

Título: Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos. Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos

Autor: Perrino, Pablo E.

Publicado en: LA LEY 05/08/2024, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/1804/2024

Sumario: I. Infraestructura pública y desarrollo económico-social. — II. Breves consideraciones sobre el trámite legislativo de la ley 27.742. Las modificaciones efectuadas en el régimen de las concesiones. — III. Contratos de participación público-privada y contrato de concesión. La innecesaria duplicación de regulaciones. — IV. Examen de las modificaciones introducidas a la ley 17.520 por la ley 27.742. — V. Conclusión.

(*)

I. Infraestructura pública y desarrollo económico-social

En la literatura económica existe un consenso generalizado de que la inversión en infraestructura pública es fundamental para generar el desarrollo económico-social y, de este modo, elevar la calidad de vida de las personas. En general, se considera que una adecuada dotación de infraestructuras básicas provoca un impacto altamente positivo en la productividad, el crecimiento económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar y prosperidad de la sociedad (1).

De tal modo, la infraestructura pública está directamente relacionada no solo con las condiciones de vida y salud de la población (V.gr. infraestructura de agua y saneamiento), sino también con las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad productiva, pues no es viable un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública (V.gr. caminos, transporte, telefonía, energía, aeropuertos y puertos, etc.) (2). Por tal motivo se ha señalado que "la ausencia de una infraestructura adecuada, así como la provisión ineficiente de servicios de infraestructura, constituyen obstáculos de primer orden para la implementación eficaz de políticas de desarrollo y la obtención de tasas de crecimiento económico que superen los promedios Internacionales" (3).

Es sabido que nuestro país presenta un enorme déficit en infraestructura y que, para cerrar la brecha, entendida como la diferencia entre las inversiones realizadas y aquellas que serían necesarias para sostener un cierto nivel de crecimiento o alcanzar ciertas metas de provisión (4), se requieren millonarias inversiones que superan las posibilidades del presupuesto estatal.

Si bien el Estado suele participar en el financiamiento de la infraestructura pública a través del tradicional contrato de obra pública, tal como ha ocurrido en nuestro país en los últimos tiempos, es una realidad incontestable que el presupuesto estatal no tiene capacidad para cubrir la totalidad de las innumerables y diversas demandas existentes al respecto, máxime que debe satisfacer otras necesidades básicas de la población como las atinentes a la salud, seguridad social, educación y seguridad, etc. cuya atención por parte del Estado, resulta prioritaria e indeclinable. De ahí que, es imprescindible el aporte del sector privado a fin de financiar y desarrollar las obras y los servicios públicos que requiere la sociedad (5) y que son necesarios para cumplir con el propósito del Preámbulo de "promover el bienestar general" y con los objetivos enunciados en las denominadas cláusula del progreso o de la prosperidad, de inspiración albertiana (6), y cláusula del desarrollo humano de la Constitución Nacional (art. 75, incs. 18 y 19) (7).

Por lo demás, es claro que el papel del Estado no ha de ser el de protagonista del crecimiento económico, sino de garante de que pueda producirse mediante la configuración de las pertinentes condiciones macroeconómicas y la creación de un marco jurídico adecuado que establezca instrumentos jurídicos que permitan financiar infraestructuras y servicios públicos con el menor impacto en las cuentas públicas (8). Esto último es lo que se intenta con la relevante reforma a la antigua ley 17.520 (9), de Concesión de Obras Públicas, mediante la ley 27.742, denominada Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos (en adelante "Ley de bases"), que será motivo de estudio en los siguientes capítulos.

II. Breves consideraciones sobre el trámite legislativo de la ley 27.742. Las modificaciones efectuadas en el régimen de las concesiones

La ley 27.742 fue producto de un prolongado y engorroso trámite legislativo que tuvo su inicio con la presentación del Proyecto de Ley de Bases que envió el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados el 27 de diciembre de 2023 (10). En dicho proyecto, en lo que concierne a las concesiones, se efectuaba una regulación más completa y detallada del contrato de concesión que la que finalmente fue sancionada y solo acotada a las concesiones de obra e infraestructura pública (11).

La iniciativa del Poder Ejecutivo, con diversas modificaciones, fue aprobada en la votación en general del proyecto por la Cámara de Diputados en la sesión del 2 de febrero (12). Sin embargo, 4 días después, al votarse en particular cada uno de los artículos no se lograron los acuerdos necesarios para la aprobación de algunos preceptos considerados clave por el oficialismo. Por tal motivo, se decidió enviar el proyecto nuevamente a las comisiones (13). Allí recibió cambios muy relevantes que produjeron una reducción sustancial de los temas abordados. Reanudado el debate, el 25 de abril, se emitió por mayoría el dictamen de las Comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Constitucionales que aconsejó la sanción del proyecto, con las numerosas modificaciones efectuadas, muchas de ellas en el régimen de las concesiones. Ello tuvo lugar en la sesión de la Cámara de Diputados del 29 de abril de 2024 (14).

Las modificaciones más relevantes efectuadas en el régimen de las concesiones fueron las siguientes: 1) se eliminaron varios párrafos del art.1. Así se erradicó el que establecía que, con el propósito de mitigar el riesgo de demanda motivado en la imposibilidad de predecir el volumen de tráfico y evitar la necesidad de renegociación permanente de los contratos y su frustración, se podrían otorgar concesiones de obras e infraestructuras públicas con plazo variable sobre la base de una estimación de ingresos totales a percibir por el concesionario durante toda la vigencia de la concesión que cada oferente deberá explicitar al formular su propuesta en el marco de los procedimientos licitatorios correspondientes. También se suprimieron los párrafos en los cuales se preveía que, en la oportunidad de estructurarse proyectos de concesión de obras e infraestructuras públicas y teniendo en consideración las circunstancias y características de cada proyecto, la Administración debía: (a) especificar los objetivos de interés público que se perseguirían satisfacer con la contratación, y contemplar los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo, fijando los plazos que correspondan para cada etapa; (b) promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos; (c) ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos; (d) promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructura y servicios básicos; (e) incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país, en el marco del desarrollo de proyectos de infraestructura, estableciéndose planes y programas de capacitación para los trabajadores, dando cumplimiento a las normas laborales y de la seguridad social vigentes; (f) fomentar la participación directa o indirecta de pequeñas y medianas empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado dentro del territorio nacional y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios; (g) facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional; (h) promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde estos se ejecutarán, todo ello de conformidad con la legislación y los acuerdos internacionales vigentes en la materia; (i) impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en el presente artículo; (j) las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia del contrato de concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión; 2) se eliminó el art. 1 bis en el cual se contemplaban las garantías que el Estado podía dar cuando el concesionario financiaba el proyecto, al igual que la ley 27.328; 3) se suprimió del art. 4 la regulación de diversas cuestiones atinentes al régimen de la iniciativa privada, como asimismo diversos párrafos en los cuales se disponía que la licitación de la obra o infraestructura pública materia de la concesión se adjudicaría evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores: (a) tarifa, (b) plazo, en caso de no optarse por concesión de plazo variable, (c) subsidio del Estado al oferente, (d) pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión, (e) ingresos garantizados por el Estado, (f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor, (g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, (h) puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación, (i) oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida esta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido, (j) calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios, (k) consideraciones de carácter ambientales, (l) ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación; 4) se erradicó el inc. del art. 7, en el cual, al igual que la ley 27.328, se establecía que en el pliego o en el contrato debía contemplarse, entre otros puntos, el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, álea económica extraordinaria del contrato y su extinción anticipada; 5) se eliminó del art. 7 bis el párrafo en el cual se disponía que a los fines de la prevención de conflictos derivados de la ejecución de los contratos, la reglamentación debía establecer un mecanismo bilateral de monitoreo objetivo de la evolución de la ecuación económico-financiera que contemple un cronograma de encuentros regulares a realizarse entre las partes contratantes durante todo el plazo de vigencia de la relación contractual. Además, se modificó la redacción de los párrafos siguientes atinentes a situaciones de quiebre de la ecuación económico-financiera y los medios para su recomposición; 6) también se ajustó el texto del art.12 mediante la supresión de numerosos e importantes párrafos dedicados a los paneles técnicos y al arbitraje; 7) se modificó el art. 13, en el cual se disponía que en los contratos de concesión de obra pública que, a la fecha de sanción de la Ley de Bases se encontraran con plazo vencido y con cuestiones litigiosas pendientes el concesionario podía notificar a la Administración, dentro del plazo de tres meses desde la fecha de la publicación de la ley, su voluntad de someter las divergencias contractuales pendientes a los mecanismos de solución de controversias previsto en el artículo 12 (arbitraje y panel técnico). También contemplaba que dichas controversias podrían ser objeto de transacción en el marco de la Secretaría competente en razón de la materia. En reemplazo del texto modificado se facultó al Poder Ejecutivo a renegociar, por razones de emergencia, la reconducción de los contratos de obra pública y servicios de consultoría de obra pública celebrados con anterioridad a la sanción de la Ley de Bases que se encuentren en estado de paralización, "a los efectos de posibilitar el aporte de financiamiento privado tendiente al reinicio y finalización de las obras comprometidas".

Al pasar el proyecto en revisión a la Cámara de Senadores se produjeron nuevos ajustes, que fueron aprobados en la sesión del 12 de junio de 2024 [\(15\)](#). Los más importantes, en lo que concierne a las concesiones, fueron los siguientes: 1) se incorporó a los servicios públicos como objeto del contrato de concesión, a cuyo efecto se modificaron los arts. 1, 4 y 7 bis; 2) se suprimió el art. 1º bis en el cual, siguiendo lo previsto en los arts. 18 y 19 de la ley 27.328, se contemplaban las garantías que el Estado podría dar para la financiación del concesionario; y 3) en el régimen de solución de controversias (art. 649 del proyecto de Ley de bases original) se eliminaron algunas cuestiones no menores tales como la atinente a que contra los laudos de tribunales arbitrales con sede en la

República Argentina solo podrían interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los términos allí establecidos, y que dichos recursos no podrían, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente. Asimismo, se erradicó la aclaración de que de que en ningún caso resultaría aplicable a los contratos de concesión celebrados bajo la ley 17.520 el procedimiento arbitral regulado en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com. Del mismo modo, se suprimió el texto que indicaba que los paneles técnicos emitirán recomendaciones de carácter no vinculante para las partes del contrato.

En virtud de los cambios efectuados por el Senado el proyecto pasó nuevamente a la Cámara de Diputados, quien sancionó en forma definitiva el texto aprobado por el Senado en la sesión del 27 de junio de 2024, como ley 27.742 [\(16\)](#), la cual fue promulgada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 592/2024 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024. En dicho cuerpo legal el régimen de las concesiones está incluido en el Título III "Contratos y Acuerdos Transaccionales", Capítulo II Concesiones [arts. 66 a 75 [\(17\)](#)].

Si bien las reformas efectuadas son positivas, no podemos dejar de señalar que, producto de los numerosos cambios introducidos al proyecto, en las idas y vueltas del trámite legislativo, el texto finalmente aprobado exhibe numerosas deficiencias de redacción y en su sistemática. Ejemplo de ello es el art. 73, el cual, luego de los ajustes realizados al proyecto de Ley de Bases original, quedó mal ubicado. En esa norma no se produce ninguna modificación a la ley 17.520, ni se regula ninguna cuestión atinente a contratos de concesión. Allí se habilita al Poder Ejecutivo a renegociar, por razones de emergencia, la reconducción de los contratos de obra pública y servicios de consultoría de obra pública celebrados con anterioridad a la sanción de la Ley de Bases que se encuentren en estado de paralización, "a los efectos de posibilitar el aporte de financiamiento privado tendiente al reinicio y finalización de las obras comprometidas". Este artículo debería haberse insertado en el Título III Contratos y acuerdos transaccionales, Capítulo I Fuerza mayor en los contratos vigentes y acuerdos transaccionales y no en el Capítulo II Concesiones.

El art. 73 fue introducido por la Cámara de Diputados en la media sanción conferida al proyecto en la sesión del 29 de abril de 2024 y reemplazó al art. 651 del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, en el cual se agregaba como art. 13 de la ley 17.520 un precepto que establecía que en los contratos de concesión de obra pública que, a la fecha de sanción de la Ley de Bases se encontraran con plazo vencido y con cuestiones litigiosas pendientes, el concesionario podía notificar a la Administración, dentro del plazo de tres meses desde la fecha de la publicación de la ley, su voluntad de someter las divergencias contractuales pendientes a los mecanismos de solución de controversias previsto en el art. 12 (arbitraje y panel técnico). También se disponía que dichas controversias podrían ser objeto de transacción en el marco de la Secretaría competente debido a la materia.

Otro ejemplo de los defectos referidos es el 3º párrafo del art. 1º de la ley 17.520, cuya redacción final proviene del Senado. Allí equivocadamente se agregó la referencia a los servicios públicos, mas sin verificar su coherencia con lo que prescribía el párrafo original. Ello es así, porque la redacción finalmente sancionada habilita la posibilidad de celebrar contratos de concesión "para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario". Va de suyo que dichas actividades no se corresponden con la prestación de servicios públicos y solo corresponden a contratos de concesión sobre obras o infraestructuras públicas.

También, sin ninguna razón y exhibiendo otro déficit en el texto aprobado, se reitera en los arts. 7 inc. e) y 7 ter que, en el supuesto de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias. Ciertamente, era suficiente decirlo una sola vez.

III. Contratos de participación público-privada y contrato de concesión. La innecesaria duplicación de regulaciones

Como veremos más adelante, muchas de las modificaciones efectuadas a la ley 17.520 se inspiraron y han tenido su fuente directa en la ley nacional 27.328 [\(18\)](#) por la cual se regularon los Contratos de Participación Público Privada (contratos de PPP) [\(19\)](#), y su reglamentación [\(20\)](#), como instrumento alternativo a las modalidades contractuales tradicionales para la provisión de infraestructuras, bienes y servicios públicos, tales como los contratos de obra pública y de suministro [\(21\)](#). El objetivo de este cuerpo legal también fue brindar un marco jurídico propicio para el aliento de la inversión privada en el sector de las infraestructuras públicas.

Tanto la ley 27.328, como la reforma efectuada por la ley 27.742 a la ley 17.520, persiguen generar la seguridad jurídica [\(22\)](#), imprescindible para la concreción de relaciones contractuales de largo aliento, con prestaciones de gran complejidad y magnitud que requieren la inversión de altas sumas de dinero del sector privado [\(23\)](#). El eje de ambas normativas "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" [\(24\)](#).

