



► RADEHM • Número 3 • Noviembre / Diciembre • 2014 - Enero • 2015 ◀

DOCTRINA

∞ ALEXANDROV, Stanimir A. y DURÁN, María Carolina: El Tratado de la Carta de Energía: un modelo exitoso de acuerdo multilateral para la protección de inversiones.

∞ MACÍAS, Francisco A. y SCHIARITI, M. Lorena: Un nuevo capítulo en las oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos.

∞ SARAVIA FRÍAS, Carlos y SARAVIA FRÍAS, Inés: Hacia una interpretación integral de la estabilidad tributaria minera en el régimen legal argentino. Propuesta para una reforma legislativa.

∞ CASSAGNE, Ezequiel: Análisis contractual y normativo del desarrollo de la generación de energías renovables en la Argentina.

∞ DONDO, Santiago J.: Financial Assurance for Mine Closure: a Regulatory Perspective from the Argentine Context.

∞ NAVAS, Luis María: La segmentación y reforma en la industria del gas natural y sus implicancias en el GNC.

JURISPRUDENCIA

∞ HUICI, Héctor: El fallo *Establecimiento Liniers*: ¿Fin al debate sobre la naturaleza jurídica de los cargos específicos? (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Establecimiento Liniers S.A. c/E.N.- Ley 26095. Recurso extraordinario*, 11 de junio de 2013).

∞ AMALLO, Francisco A.: La base imponible en las exportaciones de gas natural por ductos (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *YPF S.A. -TF 27.508-A- c/DGA s/recurso ordinario*, 1º de octubre de 2013).

ISSN: 2362-3195



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma





**REVISTA ARGENTINA DE DERECHO
DE LA
ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA**



Director editorial

José A. MARTÍNEZ DE HOZ (h.)

Directora ejecutiva

Estela B. SACRISTÁN

Subdirector

Tomás LANARDONNE

Coordinadora

María Carolina CRESPO

Consejo académico

Ana Elizabeth BASTIDA • Alberto B. BIANCHI
Daniel CASAL • Germán FERNÁNDEZ LAHORE
Máximo J. FONROUGE • Florencia HEREDIA
Arturo PERA • Héctor M. POZO GOWLAND
Francisco Javier ROMANO • Rubén O. SABATINI
Roberto P. SOBRE CASAS • Alejandro VERGARA BLANCO
Mariano C. VIVAS DE LORENZI • Hernán M. ZABALLA

Secretarios de redacción

Sergio ARBELECHE • Juan Cruz AZZARRI
Hugo Aníbal CABRAL • María Luján CRESPO
Jimena del Valle DANERI LUCERO
Ignacio M. DE LA RIVA • Héctor M. HUICI
María Inés JUSTO • Leonardo F. MASSIMINO
Mariano PALACIOS • Pablo RUEDA
Luis Patricio SALADO • Carlos SARAVIA FRÍAS
Juan Martín SIANO • Claudio Norberto VÁZQUEZ



Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería

Doctrina. Jurisprudencia

Año 1 • Número 3 • Noviembre - Diciembre • 2014
Enero • 2015



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES



La *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*
es una publicación trimestral y se publica asimismo en versión electrónica, en
www.radehm.com.ar

La Dirección manifiesta que las opiniones vertidas en los artículos publicados
son responsabilidad de sus autores.

La Dirección no se responsabiliza por el mantenimiento o exactitud de los URL,
hacia páginas web externas o de terceros, citadas en esta revista,
y no garantiza que los contenidos de tales páginas web sean,
o continúen siendo, exactos y apropiados.

Contacto suscriptores: editorialabaco@gmail.com

Contacto autores: radehm.autores@gmail.com



EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 4° - Ciudad de Buenos Aires

www.abacoeditorial.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.S.N.: 2362-3195

Impreso en noviembre de 2014

Advocatus S.A.
Obispo Trejo 181
(Córdoba)

IMPRESO EN LA ARGENTINA



Fe de erratas (N° 2)

En la tapa de la publicación, donde dice:

∞ CICERO, Nidia Karina: La politización de la regulación y sus consecuencias en el federalismo regulatorio (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala “A”, *Empresa Provincial de Energía (EPEC) c/Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) y otro - Amparo ley 16086*, 10 de diciembre de 2013).

debe decir:

∞ CICERO, Nidia Karina: La politización de la regulación y sus consecuencias en el federalismo regulatorio (Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala “A”, *Empresa Provincial de Energía (EPEC) c/Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) y otro - Amparo ley 16986*, 10 de diciembre de 2013).

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

EL TRATADO DE LA CARTA DE ENERGÍA: UN MODELO EXITOSO DE ACUERDO MULTILATERAL PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

THE ENERGY CHARTER TREATY: A SUCCESSFUL MODEL
OF A MULTILATERAL INVESTMENT TREATY

Por STANIMIR A. ALEXANDROV y MARÍA CAROLINA DURÁN

1. Introducción.....	1
2. El ECT como un acuerdo multilateral de inversiones.....	3
3. Aplicación provisional del Tratado	4
4. Denegación de beneficios del Tratado.....	7
5. Lecciones del Tratado de la Carta de Energía para América Latina. . .	11
6. Conclusión	12
BIBLIOGRAFÍA CITADA	12
NORMAS CITADAS	13
JURISPRUDENCIA CITADA	13

UN NUEVO CAPÍTULO EN LAS OSCILACIONES DEL FEDERALISMO EN MATERIA DE HIDROCARBUROS

A NEW CHAPTER IN THE OSCILLATIONS OF FEDERALISM
IN THE HYDROCARBONS SECTOR

Por FRANCISCO A. MACÍAS Y M. LORENA SCHIARITI

.....	15
1. Introducción.....	16
2. Competencias de la Nación y las provincias hasta la reforma constitu- cional de 1994	17
3. Delimitación de competencias a partir de la reforma constitucional de 1994.....	17
4. La Ley de Soberanía Hidrocarburífera 26741	21

“Índice general”

