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago, la posibilidad de ceder o de dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, así como la titularización de los flujos de fondos pertinentes; los requisitos y condiciones según los cuáles la contratante autorizará la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico, y del control de los certificados de participación en el caso de fideicomisos, la facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia, la facultad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero, la facultad de subcontratación, los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado nacional al extinguirse el contrato y los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato.

³⁷ En este sentido Cassagne ha señalado: "no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos. Lo que sí existe son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Públicas derivadas del ordenamiento general que constituyen el régimen administrativo" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. I, p. 518 Asimismo ha puntualizado que, del hecho de considerar que las prerrogativas estatales integran el régimen que rige el contrato administrativo, no puede desprenderse la inclusión en aquel de las cláusulas exorbitantes implícitas, pues las prerrogativas de poder público surgen siempre, en forma expresa, del ordenamiento jurídico [CASSAGNE, Juan Carlos, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)", ED, 181-942].

³⁸ Para una crítica de la tesis tradicional del contrato administrativo y de las cláusulas exorbitantes implícitas ver: MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179-655.

³⁹ RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Xaime, "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, 12, ps. 795

No está de más señalar que, tal como lo prescribe el art. 31 de la ley 27.328, no son de aplicación directa, supletoria ni analógicamente a los contratos de PPP las disposiciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, dec. 1023/2001⁴⁰ y sus modificaciones, ni las de la legislación de obras públicas, Ley 13.064, concesiones de obras públicas, Ley 17.520 y sus modificaciones. Por tanto, ante tan enfática declaración del legislador, no queda duda que no son de aplicación en los contratos de PPP las normas de los mencionados ordenamientos jurídicos que regulan las prerrogativas de la Administración y los derechos y obligaciones de los contratistas, cuyo régimen difiere en parte del previsto en la ley 27.328.

En los acápites siguientes examinaremos aquellas prerrogativas de la Administración contratante a las que la ley 27.328 le ha dado un especial tratamiento.

IV.1. Prerrogativa modificatoria

La prerrogativa de modificar el contrato de PPP por razones de interés público está prevista en el art. 9º, inc. i) de la ley 27.328, en el cual se precisa que solo puede ser ejercida "en lo referente a la ejecución del proyecto, y ello por hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento".

Lógicamente, y como se desprende de la norma citada, esta prerrogativa no es ilimitada. Es que, si no existieran límites quedaría desvirtuada la noción misma del contrato⁴¹.

En primer lugar, y como es obvio, el ejercicio de la prerrogativa modificatoria debe ser razonable, no abusivo o arbitrario⁴² y estar debidamente justificado en concretas razones de interés público⁴³, que son en definitiva el fundamento y razón de ser de su existencia⁴⁴.

En segundo lugar, la modificación del contrato no puede afectar su propia sustancia o esencia⁴⁵, porque de lo contrario se desnaturalizaría su objeto y se arribaría a la conformación de uno diferente, respecto del cual el contratista no ha dado su consentimiento⁴⁶. De ahí que si la

y ss. En igual sentido ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos, "La contratación estatal", *Gaceta Jurídica*, Lima, 2016, ps. 591/593; HUAPAYA TAPIA, Ramón, "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú)", *Revista Ius et veritas*, nro. 46, julio 2013, ps. 284 y ss. Ver también: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Prerrogativas exorbitantes?", *Estudios de Derecho Administrativo*, 2013, nro. 8, La Ley Uruguay, ps. 564 y ss.

⁴⁰ BO 16/08/2001. El régimen reglado en el dec. 1023/2001 se aplica a los siguientes contratos: "a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias" (art. 4º).

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 400.

⁴² CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 450.

⁴³ Como dice Marienhoff, la finalidad alegada para introducir la modificación debe ser cierta, sincera, verdadera, y no encubrir una traición al fin legal, determinante de una desviación de poder. (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 402).

⁴⁴ COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P. (coord., colab. y act.), "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 888.

⁴⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 464.

⁴⁶ DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 527.