Ahora bien, más allá del loable objetivo de la reforma de la ley 17.520, la nueva regulación de la concesión allí contenida produce una suerte de duplicación de su régimen jurídico [\(25\)](#), en tanto dicho contrato administrativo, en todas sus variantes y modalidades está alcanzado por la ley 27.328 [\(26\)](#), la cual enhorabuena no fue derogada. Así se desprende del art. 1º, el cual se define, con gran amplitud, los contratos de participación público-privada (PPP) al disponer que "...son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica", aclarando que dichos contratos "podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento".

Adviértase que, tal como lo dispone el art. 1, párrafo 2º de la ley 27.328, los contratos de PPP pueden versar sobre el diseño, la construcción, la ampliación, la mejora, el mantenimiento, el suministro de equipamientos y bienes, la explotación u operación y el financiamiento del proyecto que se contrate (27), tareas que también pueden ser objeto del contrato de concesión regulado en la ley 17.520, reformada por la ley 27.742 (28). En efecto, según la nueva redacción del art. 1º de dicho cuerpo legal las concesiones (29) podrán tener por objeto "la construcción, conservación o explotación de obras o infraestructuras públicas y para la prestación de servicios público", como así también "la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes", las cuales podrán ser remuneradas "mediante el cobro de tarifas, peajes u otras remuneraciones".

Los contratos de Participación Público Privada regulados en la ley 27.328 tienen un objeto mucho más laxo que los de concesión pues, además de no estar circunscriptos exclusivamente a proyectos de infraestructura y servicios públicos, pueden abarcar todo tipo actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y servicios a ellos conexos (30). De tal modo, entre los contratos de PPP y los de concesión media una suerte de relación de género a especie.

Como explica de la Riva, la figura de la asociación público-privada "hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos" (31).

En similar sentido, Aragone Rivoir afirma que "la expresión "PPP" es lo suficientemente vaga e imprecisa para englobar, dentro de ella, una gama de operaciones, técnicas y metodologías para el desarrollo de proyectos de infraestructuras, y lo suficientemente sintética para abarcar toda una tendencia en la aplicación de nuevas técnicas, metodologías, pautas y criterios para la incorporación del sector privado al desarrollo de tales proyectos", agregando más adelante que "la expresión "PPP" comprende, entonces, diferentes modalidades contractuales que tengan por objeto una o más de las actividades antedichas, tales como contratos de concesión, de leasing, de gestión o management, entre otras posibles variantes" (32).

Ahora bien, si se efectúa un examen comparativo entre la ley 27.328 y la ley 17.520 reformada por la ley 27.742, se puede advertir con claridad que, más allá de que la primera de las normativas mencionadas contiene una regulación más detallada de los distintos aspectos de la contratación que la segunda, se trata de regímenes jurídicos muy similares. Es que, como ya lo hemos adelantado, los ajustes efectuados a la ley de concesiones se han inspirado en la ley 27.328, a punto tal que se han reproducido literalmente algunas de sus disposiciones, conforme lo indicaremos más adelante. A pesar de ello, entre ambos regímenes jurídicos median numerosas diferencias no sustanciales (muchas de las cuales pueden ser superadas por vía reglamentaria), tales como: 1) el art. 1 de la ley 27.328 habilita a celebrar contratos de PPP a los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), en cambio en la ley 17.520 solo se menciona al Poder Ejecutivo nacional como sujeto contratante; 2) en el art. 9, inc. s) de la ley 27.328 se contempla la exceptio non adimpleti contractus, al disponerse que en el pliego o en el contrato se deberá regular "La facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia", mientras que nada se ha previsto al respecto en la reforma efectuada a la ley 17.520; 3) en el art. 4, inc. d) de la ley 27.328 se determina que el contrato de Participación Público Privada no puede superar en ningún caso los 35 años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas. En cambio, acertadamente, en la ley 17.520 reformada no se ha determinado un plazo límite para la vigencia de las concesiones; 4) en la ley 17.520 reformada no se ha incluido ninguna disposición tendiente a la prevención y protección del medio ambiente como el art. 5 de la ley 27.328; 5) es mucho más amplia y exhaustiva la nómina de las cuestiones que el art. 9 requiere que sean previstas en los contratos de PPP que las indicadas en el art. 7 de la ley 17.520 reformada; 6) no se ha previsto en la ley 17.520 reformada el procedimiento de diálogo competitivo, como lo hace el art. 14 de la ley 27.328; 7) en ley 17.520 reformada nada se prevé respecto de las garantías estatales como se lo hace en el capítulo III, arts. 18 a 20, de la ley 27.328; 8) tampoco se han previsto en la ley 17.520 reformada las incompatibilidades para contratar, como lo hace el capítulo V art. 23 de la ley 27.328; 9) en la ley 17.520 no existe una cláusula anticorrupción como la incluida en el capítulo VI, art. 24, de la ley 27.328; 10) no se exige en la ley 17.520 reformada, como lo requiere el art.12, 4º párrafo de la ley 27.328, que en los supuestos en que el contrato de Participación Público Privada conlleve la provisión de bienes y servicios 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; 11) tampoco se requiere en la ley 17.520 reformada, como lo hace el art.15 de la ley 27.328, 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..."; 12) no se contempla en la ley 17.520 reformada, como lo hace el art. 29 de la ley 27.328, la creación "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 de PPP y que no podrá efectuarse la convocatoria a licitación o concurso público antes de que hubiesen transcurrido 30 días desde la publicación en el sitio antes mencionado la totalidad de los estudios e informes relativos al proyecto que se pretenda contratar, así como los dictámenes de la autoridad convocante; 13) no se prevé la creación de una Comisión Bicameral de Seguimiento de las contrataciones, como lo hace el art. 30 de la ley 27.328, 14) tampoco se contempla en la ley de concesiones la posibilidad subcontratación como lo hace el art. 9, inc. u) de la ley 27.328; 15) no se precisa en la ley 17.520 reformada, como lo hace el art. 2, 2º párrafo de la ley 27.328, que en los contratos de concesión que involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, estos resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios; etc.

En definitiva, debido a la duplicación de regímenes jurídicos antes indicada podrían celebrarse contratos de concesión sujetos a la ley 27.328, como con arreglo a la ley 17.520, reformada por la Ley de Bases.

IV. Examen de las modificaciones introducidas a la ley 17.520 por la ley 27.742

Las numerosas modificaciones introducidas en el texto de la ley 17.520 pueden ser agrupadas básicamente en cuatro categorías: 1) las atinentes a la ampliación del objeto del contrato de concesión y los sujetos que pueden ocupar el papel de concesionario; 2) las que tienen por objeto el procedimiento de selección del concesionario; 3) las concernientes a la regulación de las prerrogativas de la Administración concedente y la protección de la ecuación económico-financiera; y 4) las correspondientes a los medios alternativos de solución de controversias.

IV.1. Objeto del contrato de concesión y sujetos que pueden ocupar el papel de concesionario

La reforma ensancha el ámbito de aplicación del régimen concesional, previsto originalmente solo para las obras públicas (33), al incorporarse la referencia a las "infraestructuras públicas y los servicios públicos". Así surge del primer párrafo del art. 1º. De tal modo, el contrato de concesión legislado en la ley 17.520 puede tener por objeto tanto "la construcción, conservación o explotación de obras o infraestructuras públicas", como también "la prestación de servicios públicos", "mediante el cobro de tarifas, peajes u otras remuneraciones".

La expresión infraestructura pública (34), empleada asimismo en el art. 1º de la ley 27.328, no tiene un significado preciso (35). Así, se ha dicho que ella abarca toda obra o instalación vinculada a la explotación de un servicio público o que está destinada a un uso general (36). También, que "aglutina a una notable diversidad de variantes, pues en su genérico enunciado hace referencia a un conglomerado de lo más heterogéneo de estructuras o entramados" (37), agregando más adelante que, frente al abanico de alternativas, la tarea de intentar delimitar a partir de una definición la noción de infraestructura es poco menos que imposible (38).

Más allá de las dificultades señaladas para arribar a una noción conceptual acerca de las Infraestructuras públicas, se ha señalado que estas presentan ciertas características fundamentales que las identifican. Estas son: 1) son siempre de naturaleza material y física, de lo cual se desprenden dos consecuencias: a) la primera es que su desarrollo está ligado al de la tecnología, por lo que cuanto mayor grado de avance tenga la tecnología se obtendrá un mayor grado de maximización de aquellas; y b) las infraestructuras tienen una capacidad limitada; 2) las infraestructuras son de capital intensivo puesto que suponen una altísima inversión de capital inicial que hace que se generen "economías de escala" y, por tanto, que no sean fácilmente duplicables. Como consecuencia de esta característica se deriva que la inversión en esta materia es de lenta maduración, lo que hace que su retorno sea a largo plazo; 3) toda infraestructura pública se maximiza con su explotación, lo cual la diferencia de cualquier obra pública, porque en esta última se pone el acento en el locus, en el resultado físico y no en la explotación de la infraestructura; y 4) la infraestructura pública está afectada al uso público, lo que es la lógica consecuencia de resultar esta de soportes de redes por intermedio de las cuales se prestan o realizan actividades y/o servicios de interés general (39).

A su vez, la ley reformada habilita que se celebren contratos de concesión también sobre servicios públicos. Este supuesto no estaba previsto en el proyecto de Ley de Bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 27 de diciembre de 2023, como tampoco en el texto que fue sancionado por la Cámara de Diputados el 29 de abril de 2024. La incorporación de los servicios públicos como objeto del contrato de concesión, en los arts. 1, párrafos 1 y 2; 4, párrafos 2 y 3 y 7 bis, de la ley 17.520, texto según la ley 27.742, fue realizada por la Cámara de Senadores (40) en la media sanción producida el 12 de junio del mismo año.

Estimamos que no es una reforma acertada, pues la prestación de servicios públicos presenta peculiaridades que justifican un tratamiento dispar respecto de las concesiones de infraestructuras públicas, por más que el vínculo entre el Estado y el prestador se materialice a través de un vínculo concesional. De hecho, todos los servicios públicos están sujetos a marcos regulatorios específicos (41). De ahí que, al menos debió el legislador precisar, como lo hace la ley 27.328 (42), que en los contratos de concesión que involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación en tales actividades.

A lo dicho cabe señalar que es errada la mención a los servicios públicos que se adicionó en el 3º párrafo del art. 1º de la ley 17.520 reformada, pues en dicha norma se prevé la posibilidad celebrar contratos de concesión "para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario". Evidentemente, dichas actividades no se corresponden con la prestación de servicios públicos.

Otro aspecto para destacar en lo que concierne al objeto del contrato de concesión es que se mantiene, con algunos ajustes de redacción, en el art. 1º los párrafos que se habían incorporado por el art. 58 de la ley 23.696 (43). De tal modo, se habilita que se celebren contratos de concesión de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos "para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario", precisando: "para ello se tendrán en cuenta la ecuación económica financiera de cada emprendimiento" y que: "La tarifa, peaje y o remuneración compensará la ejecución, modificación, ampliación y/o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva".

Por su parte, en lo que concierne a los sujetos a quienes puede otorgarse una concesión, en el art. 1 incluido en el proyecto de Ley de Bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso (art. 643) solo se habilitaba a las sociedades privadas. Concorde con ello, se derogaba el art. 5 de la ley 17.520 que facultaba al Poder Ejecutivo para crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal, de acuerdo con lo establecido por la ley 17.318, o entes públicos u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la ley de concesiones. De este modo, en el proyecto de ley se eliminaba de la ley 17.520 la referencia a sociedades mixtas y a entes públicos. Sin embargo, la Cámara de Senadores rechazó dicha modificación, que contaba con la media sanción de la Cámara de

Diputados, y mantuvo la redacción original de la ley 17.520. Este texto fue finalmente aprobado por Diputados en su condición de Cámara revisora. Por tanto, pueden ocupar la condición de concesionarios las sociedades privadas o mixtas y también entes públicos.

La única novedad, en este aspecto, que presenta el art. 1 de la ley 17.520 reformada es un agregado introducido en su 2º párrafo que dispone que las bases de la contratación podrán contemplar la constitución de una sociedad de propósito específico, que deberá constituirse como sociedad anónima.

IV.2. Procedimiento de selección del concesionario

Por el art. 67 de la ley 27.742 se modifica el art. 4 de la ley 17.520, en el cual se regula el procedimiento de selección del concesionario.

En el texto anterior a la reforma, cuyo inciso c) había sido enmendado por el art. 58 de la ley 23.696, se establecía que ello podía ocurrir por: a) licitación pública, b) contratación directa con entes públicos o con sociedades de capital estatal y c) contratación con sociedades privadas o mixtas. En este último supuesto se determinaba que era viable la presentación de iniciativas que identifiquen el objeto a contratar y sus lineamientos generales. Asimismo, se disponía que, de ser declarada de interés público la iniciativa, se debía poner en marcha la licitación pública o bien el concurso de proyectos integrales para seleccionar al concesionario (44), otorgándole al iniciador la posibilidad de competir en una segunda vuelta en caso de que un tercero presentara una oferta más conveniente, a fin de que ambos las mejoren (45).

La reforma eliminó los dos supuestos indicados en los puntos b) y c) del art. 4 y establece como única modalidad de selección a la licitación pública (46) nacional o internacional (47). De tal modo, no es posible ni válido (48) acudir a otro tipo de procedimiento de selección más que al de la licitación pública (49).

También se prevé en el 2º párrafo del art. 4 reformado, como se lo hacía en el inc. c) derogado, la posibilidad de que se presenten iniciativas privadas. Así, se dispone que "el Poder Ejecutivo podrá convocar a la presentación de iniciativas privadas para la celebración de contratos de concesiones de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos en sectores considerados de interés público, conforme a los criterios y procedimientos establecidos en la reglamentación" (50) y que "Toda persona podrá presentar ante el Poder Ejecutivo iniciativas privadas para la ejecución de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos mediante el sistema de concesión", precisando que "En todos los casos el financiamiento deberá ser privado" y que "La reglamentación establecerá el procedimiento aplicable, los requisitos de admisibilidad de las propuestas, los derechos y obligaciones del proponente de la iniciativa privada y las ventajas competitivas que se reconocerán en los procedimientos licitatorios convocados sobre la base de iniciativas declaradas de interés público".

