

DIRECTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

117
MAYO / JUNIO
2018

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

ISSN 1851-0590

TEMA SELECCIONADO

Los contratos de participación público-privada

Los riesgos en el contrato de concesión, APP y PPP.

Consideraciones generales

Por Julio César Crivelli

El régimen de participación público-privada

Por Ezequiel Cassagne

Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada

Por Pablo E. Perrino

Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328

Por Juan Carlos Cassagne

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 Aimar

Destitución de funcionarios públicos en caso de violación de deber de reserva

Por Pablo Schiavi

Reclamo administrativo previo y prescripción liberatoria: una teoría con perspectiva local

Por Lisandro Yolis

La nulidad del acto administrativo por vulneración del debido proceso previo: los dictámenes

Por María Gisele Cano

El principio de formalismo moderado a favor del oferente en el marco de un procedimiento licitatorio

Por Manuel Alderete

LEGISLACIÓN ANOTADA

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

Por Marcela I. Basterra

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

Por Alejandra M. Santos

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

Por Julio C. Durand

EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Por EZEQUIEL CASSAGNE

I. Los sistemas tradicionales para construir y financiar las infraestructuras públicas

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

En el modelo clásico de obra pública, el Estado paga la obra con sus propios recursos (tributos o crédito público), a medida que esta avanza. De tal forma, en la etapa de ejecución del contrato, el contratista 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 costas¹. A su vez, para garantizar la buena construcción de la obra, el Estado deduce de cada certificado un monto determinado, que pasa a integrar el fondo de reparos, que se libera con la recepción definitiva de la obra, e implica la conformidad del Estado. Este modelo también admite la inserción de financiación privada por parte de terceros (ej.: consorcio de bancos), siendo el contratista un mero constructor que recibe los pagos de los financistas del proyecto, quienes luego se cobran su acreencia del Estado².

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

En la concesión de obra pública, por su parte, el contratista asume la obligación de financiar, construir y mantener una obra, percibiendo como contraprestación por las tareas efectuadas el peaje que a su respecto abonan los usuarios de la obra⁴. La característica principal de este

¹ Cfr. BARRA, Rodolfo, "Contrato de Obra Pública", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1988, t. III, ps: 877 y ss.

² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed. act., t. II, ps. 530-531.

³ Para los especialistas 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. Cfr. DRUETTA, Ricardo - GUGLIELMINETTI, Patricia, "Ley 13.064 de Obras Públicas", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 59.

modelo es que el concesionario asume todos los riesgos técnicos y económicos, tanto en la fase de la construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto. No obstante ello, existen técnicas que morigeran ese riesgo, como ser la aportación de fondos por el Estado Nacional a modo de subvención, o bien el establecimiento de una garantía mínima de rentabilidad, pero para que ello ocurra debe estar contemplado en el contrato⁵.

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

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

Por otra parte, el modelo de concesión de obra pública —que internacionalmente se conoce como un típico contrato BOI, 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 en que la necesidad de dotar al país de infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de obras de tales características. A su vez, los Estados no pueden postergar la satisfacción de necesidades básicas de la población (como la nutrición, la vivienda, el empleo, la salud, la educación y la seguridad) que no están cubiertas en forma digna y adecuada.

Por tal motivo, resultaba necesario implementar nuevos esquemas de colaboración público-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 —caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etcétera—"⁸.

II. Las nuevas formas de gestión y financiación

II.1 Las asociaciones público-privadas

Entre las nuevas formas de gestión de infraestructuras, se viene abriendo camino el modelo conocido como de asociación público-privada (cuya abreviatura es APP) o también llamado par-

⁵ Cfr. GUIRIDIAN LAROSA, Javier, "Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, ps. 31 y ss.

⁶ Cfr. VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, "Ejecución y financiación de obras públicas", Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2006, p. 381.

⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed. act. t. II, ps. 555-556.

ticipación público-privada o PPP (como ha sido concebida por la nueva ley 27.328, y como las denominaremos de aquí en adelante⁹).

Se trata de una técnica de contratación administrativa nacida en Gran Bretaña en la década de 1980, bajo el influjo de las reglas del *New Public Management* (nueva administración pública) propiciadas por el Gobierno Británico de la entonces Primera Ministra Margaret Thatcher, con la intención de lograr esquemas efectivos de colaboración entre los sectores público y privado para desarrollar infraestructura, evitando restricciones presupuestarias¹⁰.

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"¹¹.

El mismo autor aclara que si bien son numerosas las definiciones dadas para las PPP, todas ellas hacen hincapié en que la colaboración público-privada debe orientarse al aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, como ser 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 público¹².

De manera tal que este tipo de contratos puede presentar en los hechos muchas formas de vinculación entre los sectores público y privado. En rigor, el término PPP es muy amplio, dado que, según Naciones Unidas, constituye una forma de colaboración de ambos sectores con el objeto de implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo que supone la distribución de riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. En un sentido todavía más delimitado, las PPP constituirían aquellas relaciones en las cuales el gobierno suscribe un acuerdo con el sector privado para que este le provea servicios en un proyecto de infraestructura. También se ha llegado a decir que más que una institución jurídica, las PPP constituyen una estrategia de acción y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus socios privados apoyados en un proyecto determinado¹³.

En este mismo entendimiento, el profesor uruguayo Aragone Rivoir, quien se ha dedicado a estudiar el funcionamiento de las PPP en Latinoamérica, sostiene que éstas son en rigor "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencia de riesgos y consecuentes responsabilidades, que tienen por objeto el diseño, la construcción, 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"¹⁴.

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

¹⁰ Cfr. YESCOMBE, Edward, "Public-private partnerships. Principles of policy and finance", Ed. Elsevier, 2007, p. 15.

¹¹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed. act., t. II, ps. 556.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Principios Jurídicos Aplicables a las Infraestructuras Públicas", en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 425, quien cita un trabajo de la Comisión Económica por Europa, de las Naciones Unidas, titulado "Public-Private Partnerships. A new concept for infrastructure development", Nueva York y Ginebra, 2008.

¹⁴ Cfr. ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras

Ahora bien, las PPP no necesariamente son menos costosas que los típicos contratos administrativos, como ser el de obra pública. Así, se ha dicho que "el financiamiento de proyectos bajo la modalidad de PPP suele ser más cara que el financiamiento público, pues en los esquemas bajo PPP el financista asume el riesgo de la correcta ejecución del proyecto, mientras que en el caso del financiamiento público a través de la emisión de deuda común el que compra bonos soberanos de un Estado no asume riesgos significativos por la compra de los mismos¹⁵".

Guglielminetti y Bensadón explican que "el riesgo puede ser definido como cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometida. Uno de los principios básicos de la PPP es la transferencia costo-efectiva del riesgo hacia la parte involucrada que se encuentre en mejores condiciones para mitigarlo. Esto no significa que bajo PPP el objetivo, desde el punto de vista del sector público, sea transferir la mayor cantidad de riesgo posible hacia el sector privado. La presencia del sector privado, proveyendo financiamiento y habilidades de gestión, ya resulta de por sí beneficioso, sin embargo sin una adecuada asignación de riesgos no podrá sacarse entero provecho de dichas intervenciones en beneficio del desarrollo de un proyecto¹⁶".

Los riesgos impactan en forma directa en los costos de los contratos. De manera que una efectiva asignación de riesgos ciertamente resultará en una disminución del costo del proyecto. Por tal motivo, el costo de los contratos en realidad dependerá en cada caso concreto de cómo se estructure cada PPP, pero va de suyo que en términos generales y normales el financiamiento privado debiera ser más costoso que el financiamiento público. Decimos en términos generales pues, en rigor, ello no siempre resulta así, toda vez que, por el contrario, a veces el financiamiento privado puede ser menos oneroso, dados ciertos factores, tales como la mala calificación de la deuda de los algunos Estados y entidades públicas, que encarece su propio financiamiento¹⁷.