Administración altera de manera irrazonable el contrato, el contratista tiene derecho a solicitar su rescisión y el pago de los perjuicios que dicho comportamiento le hubiera producido⁴⁷.

La modificación que la Administración Pública puede introducir en un contrato de PPP puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación. Así surge expresamente del art. 9º, inc. i) de la ley 27.328 antes transcripto. Dichas modificaciones pueden incidir sobre diversos aspectos del contrato, tales como: a) la duración; b) el volumen o cantidad de la prestación; c) las condiciones, forma y modo de la ejecución del contrato (v.gr., sustitución de una técnica por otra nueva)⁴⁸.

Además, la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato debe recaer sobre las prestaciones debidas por el contratista. Los términos contractuales que la Administración puede novar son los que configuran y delinean el objeto del contrato que debe realizar el contratista⁴⁹. De tal modo, no alcanza a las obligaciones asumidas por la Administración⁵⁰, salvo cuando ello fuera la consecuencia de la modificación de la prestación a cargo del contratista.

El apartamiento de la Administración de los términos en que se materializan sus obligaciones contractuales, y en especial las cláusulas que definen los elementos financieros⁵¹, trasuntan, *prima facie*, un supuesto de incumplimiento contractual.

Asimismo, otra limitación concierne a la necesidad de respetar el equilibrio económico-financiero original del contrato de PPP, tal como lo requiere el art. 9º, inc. i) de la ley 27.328. De lo contrario, de alterarse aquel, el contratista tiene el derecho, y la Administración la obligación, de recomponerlo. Ello es lógico porque el poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del contratista⁵².

La compensación pecuniaria al contratista como técnica de aseguramiento del equilibrio económico financiero del contrato se convierte así en contrapunto al poder de modificación, de suerte tal que su ejercicio debe siempre acompañarse de la correspondiente contrapartida económica que materialice nuevamente la equivalencia honesta de las prestaciones.

Según el art. 9º, inc. 8º) del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328, la alteración provocada por la modificación deberá ser compensada "al Contratista PPP mediante la modificación de algún factor del régimen económico del Contrato PPP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero [0], todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto".

Es dable advertir que el art. 9º, inc. i) de la ley 27.328 exige que al ejercitarse la prerrogativa modificatoria se preserven "las posibilidades y condiciones de financiamiento" del contrato de

⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 400; ESCOLA, "Tratado integral de los contratos administrativos", ob. cit., t. I, p. 397; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 450.

⁴⁸ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 399; y COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P. (coord., colab. y act.), ob. cit., p. 890.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de derecho administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 704.

⁵⁰ HORGUÉ BAENA, Concepción, "La modificación del contrato administrativo de obra: el *ius variandi*", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 40. La potestas *variandi* no puede usarse, p. ej., para producir una variación del precio del contrato, o la no puesta a disposición, en su caso, de los medios materiales o jurídicos que definieron los derechos del contratista (disponibilidad de los terrenos, licencia de obras, etc.).

⁵¹ En Francia se ha sostenido que el ejercicio de la potestad de modificación del contrato no puede jamás recaer sobre las cláusulas financieras (RICHER, Laurent, "Droit des contrats administratifs", LGDJ, 2006, 5ª ed., ps. 254 y ss.).

⁵² SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "El *ius variandi* y los contratos de la Administración", en AA.VV., *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 240.

PPP. Esto es clave porque una característica fundamental de este tipo de contratos es que el contratista privado asume la obligación de proveer el financiamiento total o parcial del proyecto⁵³.

IV.2. Prerrogativa sancionatoria

Respecto de la prerrogativa de sancionar a los contratistas por sus incumplimientos contractuales, corolario de la prerrogativa de dirección, inspección⁵⁴ y control⁵⁵, cabe advertir que ni la ley ni la reglamentación contienen un catálogo de los incumplimientos y las sanciones pertinentes. Todo ello debe ser contemplado en la documentación contractual. De este modo, se contractualiza el régimen sancionatorio que no depende entonces de una potestad *ex lege*, sino de una prerrogativa que surge del propio contrato.