Al igual que en los art. 18 de la ley 13.064 de Obras Públicas, 15 del decreto 1023/2001, Régimen de contrataciones de la Administración Nacional, y 15 de la ley 27.328, Contratos de Participación Público Privada, se determina que el criterio de adjudicación en el procedimiento de licitación será el de la oferta más conveniente, conforme con las condiciones que se establezcan en la reglamentación y en las bases de la licitación.

No se ha previsto en el texto legal la posibilidad de acudir al procedimiento de diálogo competitivo para la elaboración de las condiciones particulares y demás documentación contractual, como lo hace, acertadamente, el art. 14 de la ley 27.328. En dicha norma se dispone que, "cuando la complejidad o monto del proyecto lo justifiquen se podrá utilizar un procedimiento transparente 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 ofertas". Se agrega que en dicho procedimiento se debe "garantizar la transparencia, concurrencia, publicidad, difusión, competencia efectiva y la participación simultánea y en condiciones de igualdad de todos los interesados precalificados...".

Obviamente, nada impide que se establezca el procedimiento de diálogo competitivo en la reglamentación que se dicte de la ley 17.520 reformada.

IV.3. La protección de la ecuación económico-financiera y las prerrogativas de la Administración concedente

(i) La importancia de la ecuación económico-financiera en la contratación pública

Un elemento clave en la contratación pública es el principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera, cuyo origen se remonta al famoso caso resuelto por el Consejo de Estado Francés "Compagnie Générale Française des Tramways", el 11 de marzo de 1910, en el cual se sostuvo, en las conclusiones del Comisario de Gobierno Léon Blum, que es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al cocontratante y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al cocontratante y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato (51).

La existencia de una situación de equilibrio o proporcionalidad entre las prestaciones recíprocas que las partes establecen al momento de la celebración del vínculo contractual está en la esencia de la contratación.

Con claridad se ha señalado que, "Si bien el equilibrio en las prestaciones —o la reciprocidad que debe existir entre las obligaciones de las partes— es un objetivo que se predica en todo tipo de contrato cualquiera sea el ámbito en el que se celebre —lo que constituye su "nervio central"—, el principio del equilibrio adquiere inusitada importancia en el terreno de los contratos administrativos. En el campo del derecho público juega un papel protagónico como mecanismo corrector de las desigualdades posicionales y funcionales entre las partes, privilegio fundado en la persecución del interés público" (52).

En efecto, el concepto mismo de ecuación económico-financiera, entendida como "la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este,

considerados equivalentes" (53), muchos de los cuales —agregamos— son consecuencia de los riesgos y contingencias asumidos (54), lleva implícito el derecho del contratista a su mantenimiento y restablecimiento frente a aleas administrativas o económicas que sean imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato (55).

Se trata de un derecho de los contratistas que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 de la CN) y, fundamentalmente, la que establece que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 de la CN) (56). Dichas garantías vienen a compensar el peso de las prerrogativas, inusuales en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público (57). Además, estas garantías son una consecuencia de la configuración del contratista como un verdadero colaborador de la Administración en la realización de los intereses públicos (58).

Obviamente, el principio del equilibrio económico financiero no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficits o malos resultados de la gestión contractual (59), pues este debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio (60). En tal sentido se ha señalado: "no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia" (61).

La ecuación económico-financiera del contrato puede verse alterada como consecuencia de riesgos anormales originados muchas veces por la intervención directa o indirecta del Estado en la ejecución del contrato (V.gr. modificación o extinción anticipada del contrato por razones de interés público, hecho del príncipe, etc.) (62).

(ii) La protección de la ecuación económico-financiera en ley 17.520 reformada por la ley 27.742

Dada la enorme importancia de la ecuación económico-financiera en los contratos de concesión, siguiendo muy de cerca las previsiones de la ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada (63), el legislador incorporó en la ley 17.520 diversas disposiciones tendientes a su adecuada preservación. En tal sentido en el inciso b) del art. 7 (64), reformado por la ley 27.742, se dispone que uno de los aspectos que se debe contemplar en la documentación licitatoria y contractual en virtud de la cual se adjudiquen los contratos de concesión es "La forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración que podrá ser percibida, según los casos, de los usuarios, del Estado y/o de terceros, así como también, los procedimientos de revisión del precio del contrato (65) con el fin de preservar su ecuación económico-financiera" (66).

A su vez, tal como se desprende de los dos últimos párrafos del nuevo art. 12 bis, incorporado por el art. 72 de la ley 27.742, al igual que la ley 27.328 (67), se establece la posibilidad de que la contraprestación del contratista sea en moneda extranjera (68) y se prohíbe que judicialmente se pueda "modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes". El pago en una moneda extranjera es lógico, porque en una economía como la argentina que viene atravesando desde hace varios años un severo proceso inflacionario, financiar un proyecto a largo plazo en pesos no parece viable. Concorde con ello y por las mismas razones, en el inc. b) del citado art. 12 bis se dispone la inaplicación a los contratos de concesión de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 (69) y sus modificatorias, por las cuales se prohíbe la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas (70).

Por su parte, de manera muy contundente, en el art. 7º bis de la ley 17.520, incorporado por el art. 68 de la ley 27.742, se prevé la obligación de la Administración de garantizar durante el plazo de vigencia del contrato de concesión el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera tenida en cuenta al momento de su perfeccionamiento. La norma también dispone que, si se genera una distorsión del equilibrio contractual por causas no imputables a ninguna de las partes, "las mismas estarán facultadas para renegociar el contrato con el fin de alcanzar su recomposición o convenir su extinción de común acuerdo, conforme al plazo que será establecido en la reglamentación o en la documentación licitatoria. De no arribarse a un acuerdo, las partes deberán someter la controversia a consideración de un panel técnico y, si correspondiere, al tribunal arbitral respectivo. En caso de extinción por mutuo acuerdo, la reglamentación determinará el plazo desde la fecha de suscripción del convenio de extinción dentro del cual deberá realizarse la liquidación de créditos y débitos y, en su caso, el pago del crédito resultante a favor de alguna de las partes. Los oferentes deberán consignar en sus propuestas la ecuación económico-financiera por medio de la explicitación del Valor Actual Neto (VAN) y/o la Tasa Interna de Retorno (TIR), conforme a los parámetros que deberán establecerse en la documentación licitatoria". Seguidamente, reiterando lo dicho en el citado inc. b del art. 7, reformado, se establece que. "La documentación licitatoria y contractual establecerá los mecanismos de recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato". Más adelante se contempla la posibilidad de que se prorrogue el plazo de la concesión por hasta igual término al de su duración inicial cuando concurran supuestos de fuerza mayor o actuaciones de la administración que resulten determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato de concesión. También que, "en los casos de fuerza mayor, el concedente garantizará los ingresos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera de manera absoluta la realización de la obra o la continuidad de su explotación".

A su vez, en el inc. d) del mismo art. 7, al regularse la potestad modificatoria de la Administración, reproduciendo casi literalmente el inc. i) del art. 9 de la ley 27.328, se establece la obligación de compensar adecuadamente la alteración y preservar el equilibrio económico financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

Otro aspecto que ha sido motivo de reforma y que concierne al respeto de la ecuación económico-financiera de los contratos de concesión se verifica por la posibilidad de que estos puedan tener tanto un plazo fijo como variable, tal como lo permite ahora el art. 1º de la ley 17.520 modificado por el art. 66 de la ley 27.742 (71). En línea con ello, en el texto del art. 1 de la ley 17.520 incluido en el proyecto de la Ley de Bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso (art. 643) se precisaba que se podrían otorgar concesiones de obras e infraestructuras públicas con plazo variable sobre la base de una estimación de ingresos totales a percibir por el concesionario durante toda la vigencia de la concesión, con el propósito de mitigar el riesgo de demanda motivado en la imposibilidad de predecir el

volumen de tráfico y evitar la necesidad de renegociación permanente de los contratos y la frustración de los mismos. Este párrafo fue suprimido y ya no aparece en el proyecto que fue votado por la Cámara de Diputados en la sesión del 29 de abril de 2024.

Un tópico que concierne a la ecuación económica del contrato y que no fue reformado es el atinente a las modalidades con que puede celebrarse una concesión, reguladas en los arts. 2 y 3 de la ley 17.520 (72). Según lo dispone el primero de los preceptos citados, las concesiones pueden ser: a) onerosas, cuando se impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) gratuita, cuando el concesionario no debe pagar al Estado ninguna contraprestación, y c) subvencionada, cuando el Estado efectúa algún tipo de aporte económico en el momento inicial o durante la construcción o con entregas en el período de la explotación reintegrables o no.

A su vez, el art. 3 establece que, para definir cuál de las tres modalidades de la concesión antes indicadas corresponde utilizar, el Poder Ejecutivo deberá considerar los siguientes elementos: a) que el nivel medio de las tarifas no puede exceder al valor económico medio del servicio ofrecido; b) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación; y c) en caso de optarse por las modalidades gratuita o subvencionada, debe precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el supuesto que los ingresos resulten superiores a los previstos.

(iii) Prerrogativas de la Administración concedente

También con el objetivo de proteger la ecuación económico-financiera y reducir ciertos riesgos, el legislador, siguiendo en gran medida el modelo de la ley 27.328, establece un razonable equilibrio entre las clásicas prerrogativas administrativas en materia contractual, algunas de las cuales llegan a ser suprimidas (73), y los derechos del contratista (74). De este modo, puede afirmarse sin equívocos que la ley 27.328 como la ley 17.520, reformada por la ley 27.742, producen un cambio de paradigma en la contratación pública.

Como lo explicaremos, con la reforma efectuada a la ley 17.520 en lo que concierne a las prerrogativas administrativas lo que se persigue es impedir y desalentar eventuales conductas oportunistas de la Administración contratante, en particular cuando los costos asociados a las inversiones en infraestructura están hundidos, que es el momento de mayor debilidad del contratista.

Por las singularidades que caracterizan a los contratos de PPP, como los de concesión, la forma en que se regulen las prerrogativas de la Administración contratante y los derechos de los contratistas e inversores constituye una cuestión de suma importancia, por lo que, de no estar razonablemente establecido, puede aumentar considerablemente la exposición a riesgos (75) y llegar al punto de encarecer el proyecto e, incluso, tornarlo inviable (76).

Es que, si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos, debido a la cuantía y a los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos, diversos (77) y pueden afectar la ecuación económico-financiera del contrato (78).

La construcción de infraestructura requiere la inversión de ingentes sumas de dinero para su desarrollo, las cuales, usualmente, deben erogarse en la etapa inicial del contrato y, una vez invertidas, quedan definitivamente afectadas al destino para el cual han sido aplicadas. Se trata, como suele decirse, de costos hundidos, cuya recuperación y amortización suele demandar períodos de extensión muy considerables. De ahí que, la adecuada asignación de estos riesgos resulte determinante para minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos (79).

Algunos de los riesgos más importantes a los que se ven expuestos los contratistas y financiadores derivan de medidas que pueden adoptar las autoridades públicas en ejercicio de las tradicionales prerrogativas con que cuenta la Administración contratante durante la ejecución de los contratos públicos, tales como la de modificar el contrato y extinguirlo por razones de oportunidad y de ilegitimidad (80).

Si bien la ley 17.520 reformada por la ley 27.742, como la ley 27.328, prevé la mayoría de las clásicas prerrogativas (81) de la Administración contratante [control, sancionatoria, modificación del contrato por razones de interés público y resolución por razones de interés público (82)], establece diversas limitaciones a su ejercicio, que operan como garantías en favor de los contratistas y financistas (83), a fin de equilibrarlas razonablemente, desalentar su ejercicio abusivo y proteger la ecuación económica financiera de los contratos de concesión.

Es importante destacar que las prerrogativas que la Administración contratante puede ejercer válidamente son solo aquellas que están regladas en el ordenamiento jurídico; en el caso de los contratos de concesión son las previstas en la ley 17.520, reformada por la ley 27.742. De tal modo que, como lo propugna Cassagne (84), no es posible que se invoquen prerrogativas implícitas (85), virtuales o inherentes. Su existencia "no se compadece con el principio de legalidad que debe prevalecer en toda actuación administrativa" (86). Es que, como acertadamente afirma Rodríguez Arana, "las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa (...) no del contrato, sino de la Ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida "ex lege" para atender los intereses públicos (...)".

Las prerrogativas de la Administración en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada, ya que solo la Ley puede conferir potestades que modulen el contenido de las relaciones contractuales reguladas por la propia Ley" (87).

No son aplicables en los contratos de concesión las prerrogativas administrativas previstas en el decreto 1023/2001, pues, tal como lo prescribe el inc. a) del art. 12 bis de la ley 17.520, incorporado por el art 72 de la ley 27.742, no son de aplicación directa, supletoria ni analógicamente a los contratos de concesión regidos por la ley 17.520, reformada, las disposiciones del decreto 1023/2001 sus modificatorios y su reglamentación (88).

Tal como se señaló respecto de igual exclusión prevista en el art. 31 de la ley 27.328 con relación a los contratos de PPP, ello "representa, a todas luces, un excelente punto de partida en materia de seguridad jurídica, fundamentalmente, porque ello supone la

inaplicación de todo el acervo de potestades exorbitantes de la Administración pública, en materia de ejecución y extinción de los contratos administrativos que celebra, que resultan particularmente nocivas cuando se pretende propiciar la inversión privada para el desarrollo de infraestructuras públicas, habida cuenta del ostensible olvido del derecho de defensa del privado, que se actualiza tanto en la falta de determinación concreta de los recaudos previos que garanticen imparcialidad en decisiones de la mayor gravedad —como, por caso, revocar el contrato por razones de interés público— como en la ausencia de reglas razonables de indemnización ante dicha circunstancia.

A los fines de sopesar adecuadamente la gravedad de dicha situación, basta con recordar que este tipo de proyectos —y muy particularmente el que se analiza en este acápite— se financian, en buena medida, en los mercados de capitales, por medio de diversos mecanismos que contemplan que el repago del financiamiento allí obtenido estará, en mayor o menor medida, supeditado al flujo de fondos que el propio proyecto habrá de generar a lo largo de todo el plazo de vigencia del contrato que lo contiene. Por lo cual sencillo resulta advertir el efecto devastador que sobre dicho esquema tendría cualquier decisión estatal que importe disponer la abrupta interrupción del contrato por el que dicho proyecto se instrumente, habida cuenta de —ni más ni menos— la desaparición de la causa generadora de los recursos con que se amortiza la inversión ya íntegramente realizada" (89).