Asimismo, la lógica del mercado determinará el interés concreto del sector privado, al que sólo le interesará participar en los contratos PPP si el retorno de ganancias esperado está por encima de la compensación que podría obtener con operaciones de menor riesgo. Por tal motivo, si para el privado la PPP implica la asunción de altos riesgos, intentará trasladarlos al precio final¹⁸.

En rigor, como enseña desde España la Dra. Valcárcel Fernández, "puede decirse mayoritariamente 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)"¹⁹.

¹⁵ Ver el excelente trabajo de AZARRI, Juan Cruz - VEGA OLMOS, Jimena, "Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley", LA LEY, 28/06/2016.

¹⁶ GUGLIELMINETTI, Ana P. - BENSADÓN, Pascual, "Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada", ED 2005-639 (Derecho Administrativo).

¹⁷ Cf. ECHEVARRÍA PETIT, José, "El contrato de PPP en el mundo anglosajón", en DURÁN MÁRTINEZ, Augusto (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012, p. 50.

¹⁸ Cf. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia - GIMENO FELIÚ, José María (dir.), "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos". Observatorio de la contra-

De todas formas, en nuestro caso, las PPP son necesarias para obtener financiamiento privado. Esta financiación privada es, en efecto, de la esencia de las PPP. En este entendimiento, las PPP son muy útiles para las entidades públicas que se encuentran en una situación de endeudamiento presupuestal que les impide seguir ampliando su pasivo²⁰.

No obstante ello, es importante comprender que el contratista, o parte privada de la PPP, difícilmente pueda asumir con capital propio la totalidad del financiamiento privado que debe comprometer. Como es sabido, las finanzas requeridas para las PPP conllevan altísimos niveles de inversión en las etapas iniciales de construcción de la obra de infraestructura. A su vez, los plazos de recuperación de la inversión suelen ser extensos, y son altos sus riesgos asociados. Por tal motivo, la parte privada en un contrato de PPP necesita de financiamiento de terceros. En tal entendimiento, resultan imprescindibles los agentes financieros especiales con participación mixta, como ser los organismos multilaterales de crédito, bancos de desarrollo, bancos de inversión, fondos de infraestructura, e inclusive el mercado de capitales²¹.

Azzarri y Vega Olmos indican, con claridad, que en los contratos de PPP "se habilita al Estado, que carece de recursos suficientes hoy para desarrollar toda la infraestructura social [por ejemplo, hospitales], regalista o cultural (cárceles, escuelas, universidades, infraestructura o provisión de equipos militares, etc.), a ejecutar su puesta en marcha mediante esquemas donde una correcta distribución de riesgos y la estructuración de estándares de calidad adecuados y precisamente controlados por sus organismos tornan atractivo para el financiamiento privado el desarrollo de dicha infraestructura. Esto posibilita a la autoridad pública distribuir el costo de dichas inversiones en plazos más largos de tiempo, evitando la problemática de falta de recursos coyunturales"²².

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)²³.

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 o iniciativa"²⁴. Este principio postula dos grandes directivas para el Estado que se complementan entre sí: la positiva, en virtud de la cual el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar plenamente una actividad necesaria para el bien común, y un postulado negativo, que indica que el Estado no debe sustituir a los particulares cuando estos pueden desarrollar dichas actividades²⁵.

El principio de subsidiariedad adquiere toda su dimensión en el campo de importantes obras de infraestructura que requieren financiamiento, siendo imprescindible su manda positiva, esto es, el auxilio para la promoción de esta actividad orientada a transformar la vida de los

²⁰ Cf. ECHEVARRÍA PETIT, José L., "El contrato de PPP en el mundo anglosajón", en DURÁN MÁRTINEZ, Augusto (dir.), ob. cit., p. 50.

²¹ Cf. BRAGARD, Jean Jacques, "Reflexiones sobre el financiamiento privado en los proyectos de participación público-privada. La utilización del mercado de capitales", en DURÁN MÁRTINEZ, Augusto (dir.), ob. cit., ps. 278-279.

²² Ver AZARRI, Juan Cruz - VEGA OLMOS, Jimena, "Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley", LA LEY, 28/06/2016.

²³ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª ed., t. I, ps. 61-63, con citas de los Dres. Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Massini, y Sagüés; Véase MESSNER, Johannes, "Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural", Ed. Rialp, Madrid, 1967, ps. 949 y ss.

²⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Principios de Derecho Público Económico", Ed. Comares, Granada, 2004,

habitantes de cada país, cuando las circunstancias determinan que los particulares no puedan desarrollarla en su totalidad.

II.2. El dec. 1299/2000

En el año 2000 se dictó en la Argentina el decreto 1299 que contempla nuevos contratos, con la finalidad de promover la participación de empresas privadas en el desarrollo de infraestructuras.

Estos contratos son tres, a saber:

1. 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.

2. El contrato *Shadow Toll* (o peaje en la sombra). Esta modalidad prevé la construcción y financiamiento de la obra por parte del contratista, al que luego se le otorga mantenimiento y 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" utilizado²⁶.

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 presupuestarias²⁷.

3. Contrato de *Leasing*. El último tipo de estos contratos es el 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.

El régimen en cuestión estableció la creación de un Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, cuyos recursos se afectaban a garantizar los pagos a cargo de los Entes Contratantes en los Contratos.

Este Fondo tiene una duración de 30 años, y puede actuar como agente de pago por cuenta de terceros con los recursos proporcionados por los respectivos Entes Contratantes, en cuyo caso así deberá estar contemplado en el Contrato. El patrimonio del Fondo quedó irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos bajo los Contratos. Al vencimiento del plazo de duración del Fondo, su patrimonio remanente revertirá al Estado Nacional y a las jurisdicciones adheridas.

Se previó, asimismo, que el Fiduciario fuera el Banco de la Nación Argentina, a los fines de administrar los recursos del Fondo de conformidad con las instrucciones que le imparta un Consejo de Administración.

Como dato relevante, el régimen previó la exclusión de las prerrogativas estatales en caso de no haber sido previstas expresamente en los pliegos y en los contratos. Al respecto, el decreto establece que "Cuando no se prevea el derecho del Ente Contratante de rescindir anticipada-

²⁶ Ver VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, "Ejecución y financiación de obras públicas", Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2006, p. 410.

²⁷ 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

mente el Contrato, o de modificarlo unilateralmente, por razones de conveniencia e interés público, la contratación deberá ser autorizada por el Poder Ejecutivo Nacional, o en su caso de la respectiva Jurisdicción Adherida, con la previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación o del máximo organismo administrativo de asesoramiento legal de aquella"²⁸.

No obstante lo novedoso que resultaba en aquel entonces esta herramienta, lo cierto es que la misma no ha sido aplicada, o sea, el fideicomiso creado no ha sido utilizado y, lo que resulta todavía peor, como bien señalan Guglielminetti y Bensadón, es que ni siquiera se ha utilizado dicho régimen para la ejecución y financiación de proyectos según lo estipulaban los decs. 976/2001 y 1381/2001 —por los que se crearon el Fideicomiso de la Tasa del Gasóil (Sistema de Infraestructura de Transporte) y el Fideicomiso de Infraestructura Hídrica, respectivamente— que preveían que el régimen de contratación de todas las inversiones que se realicen con cargo a dichos fideicomisos debían seguir las pautas de contratación establecidas en el dec. 1299/2000²⁹.