5. El decreto 929/2013	23
6. El rol de YPF S.A. como instrumento de la política hidrocarburífera del Estado Nacional	25
7. El proyecto de reforma de la Ley de Hidrocarburos	27
8. Descripción del Proyecto.	27
9. Algunas cuestiones controversiales en la relación entre Nación y provincias.	28
a) Concesión de explotación no convencional, plazos y prórroga	28
b) Regalías	30
c) Restricción al establecimiento de nuevas reservas de áreas para empresas estatales, provinciales o nacionales y condiciones de adjudicación	31
d) Régimen de promoción y regulación de aportes a las provincias productoras	32
e) Regulación ambiental	33
10. Regulación de la cuestión en otros países federales	35
11. Conclusión	40
BIBLIOGRAFÍA CITADA	41
NORMAS CITADAS	42
JURISPRUDENCIA CITADA	43

HACIA UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DE LA ESTABILIDAD
TRIBUTARIA MINERA EN EL RÉGIMEN LEGAL ARGENTINO.
PROPUESTA PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA

TOWARDS A COMPREHENSIVE INTERPRETATION OF THE MINING FISCAL
STABILITY IN THE ARGENTINE LEGAL FRAMEWORK.
PROPOSAL FOR A LEGISLATIVE REFORM

Por CARLOS SARA VIA FRÍAS e INÉS SARA VIA FRÍAS

1. Objeto.	45
2. Características de la actividad minera	46
3. Presión tributaria comparada con Chile y Perú	48
4. Antecedentes normativos de la estabilidad fiscal	50
a) El concepto de “ring fence” para el desarrollo de la inversión petrolera en el Mar del Norte	50
b) Decreto provincial de don Antonio Álvarez de Arenales en Salta ..	51
c) La decisión de diseñar una política de Estado en la década de 1990	52
5. La Ley de Inversiones Mineras (LIM)	52
a) La estabilidad fiscal regulada en el artículo 8° de la LIM	52
b) Procedimiento para la obtención del certificado de estabilidad fiscal	54
c) Ley de adhesión.	54
6. Medidas que limitan la inversión y que, en algunos casos, afectan la estabilidad fiscal.	55
a) Derechos de exportación.	55

b) Encaje	57
c) Obligatoriedad de ingresar divisas	57
1. La situación de las empresas mineras y petroleras antes de la entrada en vigencia del decreto 1722/2011.....	57
2. La situación a partir de la entrada en vigencia del decreto 1722/2011.....	58
d) Operaciones de exportación	59
e) Dividendos	60
f) Transferencia de acciones y demás valores.....	60
g) Distribución de dividendos.....	60
h) Leyes provinciales.....	61
7. Vulneración de la estabilidad fiscal	62
8. Jurisprudencia en materia de estabilidad fiscal	63
a) “Cerro Vanguardia c/DGI”	63
b) “Minera del Altiplano S.A. c/Estado Nacional-PEN y otra s/amparo”	64
9. El caso de Santa Cruz: la ley que regula el impuesto inmobiliario minero	65
10. Legislación comparada	66
11. Propuestas de reforma. Mecanismos de estabilización.....	68
12. Nuestra propuesta	69
13. Conclusión	70
BIBLIOGRAFÍA CITADA	70
JURISPRUDENCIA CITADA	72
NORMAS CITADAS	72
a) Normas extranjeras	72
1. Chile	72
2. Perú	72
3. Reino Unido	72
b) Normas nacionales	73
c) Leyes provinciales	73
1. Provincia de Buenos Aires	73
2. Provincia de Catamarca	73
3. Provincia del Chaco.....	73
4. Provincia del Chubut	73
5. Provincia de Córdoba	73
6. Provincia de Corrientes	73
7. Provincia de Entre Ríos	73
8. Provincia de Jujuy.....	73
9. Provincia de La Pampa.....	74
10. Provincia de La Rioja	74
11. Provincia de Mendoza.....	74
12. Provincia de Misiones	74
13. Provincia de Neuquén.....	74
14. Provincia de Río Negro.....	74
15. Provincia de Salta	74
16. Provincia de San Juan	74

“Índice general”

17. Provincia de San Luis.....	74
18. Provincia de Santa Cruz.....	74
19. Provincia de Santa Fe.....	74
20. Provincia de Santiago del Estero.....	74
21. Provincia de Tierra del Fuego.....	74
22. Provincia de Tucumán.....	75
TRÁMITES PARLAMENTARIOS CITADOS.....	75

ANÁLISIS CONTRACTUAL Y NORMATIVO DEL DESARROLLO
DE LA GENERACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES
EN LA ARGENTINA

LEGAL AND CONTRACTUAL ANALYSIS OF THE DEVELOPMENT
OF GENERATION
OF RENEWABLE ENERGIES IN ARGENTINA

Por EZEQUIEL CASSAGNE

1. El mercado energético eléctrico.....	77
a) La generación de energía eléctrica.....	77
b) Hacia las energías renovables.....	80
2. Los esquemas contractuales para concretar el desarrollo de las energías renovables en la Argentina.....	83
a) Los sistemas tradicionales para construir y financiar las infraestructuras públicas.....	83
b) Las nuevas formas de gestión y financiación.....	85
1. Las asociaciones público-privadas.....	85
2. APP con esquemas de financiamiento privado, cuyo costo asume el Estado.....	87
I. Contratos llave en mano.....	87
II. “Shadow toll” (peaje en la sombra).....	87
III. “Leasing”.....	88
3. Las APP como asociaciones jurídicas.....	88
3. El proyecto GENREN: un típico caso de asociación público-privada...	89
4. La importancia del fomento a las energías renovables.....	93
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	98
NORMAS CITADAS.....	100

FINANCIAL ASSURANCE FOR MINE CLOSURE: A REGULATORY
PERSPECTIVE FROM THE ARGENTINE CONTEXT

GARANTÍA FINANCIERA DEL CIERRE DE MINAS: UNA PERSPECTIVA
REGULATORIA DESDE EL CONTEXTO ARGENTINO

By SANTIAGO J. DONDO

1. Introduction.....	101
----------------------	-----

2. Mine closure and financial assurance.....	102
3. Mine closure in Argentina: factual context and legal framework	105
a) Factual context	105
b) Legal framework.....	105
4. Financial assurance schemes: issues and approaches.....	107
a) Main issues and challenges	108
1. Types of financial assurance mechanisms	108
2. Administration of assurance	109
3. Financial assurance: timing and amount	109
4. A difficult balance in difficult times	111
b) Financial assurance for mine closure in Queensland, Australia ...	111
1. Timing	112
2. Rules to determine the amount	112
3. Assurance form and administration	113
4. Review and adjustments.....	113
5. Residual risk payment for post-closure.....	114
5. Concluding remarks and policy suggestions.....	114
a) General criteria in designing policy	115
b) Suggestions on the content	116
B I B L I O G R A P H Y.....	117
Articles/books/reports	117
Others	119
LEGISLATION AND LEGISLATIVE MATERIALS	119
a) Australia	119
b) Chile.....	119
c) Perú	120
d) Argentina.....	120
C A S E S.....	120