Cabe advertir que el nuevo art. 12 bis de la ley 17.520 presenta una diferencia con su fuente (el art. 31 de la ley 27.328), en tanto no excluye la aplicación de la ley 13.064, de Obras Públicas. Por el contrario, en el art. 4, parte final, se determina que en la etapa de construcción son aplicables las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente. Este párrafo proviene del texto original de la ley 17.520 (90). Estimamos que, como lo hace el art. 31 de la ley 27.328, lo más conveniente y razonable para evitar eventuales conflictos interpretativos era disponer su inaplicación a los contratos de concesión. De todos modos, su aplicación corresponderá solo "en todo lo que sea pertinente" y para integrar alguna cuestión que no haya sido regulada por la ley 17.520 reformada, la cual, por tratarse de la legislación especial en la materia, en caso de colisiones normativas, prevalecerá sobre la ley 13.064. De ahí que, en lo que concierne a las prerrogativas de la Administración concedente, las disposiciones de la ley 13.064 quedan desplazadas por lo dispuesto en la ley 17.520 reformada. Por lo demás, el ámbito de aplicación de la ley 13.064 no alcanza a todas las etapas del contrato de concesión, sino sólo a la constructiva. Por tanto, no comprende la precontractual de selección del concesionario, ni la de finalización del contrato.

Seguidamente examinaremos las previsiones que contiene la ley 17.520 reformada sobre las prerrogativas de la Administración concedente.

A- Prerrogativa modificatoria

La potestad de modificar el contrato de concesión por razones de interés público (91) está prevista en art. 7 de la ley 17.520, texto según el art. 68 de la ley 27.742, en los incisos c) y d). En el primero de ellos se establece que en el pliego o en la documentación contractual deben preverse "Los instrumentos que permitan adaptar las modalidades de ejecución a los avances tecnológicos y a las necesidades y exigencias de financiamiento que se produzcan a lo largo de su vigencia". A su vez, en el segundo, reproduciendo el texto del art. 9, inc. i) de la ley 27.328, se precisa que la facultad de la Administración concedente de modificar unilateralmente el contrato puede ser ejercida "solo en lo referente a la ejecución del proyecto, y ello por hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento".

Lógicamente, esta prerrogativa no es ilimitada. Es que, si no existieran límites quedaría desvirtuada la noción misma del contrato (92). En primer lugar, y como es obvio, el ejercicio de la facultad debe ser razonable, no abusivo o arbitrario (93) y estar debidamente justificado en concretas razones de interés público (94), que son en definitiva el fundamento y razón de ser de su existencia (95).

En segundo lugar, la modificación del contrato no puede afectar su propia sustancia o esencia, porque de lo contrario se desnaturalizaría su objeto (96) y se arribaría a la conformación de uno diferente, respecto del cual el contratista no ha dado su consentimiento (97). De ahí que, si la Administración altera de manera irrazonable el contrato, el contratista tiene derecho a solicitar su rescisión y el pago de los perjuicios que dicho comportamiento le hubiera producido (98).

Además, la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato debe recaer sobre las prestaciones debidas por el contratista. Los términos contractuales que la Administración puede novar son los que configuran y delinear la tarea que debe realizar el contratista. En tal sentido y conforme surge del art. 7, inc. d) antes transcrito, la alteración que la Administración puede introducir en una concesión puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación. Dichas modificaciones pueden incidir sobre diversos aspectos del contrato, tales como: a) la duración; b) el volumen o cantidad de la prestación; y c) las condiciones, forma y modo de la ejecución del contrato (vgr., sustitución de una técnica por otra nueva) (99).

La potestad modificatoria no puede ser empleada válidamente para alterar las obligaciones asumidas por la Administración (100), salvo cuando ello fuera la consecuencia de la modificación de la prestación a cargo del contratista. El apartamiento de la Administración de los términos en que se materializan sus obligaciones contractuales, y en especial las cláusulas que definen los elementos económico-financieros (101), trasuntan, prima facie, un supuesto de incumplimiento contractual.

Probablemente, uno de los límites más relevantes al ejercicio de esta facultad concierne a la necesidad de respetar el equilibrio económico-financiero original del contrato de concesión, tal como lo requiere el art. 7, incisos c) y d) de la ley de concesiones reformada. De lo contrario, de alterarse aquel, el contratista tiene el derecho, y la Administración la obligación, de recomponerlo. Ello es lógico, porque el poder de introducir modificaciones no supone el sacrificio del concesionario (102).

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

El citado art. 7, inc. d), exige también que al ejercitarse la prerrogativa modificatoria se preserven las posibilidades y condiciones de financiamiento de la concesión, lo cual es clave, porque el concesionario puede haber asumido la obligación de proveer el financiamiento total o parcial del proyecto.

B- Prerrogativas de control y sancionatoria

La prerrogativa de control, que se traduce en la facultad de la Administración contratante de adoptar durante la ejecución del contrato medidas específicas para inspeccionar, vigilar y supervisar la labor del contratista y, en caso de ser necesario, dictar las órdenes y los correctivos necesarios que deben ser implementados por aquel (103), está prevista en el art. 7, primer párrafo y en el inciso d) del mismo precepto, texto según ley 27.742. En ellos, respectivamente, se dispone que, el contrato de concesión deberá definir, entre otras cuestiones, "el procedimiento de control contable y o económico-financiero y de fiscalización de los trabajos técnicos", y que en el pliego o en el contrato deben preverse "Los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas".

A su vez, la prerrogativa para sancionar a los concesionarios por sus incumplimientos contractuales tiene base también en el citado inciso d) del art. 7 reformado, en el cual se requiere que se establezca en el pliego o en el contrato "las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria".

La ley no contiene un catálogo de los incumplimientos y las sanciones pertinentes. Todo ello debe ser contemplado en la documentación contractual. De este modo, se contractualiza el régimen sancionatorio que no depende entonces de una potestad "ex lege", sino de una prerrogativa que, si bien tiene su origen en la ley, debe ser desarrollada en la documentación contractual.

C- Potestad para extinguir anticipadamente el contrato y suspender su ejecución

Sin lugar a dudas en este punto radican las innovaciones más relevantes que trae la reforma de la ley 17.520 en lo que concierne al régimen de las prerrogativas administrativas, pues se han previsto diversas exigencias y restricciones para su ejercicio que persiguen mitigar los riesgos que asumen los concesionarios, como los de los financistas de los proyectos, pues con la finalización anticipada del contrato no podrán recuperar el flujo de fondos previsto (104) y, muy probablemente, sólo tendrán por delante un largo juicio frente al Estado (105).

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

(i) Suspensión y extinción del contrato por razones de ilegitimidad

Del mismo modo que en el art. 9, inc. p) de la ley 27.328 (106), en el art. 7 inc. e), último párrafo, de la ley 17.520 reformada se limita la facultad de la Administración concedente de suspender o declarar la nulidad del contrato de concesión por razones de ilegitimidad, al exigir que ello sea solicitado y declarado en sede judicial por un tribunal competente. De tal modo, no es de aplicación respecto de los contratos de concesión lo dispuesto en el art. 17 (107) de la legislación nacional de procedimientos administrativos (ley 19.549, modificada por la ley 27.742) (108), también reformada por la ley 27.742, que habilita a la Administración a ejercer la potestad revocatoria y extinguir en sede administrativa actos administrativos por razones de ilegitimidad cuando concurren los recaudos consagrados en dichas normas (109). Tampoco es aplicable el art. 12, 2º párr. del mismo ordenamiento jurídico (110) que faculta a la Administración a suspender actos administrativos cuando "se alegare fundadamente una nulidad ostensible absoluta" (111).

La solución de la ley 17.520 reformada es razonable y solo persigue brindar seguridad jurídica. Si la Administración considera ilegítimo un contrato puede iniciar el pertinente pleito judicial, en el cual, además, puede solicitar el dictado de una medida cautelar suspensiva. El órgano judicial competente será el que decidirá al respecto.

No creemos que la limitación establecida al ejercicio de la prerrogativa administrativa de declarar la ilegitimidad y la suspensión de contratos de concesión o de PPP sea inconstitucional (112). No existe ninguna norma de la Constitución Nacional que confiera ni expresa ni implícitamente a la Administración una potestad de este tenor para extinguir o suspender actos o contratos administrativos. Este tipo de potestades, como cualquier otra, siempre deben tener su fuente en el ordenamiento jurídico, y cuando limiten derechos, en normas de rango legislativo, tal como lo exigen los arts. 14, 19 y 28 de la CN (113).

(ii) Potestad de extinguir el contrato por razones de interés público

Los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Según el tipo de contrato, dicha declaración extintiva puede plasmarse a través de las figuras de la resolución o revocación (como comúnmente se la denomina) por inoportunidad y del rescate. La diferencia fundamental entre ambas modalidades extintivas radica en que el rescate, cuyo ámbito de actuación se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública (114), no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista (115).

En el régimen general de la contratación administrativa (116) el ejercicio de esta potestad administrativa está sujeto a escasas exigencias y puede ser empleada en cualquier momento durante la ejecución contractual. Los tres únicos recaudos que deben reunirse son los siguientes: a) el cumplimiento del debido procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo rescisorio, lo cual conlleva asegurar el derecho constitucional del contratista (117) (118) (119) (120) (121), puesto que las razones en que se sustenta no son imputables al contratista y se afecta su patrimonio. De lo contrario se lesionarían sus derechos de propiedad (arts. 14 y 17 de la CN.) e igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la CN) (122).

Debido a la relevancia de esta potestad de la Administración en los contratos de concesión (123) el legislador le brinda un especial y detallado abordaje en los arts. 7, inc. e) y 7 ter. En dichas normas se condiciona el ejercicio de la potestad de extinción por razones de interés público a los recaudos que seguidamente mencionamos.

IV.3.a. Regulación en la ley 17.520 reformada y en el contrato de concesión. Imposibilidad de aplicar otros ordenamientos jurídicos

En primer lugar, de manera muy enfática, en el nuevo art. 7 ter se determina que la extinción del contrato por razones de interés público se regirá únicamente por las disposiciones de dicho precepto. Sin embargo, ello no es correcto ya que también el art. 7, inc. e) de la ley 17.520 contiene previsiones sobre esta causal extintiva del contrato. Allí se establece que la facultad administrativa de rescindir anticipadamente el contrato, al igual que las demás causales de extinción y sus consecuencias patrimoniales, debe estar prevista en el pliego o en el contrato de concesión (124). De tal modo, en el contrato deberá contemplarse la metodología que se aplicará para efectuar las compensaciones pertinentes y sus alcances.

El citado art. 7 ter seguidamente, y reproduciendo lo establecido en el art. 9, inc. p) de la ley 27.328, prescribe que "no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 (125) y sus modificatorias".

IV.3.b. Motivación

En el nuevo art. 7 ter se hace un especial hincapié en la motivación del acto administrativo (126) de la autoridad concedente por el cual se disponga la extinción del contrato de concesión por razones de interés público. A tal fin, se dispone que "a efectos de encontrarse adecuadamente fundada deberá:

- a) Identificar los informes técnicos objetivos que justifican la extinción del contrato;
- b) Explicitar de manera concreta las causas en que se funda y las razones que sustentan una evaluación distinta del interés público comprometido en el contrato de concesión";
- c) Someter la determinación del alcance de la reparación del concesionario, en el caso que no haya mediado previo acuerdo de las partes, a la consideración del panel técnico y/o al tribunal arbitral actuantes en el marco del contrato, en los supuestos que el contrato de concesión no contemple fórmulas u otros mecanismos para su determinación. A dicho efecto podrá utilizarse como parámetro objetivo de ponderación las inversiones no amortizadas;
- d) Establecer el plazo de pago de la indemnización, el cual deberá concretarse con anterioridad a la ejecución de los actos que materialicen la extinción del contrato por razones de interés público o la toma de posesión de la obra o infraestructura por el concedente".

Como se desprende de los incs. a) y b) citados, el acto extintivo debe estar debidamente fundado en informes de índole técnico y exponer de manera concreta las razones de interés público en que se sustenta. Por tanto, la motivación no será válida si se emplean fórmulas genéricas o clichés carentes de contenido o de expresiones de manifiesta vaguedad o generalidad (127), que no expliciten los motivos puntuales de interés público que respaldan la decisión.

De la redacción del último párrafo del inc. b) se desprende que las razones de interés público que pueden dar lugar a la finalización anticipada del contrato pueden radicar no solo en el cambio de circunstancias de hecho, sino también en una nueva ponderación del interés público comprometido (128), la cual, para ser válida, no debe ser caprichosa o arbitraria (129).

Como lo establece el citado inc. c) del art. 7 ter, el acto administrativo por el cual la autoridad concedente decida la extinción del contrato de concesión por razones de interés público deberá determinar el plazo de pago del resarcimiento, como así también el monto indemnizatorio.

Lo prescripto en el inc. c) de la norma que estamos examinando no es una cuestión que concierne a la motivación del acto extintivo, pues allí se regula el procedimiento a seguir en caso de falta de acuerdo del concesionario con la concedente acerca del alcance de la reparación. Evidentemente, se trata de una norma que está mal ubicada.

IV.3.c. Alcance de la indemnización

Frente al criticable (130) criterio restrictivo que la legislación argentina prevé para la generalidad de los contratos administrativos (131), respecto del alcance de la indemnización que el Estado debe abonar al contratista cuando rescinde el contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, en el art. 7, inc. d) de la ley 17.520 reformada se dispone 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 (132) y sus modificatorias y 26.944 (133) y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias". Innecesariamente, en el art. 7 ter de la ley 17.520, incorporado por el art. 70 de la ley 27.742, se reitera que en el supuesto de finalización de la concesión por razones de interés público no son aplicables las normas citadas.

Como consecuencia de la inaplicación de estas disposiciones, en las que se excluye la indemnización del lucro cesante (134), es evidente que este rubro puede integrar el resarcimiento en los casos que el Estado rescinda por motivos de interés público un contrato de concesión (135).

Cabe destacar que, concorde con lo dispuesto en los arts. 7, inc. d) y 7 ter de la ley 17.520 reformada, la ley 27.742 en la modificación que efectúa a la ley 19.549 también habilita la indemnización del lucro cesante en los supuestos de revocación por razones interés público (art. 17, último párrafo).