II.3 El dec. 967/2005: las PPP como asociaciones jurídicas

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

En la Argentina, por medio del decreto 967 del año 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 exigía que encima resulten aptas para financiarse por medio del régimen de oferta pública, al que deberán adherirse³⁰. El régimen preveía todo un procedimiento engorroso, que culminaba con una eventual calificación del interés público en la necesidad de constituir una PPP, por parte del propio Presidente de la Nación, y luego el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios debía convocar a una licitación pública para seleccionar al futuro socio privado³¹.

Otro de los inconvenientes del régimen, es que determinaba a priori cuales podrían 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 Estado³².

Este modelo asociativo, que fomentaba sociedades mixtas con el Estado, no ha dado buenos resultados en nuestro país. No es difícil imaginarse cuales fueron y han de ser las razones del sector privado para no ver con buenos ojos la conformación de este tipo de sociedades jurídicas con el Estado, donde la injerencia estatal es importante, debiendo discutirse las decisiones de la gestión ordinaria del proyecto.

Asimismo, no es un dato menor el hecho de que cada forma societaria a crearse requería del dictado de una ley del Congreso Nacional. Muratorio ve en ello unas de las causas que determinaron que estas PPP no hayan prosperado, además del fracaso en el uso de la iniciativa privada, supuestamente orientada a generarle beneficios al iniciador³³.

²⁸ Cfr. art. 19, dec. 1299/2000.

²⁹ GUGLIELMINETTI, Ana P. - BENSADÓN, Pascual, "Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada", ED 2005-639 (Derecho Administrativo).

³⁰ Cfr. art. 3º, inc. e del dec. 967/2005.

³¹ Cfr. arts. 10 y ss. del dec. 967/2005.

³² Cfr. art. 5º del dec. 967/2005.

³³ Véase MURATORIO, Jorge, "Modalidades de asociación entre el sector público y el sector privado",

Si bien el decreto hacía referencia a un único modelo de PPP, ello no significa que en la Argentina no hayan existido en los hechos otros modelos de PPP, pero claro, en un sentido más amplio que el que se quiso legislar. Un ejemplo que hemos expuesto en un trabajo anterior, a nuestro criterio, es el programa nacional de fomento para la generación de energías renovables conocido como GENREN. Este programa, hemos dicho, “es un típico caso de PPP, en la medida que importa en los hechos una interrelación entre el sector público y el sector privado, constituida por una serie de contratos y relaciones que permiten viabilizar los proyectos, tales como el contrato de provisión de energía a un precio determinado entre los privados y ENARSA, el contrato de abastecimiento entre CAMMESA y ENARSA, el contrato de fideicomiso, la constitución y transferencia del aval del Estado, la participación de bancos públicos aportando financiamiento bajo el modo project finance, etc.”³⁴.

II.4. La dificultad del financiamiento

En nuestro país, al igual que lo que ocurre en varios países de Latinoamérica, las empresas encuentran en la actualidad dificultades de obtener financiamiento privado para estos proyectos. En algunos casos, se acudía a entidades crediticias como el Banco de Desarrollo de Brasil (en adelante, BNDES), que ha exigido contar con un seguro de exportación, e inscribirse a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos (CCR) de la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi)³⁵. Tampoco es menor el hecho de que los préstamos ofrecidos por dicha entidad eran exigidos bajo la modalidad *Buyer's credit*, es decir, financiamiento a Sociedades de Propósito Específico que deben importar la adquisición de bienes desde Brasil. El BNDES exigía que el Banco Central de la República Argentina garantizara de forma irrevocable el pago frente al Banco Central de Brasil, quien a su vez iba a garantizar el pago al BNDES. De todas formas, la actual crisis de Brasil recortó considerablemente el acceso a su financiamiento.

Desde luego que el Banco de la Nación Argentina es una Institución financiera muy importante, como otros bancos públicos, que contribuye mucho al sostenimiento de las políticas públicas, mediante el aporte de financiamiento, muchas veces bajo esquemas tradicionales, es decir, préstamos de esa institución a la sociedades que desarrollen los proyectos, previéndose dichos financiamientos por medio de la creación de fideicomisos de inversión, que emiten Valores Representativos de Deuda (VRD's), en los cuales invierte el Banco de la Nación Argentina, cuyo repago estaría garantizado mediante la cesión fiduciaria de los derechos de cobro de los contratos. En muchos de estos esquemas se ha exigido una importante parte de *equity* de las empresas, y los bancos públicos en la Argentina tienen sus propias limitaciones de financiamiento, teniendo en cuenta los fondos disponibles para esos fines.

Asimismo, el Estado y las empresas acuden también a obtener financiamiento de distintos organismos, como ser el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); el Banco Mundial; el Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE); la Corporación Andina de Fomento (CAF); y de distintos bancos privados nacionales y extranjeros, cuya mención excedería el presente trabajo.

En este escenario, consideramos fundamental profundizar la colaboración inteligente entre el sector privado y el sector público, y la implementación de estos modelos de participación pública y privada, que contemplen otro tipo de ayudas y distribución de riesgos —sea en forma

³⁴ Ver CASSAGNE, Ezequiel, “Análisis contractual y normativo del desarrollo de la generación de energías renovables en la Argentina”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, nro. 3, Ed. Ábaco, 2014.

³⁵ El CCR es básicamente un mecanismo de compensación entre Bancos Centrales, donde cada Banco Central establece, con cada uno de los demás del Sistema, una línea de crédito recíproco expresada en dólares norteamericanos y que varía, según el caso, conforme a la importancia de las corrientes comerciales establecidas con los respectivos países. Estas líneas de crédito permiten canalizar los pagos entre

complementaria o suplementaria— que posibiliten la concreción de proyectos de infraestructura en nuestro país.

Es fundamental que el ordenamiento jurídico y la estructuración de los proyectos de PPP favorezcan el *bankability* —bancabilidad— de los mismos. El término “bancabilidad” refiere a la condición de un proyecto de ser financiable. La bancabilidad de los proyectos de PPP dependerá, en gran medida, del análisis de los riesgos del proyecto y su viabilidad.

Como se ha señalado con acierto, la clave del éxito de las PPP como éstas “residiría, pues, en la eficiente división de responsabilidades y riesgos entre socios. El sector privado asume la financiación de proyectos a gran escala atraído por la potencial rentabilidad que le puede reportar la inversión. Por su parte, el Sector Público ofrece los derechos de explotación y puede fijar estándares de calidad y/o participar también en su pago”³⁶.

III. El nuevo modelo en la Argentina de participación público-privada

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

La ley 27.328 fue sancionada el 16/11/2016, y publicada el día 30 de dicho mes y año, y ha bautizado a estos contratos como Participación Público-Privada (PPP). Reconocemos que el término “participación” utilizado en la ley a los fines de definir el vínculo entre la parte privada y la pública es más preciso que el término de “asociación”, aunque no existen diferencias en el uso indistinto de cualquiera de ambos términos.

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

La importancia de haber logrado una regulación de PPP por ley del Congreso Federal radicaba en la necesidad de aunar consensos y generar el debate necesario para acordar con distintas fuerzas políticas y los diversos sectores de la sociedad (empresas, bancos, trabajadores, usuarios) una regulación que permita efectuar realmente un cambio de paradigma en la contratación administrativa estatal, orientada hacia el futuro, con vocación de permanencia.

La ley ha sido luego reglamentada por el dec. 118/2017, de fecha 17/02/2017, modificado levemente por el dec. 936/2017.

A continuación se efectuará la descripción y análisis general de este nuevo régimen de PPP.