LA SEGMENTACIÓN Y REFORMA EN LA INDUSTRIA
DEL GAS NATURAL
Y SUS IMPLICANCIAS EN EL GNC

THE UNBUNDLING AND REFORM IN THE NATURAL GAS INDUSTRY
AND ITS IMPLICATIONS FOR CNG

Por LUIS MARÍA NAVAS

1. Aspectos introductorios	121
a) Presentación del tema propuesto y su importancia.....	121
b) Objetivos	122
1. Planteo del problema	122
2. Hipótesis de trabajo	125
3. Plan de trabajo	125
4. Aspectos incluidos y aspectos excluidos	126
2. El diseño original de la industria del gas natural.....	127

“Índice general”

a) Introducción.....	127
b) La Constitución nacional como marco de referencia. Los aspectos constitucionales involucrados. La reforma de la Constitución nacional de 1994. El dominio de los recursos naturales. Hidrocarburos	127
c) El artículo 42 de la Constitución nacional. La calidad y eficiencia en los servicios públicos.....	128
d) El gas natural. Orígenes de la legislación: ley 17319 de Hidrocarburos	129
e) El marco regulatorio de la actividad. El transporte y distribución del gas natural. Servicios públicos. Ley 24076 de privatización de Gas del Estado S.E.....	129
f) Monopolios naturales. Tamaño óptimo y no óptimo. Mercados secundarios y mercado spot	130
g) Breve análisis de la industria del gas natural anterior al dictado de los decretos 180/2004 y 181/2004.....	132
h) Conclusiones	133
3. La separación de actividades en el sector regulado. Competencia y “unbundling”	136
a) Introducción. Concepto de “unbundling”. Objetivos. La competencia en los sectores naturalmente monopolísticos.....	136
b) Decreto 180/2004. Cambios en las reglas de juego. Inversiones. Fondo fiduciario. Mercado electrónico de gas. Competencia. Nuevos contratos para grandes consumidores. Gas natural comprimido (GNC).....	137
c) Decreto 181/2004. Acuerdos con los productores de gas natural ...	138
d) Gas natural comprimido: del servicio firme al interrumpible. Impacto en la actividad. Crecimiento de las estaciones de carga de GNC ..	139
e) Resolución de la Secretaría de Energía 752/2005: el “unbundling” obligatorio	140
f) Nuevos consumidores directos. El gas natural obtenido en el PIST. El mecanismo exclusivo para el gas natural comprimido. Su funcionamiento hasta nuestros días	140
g) Conclusiones	141
4. Aspectos resultantes de las medidas. Valoraciones.....	143
a) Introducción.....	143
b) Audiencias públicas en el Ente Nacional Regulador del Gas (ENaRGas)	143
c) Análisis de los objetivos propuestos por los decretos 180 y 181/2004 comparados con los resultados obtenidos luego de nueve años de vigencia	144
d) Análisis de la industria del gas natural posterior al decreto 1277/2012	148
e) Conclusiones	150
5. Conclusiones generales.....	150
6. Propuesta.....	152

BIBLIOGRAFÍA CITADA	152
NORMAS CITADAS	153

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación

<i>Establecimiento Liniers S.A. c/E.N.- Ley 26095. Causa E.280.L.XLIV. Recurso extraordinario. (11 de junio de 2013).....</i>	155
---	-----

EL FALLO ESTABLECIMIENTO LINIERS: ¿FIN AL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CARGOS ESPECÍFICOS?

ESTABLECIMIENTO LINIERS CASE: END TO THE DEBATE REGARDING THE LEGAL NATURE OF THE SPECIFIC CHARGES?

Por HÉCTOR HUICI

1. Introducción.....	173
2. Antecedentes. El origen de los cargos tarifarios	174
3. La jurisprudencia previa a la decisión de la Corte	176
4. El carácter tributario o tarifario de los cargos.....	177
5. La Corte y el carácter tarifario de los cargos específicos	179
6. Reflexiones finales a modo de conclusión.....	181
NORMAS CITADAS	181
JURISPRUDENCIA CITADA.....	182
a) Corte Suprema de Justicia de la Nación	182
b) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal	182
c) Otras Cámaras Federales.....	183
d) Juzgados federales de primera instancia	183

Corte Suprema de Justicia de la Nación

<i>YPF S.A. (TF 27.508-A) c/DGA s/recurso ordinario. Causa Y.42.XLVIII (1° de octubre de 2013).....</i>	185
---	-----

LA BASE IMPONIBLE EN LAS EXPORTACIONES DE GAS NATURAL POR DUCTOS

THE TAX BASE IN NATURAL GAS PIPELINE EXPORTS

Por FRANCISCO A. AMALLO

1. Introducción.....	199
----------------------	-----

a) El régimen jurídico de los derechos de exportación.....	200
b) La evolución de los derechos a la exportación de gas natural por ductos.....	202
1. La creación de los derechos a la exportación de hidrocarburos ..	202
2. La Nota Externa DGA 22/05	202
3. La resolución MEP 534/06	203
4. La Nota Externa DGA 28/06	204
5. La ley 26217	204
6. La resolución MEP 127/08	204
7. La ley 26732	205
2. El caso	205
a) Los contratos de exportación	205
b) Las autorizaciones de exportación.....	206
c) Los permisos de embarque.....	206
d) La imposición de los cargos	206
1. La Nota 107/06 (SE FVEX)	206
2. Los Cargos 116 a 121	208
e) El procedimiento de impugnación	208
1. La Nota DNEH 358.....	208
2. La Nota 1075/07 (DV VEXP)	209
3. El Dictamen Jurídico 310/09	209
4. La resolución 415/09 (AD RIGA)	210
f) El procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Nación	210
1. Los informes del IAPG y del CEPH	210
2. La Nota DNEH 365 y el informe complementario.....	211
3. La decisión del Tribunal Fiscal de la Nación	211
g) La decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.....	212
h) La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	213
3. Comentarios.....	215
BIBLIOGRAFÍA CITADA	216
NORMAS CITADAS	216
 NORMAS EDITORIALES DE <i>RADEHM</i> (<i>Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería</i>).....	 217