La solución consagrada por la Ley de Bases coincide con la propiciada por la mayoría de la doctrina nacional (136) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconoce, en los supuestos de responsabilidad del Estado por la extinción legítima de actos y contratos administrativos fundados en razones de interés público, la indemnización del lucro cesante (137).

Conforme surge del inc. c) del art. 7 ter de la ley 17.520 reformada, a los efectos de determinar el monto de la indemnización a pagar al concesionario "podrá utilizarse como parámetro objetivo de ponderación las inversiones no amortizadas" (138).

IV.3.d. Pago previo de la indemnización

En el art. 7 ter, inc. d) de ley de concesiones se exige que la indemnización que debe pagar la Administración concedente en caso de extinguir el contrato por motivos de interés público debe abonarse "con anterioridad a la ejecución de los actos que materialicen la extinción del contrato por razones de interés público o la toma de posesión de la obra o infraestructura por el concedente".

El legislador sigue en este aspecto también lo previsto en la ley 27.328, en cuyo art. 10, al igual que ocurre en materia de expropiación (139), y como una muy importante garantía para el contratista se exige que antes de la toma de posesión de la obra o de la infraestructura se abone el resarcimiento pertinente.

Cabe recordar que un relevante sector de la doctrina sostiene que en los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos debe aplicarse el régimen jurídico de la expropiación, incluso postulando la necesidad de que medie una declaración legislativa de interés público (140). Así Cassagne, después de afirmar que el fundamento de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia tiene cierta similitud con la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público, concluye que en tales casos debe aplicarse en lo pertinente el régimen jurídico del instituto expropiatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la CN. (141). Ello implica el dictado de una ley declarativa que califique el interés público que funda la extinción por razones de oportunidad (142).

A su vez, Gordillo escribe: "Toda forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio stricto sensu del decreto-ley 21.499/1977, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), con base en una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta "el momento del efectivo pago" (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10 % en caso de avenimiento directo. (art. 13) El Estado solo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber estos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación" (143).

Por su parte, Maqueda Fourcade explica que "la admisión del carácter expropiatorio de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, tendría relevantes consecuencias normativas, entre las que cabe señalar que: (i) integraría las facultades del Congreso; (ii) la revocación solo podría disponerse mediando una declaración específica o genérica de utilidad pública del Congreso; (iii) la indemnización debería ser justa e integral, y debería pagarse previamente; y (iv) el Congreso solo podría delegar dicha facultad conforme a las pautas del art. 76 de la Constitución nacional, pudiendo considerarse que se trata de una de las "materias determinadas de administración". El actual art. 18 de la LNPA (144), así, no parecería satisfacer dichas exigencias constitucionales, pues implicaría una delegación permanente y sin bases para el ejercicio de dicha facultad expropiatoria" (145).

A diferencia de la ley 27.328, en el citado art. 7 ter, inc. d) se exige que en el acto administrativo por el cual se extinga el contrato por razones de interés público se establezca el plazo de pago de la indemnización.

(iii) Potestad para rescindir el contrato por incumplimiento del concesionario

La ley 17.520 reformada contiene una mínima regulación en el art. 7, inc. e), reformado por el art. 68 de la ley 27.742, de la facultad de la Administración concedente de rescindir el contrato por incumplimientos del concesionario. Allí se exige que deben regularse en el pliego o en el contrato las distintas causales de rescisión del contrato, entre las cuales menciona por "culpa de alguna de las partes", como asimismo el procedimiento que debe seguirse en tales casos.

A diferencia de la ley 27.328 (146), nada se establece respecto de las eventuales compensaciones que se deban las partes del contrato en tales supuestos.

IV.3.d. Medios alternativos de resolución de conflictos

Una cuestión básica que todo buen hombre de negocios valora especialmente cuando decide celebrar un contrato con el Estado que conllevará efectuar inversiones de magnitud y cuya recuperación y amortización demandará períodos de extensión muy considerables, es la forma en que se resolverán los futuros conflictos que seguramente se generarán. Por tal motivo, en el art. 12 de la ley 17.520, reformado por el art. 71 de la ley 27.742, de manera análoga a lo previsto en la ley 27.328 (147), se prevé la posibilidad de utilizar medio alternativos para la resolución de las eventuales disputas que pueden verificarse entre las partes del contrato. Así, en el citado art. 12 se dispone que en los contratos podrán estipularse "mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje". Y, seguidamente, se establece la posibilidad de someter a la intervención de un panel técnico o un tribunal arbitral "las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión" (148).

De tal modo, al igual que la ley 27.328 (arts. 9, inc. x, y 25) (149), en el último párrafo del art. 12 de la ley 17.520 reformada se prevé expresamente la posibilidad de pactar una cláusula arbitral, como así también se permite la posibilidad de acordar el arbitraje con prórroga de jurisdicción, para lo cual se requiere que la correspondiente cláusula arbitral sea aprobada, en forma expresa e indelegable, por el Poder Ejecutivo nacional e informarse inmediatamente al Congreso de la Nación.

A diferencia de la ley 27.328 (art. 26) y lo previsto en el proyecto de Ley de Bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso (art. 649), no se establece que contra los laudos de tribunales arbitrales con sede en la República Argentina solo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. (150), en los términos allí establecidos, y que dichos recursos no podrán, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente (151). Tampoco se precisa, como lo hacía la parte final del art. 649 del citado proyecto original de la Ley de

Bases, que en ningún caso resultará aplicable a los contratos de concesión celebrados bajo la ley 17.520 el procedimiento arbitral regulado en el art. 1651 del Cód. Civ. y Com.

Además del arbitraje, y del mismo modo que la ley 27.328, tiene recepción en la ley 17.520 reformada la figura de los paneles técnicos "para intervenir, componer y resolver las controversias de índole técnica, de interpretación del contrato y económica o patrimonial" que puedan suscitarse durante la ejecución o extinción del contrato.

Un panel técnico (dispute board por su denominación en inglés) es un órgano permanente compuesto por uno o tres miembros que, normalmente, se constituye al momento de la firma o del inicio de la ejecución de un contrato y se utiliza para ayudar a las partes a evitar o superar cualquier desacuerdo o disputa que surja durante la implementación del contrato (152). Se trata de un instrumento de resolución de disputas de carácter contractual de carácter más flexible, ágil (153) y menos costoso que los remedios tradicionales de solución de conflictos.

La experiencia indica que, en contratos de larga duración que tienen por objeto el desarrollo de proyectos de alto riesgo y con altas exigencias técnicas, la prevención y detección temprana de las controversias es fundamental para el éxito del contrato al evitar que las desavenencias de las partes deriven conflictos de mayor gravedad que pueden poner en peligro la terminación del proyecto (154). Y esto se logra, porque los paneles se suelen constituir al inicio del contrato, antes de comenzar la ejecución del proyecto, y, además, porque, como prescribe el 3er. párrafo del art. 12 de cita., deben estar "integrados por profesionales independientes e imparciales, en todos los casos de acreditada idoneidad y trayectoria en la materia".

La ley no brinda mayores detalles sobre los paneles técnicos, razón por la cual estimamos que ello será materia de la reglamentación que deberá dictarse.

V. Conclusión

La reforma efectuada a la ley 17.520 por la ley 27.742 crea adecuadas condiciones de seguridad jurídica para atraer las inversiones privadas que nuestro país requiere para mejorar la calidad y la cantidad de la infraestructura y servicios públicos y hacer realidad el propósito del Preámbulo de "promover el bienestar general" y los objetivos enunciados en las denominadas cláusulas del progreso o de la prosperidad y del desarrollo humano de la CN (art. 75, incs. 18 y 19).

Pero, claro está, ello solo no es suficiente para alcanzar dicha meta, ya que es imprescindible la existencia de un clima institucional y económico estable y previsible. La experiencia fallida con los contratos de participación pública privada Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS) así lo demuestra.

(A) Abogado (UNLP). Socio en Cassagne Abogados. Posgrado en Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración (Univ. de San Pablo CEU de Madrid). Profesor de grado y postgrado (UNL) y de las Maestrías en Derecho Administrativo (Univ. Austral) en Derecho Administrativo Económico (UCA), en Derecho Administrativo de la Escuela de Abogados del Estado (ECAE), en Derecho Administrativo (UNC) y en Derecho Administrativo (Univ. Nacional de la Patagonia San Juan Bosco). Profesor de la Carrera de Especialización Derecho Administrativo (UNNE). Profesor invitado en la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en regulación minera, petrolera y energética (Univ. del Externado, de Bogotá, Colombia).

(1) Claro está que la inversión en infraestructura "es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el crecimiento. El mayor o menor efecto de estas inversiones estará dado por su complemento con otros factores —capital humano, recursos naturales, tecnología disponible - y también por la oportunidad en que se adicionen a la capacidad instalada, al diseño, a su ubicación y al desequilibrio existente entre la oferta y la demanda de servicios (Banco Mundial, 1994)" (SQUIGLIA, Eduardo - DELGADO, Ricardo Raúl - DELGOBBO, Alberto Luis, "La infraestructura como factor de desarrollo de las economías regionales", Fundación Benito Roggio, Bs. As., 1995, p. 11).

(2) Ver VASSALLO MAGRO, José Manuel - IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España", Corporación Andina de Fomento, 2010, www.caf.com/publicaciones; y Argentina: infraestructura, ciclo y crecimiento, editado por FIEL, Bs. As., 1998, p. 2 y ss.

(3) ROZAS, Patricio - SÁNCHEZ, Ricardo, "Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual", CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, N° 75, Santiago de Chile, octubre de 2004.

(4) SÁNCHEZ, Ricardo J. - CHAUVET, Pablo, "Contratos de concesión de infraestructura Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia", serie Comercio Internacional, N° 150 (LC/TS.2019/104), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019.

(5) Con relación a la ley 27.328 se han efectuado las siguientes consideraciones que son plenamente aplicables al contexto en el cual se produce la reforma a la ley 17.520 por la ley 27.742: " la escasez de recursos públicos sumado al déficit fiscal, además de las altas tasas de interés que revisten los créditos para la Argentina, hacen necesario dotar al sistema jurídico nacional de nuevas herramientas que otorguen seguridad a los capitales privados que deseen y tengan la capacidad para invertir en obras de infraestructura de gran envergadura, con la seriedad y la eficiencia que tal tipo de empresas requiere. Para ello, desde el derecho administrativo se han proyectado soluciones que sugieren resignar la aplicación de algunas prerrogativas que en los hechos desalientan esas inversiones privadas de gran envergadura, y las tornan imprevisibles —ciertas de las denominadas cláusulas exorbitantes de la Administración que en muchos casos pueden generar resquemores en quienes deben proyectar una gran inversión a largo plazo—. (SANABRIA, Pablo D. - OGALLAR, Juan I., "La insuficiencia de los contratos de obra pública y concesión de obra pública como herramienta jurídica para el desarrollo de infraestructuras públicas", en AA.VV., "Contratos de participación público-privada", La Ley, 2017, p. 193 y ss.).

(6) Ver: BIANCHI, Alberto B., "La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)", RAP N° 398, p. 15.

(7) SANABRIA, Pablo D. - OGALLAR, Juan I., "La insuficiencia de los contratos de obra pública y concesión de obra pública como herramienta jurídica para el desarrollo de infraestructuras públicas", en AA.VV., "Contratos de participación público-privada", La Ley, 2017, p. 193 y ss.).

(8) BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, "Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público", La Ley, 2009, Madrid, ps. 48/49.

(9) BO de 7/11/1967, modificada por la Ley 23.696, Reforma del Estado (BO de 17/08/1989). Explica Luqui que, como se expresa en el mensaje de elevación, la Ley 17.520 tuvo "por objeto lograr que los particulares, sociedades mixtas o entes públicos, ejecuten obras públicas aportando total o parcialmente su financiamiento, para luego explotarlas como concesionarios y percibir de los usuarios o beneficiarios la remuneración correspondiente, pagada como contribución, tarifa o peaje. Se dictó en momentos en que había disminuido en nuestro país la inversión pública y se estaba deteriorando la infraestructura de manera preocupante. Malos caminos, destruidos por el tránsito excesivo de camiones, necesidad de puentes, puertos, rutas, exigían la construcción de obras de envergadura que no podían ser financiadas con los recursos del presupuesto nacional, porque con los escasos fondos del Estado solo se podrían efectuar las reparaciones imprescindibles. Para ello se pensó en recurrir a las fuentes de recursos que representan el ahorro público interno y externo, al aporte del capital privado, a través de los entes concesionarios, con las garantías e incentivos adecuados para lograr dicho fin. También se contempló el caso de obras que se debían subvencionar para complementar de esta manera el aporte insuficiente del escaso tráfico que tendrán en los primeros años de explotación" (BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", La Ley, Bs. As., 2017, 7ª edición actualizada por Luqui, Roberto E., Tomo II, ps. 1147 a 1148).

(10) Su texto puede consultarse en: Dossier legislativo, Año XI, N° 277, junio 2023, Biblioteca del Congreso de la Nación; <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/dossiers>

(11) Título IX - Infraestructura y servicios y actividades asociadas, Capítulo III - Modificaciones a la Ley 17.520, Concesión de Obra Pública, arts. 643 a 653 del proyecto de Ley de bases.

(12) El proyecto de ley que se aprobó en general fue el que obtuvo dictamen favorable de las Comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Constitucionales y cuyo texto puede consultarse en la página web de la Cámara de Diputados: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-141/141-1.pdf>.

(13) Ver: así surge de la página web de la Cámara de Diputados de la Nación, que da cuenta del trámite parlamentario del proyecto de Ley de bases, Expediente Diputados: 0025-PE-2023 (<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/>).

(14) Su texto puede consultarse en: Dossier legislativo, Año XII, N° 287, junio 2024, Biblioteca del Congreso de la Nación; <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/dossiers>.

(15) Su texto puede consultarse en: Dossier legislativo, Año XII, N° 294, junio 2024, Biblioteca del Congreso de la Nación; <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/dossiers>.

(16) Ver: Cámara de Diputados de la Nación, <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultado.html>.