III.1. Tipos de contratos de participación público-privada

Los contratos de PPP no necesariamente deben estar circunscriptos a proyectos de infraestructura. Pueden abarcar todo tipo actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y servicios conexos a los mismos. La ley 27.328 expresamente prevé que los proyectos de PPP pueden contemplar tanto la construcción de una obra,

como la ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación, y financiamiento³⁷.

El Reglamento en su versión primera, por su parte, exigía que estos proyectos no tuvieran como objeto único la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Estado Nacional³⁸. La modificación del mismo por parte del dec. 936/2007, permite ahora que se puedan ejecutar proyectos con esos objetos únicos.

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

En tal entendimiento, la nueva ley de PPP determina que la forma contractual en estos contratos sea absolutamente flexible, esto es, que respecto de cada proyecto requiera considerarse cuál contrato o tipos de contratos son los más aptos para ese desarrollo determinado, sin la necesidad de predeterminarlo en una regulación general. Y en cada caso concreto se verán cuáles han de ser los instrumentos más eficientes para la consecución del interés público que se persigue, como el caso de un esquema de *project finance* donde se constituye una sociedad de propósito específico que a su vez se relaciona contractualmente con el Estado o con una empresa del Estado, o una sociedad mixta, o una concesión subvencionada, o una relación de colaboración regida por múltiples contratos, etc.³⁹.

La Ley de PPP establece que los nuevos contratos de PPP, por su parte, son una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520 y por el dec. 1023/2001⁴⁰.

En este nuevo escenario, cada entidad contratante debe analizar la factibilidad de la contratación mediante la celebración de un contrato de PPP o un contrato de obra pública, concesión de obra pública, o cualquier otro contrato. Para ello⁴¹, será necesario estimar el impacto que los gastos o sus aumentos generados tendrán en las metas de resultado fiscal⁴²; la estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado⁴³; la estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos⁴⁴, entre otros.

Téngase en cuenta que cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, deberá mediar financiamiento por parte del contratista PPP⁴⁵.

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

³⁷ Cfr. art. 1° de la ley 27.328.

³⁸ Véase art. 1° del Anexo I del dec. 118/2017.

³⁹ Art. 1° de la ley 27.328. El dec. 118/2017, art. 1°, establece, por su parte, que "el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate".

⁴⁰ Ver art. 2° de la ley 27.328.

⁴¹ Cfr. art. 13, inc. a) de la ley 27.328.

⁴² Art. 13, inc. b) de la ley 27.328.

⁴³ Art. 13, inc. c) de la ley 27.328.

La Ley de PPP, a su vez, prevé la posibilidad de que las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, puedan también celebrar contratos de PPP en carácter de contratistas, actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado⁴⁶. El propio reglamento aclara que en estos casos, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el Contrato PPP a través de una Licitación (como se verá más adelante, el régimen de PPP impone que el proceso de selección de estos contratos sea siempre por licitación). El Reglamento incluso se ocupa de indicar en forma expresa que en tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás Oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna⁴⁷.

A diferencia de lo que acontecía en el régimen del dec. 967/2005, la nueva ley de PPP habilita al Estado, pero no obliga, a la posibilidad de constituir, según las características del proyecto y a los fines de actuar como contratista o como parte del consorcio contratista, sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación de acuerdo a lo establecido por la ley General de Sociedades.

La Ley 27.328 exige que en estos casos la participación estatal debe alentar y ser compatible con la participación del sector privado en dichas sociedades o fideicomisos, o utilizar los existentes⁴⁸.

Asimismo, la ley 27.328 contempla la posibilidad de constituir el modelo de *Project Finance* si el caso lo requiere, pudiendo en estos casos crearse sociedades o fideicomisos a tal efecto⁴⁹. En la Reglamentación se ha aclarado que podrán utilizarse toda clase de fideicomisos, salvo en el supuesto de que se constituya un fideicomiso como instrumento de financiamiento de un Proyecto, oportunidad en la que sólo podrán constituirse un fideicomiso financiero⁵⁰.

Vale la pena destacar que el *project finance*, cuya fundamental garantía de los financistas para el cobro de su crédito es el flujo de fondos del proyecto en marcha⁵¹, es una herramienta muy usada para este tipo de proyectos, pues consiste en una alternativa válida a los endeudamientos directos por parte de las empresas, como la emisión de obligaciones negociables. Ocurre que los esquemas de *project finance* son fundamentales en la estructuración de financiamientos a grandes proyectos, en la medida que no requieren ni endeudamiento directo por parte de las empresas, ni la utilización de recursos por parte del Estado.

En los modelos de *project finance* se constituye una Sociedad de Propósito Específico (SPE) que tendrá en su activo el proyecto, el que constituye la única fuente de repago de la deuda, la cual generalmente oscila entre un 60% y hasta un 80% del monto de inversión requerido, que usualmente se cancela en un plazo de 10 a 15 años. Es por esta razón que la estructuración de este tipo de financiamiento lleva más tiempo que un préstamo corporativo tradicional, dado que se debe analizar detalladamente el proyecto (ingresos, costos, sensibilidades a los mismos, etc.), como se realiza la asignación de riesgos (la cual sigue la premisa de asignar a cada parte los riesgos que estén en mejores condiciones de asumir), estructurar legalmente los esquemas de garantías, etc.⁵².

⁴⁶ Ver art. 3° de la ley 27.328.

⁴⁷ Cfr. Art. 3°, Anexo I, dec. 118/2017.

⁴⁸ Art. 8° de la ley 27.328.

⁴⁹ Ley 27.328.

⁵⁰ Cfr. art. 7°, Anexo I, dec. 118/2017.

⁵¹ Como señala Aguilar Valdéz, el *project finance* es, verdaderamente, un financiamiento "al proyecto" y no a personas jurídicas determinadas. Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Principios Jurídicos Aplicables a las Infraestructuras Públicas", en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, p. 419.

El modelo de *project finance* supera al clásico financiamiento corporativo directo, dado que este último encuentra los límites que imponen las restricciones de endeudamiento de cada empresa. Ahora bien, teniendo en cuenta que la financiación de infraestructura se asemeja a un rompecabezas en cuanto a la complejidad de su redacción y a las negociaciones para conseguir un conjunto efectivo de acuerdos crediticios y de garantías, muchas de estas financiaciones llevan años hasta llegar a su estructuración y cierre, y es común que estén afectadas por contingencias sociales, económicas y políticas, que obligan a introducir modificaciones y sucesivas enmiendas al proyecto de contrato original⁵³.

III.2. Enunciación de los principios de los contratos de PPP, incluidos en la ley 27.328

Los proyectos de PPP deben⁵⁴:

- a) Perseguir objetivos de interés público, contemplándose mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo⁵⁵.
- b) Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado, y en la utilización de los recursos públicos.
- c) Respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades.
- d) Promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructuras y servicios básicos.
- e) Promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos.
- f) Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo.
- g) Impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de los oferentes.

project finance es fundamental "proceder a un reparto de riesgos entre el empresario y la entidad financiera (ya que no todos son asumidos por esta)", y que dado que esta modalidad de financiación radica en que la única garantía de la entidad financiera consiste en los flujos que genera el proyecto financiado, su particularidad "obliga a realizar un exhaustivo análisis de esos flujos".

⁵³ Cfr. BARBIER, Eduardo, "Contrato de Financiación de Proyectos", en *Contratación Bancaria*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2002, p. 201.

⁵⁴ Los principios se encuentran enunciados en el art. 4º de la ley 27.328.

⁵⁵ Hay que recordar que el interés público no es aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. Al respecto, ESCOLA sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público 'del pueblo', como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o líder de turno... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...", en ESCOLA Héctor J., "El interés público", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 240/241. En el mismo sentido Comadira señala que "las nociones de interés público o bien común reconducen no ya al interés propio de la administración sino a los intereses generales de la comunidad a la cual la Administración sirve, por lo que exigir su valoración no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque este no se pueda desarrollar en un Estado de Derecho, en contradicción con aquella." en COMADIRA Julio R.