ANÁLISIS CONTRACTUAL Y NORMATIVO DEL DESARROLLO DE LA GENERACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES EN LA ARGENTINA

LEGAL AND CONTRACTUAL ANALYSIS OF THE DEVELOPMENT OF GENERATION OF RENEWABLE ENERGIES IN ARGENTINA

Por EZEQUIEL CASSAGNE*

Resumen: Las energías renovables resuelven el problema de la energía cuidando el medio ambiente, y pueden desarrollarse por medio de diferentes esquemas contractuales de participación público-privada.

Palabras clave: energía eléctrica; energías renovables; asociación público-privada; fomento.

Summary: Renewable energies solve the energy problem taking care of the environment, and they can achieve their development by means of different contractual options of public-private participation.

Key words: electrical energy; renewable energies; public-private partnership; promotion.

§ 1. EL MERCADO ENERGÉTICO ELÉCTRICO¹

a) *LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.* — En nuestro país, la generación de energía eléctrica no es un servicio público, como sí lo son, en cambio,

* Abogado (UBA, 2002). Profesor de Derecho Administrativo (UCA). Profesor de postgrado (UB, Universidad Austral, UNNE, Universidad de Salamanca, Universidad Positivo). Ha cursado postgrados en la UCA y en la Universidad San Pablo CEU. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* (IJ Editores). Secretario de redacción de la *Revista de Derecho Administrativo* (Abeledo-Perrot). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires), del Instituto de Estudios Regulatorios de La Plata, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación. Miembro fundador del Instituto Brasileño-Argentino de Derecho Administrativo (São Paulo). Integrante del Comité Científico de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (Argentina) y del de la *Revista de la Escuela Jacobea de Postgrado* (México). Socio de Cassagne Abogados. Correo electrónico: ezequiel@cassagne.com.ar.

¹ El presente es continuación de las investigaciones académicas del autor. Cfr. CASSAGNE (2014) y CASSAGNE (2013).

su transporte y distribución. La generación, en cambio, está considerada por la propia ley 24065, que regula el mercado eléctrico, como una actividad de interés general². Esta caracterización de interés general no ha tenido una precisión doctrinaria como la que sí tiene el servicio público, aunque se reconoce que se trata de una actividad comercial fuertemente regulada, por la incidencia que tiene, precisamente, en el interés general del buen funcionamiento del mercado eléctrico nacional, necesario no solo para la posterior distribución de electricidad a todos los hogares del país, sino también para el desarrollo industrial, que requiere del constante abastecimiento eléctrico³.

Pues bien, teniendo en cuenta las distintas actividades presentes en el esquema de funcionamiento del mercado eléctrico (generación, transporte, distribución, y consumo de grandes y pequeños usuarios), existe en nuestro país a nivel nacional la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (comúnmente denominada CAMMESA), constituida bajo la forma singular de una sociedad anónima sin fines de lucro, que tiene como función principal administrar el mercado eléctrico mayorista, optimizando los recursos físicos del mercado y liquidando las transacciones económicas entre los agentes del mercado. El capital de esta sociedad está dividido en cinco clases de acciones representativas cada una del 20 % del total, cuyos titulares son el Estado Nacional, y las cuatro asociaciones civiles que representan a los agentes: generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios. El presidente de CAMMESA es el Secretario de Energía de la Nación, cuyo voto es necesario para tener quórum en el Directorio⁴.

Tanto CAMMESA como la Secretaría de Energía cumplen un papel preponderante en cualquier programa público de generación de energías, como es el caso del GENREN (Programa de Generación de Energías Renovables), que se analizará con detenimiento en un acápite más adelante. Es que el GENREN, como otros programas de desarrollo de inversiones, significa una intervención en la política energética, que puede realizar un aporte significativo para una mayor sustentabilidad del desarrollo en todas sus dimensiones: sociales, productivas, económicas y financieras.

Pero hay otro actor que no es menor, y ha aparecido en los últimos años: la empresa estatal EnArSA, que ha sido creada bajo la forma jurídica de una sociedad privada, de propiedad estatal, con la finalidad declarada por el Estado de convertirse en un actor importante del desarrollo del mercado energético⁵.

Las grandes obras de infraestructura que necesita todo país para incrementar su producción de energía eléctrica requieren la necesidad de contar con herramientas aptas para obtener su financiamiento, en estos tiempos en que la inversión no abunda. Se trata en estos casos de verdaderas infraestructuras, porque sirven de soporte a la actividad de generación de electrici-

² Cfr. art. 1° de la ley 24065 (1992).

³ Cfr. FONROUGE (2003) p. 551.

⁴ Cfr. SOBRE CASAS (2003) p. 129.

⁵ EnArSA ha sido creada por la ley 25943 de 2004.

dad, conectándose a su vez a la red de energía, de la que forman parte junto a los servicios de transporte y de distribución⁶.

A principios de 2012, por ejemplo, se suspendió el proyecto de la represa hidroeléctrica Cóndor Cliff-La Barrancosa, en la provincia de Santa Cruz, estimado en unos 4.000 millones de dólares, que se había adjudicado a un importante consorcio de empresas argentinas y brasileñas⁷. Se trataba de un contrato de obra pública, cuyos fondos iban a ser aportados por el Estado Nacional a través de recursos provenientes del endeudamiento soberano.

Este proyecto, destinado a ser la central hidroeléctrica argentina más grande de nuestro territorio (sin contar la represa Yacyretá, que en rigor es un ente binacional), debió ser rescindido sin que se haya dado inicio a la ejecución del contrato, por imposibilidad concreta de financiamiento.