(17) El art. 73 de la ley 27.742 es una norma que, luego de los diferentes ajustes efectuados al proyecto de Ley de bases original, quedó mal ubicada. En ella no se produce ninguna modificación a la ley 17.520, ni se regulan nada vinculado a contratos de concesión. Allí se habilita al Poder Ejecutivo a renegociar, por razones de emergencia, la reconducción de los contratos de obra pública y servicios de consultoría de obra pública celebrados con anterioridad a la sanción de la Ley de bases que se encuentren en estado de paralización, "a los efectos de posibilitar el aporte de financiamiento privado tendiente al reinicio y finalización de las obras comprometidas". Este artículo debería haberse ubicado en el Título III Contratos y acuerdos transaccionales, Capítulo I Fuerza mayor en los contratos vigentes y acuerdos transaccionales y no en el Capítulo II Concesiones. El art. 73 fue introducido por la Cámara de Diputados en la media sanción conferida al proyecto en la sesión del 29 de abril de 2024 y reemplazó al art. 651 del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, en el cual se agregaba como art. 13 de la Ley 17.520 un precepto que establecía que en los contratos de concesión de obra pública que, a la fecha de sanción de la Ley de bases se encontraran con plazo vencido y con cuestiones litigiosas pendientes el concesionario podía notificar a la Administración, dentro del plazo de 3 meses desde la fecha de la publicación de la ley, su voluntad de someter las divergencias contractuales pendientes a los mecanismos de solución de controversias previsto en el art. 12 (arbitraje y panel técnico). También se disponía que dichas controversias podrían ser objeto de transacción en el marco de la Secretaría competente debido a la materia.

(18) La ley 27.328 (BO 30/11/2016) fue reglamentada por el decreto 118/2017 (B.O. 20/2/17), texto modificado por el decreto 936/2017 (BO 15/11/2017).

(19) Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de los contratos de PPP, se los puede definir como: "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos" [ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos"; en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI), N° 25, Madrid, 2006, p. 11 y ss.]. Explica de la Riva que "Una de las constantes más destacadas que se viene observando a nivel macroeconómico en la mayor parte de los países occidentales en los últimos años reside en la preocupación por intentar armonizar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de proyectos de infraestructura, con vistas a sumar las ventajas que pueda aportar cada una de esas órbitas. El objetivo consiste en identificar el esquema de articulación más apto para cada proyecto en particular, de modo de dar con la distribución de las cargas y riesgos que resulte más eficiente de cara a cada proyecto. Así nació la figura de la asociación público-privada, conocida también por las siglas "app", o "ppp" en razón de su denominación en inglés (public-private partnership). Esta expresión, en realidad, hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos". (DE LA RIVA, Ignacio M., "Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas", Revista digital de Derecho

Administrativo, n° 17, primer semestre/2017, ps. 193 y ss. <http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/5698>).

(20) Decreto 118/2017 (BO 17/02/2012) y sus modificaciones.

(21) Art. 2 de la Ley 27.328.

(22) Al respecto Mairal y Veramendi señalan: "la seguridad jurídica no beneficia solamente a los particulares. Existen dos razones que la hacen también importante para el Estado: una pragmática y la otra institucional. La razón pragmática es disminuir el costo de los contratos estatales. A mayor inseguridad, mayor riesgo, y a mayor riesgo, mayor costo. El aumento del riesgo disuade a algunos operadores de contratar con el Estado, disminuyendo así la concurrencia a las licitaciones públicas, y aumenta el precio que pretenden quienes aceptan hacerlo. Pero más importante aún es la razón institucional. En definitiva, la claridad de las normas constituye uno de los baluartes que protegen la independencia judicial. Cuando, en los casos que interesan al Estado, es posible arribar a soluciones distintas y hasta contradictorias, utilizando en cualquiera de los supuestos razonamientos formalmente admisibles, ese baluarte desaparece". (MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado", LA LEY, 2018-F, 791).

(23) GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la Asociación Público-Privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", Rev. de Der. Adm. N° 107, Bs. As., 2016, p. 855 y ss.

(24) CASSAGNE, Ezequiel, "El régimen de participación pública privada", RDA, 2018-117, p. 385 y ss. Como bien se ha señalado, la Ley 27.328 (art. 4) "pretende orientar las finalidades del sistema hacia una conjugación entre fines públicos (eficiencia, eficacia, inclusión social, acceso a infraestructura y servicios básicos, generación de empleo, capacitación laboral, solidaridad, participación de PyMES, desarrollo de la capacidad empresarial, provisión de nuevas y eficientes tecnologías) y beneficio privado (caracterizado en lo económico a través de: recupero de las inversiones efectivamente realizadas, utilidad razonable, rentabilidad económica y social del emprendimiento, fomento del desarrollo del mercado de capitales local y acceso al mercado de capitales internacionales)". (DIANA, Nicolás, "Cuestiones generales sobre el contrato de participación público privada (PPP)", LA LEY, 2017-B, 1024).

(25) La superposición de la ley 27.328 con las concesiones regidas por la ley 17.520 fue advertida por Crivelli, quien se pregunta "en que se diferencia un contrato de PPP destinado a la construcción de una obra de infraestructura art. 1º, ley 27.328), cuya contraprestación proviene de los usuarios (art. 9, inc. f), ¿de una concesión de obra pública de la ley 17.520? Tiene los mismos sujetos, el mismo objeto, la misma contraprestación. ¿Cuál es la diferencia?". Como bien señaló Crivelli, la superposición normativa también se verifica con el Decreto de Necesidad y Urgencia 1299/2000, ratificado por ley 25.414, en el cual se establece un régimen para promover la participación privada en el desarrollo de infraestructura, en aquellos proyectos que no pueden ser financiados exclusivamente por sus usuarios y destinados al desarrollo de infraestructura económica o social y en cual se establecieron estructuras jurídicas innovativas a fin de generar condiciones que estimulen la inversión de recursos provenientes del sector privado (CRIVELLI, Julio César, "Inversión privada en el sector público", Astrea y Ediciones RAP, Bs. As., 2017, p. 92).

(26) Por este motivo, el art. 31, inc. a) de la Ley 27.328 dispone que no se aplican a los contratos PPP las normas de la ley 17.520 directa, supletoria, ni analógicamente.

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

(28) En tal sentido, explica Lago Rodríguez que "la decisión de celebrar un Contrato PPP no implica la voluntad de celebrar un contrato con un objeto claramente definido de antemano por la normativa aplicable, sino que dicho acuerdo puede presentar distintas modulaciones en función del objeto que las partes decidan asignarle, aún combinando los elementos característicos de los contratos administrativos tradicionales tipificados" y en la nota 72 entre los contratos administrativos tradicionales menciona la concesión de obra pública y de servicio público (LAGO RODRÍGUEZ, José Francisco, "¿Una nueva oportunidad para los contratos de participación público-privada? Análisis comparativo del modelo concesional chileno y el régimen de contratos PPP argentino", RDA, 2024-151, p.16 y ss.).

(29) Con mucha claridad se ha señalado que: "La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras, pero no, necesariamente, para su financiación con cargo a recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que se "externaliza" (se privatiza de alguna manera) una actividad que, de otro modo, sería atendida directamente por los servicios de las Administraciones Públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas por las siglas BOT ("Build, Operate and Transfer"), DBOT ("Design, Build, Operate and Transfer") y otras similares. Lo realmente importante de todas estas fórmulas es la fase de operación (el "operate") que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación. Se trata, como finalidad primordial, de poner en práctica el "outsourcing", por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo indiferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración". (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?", Revista de Derecho Administrativo N° 7, año 2009, Perú, p. 12 y ss.).

(30) CASSAGNE, Ezequiel, "El régimen de participación pública privada", RDA, 2018-117, p. 385 y ss.

(31) DE LA RIVA, Ignacio M., "Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas", Revista digital de Derecho Administrativo, n° 17, primer semestre/2017, ps. 193 y ss. <http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/>

5698. Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de contratos de PPP, se los suele definir como: "acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos" (ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos"; en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, N° 25, Madrid, 2006, p. 11 y ss.).

(32) ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Desarrollo de proyectos de participación público-privada: contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales", *RDA*, 2013-87, p. 847 y ss.

(33) Cabe recordar que la ley 13.064 en el art. 1, define a la obra pública, susceptible de ser objeto del contrato de obra pública allí legislado, a partir de dos elementos: a) que se trate de una construcción o desarrollo de un trabajo servicio de industria y b) que dichas actividades se ejecuten con fondos del Tesoro de la Nación. Obviamente, dicha noción normativa no es aplicable en el caso de la concesión de obra pública cuyo pago puede efectuarse con fondos que no provienen del presupuesto nacional, sino de los sujetos privados que aprovechen o disfruten de la obra (art. 1 de la ley 17.520; conf. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, 2ª ed., T. III-B, p. 503). En este sentido, Explica Canosa: "1) obra pública: es la creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana por el cual se construye, se fabrica, se instala, se repara, se mantiene, se conserva, tanto sea bienes muebles o inmuebles; 2) contrato de obra pública: es el contrato que celebra la Administración y un particular para la realización de una obra pública y para que la misma se ejecute con fondos del Tesoro, según artículo 1º, ley 13.064, a lo que podemos agregar que también pueden ser de aplicación otros fondos de origen estatal; 3) concesión de obra pública: es la realización indirecta de la obra pública por la cual la Administración encarga al concesionario, para que, por sí mismo o a través de la contratación de un tercero, realice una obra, el mantenimiento y la explote, percibiendo ingresos por esto último para amortizar la inversión hecha u obtener la ganancia respectiva" (CANOSA, Armando N., "La Obra pública en la concesión de servicios públicos", AA.VV., "Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos", Ediciones RAP, Bs. As., 2014, p. 526).

(34) El vocablo infraestructura es también utilizado por el decreto 1299/2001, por el cual se aprueba el Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura, el cual tuvo nula aplicación. Su art. 1º establece: "El presente decreto tiene por objeto formular el marco jurídico dirigido a promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura, mediante el establecimiento de un régimen de alcance federal para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, y financiamiento de las obras de infraestructura económica o social que decidan encarar el Poder Ejecutivo Nacional y los Poderes Ejecutivos Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las universidades públicas nacionales que adhieran a su régimen, asegurando como objetivo prioritario proveer al crecimiento armónico de la Nación y equilibrar el desigual desarrollo relativo que existe entre las provincias y las regiones del país". Asimismo, se utilizó la palabra "infraestructura", pero sin el aditamento de "pública" en el derogado decreto 967/2005, aprobatorio del Régimen Nacional de Asociación Público-Privada, para el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios. (BO 16/08/2005).

(35) En el diccionario de la Real Academia Española la palabra infraestructura tiene dos acepciones. La primera es: "Obra subterránea o estructura que sirve de base de sustentación a otra". La segunda, que es la que se corresponde con la temática que nos ocupa, indica: "Conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera" (<https://dle.rae.es/infraestructura>; consulta efectuada el 22/06/2024).

(36) Sobre el alcance y el desarrollo de esta expresión ver: VILLAR EZCURRA, José Luis, "Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos", AA.VV., "Nuevo derecho de las infraestructuras", Ariño & Almoguera, Abogados (EDS), Montecorvo y Redeti, Madrid, 2001, p. 69 y ss. El mismo autor ha señalado: "Lo que se entiende, en el momento actual, por infraestructuras públicas es algo que está en la mente de todos porque la expresión alude a la existencia de unas determinadas construcciones o instalaciones que están afectadas a una finalidad de interés público, como pueda suceder con las carreteras, las construcciones hidráulicas, los puertos, los aeropuertos o los ferrocarriles. En todos estos casos, estamos en presencia de un tipo de obras que se encuentran vinculadas a la explotación de un servicio público (como pueda suceder con las infraestructuras ferroviarias) o se destinan a un uso general por parte de los ciudadanos (el caso de las carreteras es, probablemente, el más claro). Podría añadirse, también, que el calificativo de públicas alude a la necesidad de que su titularidad recaiga sobre una Administración pública, (...) " (ob. cit., ps. 69 y 70).

(37) Explica Aguilar Valdez que existen, en forma modélica, cuatro especies básicas de infraestructuras públicas según cuál sea el fin público que se persiga con su utilización. La primera de ellas son la que denomina infraestructuras "económicas", que están básicamente destinadas a servir de sustento a actividades primordialmente de tal índole, como, por ejemplo, el caso de las rutas y las autopistas, los puertos, las estaciones ferroviarias, los gasoductos, etc. En este tipo de infraestructura la intervención pública se manifiesta, en función de las llamadas "fallas de mercado" por medio de la denominada "regulación económica". En segundo lugar, menciona aquellas cuya función fundamental es servir de soporte a redes de prestación de servicios "sociales"; lo que da lugar a las infraestructuras de carácter "social" como, por ejemplo, los hospitales, y las infraestructuras de saneamiento. Agrega que la intervención pública en esta clase de infraestructuras se justifica, primordialmente, en razones de carácter socio redistributivo, por lo que se ha reclamado y admitido un mayor grado de injerencia estatal, tanto en su titularidad. En tercer lugar, se encuentran las infraestructuras de carácter "cultural" destinadas a servir de soporte de redes de tal índole como, por ejemplo, las escuelas, las universidades, los museos y las bibliotecas. Afirma que, en esta especie de infraestructuras se aprecia que, aun cuando la justificación de la intervención del sector público no se base en consideraciones meramente económicas sino de índole de política educativa y cultural, el papel subsidiario del Estado en su titularidad y gestión aparece mucho más nítido que en el caso de las infraestructuras "sociales". Finalmente, en cuarto lugar, se encuentran aquellas infraestructuras denominadas "regalísticas" en el ámbito europeo y que hacen referencia a las destinadas a servir de soporte a típicas y esenciales funciones públicas como lo son, por ejemplo, las vinculadas a

la defensa y seguridad nacionales -infraestructuras militares, radares, cárceles, etc. En esta especie de infraestructuras, por la naturaleza de los servicios y las funciones a las que están afectadas, el papel del sector público se muestra mucho más intenso que en las restantes especies, incluso más que en las denominadas "sociales", de forma tal que la participación del sector privado por lo general queda limitada a su construcción y, excepcionalmente, a su gerenciamiento bajo estricta supervisión pública. (AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras", AA.VV, "Organización administrativa, función pública y dominio público", Ediciones RAP, Bs. As., 2005, p. 375 y ss.).

(38) DE LA RIVA, Ignacio María, "Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras", Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2018, ps. 2/3.

(39) AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras", AA.VV., "Organización administrativa, función pública y dominio público", Ediciones RAP, Bs. As., 2005, p. 375 y ss.