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

i) Contemplar que el plazo del contrato permita la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable⁵⁶.

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

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

III.3 Contenido de los contratos: Seguridad jurídica

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

III.3.1. Aspectos generales de los contratos PPP

En primer lugar, los contratos de PPP deben establecer con claridad el plazo de vigencia de los mismos, y si permiten la posibilidad de prórroga. El plazo da certeza y seguridad jurídica al contratista, al inversor y al Estado⁵⁷.

A su vez, estos contratos deben indicar el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, asignando los riesgos a la parte que se encuentre en mejores condiciones de prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, el caso fortuito, la fuerza mayor, el alea económica extraordinaria del contrato y de la extinción anticipada del contrato⁵⁸.

En cuanto a la distribución de riesgos, Guiridlian Larosa, explica que "la compartición de riesgos debe plasmarse manteniendo el necesario equilibrio que debe existir en un vínculo PPP, ya que su imposición excesiva y/o el desconocimiento de garantías estructurales (con el mantenimiento de la ecuación económica a la cabeza), aunque con el alcance que merece en pos de no terminar neutralizando el reparto de aleas que se busca en toda PPP) puede llevar sino a frustrar su implementación a generar sobrecostos innecesarios, ya que —como pauta general— cuanto mayores son los riesgos trasladados superiores serán las expectativas de retorno por parte del sector privado"⁵⁹.

En todos los contratos de PPP deberán indicarse con claridad las obligaciones del contratista en función de las características del proyecto, los riesgos y aportes asumidos y las necesidades

⁵⁶ La ley 27.328 establece como límite el plazo de duración de 35 años, incluidas las eventuales prórrogas. La fijación de este plazo lamentablemente privará de esta herramienta a numerosos proyectos que requieren más tiempo de duración, como sería el caso, por ejemplo, de los proyectos para construir y operar terminales portuarias, entre otros tantos.

⁵⁷ Cfr. art. 9º, inc. a), de la ley 27.328.

⁵⁸ Art. 9º, inc. b) de la ley 27.328.

⁵⁹ Véase GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, en "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la

de financiamiento, y los estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ciertamente, deberán contener la forma, modalidad y oportunidades del pago de la remuneración, que en cada caso concreto debería poder ser percibida de los usuarios, de la contratante o de terceros, así como también, los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar el precio base del contrato⁶⁰. También los contratos deberán establecer los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato⁶¹.

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

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

Por su parte, los contratos de PPP deberán tener certeza sobre la titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan durante la vigencia del contrato, así como también la especificación de los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado Nacional al extinguirse el contrato⁶².

Los contratos deberán también contemplar la posibilidad de ceder, o de dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, incluyendo el derecho a percibir los aportes comprometidos por la contratante, la remuneración y las indemnizaciones pertinentes, así como la titularización de los flujos de fondos pertinentes⁶³.

A su vez, la ley 27.328 establece la facultad de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero siempre que este reúna similares requisitos que el cedente y que haya transcurrido, al menos, el veinte por ciento del plazo original del contrato o de la inversión comprometida. Para que ello sea posible, la ley exige, también, que previo a la autorización de la cesión por parte de la autoridad contratante, deberá contarse con un dictamen fundado del órgano que ejerza el control de la ejecución del contrato sobre el cumplimiento de las condiciones antes mencionadas así como respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista cedente, y la emisión de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre los riesgos que asume el Estado nacional. Finalmente, dicho dictamen debe ser informado a la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de PPP, que crea la ley⁶⁴.

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

Con relación a la posibilidad de subcontratación, que por cierto debe estar delimitada en los contratos, la ley de PPP exige contar en cada caso con el previo consentimiento de la contratante. Este requisito, que fue introducido por el Senado de la Nación en el marco de la aprobación de la ley, atenta, en nuestra opinión, contra la libertad que tiene el contratista en la ejecución de

⁶⁰ Establecido en el art. 9º, inc. g) de la ley 27.328

⁶¹ Los aportes se encuentran, indicados, de manera meramente enunciativa, en el art. 9º, inc. g) de la ley 27.328.

⁶² Véase art. 9º, inc. u) de la ley 27.328

los contratos, y podría fomentar casos de corrupción al tener que subcontratarse a empresas elegidas arbitrariamente por los funcionarios de turno.

En materia de subcontratación, el Senado de la Nación también agregó que el contratista debe optar preferentemente por empresas nacionales y/o pequeñas y medianas empresas locales⁶⁵.

Por su parte, en los casos en que se haya utilizado la figura del *Project Finance*, deben quedar en claro los requisitos y condiciones según los cuáles la contratante autorice la transferencia del control accionario de la sociedad de propósito específico a favor de terceros así como a favor de quienes financien el proyecto o de una sociedad controlada por ellos, en caso en que la sociedad de propósito específico incumpla las condiciones de los acuerdos de financiamiento⁶⁶.

III.3.2. Las prerrogativas de la Administración

La necesidad de respetar los contratos, no significa necesariamente que deban excluirse o eliminarse las prerrogativas del Estado, que tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina, le reconocen a la Administración Pública en la ejecución de los contratos. En rigor, los contratos de PPP son contratos administrativos, pues en ellos existen todas las notas que caracterizan a un contrato público, como ser el ejercicio de una función administrativa, un régimen exorbitante, una parte pública y otra privada, y el fin público⁶⁷.

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

Como bien señala Luqui, de todas las prerrogativas que tiene la Administración, tal vez la más importante sea la de modificar unilateralmente los contratos administrativos, y la de rescisión de los mismos⁶⁸.

La posibilidad de modificar unilateralmente un contrato administrativo, esto es, el ejercicio del *ius variandi*, se encuentra expresamente contemplada en la normativa vigente. En primer lugar, el dec. 1023/2001, establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público. A tal efecto, se dispone que dicha facultad de modificación debe ser utilizada en forma razonable; estableciéndose que cuando la modificación exceda en un veinte por ciento en más o en menos del monto total del contrato, y la misma no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de

⁶⁵ Véase art. 9º, inc. u) de la ley 27.328

⁶⁶ Cfr. art. 9º, inc. r) de la ley 27.328.

⁶⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, t. III-A, ps. 44, 117 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 16; BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1955, t. II, ps. 146, y ss.; GORDILLO, si bien afirma que todos los contratos que celebra la administración son contratos administrativos, entiende que algunos supuestos su objeto puede estar regulado por el derecho privado. Ver al respecto GORDILLO, Agustín, "Los contratos administrativos", en AA.VV., *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 17. Distinta es la posición de Mairal, quien directamente rechaza la teoría de contrato administrativo. Véase MAIRAL, Héctor, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico", ED 181-942.

las partes. Y al igual que lo que ocurre con las modificaciones bilaterales, las ampliaciones no podrán exceder del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato⁶⁹.

Por su parte, la ley de Obra Pública establece que los aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado⁷⁰. La ley también dispone que si en el contrato de obra pública celebrado, la Administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un veinte por ciento del importe del mismo, la Administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo⁷¹. En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, sólo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para ese ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista⁷². A su vez, si las modificaciones superan ese veinte por ciento, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato⁷³.

Al respecto, es importante destacar la necesidad de que la *potestas variandi* sea ejercida con una finalidad de interés público. Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Cód. Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria"⁷⁴.