Así, en el inc. d) del art. 9º de la ley 27.328 se exige que se regulen en el pliego o en el contrato "[l]os mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria". A su vez, en la normativa reglamentaria⁵⁶ se dispone que en el pliego o en el contrato debe detallarse todas las sanciones que pueden ser de aplicación al contratista y que queda prohibido aplicar sanciones no previstas en el pliego o en el contrato o exceder los límites allí dispuestos⁵⁷.

Como se puede apreciar con claridad meridiana, las disposiciones mencionadas descartan por completo la posibilidad de que se invoquen, en el marco de los contratos de PPP, sanciones no reguladas o más gravosas que las establecidas en los documentos contractuales, producto de la invocación *ex post facto* de una prerrogativa o cláusula de la Administración implícita o virtual.

A su vez y en lo que concierne a la forma en que deben ser aplicadas las sanciones, con la finalidad de desterrar una mala práctica administrativa en el reglamento se precisa: "En el análisis de los incumplimientos, el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento, ni tampoco podrá multiplicar las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho".

La normativa reglamentaria⁵⁸ también contiene algunas sanas disposiciones atinentes al procedimiento administrativo para la aplicación de sanciones, que persiguen resguardar el dere-

⁵³ Arts. 1º, 2º párr. y 9º, inc. 9º, del Anexo I del dec. 118/2017.

⁵⁴ Afirma Delpiazzo que el "poder de dirección y control no es ilimitado sino que está acotado, en primer lugar, por el objeto del contrato. Pero además no es un poder de principio, de manera tal que la Administración no puede ejercer poderes de orientación y de fiscalización, si ellos no están expresamente previstos" (DELPIAZZO, "Contratación administrativa", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, p. 215).

⁵⁵ Según lo dispone el 2º párr. del art. 21 de la ley 27.328: "La contratante tendrá 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 vigente. La reglamentación o los pliegos podrán prever la posibilidad de acudir a auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos".

⁵⁶ Art. 9º, inc. 11, Anexo I del dec. 118/2017.

⁵⁷ La solución adoptada en el reglamento coincide con las enseñanzas de Marienhoff, Cassagne y Botassi, quienes rechazan la posibilidad de que se puedan configurar sanciones implícitas y no tipificadas legalmente en materia contractual (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 415; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit. t. II, p. 470 y BOTASSI, Carlos A., "Potestad sancionadora en la contratación administrativa", en AA. VV., *Contratos administrativos*, Ed. Rap, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., ps. 307 y ss.). En igual sentido se expide Delpiazzo (DELPIAZZO, Carlos E., "Contratación administrativa", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, ps. 219/220).

⁵⁸ Art. 9º, inc. 11, Anexo I del dec. 118/2017.

cho a la tutela administrativa efectiva del contratista⁵⁹. Así, se exige que previamente a la aplicación de una sanción se le otorgue al contratista un plazo razonable, que no puede ser inferior a 10 días, para que pueda presentar el correspondiente descargo y ofrecer la prueba que estime pertinente producir. El plazo podrá ser prorrogado por acto fundado y la denegatoria de la prórroga deberá ser notificada con una antelación no menor a los 3 días de la fecha del vencimiento. Finalmente, se prevé el derecho del contratista sancionado a impugnar el acto sancionatorio por la vía que se haya regulado en el Pliego o en el contrato, y que el pliego debe prever los supuestos en los cuales la impugnación tendrá efecto suspensivo, así como el destino de las sanciones de índole pecuniaria.

IV.3. Prerrogativas de la Administración para extinguir anticipadamente el contrato

Sin lugar a dudas en este punto radican las innovaciones más relevantes que trae la ley 27.328, pues se han previsto diversas exigencias y restricciones para el ejercicio de estas prerrogativas que vienen a mitigar los riesgos que asumen los contratistas que tienen a su cargo la ejecución del proyecto de infraestructura, como las de quienes lo financian⁶⁰, pues, con la finalización anticipada del contrato, no podrán recuperar el flujo de fondos previsto y, muy probablemente, solo tendrán por delante un largo juicio frente al Estado⁶¹.