(40) La Cámara de Senadores también incorporó en el art. 1º de la ley 17.520 la posibilidad de que se celebren contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos, además de sociedades privadas, a sociedades "mixtas o a entes públicos", tal como lo establecía el texto original, anterior a la reforma de la ley 27.742, del art. 1 de la ley 17.520. En el art. 1 incluido en el proyecto de Ley de bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso solo podían ser concesionarios las sociedades privadas.

(41) Vgr. ley 24.076 y sus modif., Marco regulatorio del servicio público de transporte y distribución del gas, ley 24.065, Marco regulatorio del servicio público de transporte y distribución de la energía eléctrica nacional; las leyes 19.798 y 27.078 y sus modif. declaran servicio público al Servicio Básico Telefónico; Decreto 656/1994 por el que se regula el autotransporte de pasajeros en el ámbito nacional; y Decreto 44/1991 que declara servicio público el transporte de hidrocarburos líquidos.

(42) Art. 2, 2º párrafo de la ley 27.328.

(43) Ver: FANELLI EVANS, Guillermo E., "La concesión de obra pública", Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As., 1989, p. 18 y ss.

(44) Fanelli Evans explicaba con relación a este artículo que, la elección del procedimiento de licitación pública o de concursos de proyectos integrales es discrecional para la administración y que ello debe efectuarse en el momento de decidir si una iniciativa privada es de interés público. Seguidamente, el mismo autor señalaba que "Para la elección de uno y otro procedimiento debe tenerse presente que la hipótesis de licitación pública requiere la confección de pliegos por parte de la administración pública, lo que significa demora e inversión. En cambio, la realización de un concurso de proyectos integrales no requiere esta demora ni inversión, dejando a los proponentes amplia libertad respecto de sus ofertas..." (FANELLI EVANS, Guillermo E., "La concesión de obra pública", Ciencias de la Administración, Bs. As., 1989, ps. 34 y 35).

(45) El régimen de iniciativa privada previsto en el inciso c) de la ley 17.520, modificado por el art. 58 de la ley 23.696, fue reglamentado por el decreto 1105/89, modificado por el decreto 635/1997. Dicha reglamentación fue derogada por el decreto 966/2005, por el cual se aprobó un nuevo régimen de iniciativa privada, de aplicación a "los diversos sistemas de contratación regulados por las leyes 13.064, 17.520 y 23.696" (art. 1 del decreto 966/2005). Al respecto ver: CRIVELLI, "Inversión privada en el sector público", ob. cit. p. 501 y ss.).

(46) A respecto, explica Muratorio: "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que se aprobara por ley 26.097 para regir en nuestro país, instituye que el Estado de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, debe establecer un sistema apropiado de contratación pública, basado en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones. Luego, las distintas leyes —y decretos con igual sustancia— que regulan la contratación de la Administración Pública nacional establecen claramente que la regla es la licitación o concurso públicos conforme surge de diversas normas de jerarquía legal, tales como el art. 24 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN) contenido en el dec. 1023/2001; el art. 10 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RRCAN) aprobado por dec. 1030/2016; el art. 9º de la ley 13.064 de Obras Públicas (LOP); el art. 4º de la Ley de Concesión de Obra Pública 17.520 ("LCOP"); el art. 18 de la Ley 23.696 de Reforma del Estado (LRE); el art. 12 de la Ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada (LCPPP) y el art. 6º del Régimen Nacional de Iniciativa Privada (RNIP) aprobado por dec. 966/2005. Además de ello, esta regla se entiende consagrada en el Protocolo de Compras Públicas del Mercosur (PCPM) aprobado por la Decisión 37/2017 del Consejo del Mercado Común, en el Capítulo de Contrataciones públicas del Acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea de 2019, en las constituciones de varios países iberoamericanos, en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública y también es adoptada por entidades de derecho público internacional, organismos multilaterales de crédito, etc." (MURATORIO, Jorge I., "Los criterios de adjudicación de ofertas en la contratación pública", LA LEY, 2021-D, 31).

(47) De este modo, se sigue el modelo de la ley 27.328, en cuyo art. 12 se dispone que "la selección del contratista se hará mediante el procedimiento de licitación o concurso público, nacional o internacional". En esta normativa contiene una mayor grado de detalle ya que, acertadamente, precisa que la modalidad del procedimiento de selección a adoptarse en cada caso dependerá de "la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo", y que "Deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia. A tales fines, la contratante deberá procurar la comparabilidad de las propuestas, garantizando la homogeneidad de criterios, suministrando y estableciendo, con claridad, las bases, requisitos y demás proyecciones que resulten necesarias para la elaboración de las ofertas". Además, previo al llamado a licitación o concurso público, en el art. 13 de la Ley 27.328, se requiere que la autoridad convocante emita un dictamen respecto de los siguientes puntos: a) factibilidad y justificación de la contratación; b) impacto fiscal; c) efectos financieros y presupuestarios; d) estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos; e) externalidades que provocará el proyecto; f) impacto en la generación de empleo, y en el

fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general; g) impacto socio ambiental; h) evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato; i) evaluación sobre el equitativo reparto de riesgos, y j) otros datos que permitan evaluar la conveniencia del proyecto.

(48) Ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, "La licitación pública", LexisNexis, Bs. As., 2006, 2ª ed., p. 141 y ss.

(49) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que: "el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios" (Fallos: 329:5976).

(50) La redacción de este artículo doblemente defectuosa. Primero no es lógico establecer un régimen de iniciativas privadas que dependa de una convocatoria de una autoridad administrativa y segundo porque es tautológico exigir que se trate de iniciativas sobre proyectos en sectores considerados de interés público". Va de suyo que, como se explicó en el punto IV, apart.1), tratándose de contratos que tienen por objeto obras e infraestructuras públicas las mismas siempre conciernen a sectores de interés público. De lo contrario, no se podría celebrar un contrato de esta naturaleza con arreglo a la ley 17.520 reformada.

(51) LONG, Marceau et. Al., "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", Dalloz, Paris, 2009, 17ème ed., p. 131 y ss.; ver LAUBADERE, André de, "Traité Theorique et pratique", Librairie Générale de Droit et jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1956, t. II, p. 33.

(52) IBARZÁBAL, Milagros, "El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada", ED.,500,400,1); Rev. de Der. Adm., T. 2017, p. 544.

(53) MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As. 1978, 2ª ed., T. III-A, p. 470.

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

(55) Conf. RODRÍGUEZ, Libardo R., "El equilibrio económico en los contratos administrativos", Temis, Bogota, 2012, 2ª ed., ps. 25/27. ps. 32/37. "Esta 'garantía' del cocontratante particular o 'sujeción' de la Administración es parte del régimen exorbitante propio de los contratos administrativos y balancea las prerrogativas estatales vinculadas a la ejecución del contrato, especialmente la potestad modificatoria, que es la que ha dado origen a la formulación teórica de dicha garantía". (GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, "Prerrogativas y garantía contractuales a través del prisma del financiamiento privado", Rev. de Der. Adm. N° 107, Bs. As., 2016, p. 903, y ss.).

(56) Explica Cassagne que: "existe una fundamentación unitaria que justifica el mantenimiento del equivalente económico en el contrato administrativo sobre la base de principios jurídicos dogmáticos propios del derecho público, que carecen de sentido en el ámbito de las relaciones privadas", como son el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y el de continuidad en la ejecución de los contratos (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho administrativo", La Ley, Bs. As., 2021, 13 ed., T. II, p. 448). Seguidamente, afirma el citado jurista que "si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración, o bien de cumplir el contrato pese al cambio producido en las circunstancias originariamente convenidas y previstas, ya sea causa del alea administrativa provocada por hechos del propio Estado (factum principis) o el alea que tiene su origen en la economía general (teoría de la imprevisión), resulta lógico otorgarle una compensación que le permita, al menos, continuar en la ejecución del contrato. De lo contrario, los contratistas sufrirían una carga pública de un modo desigual, pues la situación de sacrificio especial en que se hallan no les sería compensada, pese a incidir sobre ellos una carga que no pesa sobre las demás personas" contratos (CASSAGNE, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, ps. 448/449).

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

(58) ESCOLA, Héctor Jorge, "Tratado integral de los contratos administrativos", Depalma, Bs. As., 1977, T. I, p. 453.

(59) En este sentido, la Sala III de la CNApel. en lo Cont. Adm. Fed. sostuvo: "La ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficit de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume. Es solamente la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar. Por tal motivo, cuando las variaciones de costos se instrumentan a través de fórmulas polinómicas incorporadas al contrato, ambas partes deben aceptar sus resultados sea que impliquen un aumento o una reducción de los precios ofertados al momento de la licitación". (Causa "Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación", sent. del 31/03/1999, LA LEY, 2000-C, 159). En igual sentido se pronunció la Sala IV de la mencionada CApel. en la causa "Compañía Misionera de Construcciones SA c. Dirección Nac. de Vialidad", sent. del 27/04/1998, LA LEY, 1999-A, 162.

(60) Conf. SCBA, causa "Hormigovial SA v. Municipalidad de la Plata", sent. del 27/06/2007, LA LEY, cita online: 70041774. Distinta es la situación que se presenta frente a riesgos imprevisibles y ajenos al contratista y que pueden provenir de aleas extraordinarias o económicas cuyas consecuencias perjudiciales él no está obligado a soportar en beneficio de la comunidad, sin la respectiva y pertinente compensación (ESCOLA, "Tratado integral de los contratos administrativos", ob. cit., t. I, p. 453). En tal sentido, afirma Muratorio: "Y aun cuando determinado contrato se pudiera considerar un contrato de riesgo, ello se limita a lo propio y normal de la gestión, y no a asumir riesgos ajenos incluidos los actos del poder público. El concesionario 'no debe cargar con un riesgo anormal que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las

condiciones tenidas en cuenta inicialmente" (MURATORIO, Jorge I, "El interés público en la garantía de la ecuación contractual pública", RDA, 2023, n° 148, p. 20).

(61) CASSAGNE, Ezequiel, "Las asociaciones público privadas en la Argentina", Rev. de Der. Adm. N° 107, Bs. As., 2016, p. 923 y ss.

(62) La doctrina es conteste en sostener que las causales que pueden provocar el quiebre de la ecuación económico-financiera de los contratos administrativos son, básicamente, los supuestos que dan lugar a la potestas variandi, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión (VEDEL, Georges, "Derecho administrativo", Aguilar, Madrid, 1980, ps. 209/212; MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., T. III-A, ps. 473/474; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 1997, 8ª ed., t. II, ps. 728 y ss.; BREWER CARIAS, Allan R. "Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, t. III, ps. 770 y ss., CASSAGNE, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., t. II, p. 451 y ss.; en igual sentido se pronuncia Ariño Ortiz, Gaspar, aunque incorporando también entre las causales de ruptura al error calculi (Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 248). La inexecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual por la Administración contratante suscita un supuesto de responsabilidad contractual, la cuales es, entonces, la consecuencia natural y lógica del quebrantamiento de los principios lex contractus y de la fuerza obligatoria del contrato expresamente receptados en la contratación civil y plenamente [...] imperantes en la contratación pública" (PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", en AA.VV., "Tratado general de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos Director, La Ley, Bs. As., 2013, T. III, p. 186. y ss.).

(63) Ver al respecto: IBARZÁBAL, Milagros, "El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada", El Derecho, 500,400,1; Revista de Derecho Administrativo, 2017, p. 544.

(64) El primer párrafo del art. 7 con anterioridad a la reforma establecía que el contrato de concesión debe definir, entre otros puntos las bases tarifarias y procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas; las garantías a acordar por el Estado; las causales y las bases de valuación para el caso de rescisión. La reforma del párrafo inicial del art. 7 mantuvo estas exigencias.

(65) En este sentido se ha señalado que el reajuste o revisión del precio es "una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato, que supone una garantía frente a la inestabilidad económica, de suerte que los contratos del larga duración y volumen importante la prestación dineraria a favor del contratista no se vea disminuida como consecuencia de la inflación" (GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Tecnos, Madrid, 2012, T. II, p. 752; ver: LIBARDO RODRÍGUEZ, R. "El equilibrio económico financiero en los contratos administrativos", con la colaboración de Santos R., Jorge Enrique, Ed. Jurídica Venezolana y Temis, Caracas, 2015, p. 200 y ss.).

(66) Como bien se ha dicho, en consideraciones que son plenamente trasladables al contrato de concesión, que: "Es prácticamente imposible prever todas las contingencias que pueden afectar la relación contractual, lo que se intensifica cuando las prestaciones son complejas y están sometidas a una multiplicidad de factores ajenos al control de las partes. El contrato PPP es, en este sentido, un contrato incompleto en el que sus elementos económicos (i.e., inversión, contraprestaciones, plazo de duración, etc.) pueden variar ante la ocurrencia de externalidades no previstas. El diseño de mecanismos que permitan realizar modificaciones tiene una finalidad central: posibilitar que el equilibrio económico-financiero inicial se preserve a lo largo de toda la duración del contrato. Sus implicancias son múltiples: contribuye a disminuir los costos financieros asociados, aumenta el valor del dinero invertido y, en definitiva, permite la correcta ejecución y terminación del proyecto" (ALDERETE, Manuel, "Modificaciones al contrato de participación público-privada. El caso de la red de autopistas y rutas seguras (RARS)", LA LEY, 2019-E, 1125.

(67) Conf. art. 31, inc. c) de la ley 27.328.

(68) El antepenúltimo párrafo del art. 12 bis establece: "El pago del precio del contrato y/o la remuneración del concesionario constituyen una obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El Estado nacional sólo se liberará si el concesionario percibe las cantidades comprometidas en la moneda pactada".

(69) BO 28/03/1991.

(70) Esta norma reproduce lo dispuesto en el art. 31, inc. d) de la ley 27.328.

(71) La norma reformada tiene como antecedente el art. 250, inc. 1, apart. i) de la ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 09/11/2017), el cual dispone: "1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: (...) i) Plazo, en su caso, para la elaboración del proyecto, plazo para la ejecución de las obras y plazo de explotación de estas, que podrá ser fijo o variable en función de los criterios establecidos en el pliego".

(72) Ampliar en CRIVELLI, Julio César, "Inversión privada en el sector público", Astrea y Ediciones RAP, Bs. As., 2017, p. 74 y dd.

(73) Tal lo que ocurre con la facultad de extinguir y suspender el contrato de Participación Público Privada por razones de ilegitimidad (art. 7, inc. e) última parte, texto según el art. 68 de la ley 27.742).

(74) PERRINO, Pablo E. "prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada", RDA, 2018-117, n° 413.