La ley 27.328 establece en forma expresa que en los contratos de PPP esta prerrogativa tiene que estar incluida, estableciéndose la obligación de compensar adecuadamente la alteración, preservándose el equilibrio económico-financiero original del contrato y, además, las posibilidades y condiciones de financiamiento⁷⁵. La necesidad de preservar las condiciones de financiamiento es sumamente importante en este tipo de contratos, pues en caso contrario no debe imponérsele al contratista la obligación de cumplir con el requerimiento de modificación.

La otra gran prerrogativa señalada por Luqui es la de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Esta institución también se encuentra prevista en el en el dec. 1023/2001, y le permite a la Administración Pública extinguir unilateralmente el contrato por

⁶⁹ Era una regla que se había fijado en el anterior art. 12 del RCAN, pero que luego fue eliminada con la modificación introducida por el dec. 666/2003. No obstante ello, el art. 124 del dec. 893/2012, que reglamenta el art. 12 del RCAN, vuelve a establecer la limitación del 35 por ciento para los casos de modificaciones consensuadas.

⁷⁰ Art. 30 de la ley 13.064.

⁷¹ Como puede verse, se trata de un procedimiento de renegociación que no tiene límites cuantitativos.

⁷² Art. 38 de la ley 13.064.

⁷³ Art. 53 de la ley 13.064. Cfr. DRUETTA, Ricardo - GUGLIEMINETTI, Patricia, "Ley 13.064 de Obras Públicas", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 2ª ed. comentada y anotada, p. 224.

⁷⁴ Cfr. Fallos 312:89, in re "Marocco y Cía. SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", de fecha 09/02/1995. La referencia del art. 1197 del Cód. Civil hace alusión al *pacta sunt servanda* y la *lex*

razones de interés público, o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando al contratista todos los perjuicios que dicha conducta le irroga, salvo el lucro cesante⁷⁶. En rigor, se trata de una rescisión sin culpa del contratista.

Para Juan Carlos Cassagne —quien critica la limitación que la normativa efectúa respecto del resarcimiento—, la propia potestad debe fundarse en ley, pues de lo contrario sería inconstitucional, en la medida que la Constitución prevé que la propiedad es inviolable y se encuentra protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrificio y la previa indemnización (como ocurre con las expropiaciones), no pudiendo consistir en un mero cambio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades⁷⁷. No obstante ello, gran parte de la doctrina, y más aún la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad, que es ampliamente utilizada por la Administración Pública⁷⁸.

La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ha sido reglamentada en el art. 95 del dec. 1030/2016, que reproduce lo dispuesto en el RCAN⁷⁹. Asimismo, debemos destacar que la ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, establece respecto de los actos administrativos, que estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados⁸⁰. Téngase presente que el tít. III de esta ley, en el que precisamente se incluye este principio, es de aplicación directa a los contratos administrativos, en cuanto fuere pertinente⁸¹.

La cuestión más controvertida en la jurisprudencia y en la doctrina, es la relativa al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la Corte Suprema en varios precedentes relativos a materia contractual se inclinó por la reparación integral⁸², y en otros vinculados a revocación de actos administrativos en cambio ha limitado el resarcimiento, excluyendo el lucro cesante⁸³. En la doctrina las posiciones no son pacíficas⁸⁴. Por su parte, muchos autores sostie-

⁷⁶ Cfr. art. 12, inc. b), párr. 2º del RCAN. Ver también en el mismo sentido el art. 121 del dec. 893/2012.

⁷⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., ps. 122/123.

⁷⁸ Ver CS, in re "Sánchez Granel", Fallos 306:1409. Cfr. Fs. CS 297:252, 305:321, 332:2801. Para Marienhoff esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, 3ª ed. act., t. II, p. 624.

⁷⁹ En igual sentido al art. 121 del anterior reglamento aprobado por dec. 893/2012.

⁸⁰ Ver art. 18 *in fine* de la ley 19.549.

⁸¹ Cfr. art. 7º, *in fine*, ley 19.549.

⁸² Ver Fallos 306:1409, 328:265 y 332:1367.

⁸³ Véase Fallos 293:617; 301:403 y 312:649.

⁸⁴ En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos Cassagne, quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el art. 17 de la CN), y protege contra la tentación en que muchas veces incurrir los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista. Cfr. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 124. En igual sentido ver también PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en AA.VV. *La contratación administrativa*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 1128-1129. En una posición contraria se ubicaban los profesores Marienhoff y Comadira, quienes entendían que debía aplicarse en forma análoga la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante. Al respecto, véase MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos

nen que dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante se encuentra establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho⁸⁵.

En este escenario, siguiendo las últimas tendencias de cara a otorgarle seguridad jurídica a las inversiones, la ley de PPP ha fijado que la cuestión de la limitación del alcance de la reparación en estos casos deba estar expresamente contemplada en los contratos, no siéndole de aplicación las reglas generales limitativas de responsabilidad, de manera tal que en cada contrato se fije el alcance de la indemnización en caso de revocarse el mismo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁸⁶.

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

Ahora bien, existe una potestad administrativa que carece de razonabilidad y atenta contra la seguridad jurídica, cual es la facultad de suspender o revocar un contrato en sede administrativa por razones de ilegitimidad, cuando el contratista supuestamente conociera el vicio⁸⁷. Es a nuestro criterio una facultad irrazonable, por cuanto la Administración en dichos supuestos se comporta como juez y parte, y no se alcanza a ver razón valedera alguna para que tal suspensión o anulación no deba ser solicitada y declarada por un tribunal competente, o sea, un tercero imparcial que dirima el conflicto. Además, si existiere una necesidad imperiosa de suspender la ejecución de un contrato, pues la Administración Pública puede acudir a la justicia y requerir una medida cautelar⁸⁸. Y en el caso de que tenga intención de anularlo, pues más aun debiera iniciar una acción de nulidad, en nuestro medio también llamada de lesividad.

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

III.3.3. El equilibrio económico-financiero de los contratos

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

La ley 27.328 en varias oportunidades hace referencia a la preservación del equilibrio económico financiero de los contratos de PPP. En primer lugar, al regular lo atinente al equitativo y eficiente reparto de riesgos (art. 9°, inc. b), y también en el caso de las modificaciones unilaterales

⁸⁵ Cfr. LUQUI, Roberto, "La modificación (*Ius Variandi*) del Contrato Administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 14; VILLARRUEL, María Susana, "El rescate en los contratos administrativos", en AA. VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 160. Para Farrando, en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios constitucionales relacionados con la propiedad (arts. 14 y 17, CN). Cfr. FARRANDO, Ismael, "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en AA. VV., *La contratación pública*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 777.

⁸⁶ Así se prevé en el art. 9° inc. n) de la ley 27.328.

del contrato (art. 9°, inc. i). Y lo consagra de manera autónoma, al establecer como inciso independiente (art. 9°, inc. j) que "en caso de que las partes invoquen la existencia de desequilibrio económico-financiero, la unidad de participación público-privado podrá solicitar informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto".

Es importante comprender que el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en que a nadie pueden imponerse sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación⁸⁹. El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁹⁰, ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de interés público⁹¹.

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

Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales⁹². La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que "el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término"⁹³. Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al "mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato", en tanto este integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el art. 17 de la CN⁹⁴.

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado⁹⁵.

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

En tal sentido, el dec. 1023/2001 prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onero-

⁸⁹ Art. 17 de la CN.

⁹⁰ Art. 16 de la CN.

⁹¹ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., t. III-A, ps. 469 y ss.

⁹² Véase CASSAGNE, Juan Carlos, "El equilibrio económico financiero del contrato administrativo", RDA nro. 1, Buenos Aires, 1989, p. 32.

⁹³ Fallos 145:307; 158:268, entre otros.