Tres son los supuestos que examinaremos: (i) suspensión y extinción del contrato por razones de ilegitimidad; (ii) extinción del contrato por razones de interés público; y (iii) rescisión del contrato por incumplimientos del contratista.

IV.3.1. Prerrogativa de suspensión y extinción del contrato por razones de ilegitimidad

En el art. 9º, inc. p) de la ley 27.328 se limita la prerrogativa de la Administración contratante de suspender o declarar la nulidad del contrato de PPP por razones de ilegitimidad⁶², al exigir que ello sea solicitado y declarado en sede judicial por un tribunal competente. De tal modo, no es de aplicación respecto de los contratos de PPP lo dispuesto en los arts. 17⁶³ y 18⁶⁴ de

⁵⁹ Ver: PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.

⁶⁰ Afirma Mairal: "La posición del Financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria". (MAIRAL, Héctor A., "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos", RAP nro. 320, ps. 209 y ss.).

⁶¹ MAIRAL, Héctor A., "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos", RAP nro. 320, ps. 209 y ss.

⁶² Explica Cassagne que "la declaración de invalidez de un contrato administrativo se rige, sustancialmente, por el régimen previsto en los arts. 7º y 14, LNPA, que establecen los requisitos de validez de los actos administrativos y las sanciones aplicables (nulidad absoluta o relativa, según la gravedad del vicio)" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 491).

⁶³ Art. 17.- "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

⁶⁴ Art. 18.- "El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio

la legislación nacional de procedimientos administrativos⁶⁵, aplicable a los restantes contratos administrativos, que habilitan a la Administración a ejercer la potestad revocatoria y extinguir en sede administrativa actos administrativos por razones de ilegitimidad cuando concurren los recaudos consagrados en dichas normas⁶⁶. Tampoco es aplicable el art. 12, 2º párr. del mismo ordenamiento jurídico que faculta a la Administración a suspender actos administrativos cuando "se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

La experiencia argentina revela que, en más de una ocasión, se ha declarado la invalidez de contratos en curso de ejecución con sustento en lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la legislación de procedimientos administrativos bajo el argumento del conocimiento del vicio por el contratista, circunstancia que acarrea la invalidez contrato⁶⁷.

La solución de la ley 27.328 es razonable y solo persigue brindar seguridad jurídica. Si la Administración considera ilegítimo un contrato puede iniciar el pertinente pleito judicial, en el cual, además, puede solicitar el dictado de una medida cautelar suspensiva. El órgano judicial competente será quien decidirá al respecto.

No creemos que la limitación establecida al ejercicio de la prerrogativa administrativa de declarar la ilegitimidad y la suspensión de contratos de PPP sea inconstitucional. No existe ninguna norma de la Constitución Nacional que confiera ni expresa ni implícitamente a la Administración una potestad de este tenor para extinguir o suspender actos o contratos administrativos. Este tipo de potestades, como cualquier otra, siempre deben tener su fuente en el ordenamiento jurídico, y cuando limiten derechos, en normas de rango legislativo tal como lo exigen los arts. 14, 19 y 28 de la CN.

IV.3.2. Prerrogativa de extinción por razones de interés público

Los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Según el tipo de contrato dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el rescate, cuyo ámbito de actuación se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública⁶⁸, no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista⁶⁹.

a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados".

⁶⁵ Dec.-ley 19.549 y sus modificaciones.

⁶⁶ Ver: SAMMARTINO, Patricio M., "La extinción del contrato administrativo: la rescisión por razones de ilegitimidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de los contratos administrativos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, ps. 29 y ss.

⁶⁷ En el derecho argentino los actos nulos absolutos notificados cuando generan derechos subjetivos que se están cumpliendo y los actos administrativos anulables son irrevocables en sede administrativa por razones de ilegitimidad, salvo que el beneficiario del acto conociera la existencia de los vicios que lo invalidan (Fs. CS, 321:169).

⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", ob. cit., p. 126.

⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", p. 575; PRITZ, Osvaldo A. F., "El rescate", en GONZÁLEZ de AGUIRRE, Marta (coord.), *Los servicios públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 181 y ss.