En la actualidad se ha encarado una nueva licitación –la tercera– de esta monumental obra hidroeléctrica –ahora rebautizada “Presidente Néstor Kirchner y Gobernador Jorge Cepernic”–⁸, en el marco de la cual se exigió que las empresas privadas aportaran el 50 % del financiamiento de la obra. Es así como distintas uniones transitorias de empresas (UTES) han debido incorporar empresas de origen brasileño, ruso o chino, en orden a garantizarse la posibilidad de obtener dichos recursos. Esta tercera licitación fue adjudicada el 21 de agosto de 2013 a un consorcio de empresas locales e internacionales, que ofrecían financiamiento chino. Lamentablemente, hasta la fecha de redacción de este trabajo nunca se ha llegado a firmar el contrato, debido, precisamente, a que no se ha podido concretar el financiamiento, requisito *sine qua non* para la firma del contrato.

Una obra similar, en la provincia del Neuquén, denominada Chihuido I, convocada en 2009, se suspendió en 2013 también por problemas de financiamiento⁹. A principios de 2014 se hizo el llamado a una nueva licitación, manejada ahora en su totalidad por el Estado Nacional, que pondrá las garantías para el endeudamiento. La nueva licitación prevé que el grupo privado interesado en la construcción de la represa deberá presentar un 85 % de financiamiento propio y una participación de una empresa argentina que llegue al menos al 30 %¹⁰.

En la Argentina, la generación eléctrica se basa principalmente en la fuente térmica, la fuente hidroeléctrica, y la fuente nuclear, respectivamente. En este escenario se asoman las fuentes de energía renovable, como la

⁶ AGUILAR VALDEZ sostiene que toda infraestructura soporta una red o se encuentra vinculada a una red. Cfr. AGUILAR VALDEZ (2005) p. 377.

⁷ Este emprendimiento, el más grande en el país en materia hidroeléctrica, apuntaba a agregarle a la matriz hidroeléctrica un 10 % más de capacidad y a la matriz energética en general del país casi un 5 % más.

⁸ Las dos represas en total aportarían 1.740 megavatios de potencia.

⁹ Chihuido I tendría una potencia instalada de 637 megavatios.

¹⁰ Ya se ha prorrogado en varias oportunidades la apertura de los sobres de esta nueva y segunda licitación. El 29 de mayo de 2014 se abrieron finalmente los sobres y se presentaron cuatro consorcios de empresas.

energía eólica, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la energía solar, la térmica a partir de biocombustibles, la biomasa y la geotérmica.

b) *HACIA LAS ENERGÍAS RENOVABLES*. — El sector de las energías renovables es un ejemplo de la necesidad de concretar colaboraciones público-privadas, dado que sin la ayuda pública, esta industria no podría desarrollarse, en la medida que su explotación posterior no es rentable, por tratarse de una energía onerosa, cuyo mercado en la actualidad es reducido.

Por otra parte, se enmarca en una verdadera política global energética, que implica un cambio orientado hacia una matriz de energía sustentable en aquellos países con conciencia ambiental, muchos de los cuales tienen otras necesidades de infraestructura más acuciante, lo que determina la importancia de la colaboración del sector privado para el desarrollo de este tipo de energías renovables.

Las energías renovables son herramientas aptas para alcanzar un verdadero desarrollo sustentable, concepto este último que ha sido definido por la doctrina como “un proceso de transformaciones económicas, sociales, ecológicas y culturales destinado a satisfacer las necesidades de todos los grupos sociales conservando la productividad de los recursos y la integridad de los sistemas ecológicos, considerando el carácter dinámico de convivencia social y de la tecnología, tanto productiva como de la afectada a reducir o anular los daños ambientales”¹¹.

En el camino de este desarrollo sustentable, nuestro país posee características geo-climáticas excepcionales, caracterizado por tener, por ejemplo, cantidades y calidades de vientos aprovechables para la generación eolo-eléctrica. De hecho, el 70 % del país tiene vientos fuertes y constantes necesarios para este tipo de producción. Por tal motivo, la Argentina está llamada a constituirse en una potencia a nivel mundial en generación de energía eólica, si las políticas públicas acompañan¹². Por su parte, la biomasa es una apuesta también muy atractiva, en la medida que puede tener diversos orígenes en las distintas geografías del país, como ser el bagazo de caña de azúcar, el carbón vegetal, los residuos provenientes de la forestación o cualquier producción agroindustrial. Con relación a los biocombustibles, la Argentina, dada la conocida fertilidad de sus tierras, es un gran productor de soja, principal materia de elaboración del biodiesel.

Es importante tener presente que la política energética debe ser una política sectorial de largo plazo, inserta en la política global de desarrollo, lo que requiere de una base institucional y jurídica perfectamente establecida para que pueda desarrollarse sistemática y armoniosamente dentro de una planificación preestablecida.

Existen al menos sesenta países en el mundo que poseen políticas de promoción de energías renovables para generación eléctrica, entre ellos

¹¹ BADENI (2006) p. 591.

¹² Cfr. CÁMARA ARGENTINA DE ENERGÍAS RENOVABLES (2009) p. 11.

Estados Unidos, Australia, Brasil, Uruguay y, más tarde, la Argentina. En países como la Argentina se impone el desarrollo de planes de generación de energía verde, dado que las importaciones energéticas han crecido en el último tiempo de manera considerable, fundamentalmente por la compra de combustibles líquidos y gas natural, y eso no cambiará en el corto plazo ni siquiera como consecuencia de los proyectos auspiciosos de *shale gas* y *shale oil* (gas de esquisto y petróleo de esquisto) que se han detectado en las cuencas argentinas, dado que su eventual producción no será inmediata, además del hecho no menor de que requieren cuantiosas sumas de dinero para hacerlos realidad, más allá del entusiasmo de los funcionarios provinciales y nacionales con estos reservorios no convencionales. Asimismo, no hay que descartar la resistencia que esta modalidad de extracción tiene entre los ambientalistas, que han llegado a lograr la prohibición por ley de esta actividad en países como Francia.

Si bien con métodos diferentes, todos los proyectos de energías renovables se basan en un eje rector: necesitan de incentivos económicos extras para su concreción. Sin ello, es casi imposible su instauración creciente en la era de los combustibles fósiles. Como hemos dicho, el gran problema que tiene la generación de electricidad por medio de fuentes renovables en Argentina es que se trata de una energía onerosa, debido a su costo de producción, en comparación con otro tipo de fuentes, como la hidroeléctrica o la térmica. Por tal motivo, es indispensable que cualquier programa de incentivos a la generación de energías verdes permita subsidiar su precio final para que pueda ser vendida a precios de mercado de las demás energías, o que se garantice la compra al precio de este tipo de energías.