⁹⁴ BERCAITZ, Miguel A., "Teoría general de los contratos administrativos", Ed. Depalma, Buenos Aires,

sas las prestaciones a su cargo⁹⁶. Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible. Asimismo, también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado⁹⁷”.

Por su parte, la ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida⁹⁸. La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. Por su parte, el nuevo procedimiento de revisión de precios ha sido regulado recientemente por dec. 691/2016, fijándose que los precios correspondientes podrán ser redeterminados —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 5% a los del contrato o precio de la última redeterminación. Es interesante destacar que al anterior régimen de redeterminación de precios permitía la redeterminación —recién a partir de una variación superior al 10%. Esto demuestra un reconocimiento aun mayor del equilibrio de la ecuación económica de los contratos.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la “Teoría del Hecho del Príncipe” —*factum principis*—, que posee base constitucional en los arts. 16 y 17 de la CN, que reconocen el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que “no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato⁹⁹”. La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta *alea administrativa*, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño¹⁰⁰.

En definitiva, la recomposición del equilibrio económico financiero de los contratos no debe acotarse a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito. Debe ser permanente, no excepcional, y debe orientarse al mismo fundamento que inspira el mecanismo de redeterminación de precios en la obra pública. No debe perderse de vista, como señala Guglielminetti, que “el principio del equilibrio económico-financiero o principio del equivalente económico exige que la economía del contrato definida al momento de su celebración sobre la base de la oferta presentada por el adjudicatario —la ecuación financiera del contrato, en la terminología francesa, o el equivalente económico, en la terminología española— perdure hasta su extinción, de modo que si se produce la ruptura o alteración del equilibrio económico financiero del contrato, nace para el cocontratante particular, como antes se dijo, un verdadero derecho a su restablecimiento y el deber de la Administración de corregir los desequilibrios producidos por la modificación de las circunstancias originarias del contrato administrativo¹⁰¹”.

⁹⁶ Véase art. 13, inc. a), del RCAN.

⁹⁷ Cfr. SC Santa Fe, *in re* “Transportes La Florida SRL y otros c. Municipalidad del Rosario”.

⁹⁸ Art. 30 de la ley 13.064.

⁹⁹ ESCOLA, Héctor J., “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

¹⁰⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 107.

No obstante lo expuesto, la recomposición económica de estos contratos debe también proteger al Estado, no solo debe contemplarse en beneficio del contratista. Debe preverse que la recomposición pueda ser requerida por cualquiera de las partes cuyo equilibrio contractual se vea alterado. Y esta es la solución que ha fijado la ley de PPP al permitir que “las partes invoquen” la existencia de dicho desequilibrio¹⁰².

III.4. Aspectos generales que contempla la ley de PPP

III.4.1. Procedimiento de selección

Siendo los contratos de PPP contratos públicos, la selección del contratista debe hacerse, por regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Así se había previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo, cuestión que se vio fortalecida e el trámite parlamentario, en la medida que la ley 27.328 exige la licitación o concurso público como únicos procedimientos de selección para este tipo de contratos¹⁰³.

La ley indica en forma expresa que en estos procesos deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada¹⁰⁴.

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido los Dres. Fiorini y Mata, “asegurar la concurrencia significará promover la afluencia de ofertas pucs, sin concurrencia, no hay puja ni posibilidades de competencia¹⁰⁵”. En rigor, el principio de máxima concurrencia es reconocido “como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, el de concurrencia o competencia entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción¹⁰⁶”.

En cuanto a la adjudicación, deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad PPP. A los fines de alcanzar los votos necesarios para su aprobación, en el Congreso de la Nación se agregó que “los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado, justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto¹⁰⁷”.

El trámite parlamentario también incorporó al texto de la ley la exigencia de contar con componente local. En efecto, el art. 12 de la ley 27.328, luego de disponer que los procedimientos de contratación deberán promover, de acuerdo a las características del proyecto, la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo

¹⁰² Cr. art. 9º, inc. j), de la ley 27.328.

¹⁰³ Véase art. 12 y ss. de la ley 27.328.

¹⁰⁴ Los principios enunciados están expresamente incluidos en el art. 12 de la ley 27.328.

¹⁰⁵ FIORINI, Bartolomé - MATA, I., “La licitación pública”, Selección del Contratista Estatal, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 43.

¹⁰⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit. p. 204.

nacional, establece que "en lo relativo a la provisión de bienes y servicios que deba realizarse en el marco de los contratos que se celebren al amparo de la presente ley, los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que tales bienes y servicios tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento (33%) de componente nacional". También se aclara en la ley de PPP que las preferencias establecidas por la ley 25.551 a favor de bienes de origen nacional resultarán de aplicación.

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

Por su parte, una cuestión importante que merece ser destacada es que la nueva regulación contempla la posibilidad de acudir al sistema de diálogo competitivo para la elaboración de las condiciones particulares y demás documentación contractual, el que deberá garantizar la transparencia, concurrencia, competencia efectiva y la participación simultánea de todos los interesados precalificados. El sistema de diálogo competitivo debiera poder realizarse a través de un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base habrán de formularse las ofertas¹⁰⁸.

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

Por su parte, la Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones públicas realizadas en el marco de Proyectos de PPP, establece que "en el procedimiento transparente de consulta (Ley 27.328, art. 14) será fundamental prever mecanismos que habiliten una amplia participación de los interesados en las etapas de formulación de los pliegos y que permitan el monitoreo del sector privado en la gestión de los Proyectos PPP"¹⁰⁹.

III.4.2. Garantías

La ley de PPP prevé numerosas garantías para asegurar las obligaciones de pago asumidas por la contratante pública, pudiéndose acudir, entre otros, a la afectación específica y/o la transferencia de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación; la creación de fideicomisos y/o utilización de los fideicomisos existentes; o el otorgamiento de fianzas, avales y cualquier otra garantía por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional¹¹⁰.

En rigor, por Ley de Presupuesto 27.431, que aprobó el presupuesto para el ejercicio del año 2018, se creó el Fideicomiso de Participación Público-Privada ("Fideicomiso PPP"), que puede

¹⁰⁸ El diálogo competitivo está previsto en el art. 14 de la ley 27.328.

constituirse mediante un único fideicomiso y/o a través de distintos fideicomisos individuales denominados "Fideicomisos Individuales PPP".

Esa propia ley indica que el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP se conformarán como fideicomisos de administración, financieros, de pago y de garantía, con los alcances y limitaciones establecidas en dicha ley y las normas reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo nacional¹¹¹.

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

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

Por otra parte, conforme lo prevé la ley de PPP, los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista sirven para garantizar el repago del financiamiento mediante la constitución de derechos con función de garantía sobre tales derechos¹¹².

Ahora bien, en otro orden de cosas, y de cara a brindar seguridad jurídica, resulta fundamental que el nuevo marco normativo haya contemplado alguna garantía importante frente a la extinción anticipada de los contratos por parte de la Administración Pública, cuestión por demás común en la historia reciente de nuestro país. A tal fin, la ley de PPP estableció que con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimientos de determinación que al respecto se establezcan, la que en ningún caso debiera ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto¹¹³.

III.4.3. Mecanismos de resolución de cuestiones técnicas y de controversias: Panel técnico y arbitraje

La ley de PPP permite, en sentido correcto, la constitución de paneles técnicos, para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. Estos paneles técnicos tienen que poder subsistir durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes¹¹⁴.

La Reglamentación ha establecido el conjunto de reglas que deberán aplicarse en caso de constituirse un Panel Técnico¹¹⁵. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

- i) salvo previsión en contrario en el pliego o en el contrato, el panel técnico estará integrado por cinco miembros, que deberán tener una especialización acorde con la materia del contrato

¹¹¹ Cfr. art. 18.