En el derecho argentino, el ejercicio de esta prerrogativa administrativa está sujeto a escasas exigencias y puede ser empleada en cualquier momento durante la ejecución del contrato⁷⁰. Los tres únicos recaudos que deben reunirse son los siguientes: a) el cumplimiento del debido procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo rescisorio, lo cual conlleva asegurar el derecho constitucional a ser oído previamente⁷¹ [integrante de la tutela administrativa efectiva⁷²] del contratista; b) el deber de motivar⁷³ debidamente el acto administrativo rescisorio, explicitando las razones concretas de interés público que justifican una decisión tan gravosa⁷⁴; c) indemnizar los perjuicios resultantes de la rescisión, puesto que las razones en que se sustenta no son imputables al contratista y se afecta su patrimonio. De lo contrario se lesionarían sus derechos de propiedad (arts. 14 y 17 de la CN) e igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

En los contratos de PPP el ejercicio de la prerrogativa de extinción por razones de interés público está condicionado a los recaudos que seguidamente mencionamos.

a) Regulación en el contrato de PPP

En primer lugar, en el art. 9º, inc. p) se establece que la facultad administrativa de rescindir anticipadamente el contrato, al igual que las demás causales de extinción y sus consecuencias patrimoniales, deben ser expresamente previstos en el pliego o en el contrato de PPP⁷⁵. De tal modo, en el contrato deberá contemplarse la metodología que se aplicará para efectuar las compensaciones pertinentes.

b) Órgano competente

Según el art. 9º, inc. 12 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328, "La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional".

Es razonable que dada la entidad y consecuencias que acarrea una decisión de este tenor sea el titular y "responsable político de la administración general del país"⁷⁶ el órgano competente para ello.

⁷⁰ Art. 12, inc. b, 2º párr. del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dec. 1023/2001 y sus modificaciones.

⁷¹ Art. 1º, inc. f, apart. 1º, dec.-ley 19.549.

⁷² Ver PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.

⁷³ Art. 7º, inc. d), dec.-ley 19.549.

⁷⁴ COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P. (coord., colab. y act.), "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 893; y BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, ps. 132-133. En tal sentido Marienhoff rotundamente afirma: "Tratándose de un acto que 'extingue' un derecho, la motivación del mismo es de 'principio'" (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 580).

⁷⁵ En línea con ello UNCITRAL aconseja: "La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales" (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada", Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁷⁶ Art. 99, inc. 1º, CN.

c) Alcance de la indemnización

Frente al criticable⁷⁷ criterio restrictivo que la legislación argentina prevé para la generalidad de los contratos administrativos⁷⁸ respecto del alcance de la indemnización que el Estado debe abonar al contratista cuando rescinde el contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, en el art. 9º, inc. p) de la ley de contratos de PPP se prevé que en los casos 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 aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el dec. 1023/2001 y sus modificatorias"⁷⁹.

Como consecuencia de la inaplicación de las normas mencionadas, que excluyen la indemnización del lucro cesante en supuestos de extinción de contratos administrativos por motivos de interés público, es evidente que este rubro puede integrar el resarcimiento en los casos que el Estado rescinda por tal causa un contrato de PPP⁸⁰.

La solución consagrada por la ley coincide con la propiciada por Cassagne⁸¹ y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconoce, en los supuestos de res-

⁷⁷ Hemos sostenido en numerosas ocasiones que la exclusión de la indemnización del lucro cesante es inconstitucional, pues de los arts. 14, 16, 17 y 19 de la CN y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser "justa", lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la CN (PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LA LEY, 2014-C, 1078; "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944", *Rev. de Resp. Civ. y Seg.*, La Ley, nro. 12, ps. 31 y ss.; "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", en ROSSATI, Horacio (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 249 y ss.; y "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 142 y ss.).

⁷⁸ El art. 12, inc. b), 2º párr., del dec. 1023/2001 y el art. 95 de su decreto reglamentario, dec. 1030/2016 contemplan un resarcimiento acotado que excluye el rubro lucro cesante. Esta solución coincide con la adoptada en el art. 5º de la ley de Responsabilidad del Estado y de los Agentes Públicos, nro. 26.944 en el cual se prevé el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por la actuación legítima del Estado y se lo circunscribe al "valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas".