En tal entendimiento, resulta imprescindible la ayuda pública para concretar este desafío sustentable. DE LA RIVA, quien ha estudiado en profundidad el instituto del fomento, explica que el elemento distintivo de las ayudas públicas o del fomento es la coincidencia de los intereses público y privado, siendo posible “que el particular actúe voluntariamente en la dirección esperada, ya que persiguiendo su propio provecho contribuirá al interés general”, mientras que “el núcleo jurídico de la relación entablada entre la Administración que concede la ayuda y el beneficiario que la recibe está dado por la afectación de los bienes otorgados a la actividad en vistas de la cual se confieren”¹³.

En rigor, se trata de actividades de promoción¹⁴, aunque la utilización del término promoción debe realizarse en su acepción amplia, es decir, equivalente a fomento, dado que abarca técnicas de promoción y de protección, como fue dispuesto, por ejemplo, en la ley de promoción industrial 21608. En tal sentido, entre estas medidas de promoción podemos encontrar diversas técnicas de favorecimiento, como las exenciones fiscales, los diferimientos tributarios o cualquier beneficio fiscal, los subsidios directos e indirectos,

¹³ Ver DE LA RIVA (2005) p. 417.

¹⁴ Ver CASSAGNE (2003) p. 601.

las subvenciones, los préstamos preferenciales, las dispensas de obligaciones legales, reglamentarias o contractuales, etcétera.

Ahora bien, mucho se ha escrito sobre el principio de subsidiariedad, como principio rector que justifica, en ciertos supuestos, la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado (justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación) y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos)¹⁵.

La subsidiariedad estatal puede formularse en los siguientes términos: “no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa”¹⁶. Este principio postula dos grandes directivas para el Estado que se complementan entre sí: la positiva, en virtud de la cual el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando éstos se muestren insuficientes para desarrollar plenamente una actividad necesaria para el bien común, y un postulado negativo, que indica que el Estado no debe sustituir a los particulares cuando estos pueden desarrollar dichas actividades¹⁷.

El principio de subsidiariedad adquiere toda su dimensión en el campo de las energías renovables, siendo imprescindible su manda positiva, esto es, el auxilio para la promoción de esta actividad orientada a transformar la matriz energética de un país –y del mundo–, cuando las circunstancias determinan que los particulares no puedan desarrollarla en su totalidad.

Téngase en cuenta, incluso, que la propia ley general del medio ambiente consagra al principio de subsidiariedad como principio rector de la conducta pública en aras a asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales naturales. En efecto, el art. 4º de la ley 25675 prescribe que “El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”.

A su vez, la preocupación central de todo esquema de contratación pública para el desarrollo de grandes obras de infraestructura, como es el caso de las obras necesarias para desarrollar la generación de energía renovable, es la obtención de financiamiento. Es evidente que el Estado no puede afrontar solo con sus recursos las grandes obras de infraestructura, como las centrales hidroeléctricas, las centrales nucleares, las obras viales, las de transporte ferroviario, el mejoramiento y ampliación de las redes de servicios públicos domiciliarios como el gas y el agua, la producción de petróleo y gas, los puertos, los aeropuertos, hospitales, plantas procesadores de residuos, etcétera.

Resulta un hecho por demás evidente que la escasez de recursos públicos frente a las crecientes demandas sociales debe conducir a los gobiernos a bus-

¹⁵ Cfr. CASSAGNE (2006) pp. 61-63, y sus citas; cfr. MESSNER (1967) p. 949 y ss.

¹⁶ ARIÑO ORTIZ (2004) pp. 111-112, con especial referencia a Pío XI (1931).

¹⁷ Ver UTZ (1961) pp. 312 y ss.

car y desarrollar alternativas de financiamiento innovadoras, con creciente participación privada¹⁸.

§ 2. LOS ESQUEMAS CONTRACTUALES PARA CONCRETAR EL DESARROLLO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA ARGENTINA

a) *LOS SISTEMAS TRADICIONALES PARA CONSTRUIR Y FINANCIAR LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.* — En la Argentina, el sistema para financiar y construir las infraestructuras públicas se ha basado siempre en los dos modelos tradicionales, conocidos como “obra pública” y “concesión de obra pública”, ambos regulados por el Congreso Nacional, en las leyes 13064 y 17520, respectivamente.

En el modelo clásico de obra pública, el Estado paga la obra con sus propios recursos (tributos o crédito público), a medida que esta avanza. De tal forma, en la etapa de ejecución del contrato, el contratista debe financiar sólo pequeñas fracciones de la obra, hasta el momento en que se le abonan los certificados de avance de obra, cualquiera sea la modalidad de remuneración pactada: precio unitario, ajuste alzado o coste y costas¹⁹. A su vez, para garantizar la buena construcción de la obra, el Estado deduce de cada certificado un monto determinado, que pasa a integrar el fondo de reparos, que se libera con la recepción definitiva de la obra, e implica la conformidad del Estado. Este modelo también admite la inserción de financiación privada por parte de terceros (ej.: consorcio de bancos), siendo el contratista un mero constructor que recibe los pagos de los financistas del proyecto, quienes luego se cobran su acreencia del Estado²⁰.

Es importante destacar que la obra pública conlleva el riesgo de que el financiamiento estatal sufra restricciones presupuestarias impuestas por circunstancias sobrevinientes legales y políticas, lo que a veces determina que las obras se extiendan de manera indefinida, y por tal motivo, se encarezcan²¹.

En la concesión de obra pública, por su parte, el contratista asume la obligación de financiar, construir y mantener una obra, percibiendo como

¹⁸ En la Argentina, las provincias presentan un cuadro de situación mucho más desalentador que el Estado nacional. Por eso muchas obras provinciales son en realidad financiadas por la Nación. Como destaca GOROSTEGUI, “estas contrataciones se estructuran habitualmente a través de acuerdos (que van desde leyes que los determinan a simples convenios) entre las jurisdicciones, a través de organismos pertinentes, donde se establecen los lineamientos generales de las contrataciones (. . .) virtualmente trilaterales”. Ver GOROSTEGUI (2012) p. 642.