¹¹² Véase art. 19 de la ley 27.328.

¹¹³ Cfr. art. 10 de la ley 27.328.

de que se trate y permanecerán en sus funciones durante todo el período de ejecución del contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y para estos casos en que así se decidiera, la ley de PPP dispone que contra los laudos arbitrales sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no pudiendo en ningún caso dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del art. 1º.656 del Cód. Civ. y Com., que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales, en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico)¹¹⁶. Obviamente que en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal, o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

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

Más allá de ciertas disidencias, parece existir consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la Constitución Nacional no prohíbe que el Estado comprometa en árbitro conflictos con particulares en materia de contratos administrativos o que involucren materia federal, siempre que una ley del Congreso así lo autorice con el único límite de las cuestiones que afecten el orden público¹¹⁷.

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

No obstante ello, la Argentina suscribió (a partir de mayo de 1990) Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("TBI") con 57 países¹¹⁸. Luego, dando cumplimiento a lo previsto por la Constitución Nacional, estos acuerdos fueron ratificados por el Congreso¹¹⁹. Consecuentemente en 1994, se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio del CIADI")¹²⁰. Bajo este esquema los conflictos que surgen entre la Argentina y los inversores de países con los cuales se firmó los TBI, se resolverán con los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyan para resolver las disputas en el marco institucional del CIADI.

Actualmente, tanto los tratados como el Convenio del CIADI continúan vigentes, por los que sus disposiciones se aplican a los inversores de los países signatarios que decidan hacer hoy una inversión en la Argentina, del mismo modo que se aplican a los inversores argentinos en aquellos países. El procedimiento arbitral en el marco del CIADI se rige por las propias disposiciones del Convenio del CIADI, y las Reglas de Inicio y Reglas de Arbitraje de 1967, reformadas en 1984. Una vez dictado el laudo final se convierte en definitivo, debe ser cumplido, y será considerado por todos los estados signatarios de la Convención como una *sentencia nacional*, lo que implica que no es necesario el trámite del *exequatur*¹²¹.

III.4.4. Responsabilidad patrimonial

Al tratarse de materia contractual, la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes debe necesariamente sujetarse a lo dispuesto en los pliegos y en el contrato, y así ha sido previsto en la ley 27.328¹²².

En cuanto a la aplicación la normativa general, se estipula la aplicación supletoria de las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, no se aplica la ley de Responsabilidad del Estado 26.944, que prevé la aplicación supletoria en materia de contratos

¹¹⁷ Tal es el caso de la ley permanente de presupuesto que faculta al Poder Ejecutivo a comprometer en árbitros en materia de contratación de préstamos con organismos internacionales económico financieros en los que participe como miembro de la República Argentina, sin perjuicio de la discusión sobre si la emisión de bonos por parte del Estado Nacional se trata efectivamente de un contrato y, eventualmente, la naturaleza administrativa o de derecho privado que reviste. Cabe recordar que, si bien en relación con este tipo de préstamos a organismos internacionales, la Corte Suprema se inclinó en el caso "Brunnicardi" por considerar que el empréstito público establece una relación de derecho público (Fallos 319:2886). Ver TAWIL, Guido - MINORINI LIMA, Ignacio, "El Estado y el Arbitraje: Primera aproximación", RAP nro. 337, p. 35.

¹¹⁸ DURAND, Julio C., "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 1159.

¹¹⁹ Cfr. Art. 75, inc. 22 de la CN.

¹²⁰ Aprobado en la Argentina por medio de la ley 24.353, del 28/07/1994.

¹²¹ Véase, por ejemplo, el caso "Amco International Corporation v. Republic of Peru" (ICSID Case No. ARJ/80/1).

administrativos¹²³, siendo una decisión muy acertada toda vez que esta ley de responsabilidad del Estado es sumamente restrictiva, y ello encarecería estos contratos de PPP. Por ejemplo, entre las cuestiones restrictivas de dicha ley se encuentra la limitación de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione su conducta legítima. O sea, aplicándose a un contrato, habilitaría a la exclusión del lucro cesante para el caso, por ejemplo, en que se decida la terminación anticipada de un contrato por razones de oportunidad del Estado, sin que media culpa alguna del contratista¹²⁴.

III.4.5. Regulación y control de la ejecución del contrato

Las funciones de regulación y de poder de policía del Estado son indelegables, y así lo dispone en forma expresa la ley¹²⁵. El cumplimiento de los contratos de PPP se encuentran sujetos al control de la contratante, contando para ello con amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente¹²⁶.

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

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

III.4.6. Órgano rector

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

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

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

Este órgano ha sido denominado en la ley 27.328 “Unidad de Participación Público Privada”, teniendo entre sus funciones la de asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; asistir en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del sistema de PPP, así como manuales, guías y modelos

¹²³ Ver art. 10 de la ley 26.944.

¹²⁴ Ver art. 5º de la ley 26.944.

contractuales de aplicación general, entre otras; asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, abarcando la realización de estudios de viabilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los Contratistas y; asesorar a requerimiento de las entidades y jurisdicciones en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos Contratistas¹²⁷.

A los efectos de garantizar y fomentar la transparencia y la difusión, la ley 27.328 establece que la Unidad de PPP deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de Internet, con el fin de dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de la ley¹²⁸.

La Guía para la Transparencia de estos contratos indica con claridad, en su punto 12, que resultarán fundamentales la publicación y difusión de actos administrativos, auditorías, informes relacionados con las licitaciones, pre-pliegos, pliegos y de la convocatoria para el llamado a licitación/concurso público. También resalta que será de vital importancia que toda la información relativa a los Proyectos de PPP en curso se encuentre centralizada y sistematizada en una plataforma electrónica, de fácil y rápido acceso y consulta, que permita otorgar mayor transparencia y que facilite el control social¹²⁹.

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

III.4.7. Comisión Bicameral de Seguimiento

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

La Comisión tiene como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de PPP a los fines verificar el cumplimiento de la 27.328. A tal efecto, la Comisión deberá contar con acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponerse a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos.

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

IV. Colofón

Estas son a grandes rasgos las bases, principios y contenidos que contempla con acierto la ley de PPP que se ha sancionado, y su reglamentación.

Debo volver a reiterar que esta normativa es fruto de un cuidadoso debate jurídico, político y social realizado en el marco de su elaboración, enriquecido a raíz del debate público al que se sometió el proyecto en el Congreso de la Nación. El resultado de este consenso ha sido demostrado, a partir del voto afirmativo de dos tercios de los senadores y diputados presentes en las votaciones efectuadas en cada recinto.

La necesidad de contar con un régimen contractual para el desarrollo de Políticas de Estado de mediano y largo plazo se imponía en nuestro país, y requería de la colaboración de toda la

¹²⁷ Ver art. 28 de la ley 27.328.

ciudadanía. El atraso en materia de Infraestructura y desarrollo es evidente: ha llegado la hora de pensar y trabajar para el futuro.

Se trata de un régimen novedoso, alternativo a todo tipo de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico. Y así como resulta ser alternativo, es asimismo autónomo, regulado por sus propias reglas. De manera tal que no le son aplicables ni directa, ni analógica ni supletoriamente las normas que rigen otros tipos de contratos administrativos¹³⁰, aun siendo los contratos de PPP que regula esta ley definitivamente contratos públicos, en la medida que se encuentran presentes todas las notas esenciales de los mismos.

Este modelo de ley de PPP representa un verdadero equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los contratistas e inversores, reconociendo como eje central la seguridad jurídica de ambas partes. Solamente a través de una colaboración eficiente entre ambos sectores podremos hacer crecer a nuestro país, y ver ese crecimiento.