⁷⁹ Concorde con ello en el art. 31, inc. b) de la ley 27.328 se determina que a los contratos de PPP no le será de aplicación directa, supletoria, ni analógicamente el dec. 1023/2001 sus modificatorias y su reglamentación.

⁸⁰ Afirma, con razón, Mairal: "en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español" (MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED 260-641).

⁸¹ Explica Cassagne al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público que la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, "tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II,

ponsabilidad del Estado por la extinción legítima de actos y contratos administrativos fundados en razones de interés público, la indemnización del lucro cesante⁸².

p. 484). Se han expedido de manera concordante con el criterio del resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante, cuando la Administrativo extingue un contrato administrativo por razones de interés público: BERCAITZ, Miguel A., "Teoría general de los contratos administrativos", Buenos Aires, 1980, 2ª ed., ps. 502/503; BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED 122-861; BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado", ED, 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", RAP nro. 248, p. 9; FONROUGE, Máximo, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", en AA. VV., *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, Osvaldo Á. F., "El rescate", en AA. VV., *Contratos Administrativos*, ob. cit., ps. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio Público y Policía*, ps. 187 y ss.; Eduardo MERTEHIKIAN, "La responsabilidad pública", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2001, ps. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., "Contratos de la Administración provincial", Scotti Editora, La Plata, 1996, p. 92; BUJ MONTERO, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral", en FARRANDO, Ismael (dir.), *Contratos administrativos*, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 551 y ss.); y ESCOLA, Héctor J., en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P. (coord., colab. y act.), "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p.893 y Balbín, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, ps. 132; MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED del 26/11/2014); MABROMATA, Enrique, "El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos", LA LEY, 1994-B, 352; PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO, Ysern E. (dirs.), *La contratación pública*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 1119 y ss.; "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", JA 11/11/2009; "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", en AA. VV., *Responsabilidad del Estado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 239 y ss.; y *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 165 y ss. En cambio, consideran que no corresponde indemnizar el lucro cesante: MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. act. y ampl., ps. 381 y ss. y HUTCHINSON, Tomás, "La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", en AA. VV., *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 535 y ss.).

⁸² La posición favorable al reconocimiento de indemnizar el lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos ha sido receptada, en varios pronunciamientos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primero de los fallos indicados se dictó el 20/09/1973 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c. Empresa Ferrocarriles Argentinos" (Fallos 286:333). Nuevamente el máximo tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/09/1984 el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI c. Dirección Nacional de Vialidad" (Fallos 306:1409), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte —si bien por mayoría— admitió la reparación del lucro cesante. Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación veintiún años más tarde al sentenciar el 28/07/2005 la causa "El Jacarandá SA c. Estado Nacional" (Fallos 328:2654). El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá SA de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 del dec.-ley 19.549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar "que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares

De tal modo, devienen inaplicables en los contratos de PPP el art. 5° de la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes y funcionarios públicos (que excluye la indemnización del lucro cesante), y también el 3° párrafo del art. 1° de la ley 26.944 y el art. 1764 del Cód. Civ. y Com., que disponen la inaplicación directa o supletoria de las normas de la responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado⁸³.

de cada situación", afirmó, con cita del fallo recaído *in re* "Eduardo Sánchez Granel", que "no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4° y 5°; 316:1335, consid. 20)". Cuatro más tarde, el 09/06/2009 *in re* "Zonas Francas Santa Cruz SA c. Estado Nacional - PEN - Dec. 1583/1996 s/ daños y perjuicios" (Fallos 332:1367), el alto tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1583/1996 por el cual se había derogado el dec. 520/1995 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del dec. 1583/1996 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz SA demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del dec. 1583/1996, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del estado por su actividad lícita. Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses. Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del tribunal, resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la fijada por la cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento establecido en el citado caso "El Jacarandá", rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto. A su vez, en la causa "Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento", fallada el 15/05/2014 (LA LEY, 2014-C, 263), la Corte Suprema de Justicia si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituirían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado in totum la pretensión de la actora.