¹⁹ Cfr. BARRA (1988) pp. 877 y ss.

²⁰ Cfr. CASSAGNE (2011) pp. 530-531.

²¹ Para DRUETTA y GUGLIELMINETTI, la falta de presupuesto verificada durante la marcha del contrato, e impeditiva del pago del precio de la locación de obra en los plazos pactados, habilita a la Administración a suspender la obra, siendo responsable la Administración con relación a los derechos del contratista a que se le indemnicen todos los gastos y perjuicios que la suspensión le ocasione. Ver DRUETTA y GUGLIELMINETTI (2008) p. 59.

contraprestación por las tareas efectuadas el peaje que a su respecto abonen los usuarios de la obra²². La característica principal de este modelo es que el concesionario asume todos los riesgos técnicos y económicos, tanto en la fase de la construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto. No obstante ello, existen técnicas que morigeran ese riesgo, como la aportación de fondos por el Estado Nacional a modo de subvención, o bien el establecimiento de una garantía mínima de rentabilidad, pero para que ello ocurra debe estar contemplado en el contrato²³.

Si bien el contratista asume en el contrato de concesión de obra pública los riesgos antes mencionados, en rigor no se encuentra del todo desprotegido, dado que como todo contrato administrativo, resulta plenamente aplicable el principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera²⁴, que protege al concesionario de contingencias, ya sean imputables al concedente o derivadas de la economía general, y siempre que no sean consecuencia del riesgo empresario²⁵.

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

Por otra parte, el modelo de concesión de obra pública –que internacionalmente se conoce como un típico contrato BOT, por sus siglas anglosajonas “Build, Operate & Transfer” (construir, operar y transferir)– requiere que la explotación de la obra sea viable comercialmente, para que pueda obtenerse el repago de la inversión a través de su uso tarifado.

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

²² FANELLI EVANS aclara que en la concesión de obra pública “el particular ofrece al comitente construir la obra si se le permite cobrar a los clientes usuarios una determinada tarifa por un determinado tiempo”. Ver FANELLI EVANS (1989) p. 18.

²³ Cfr. GUIRIDLIAN LAROSA (2004) pp. 31 y ss.

²⁴ Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2006) p. 381.

²⁵ Cfr. CASSAGNE (2011) pp. 555-556.

Por tal motivo, es necesario implementar nuevos esquemas de colaboración pública-privada para el desarrollo de estas importantes obras, dado que la infraestructura pública, como señala PERRINO, “incide no solo en las condiciones de vida y salud de la población sino también en el crecimiento de la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública —camino, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etcétera—”²⁶.

b) *LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN Y FINANCIACIÓN.* — 1. *Las asociaciones público-privadas.* Ahora bien, entre las nuevas formas de gestión de infraestructuras, se viene abriendo camino el modelo conocido como de asociación público-privada (conocido también como PPP, por su voz en el derecho anglosajón *Public-Private Partnership*), que en cada país asume particularidades propias.

Como señala Juan Carlos CASSAGNE, “se trata de una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación”²⁷. El mismo autor aclara que si bien son numerosas las definiciones dadas para las APP, todas ellas hacen hincapié en que la colaboración público-privada debe orientarse al aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, como las capacidades, habilidades y experiencia del sector privado, y por parte del Estado, el acceso a organismos internacionales de crédito, el establecimiento de beneficios, o la utilización de bienes de dominio público²⁸.

De esta manera, este tipo de contratos puede presentar en los hechos muchas formas de vinculación entre los sectores público y privado. En rigor, el término APP es muy amplio, dado que, según las Naciones Unidas, constituye una forma de colaboración de ambos sectores con el objeto de implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo que supone la distribución de riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. En un sentido todavía más delimitado, las APP constituirían aquellas relaciones en las cuales el gobierno suscribe un acuerdo con el sector privado para que éste le provea servicios en un proyecto de infraestructura. También se ha llegado a decir que más que una institución jurídica, las APP constituyen una estrategia de acción y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus socios privados apoyados en un proyecto determinado²⁹.

En este mismo entendimiento, ARAGONE RIVOIR, quien se ha dedicado a estudiar el funcionamiento de las APP en Latinoamérica, sostiene que estas

²⁶ PERRINO (2011) p. 115.

²⁷ Cfr. CASSAGNE (2011) p. 556.

²⁸ Cfr. CASSAGNE (2011) p. 556.

²⁹ Cfr. AGUILAR VALDEZ (2005) p. 425, quien cita el informe de la COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA DE LAS NACIONES UNIDAS (2008).

son en rigor “acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencia de riesgos y consecuentes responsabilidades, que tienen por objeto el diseño, la construcción, 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”³⁰.

Ahora bien, las APP no necesariamente son menos costosas que los típicos contratos administrativos, como el de obra pública. En realidad, dependerá en cada caso concreto de cómo se estructure cada APP, pero va de suyo que en términos generales y normales el financiamiento privado debiera ser más costoso que el financiamiento público. Sin embargo ello no siempre resulta así, toda vez que, por el contrario, a veces el financiamiento privado puede ser menos oneroso, dados ciertos factores, tales como la mala calificación de la deuda de algunos Estados y entidades públicas, que encarece su propio financiamiento³¹.

Asimismo, la lógica del mercado determinará el interés del sector privado, al que solo le interesará participar en los contratos APP si el retorno de ganancias esperado está por encima de la compensación que podría obtener con operaciones de menor riesgo. Por tal motivo, si para el privado la APP implica la asunción de altos riesgos, intentará trasladarlos al precio final³².

En rigor, como enseña VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “puede decirse mayoritaria la opinión acerca de la conveniencia de celebrar un contrato de CPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione ‘Value for Money’. Conocer si esto ocurre pasa por descender en un análisis comparativo que determine la capacidad del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. Si el resultado obtenido a través de la iniciativa privada es notablemente mejor que el que conseguiría el sector público pese al mayor coste y supone que el objetivo de interés general quede adecuadamente atendido, puede compensar ese mayor desembolso final. Cosa distinta es quién haga frente al desembolso de ese mayor coste (la Administración o los usuarios de la infraestructura)”³³.