⁸³ Ver: PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 52 y ss.

Además, en el art. 10 de la ley 27.328 se fijan dos pautas de suma trascendencia para la determinación de la compensación que debe pagar el Estado como son: a) aquella nunca puede ser inferior a la inversión no amortizada⁸⁴ que efectuó el contratista y b) debe asegurar el pago del crédito tomado para financiar⁸⁵ el desarrollo del proyecto objeto del contrato⁸⁶.

En cuanto a la metodología de cálculo de la indemnización, con buen criterio, en el 1º párr. del art. 10 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328, se determina que "será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia".

d) Pago previo de la indemnización

La otra garantía que se prevé en el art. 10 de la ley de cita y que constituye una novedad en nuestro derecho, apunta al momento en que la autoridad contratante que decidió extinguir anticipadamente el contrato debe proceder al pago de la indemnización. Al igual que ocurre en materia de expropiación⁸⁷, se exige que antes de la toma de posesión de los activos del contratista se abone el resarcimiento pertinente.

Cabe recordar que un relevante sector de la doctrina sostiene que en los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos debe aplicarse el régimen jurídico de la expropiación, incluso postulando la necesidad de que medie una declaración legislativa de interés público⁸⁸. Así Cassagne, después de afirmar que el fundamento de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia tiene cierta similitud con la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público, concluye que en tales casos debe aplicarse en lo pertinente el régimen jurídico del instituto expropiatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la CN⁸⁹. Ello implica el dic-

⁸⁴ "La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión". (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada", Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

⁸⁵ "La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada "cláusula de aceleración" por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario". (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ob. cit.).

⁸⁶ Acertadamente en el 2º párr. del art. 10 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328 se precisa que "solo corresponderá asegurar el repago del financiamiento pendiente de cancelación que hubiese sido efectivamente aplicado al Proyecto".

⁸⁷ Art. 17 de la CN.

⁸⁸ Mairal ha señalado que la analogía de la extinción anticipada de un contratos administrativo por razones de interés público "con la expropiación es particularmente inapropiada: una cosa es el sacrificio de la propiedad privada ante la utilidad pública que declara una ley del Congreso, y otra muy distinta es otorgar al Presidente, Gobernador, intendente o ministro de turno la posibilidad, ante el silencio del contrato, de privar a cualquier contratista del Estado de sus legítimas expectativas de ganancias mediante la mera alegación, que por lo general será judicialmente irrevisible, del interés público". (MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179-655).

⁸⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. I, p. 827.

tado de una ley declarativa que califique el interés público que funda la extinción por razones de oportunidad⁹⁰.

A su vez, Gordillo escribe: "Toda forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio stricto sensu del dec.-ley 21.499/1977, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta "el momento del efectivo pago" (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10% en caso de avenimiento directo (art. 13). El Estado solo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber éstos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación"⁹¹.

Por su parte, Maqueda Fourcade explica que "la admisión del carácter expropiatorio de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, tendría relevantes consecuencias normativas, entre las que cabe señalar que: (i) integraría las facultades del Congreso; (ii) la revocación solo podría disponerse mediando una declaración específica o genérica de utilidad pública del Congreso; (iii) la indemnización debería ser justa e integral, y debería pagarse previamente; y (iv) el Congreso solo podría delegar dicha facultad conforme a las pautas del art. 76 de la CN, pudiendo considerarse que se trata de una de las "materias determinadas de administración". El actual art. 18 de la LNPA, así, no parecería satisfacer dichas exigencias constitucionales, pues implicaría una delegación permanente y sin bases para el ejercicio de dicha facultad expropiatoria"⁹².

IV.3.3. Rescisión del contrato por incumplimiento del contratista

La ley 27.328 contiene algunas previsiones respecto de la prerrogativa de la Administración contratante de rescindir el contrato de PPP por incumplimientos del contratista ("*por culpa de algunas de las partes*" dice el inc. p) del art. 9º). En ellas se exige la regulación en el pliego o en el contrato de las causales que justifican su ejercicio, el procedimiento a seguir y las eventuales compensaciones que resulten pertinentes, sus alcances y método de determinación y pago (art. 9º, inc. p).

Cabe advertir que, en tales casos también es de aplicación el art. 10 de la ley 27.328, ya mencionado al referirnos a la extinción del contrato por motivos de interés público, el cual dispone: "En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, 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 procedimiento

⁹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo (Teoría y régimen jurídico)", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 421.

⁹¹ GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, cap. VI, ps. 32/34 y cap. XIII, p. 22.

⁹² MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos", en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2014, p. 184, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-2-maqueda-f.pdf>.

de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada⁹³.

Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto.

Lo anterior no implica que el contratista no deba compensar los daños y perjuicios en beneficio del contratante que se hubieran previsto en el contrato.

Dado que el texto de la norma transcrita se refiere, sin efectuar ningún tipo de precisión y de manera genérica, a "todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante", es indudable que dentro de su alcance se encuentra el supuesto bajo examen, como así también aquellos en los cuales el contrato de PPP finalice antes del plazo fijado por culpa de la Administración o por el mutuo acuerdo de las partes, o por fuerza mayor o debido a una situación de grave alteración de la ecuación económica financiera del contrato (v.gr. hecho del príncipe, imprevisión, etc.).

Por lo demás, puesto que el incumplimiento del contratista puede suscitar el derecho del Estado a reclamar la pertinente indemnización, en tal supuesto cobra entidad el art. 11 de la ley 27.328, en el cual se establece: "La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato: Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación".

V. Conclusión

La ley 27.328 y su reglamentación crean adecuadas condiciones de seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad para atraer de manera sostenida y sustantiva las inversiones privadas que nuestro país requiere para mejorar la calidad y la cantidad de su infraestructura de interés público⁹⁴.

Ello es así, ya que dichos cuerpos normativos permiten distribuir equitativa y eficientemente los riesgos entre el contratista y el Estado en función de sus respectivas capacidades para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. Además, definen claramente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato y, fundamentalmente, regulan de manera razonable las prerrogativas administrativas con el claro objetivo de impedir y desalentar eventuales conductas oportunistas de la Administración contratante cuando los costos asociados a las inversiones en infraestructura están hundidos.

⁹³ En los supuestos de extinción anticipada de un contrato como no es posible consumir la amortización de capitales calculada en función del período de explotación fijado inicialmente, el contratista tiene derecho a la indemnización correspondiente en concepto de pago de inversión no amortizada (ARIMANY LAMOGIA, Esteban, "La reversión de las instalaciones en la concesión administrativa de servicio público", Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 41). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado francés (CE 27 février 1935, Soc. des eaux et du gaz de Courtenay, Rec. 256, cit. por RICHER, Laurent, "Droit des contrats administratifs", Ed. LGDJ, París, 2006, 5ª éd., p. 562).

⁹⁴ La infraestructura pública es una de las variables fundamentales que contribuyen al crecimiento y desarrollo económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar, calidad de vida y prosperidad de la sociedad. La infraestructura pública incide no solo con las condiciones de vida y salud de la población (v.gr., infraestructura de agua y saneamiento), sino también con el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública (v.gr., caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etc.) (ver VASSALLO MAGRO, José Manuel - IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España", Corporación Andina de Fomento, 2010, www.caf.com/publicaciones y la obra colectiva Argentina: infraestructura, ciclo y crecimiento, FIEL, Buenos Aires, 1998, ps. 2 y ss.). Por tal motivo, "la ausencia de una infraestructura adecuada, así como la provisión ineficiente de servicios de infraestructura, constituyen obstáculos de primer orden para la implementación eficaz de políticas de desarrollo y la obtención de tasas de crecimiento económico que superen los promedios internacionales" (ROZAS, Patricio - SÁNCHEZ, Ricardo, "Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual", CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, nro. 75, Santiago de Chile, octubre de 2004).