De todas formas, en nuestro caso, las APP son necesarias para obtener financiamiento privado. Esta financiación privada es, en efecto, de la esencia de las APP. En este entendimiento, las APP son muy útiles para las entidades públicas que se encuentran en una situación de endeudamiento presupuestario que les impide seguir ampliando su pasivo³⁴.

³⁰ Cfr. ARAGONE RIVOIR (2006) p. 90.

³¹ Cfr. ECHEVARRÍA PETIT (2012) p. 50.

³² Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012) pp. 435-462.

³³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012) pp. 435-462.

³⁴ Cfr. ECHEVARRÍA PETIT (2012) p. 50.

No obstante ello, es importante comprender que el contratista, o parte privada de la APP, difícilmente pueda asumir con capital propio la totalidad del financiamiento privado que debe comprometer. Como es sabido, las finanzas requeridas para las APP conllevan altísimos niveles de inversión en las etapas iniciales de construcción de la obra de infraestructura. A su vez, los plazos de recuperación de la inversión suelen ser extensos, y son altos sus riesgos asociados. Por tal motivo, la parte privada en un contrato de APP necesita el financiamiento de terceros. En tal entendimiento, resultan imprescindibles los agentes financieros especiales con participación mixta, como los organismos multilaterales de crédito, bancos de desarrollo, bancos de inversión, fondos de infraestructura, e inclusive el mercado de capitales³⁵.

2. *APP con esquemas de financiamiento privado, cuyo costo asume el Estado.* Existen esquemas de APP que prevén contratos cuyo costo de construcción de la infraestructura, al igual que acontece con el contrato de obra pública, es pagado por fondos públicos provenientes de tributos o crédito público; sin embargo lo novedoso resulta ser que el financiamiento se encuentra en estos casos a cargo de los particulares.

En efecto, en el año 2000 se dictó en Argentina el decreto 1299, que contempla estos nuevos contratos, con la finalidad de promover a la participación de empresas privadas en el desarrollo de infraestructuras. Como dato relevante, el régimen carece de prerrogativas estatales que excedan las propias del derecho privado, excluyendo incluso en forma expresa la prerrogativa que permite al Estado rescindir el contrato por razones de interés público.

Estos contratos son tres, a saber: i) el contrato llave en mano, ii) el contrato *shadow toll*, o peaje en la sombra, y iii) el contrato de *leasing*.

1. *Contratos llave en mano.* El contrato llave en mano es aquel por medio del cual el contratista debe financiar y construir la obra, que una vez concluida es transferida al Estado, quien recién ahí abona el precio mediante un pago único o varios pagos diferidos. Dado que bajo esta modalidad se contrata un producto determinado, el Estado no tiene injerencia en la etapa de ejecución de la obra.

II. “*Shadow toll*” (*peaje en la sombra*). Otra modalidad contractual es el contrato *shadow toll*, o “peaje en la sombra”, que también prevé la construcción y financiamiento de la obra por parte del contratista, al que luego se le otorga el mantenimiento y la explotación de la infraestructura pública. Si bien se parece mucho a un contrato de concesión de obra pública, la diferencia radica en que el repago de la inversión se hace con fondos públicos, pero dependiendo del uso que el público haga de la infraestructura. De ahí el término “peaje en la sombra” utilizado³⁶.

³⁵ Cfr. BRAGARD (2012) pp. 278-279.

³⁶ Ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2006) p. 410.

Bajo esta figura, el privado asume los mismos riesgos que el contrato de concesión de obra pública, dado que no sólo tiene el cargo de financiar la obra, sino también de explotarla, y el repago de su inversión queda sujeto luego al uso efectivo de la infraestructura, pero queda expuesto, además, a la morosidad estatal y a las restricciones presupuestarias³⁷.

III. “*Leasing*”. El último tipo de estos contratos es el conocido contrato de *leasing*, conocido también como “alquiler con opción a compra”, donde la Administración paga por el uso de una obra financiada y construida por un particular, como si fuera una locación, previéndose que al vencimiento de un determinado período pueda adquirirse, a elección del Estado, la infraestructura.

3. *Las APP como asociaciones jurídicas*. Otro modelo de APP radica en constituir verdaderos vehículos societarios entre el sector público y el privado, con la finalidad de lograr una mayor injerencia estatal en la suerte del proyecto y, en especial, en las decisiones de gestión, en el régimen de inversiones y en la administración del financiamiento.

En la Argentina, por medio del decreto 967/2005 se reglamentó lo que se dio en llamar “el modelo de APP”, pero de una manera muy acotada, contemplándose únicamente la constitución de sociedades formales entre el sector privado y el sector público, a las que se les exige que además resulten aptas para financiarse por medio del régimen de oferta pública, al que deberán adherirse³⁸. El régimen prevé todo un procedimiento engorroso, que culmina con una eventual calificación del interés público en la necesidad de constituir una APP, por parte del propio Presidente de la Nación, y luego el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios debe convocar a una licitación pública para seleccionar al futuro socio privado³⁹. Otro de los inconvenientes del régimen es que determina a priori cuáles podrán ser los aportes del Estado, siendo posible únicamente: a) pago en efectivo; b) cesión de créditos tributarios y/u otorgamiento de beneficios tributarios, y c) derechos sobre bienes del dominio público del Estado⁴⁰.

Este modelo asociativo, que fomenta sociedades mixtas con el Estado, no ha dado buenos resultados en nuestro país. No es difícil imaginarse cuáles han de ser las razones del sector privado para no ver con buenos ojos la conformación de este tipo de sociedades jurídicas con el Estado, donde

³⁷ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ sostiene, lúcidamente, desde la óptica del Estado, que “las CPP configuradas como peajes en la sombra tienen como mayor ventaja que sirven para fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo pueden contribuir a hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en consecuencia, que los contratos en los que se incluyen afecten a la sostenibilidad de las finanzas públicas y mengüen la libertad de acción de gobiernos futuros”, en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012) pp. 435-462.

³⁸ Cfr. art. 3°, inc. e del decreto 967/2005.

³⁹ Cfr. arts. 10 y ss. del decreto 967/2005.

⁴⁰ Cfr. art. 5° del decreto 967/2005.