(75) En tal sentido ha señalado Cassagne: Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no sólo porque éste es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad

jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras" (CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, 3ª ed., ps. 274/275).

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

(77) Hay riesgos comerciales, de desarrollo del proyecto, de operación, financieros, regulatorios y políticos, derivados de situaciones de fuerza mayor, etc.

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

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

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

(81) Señala Cassagne: "Una de las diferencias más notorias —en relación con los contratos privados— que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo radica en la existencia de prerrogativas a favor de la Administración (CASSAGNE, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., T. II, p. 438), las cuales tiene su razón de ser por "el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración" (RODRÍGUEZ ARANA, Xaime, "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, 12: 795-812). Y ese "interés público o general en el que se fundan las prerrogativas se conecta directamente con el fin específico del contrato al que está vinculada la potestad de la Administración, lo que impide su ejercicio espurio" (MEILÁN GIL, José Luis, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos Propuesta de revisión", *Revista de Administración Pública*, p. 11 y ss.).

(82) BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", La Ley, Bs. As., 2017, 7ed. actualizada por Roberto E. Luqui, t. II, p. 956 y ss.

(83) Afirma Mairal: "La posición del Financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria". (MAIRAL, Héctor A. "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos", *Rev. RAP* n° 320, p. 209 y ss.). Al igual que la Ley 27.328 (art. 9, inc. t), en el inc. f del art. 7, texto según ley 27.742, a fin de proteger a quienes cumplen el papel de financiadores del proyecto concesionado se prevé que en el supuesto que el concesionario pretenda ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero, "previo al perfeccionamiento de cualquier cesión se deberá obtener la aceptación lisa y llana de los financistas, fiadores, garantes y avalistas, y la autorización de la administración".

(84) En este sentido Cassagne ha señalado: "no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos. Lo que sí existe son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Públicas derivadas del ordenamiento general que constituyen el régimen administrativo" (CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., T. I, p. 495. Asimismo, ha puntualizado que, del hecho de considerar que las prerrogativas estatales integran el régimen que rige el contrato administrativo, no puede desprenderse la inclusión en aquél de las cláusulas exorbitantes implícitas, pues las prerrogativas de poder público surgen siempre, en forma expresa, del ordenamiento jurídico (CASSAGNE, Juan Carlos, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)", *El Derecho*, T. 181, p. 942). En igual sentido se expiden: FARRANDO, Ismael, "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", AA.VV., "La contratación pública", Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique directores, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 747 y ss.; REJTMAN FARAH, Mario, "Una revisión de las facultades exorbitantes en materia de contratos administrativos", AA.VV., "Cuestiones estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales", Ediciones RAP, Bs. As., 2018, p. 345 y ss.; y GALLI BASUALDO, Martín, "La buena administración y la morigeración (¿agonía?) de las prerrogativas de poder público en la contratación pública", *RDA*, 2018, N° 119, p. 853. En contra de esta posición se expide Sarmiento García quien considera que pueden existir potestades razonablemente implícitas en ciertos contratos administrativos (SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. "El ius variandi y los contratos de la Administración", AA.VV., "Contratos administrativos", Ciencias de la Administración, Bs. As., 2000, p. 221 y ss.). En este sentido, afirmando que las potestades de modificación y rescisión están ínsitas en todo contrato y que, aún a falta de toda referencia en el contrato, pueden ser virtual o implícitas ver: COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. II, ps. 889 y 892. Del mismo modo Perez Hualde considera que la prerrogativa de la Administración de extinguir un contrato administrativo por razones de interés público se halla implícita en todo contrato celebrado por la Administración (PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Extinción de los contratos de la Administración", AA.VV., "La contratación pública", Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique directores, Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, 1101 y ss.). También se ha dicho que la revocación por razones de oportunidad de un contrato administrativo trasunta el ejercicio de una potestad inherente a la Administración Pública que no requiere reconocimiento expreso legal o contractual para que sea ejercida por el Estado (COMADIRA, Julio Pablo. "Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de extinción de las

concesiones de servicios públicos", AA.VV., "Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento", Ediciones RAP, Bs. As, 2011, p. 45 y ss.). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que si bien "el poder de rescisión —aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato— constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo (...) la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos" (Fallos: 322:3139).

(85) Para una crítica de la tesis tradicional de las cláusulas exorbitantes implícitas ver: MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179-655 y DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El contrato administrativo en Uruguay", AA.VV., "Tratado General de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos (director), La Ley, Bs. As., 2013, T.II, p. 81 y ss.

(86) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos. tendencias actuales sobre el 'ius variandi'", LA LEY, 2018-B, 1025; ver: PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", RDA, 2024-151, p. 174 y ss.

(87) RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Xaime, "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2008, 12, p. 795 y ss. En igual sentido ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos, "La contratación estatal", Gaceta Jurídica, Lima, 2016, ps. 591/593; HUAPAYA TAPIA, Ramón, "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú), Rev. ius et veritas, N° 46, julio 2013, p. 284 y ss. Ver también: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Prerrogativas exorbitantes?", en Estudios de Derecho Administrativo, La Ley Uruguay, 2013, n° 8, p. 564 y ss.

(88) Puesto que la ley 17.520 con anterioridad a la reforma efectuada por la ley no reglaba las prerrogativas contractuales de la Administración concedente, resultaba de aplicación la regulación prevista en el art. 12 del decreto 1023/2001 (art. 4 del decreto 1023/2001) (LAGO RODRÍGUEZ, José Francisco, "¿Una nueva oportunidad para los contratos de participación público-privada? Análisis comparativo del modelo concesional chileno y el régimen de contratos PPP argentino", RDA, 2024-151, p. 16 y ss.).

(89) IDOYAGA MOLINA, Arturo, "La participación público-privada en el sector de puertos y vías navegables", El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, 2018, p. 668.

(90) La Ley 27.742 produjo una pequeña modificación al texto original, el cual decía: "En todos los casos deberán respetarse, en cuanto a la etapa de construcción, las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente". Se reemplaza "deberán respetarse" por "serán aplicables".

(91) Bien se ha dicho que esta prerrogativa "no debe confundirse con la posibilidad de las partes de renegociar o adecuar el contrato de común acuerdo dentro de determinados límites" (GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", RDA, 2016-107, p. 903).

(92) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., T. III-A, p. 400.

(93) CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., T. II, p. 439.

(94) Como dice Marienhoff, la finalidad alegada para introducir la modificación debe ser cierta, sincera, verdadera, y no encubrir una traición al fin legal, determinante de una desviación de poder. (MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., T. III-A, p. 402); conf.: SARMIENTO GARCÍA, "El ius variandi y los contratos de la Administración", ob. cit. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función de ius variandi no pueda extenderse a supuestos en los que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración cual es el interés público que resultaría comprometido (Fallos: 312:84).

(95) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p.888 y LUQUI, Roberto Enrique, "La modificación ('ius variandi') del contrato administrativo", AA.VV., "Tratado general de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, T. III, p. 3 y ss.

(96) IVANEGA, Miriam M., "El ius variandi y sus límites", AA.VV., "Derechos, garantías y potestades n los contratos públicos", Ediciones RAP, Bs. As., 2014, p. 43 y ss.

(97) DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1965, p. 527 y DELPIAZZO, Carlos E., "Contratación administrativa", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, p. 216.

(98) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., t. III-A, p.400; ESCOLA, "Tratado integral de los contratos administrativos", ob. cit., T. I, p. 397, CASSAGNE, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit. T. II, p. 439.

(99) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit. t. III-A, p. 399 y COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 890.

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

(101) Conf. ARIÑO ORTIZ, "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", ob. cit. p. 230. En Francia se ha sostenido que, el ejercicio de la potestad de modificación del contrato no puede jamás recaer sobre las cláusulas financieras. Sin embargo, se ha sostenido que, en aquellos contratos en los que la remuneración no proviene del Estado, una modificación tarifaria acompañada de la indemnización del perjuicio causado no sería inconcebible y, si el perjuicio causado es reparado, no hay razón para

excluir la modificación unilateral (RICHER, Laurent, "Droit des contrats administratifs", L.G.D.J., 2006, 5e édition, p. 254. y ss.). En este sentido, señala Guglieminetti que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maruba", "Fernández" y "Prodelco", así como más recientemente en las causas "Establecimientos Liniers" y "Rendering", del 11 de junio y del 10 de diciembre de 2013, respectivamente, y "Muñoz Bracero", del 15 de julio de 2014, entre otros, ha sostenido en forma reiterada que la potestad tarifaria del Estado reside en el poder administrador y ella no se ve afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio público. De donde se deriva que la garantía de mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato en los contratos en los que la remuneración del cocontratante particular proviene total o parcialmente de la tarifa, en la interpretación de la Corte Suprema, es compatible con la potestad de la Administración de modificar unilateralmente la tarifa, claro está, con la debida compensación al concesionario" (GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, "Prerrogativas y garantía contractuales a través del prisma del financiamiento privado", Rev. de Der. Adm. N° 107, Bs. As., 2016, p. 903, y ss.).

(102) SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "El ius variandi y los contratos de la Administración", Contratos administrativos, AA.VV., "Ciencias de la Administración", Bs. As., 1999, p. 240.

(103) MORÓN URBINA, "La contratación estatal", ob. cit., p. 593. Se ha señalado que: "este poder de dirección y control no es ilimitado, sino que está acotado, en primer lugar, por el objeto del contrato. Pero además no es un poder de principio, de manera tal que la Administración no puede ejercitar poderes de orientación y de fiscalización, si ellos no están expresamente previstos" (DELPIAZZO, "Contratación administrativa", ob. cit., p. 215).

(104) AGUILAR VALDEZ, Oscar R. "Contratación administrativa y financiamiento", AA.VV., "La contratación pública", Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique (directores), Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, p. 561 y ss.

(105) MAIRAL, Héctor A. "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos", Rev. RAP n° 320, p. 209 y ss.

(106) Sostiene Cassagne que: "Se trata de uno de los instrumentos más avanzados y garantísticos de la ley 27.328 ya que, frente a los constantes abusos de las Administraciones Públicas, el ordenamiento legal ha suprimido las prerrogativas de suspender o extinguir el contrato administrativo por razones de ilegitimidad en sede administrativa obligando a que la Administración acuda a los jueces para que sea el tribunal judicial competente el órgano ante quien debe presentarse la medida cautelar de suspensión o la pretensión procesal de fondo tendiente a que se declare la nulidad del contrato [23]. Como consecuencia, la Administración contratista se encuentra en la misma posición jurídica que el contratista privado o semipúblico, no siendo de aplicación el régimen de la LNPA (arts. 17 y 18)"., (CASSAGNE, Juan Carlos; "Los contratos de participación público-privada en la Ley 27.328", RDA 2018-117, 433).

(107) Artículo 17.- "El acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa. No obstante, una vez notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, no procederá su revocación, modificación o sustitución en sede administrativa, y sólo se podrá obtener su declaración de nulidad en sede judicial, salvo en el supuesto previsto en el cuarto párrafo de este artículo. La sentencia que anule el acto tendrá el efecto previsto en el artículo 14, último párrafo. No podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando no se admita su revocación en dicha sede. El acto administrativo regular de alcance particular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, sustituido o suspendido en sede administrativa una vez notificado. Tanto el acto administrativo regular como irregular podrán ser revocados, modificados, sustituidos o suspendidos de oficio en sede administrativa si la revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario" (...). (texto según ley 27.742).

(108) Cabe señalar que en el texto anterior a la reforma efectuada por la ley 27.742, en el art. 7, último párrafo de la ley 19.549, se contemplaba la posibilidad de aplicar en forma directa las normas del Título III de dicho cuerpo legal (dedicado al acto administrativo) a los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional, en cuanto fuere pertinente. Este párrafo, que provenía de la modificación efectuada por el art. 36 del Decreto delegado 1023/2001, fue eliminado del nuevo texto del art. 17 de la ley 19.549, reformado por el art. 36 de la ley 27.742.

(109) Ver: SAMMARTINO, Patricio M., "La extinción del contrato administrativo: la rescisión por razones de ilegitimidad", AA.VV. "Tratado general de los contratos administrativos", Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, T. III, p. 29 y ss.

(110) Texto según ley 27.742.

(111) De todos modos, en virtud de lo dispuesto en el 2º párrafo del art. 17 de la ley 19.549, reformado por el art. 36 de la ley 27.742, transcrito en la nota 107, no pueden suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando sean estables y, por tanto, no sea posible su revocación en sede administrativa.

(112) Ver en este sentido el profundo estudio efectuado por ROMERO VERDÚN, Iván F., "La potestad anulatoria de la Administración Pública: ¿Un poder constitucionalmente implícito?", Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, N° 14, agosto-diciembre 2022, p. 89 y ss. En contra se expide Rodríguez, quien afirma que: "la imposibilidad de la Administración para suspender o revocar por ilegitimidad en sede administrativa, podría ser considerada inconstitucional en tanto "ata de manos" a la Administración. Porque ciertamente no es lo mismo ser titular de la prerrogativa que tener que pedir la suspensión o revocación al Poder Judicial. Si se trata de una prerrogativa inherente, la correlativa habilitación legal del Poder Judicial para así resolver resultaría además intrusiva de la zona de reserva de la Administración en tanto generaría una subrogación del Poder Judicial en la ponderación de circunstancias cuyo análisis resulta del resorte del poder administrador" (RODRÍGUEZ, María José, "La huida del derecho administrativo en los contratos PPP", Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales, Ediciones RAP, Bs. As., 2018, p. 247 y ss. En similar sentido se expresa Fernando Comadira, quien considera de dudosa constitucionalidad el art. 9, inc. p) in fine, de la ley 27.328. Así escribe: "Esta solución, al vedarle a la Administración en todas las circunstancias una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa que le es propia, atenta contra su única razón de ser, que es la consecución directa e inmediata del interés público o bien común comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad, y, naturalmente, su deber de

restablecerlo inmediatamente cuando aquella ha sido vulnerada con la presencia de un acto gravemente ilegítimo" (COMADIRA, Fernando G., "La acción de lesividad", Astrea, Bs. As., 2019, p. 317). Por su parte Bonel Tozzi, después de afirmar que el titular de la función administrativa requiere de prerrogativas fundadas por el carácter continuo de la función administrativa y el interés público comprometido, concluye que la celebración de un contrato no podría derivar en una parálisis en las operaciones que integran la satisfacción continua e inmediata del interés público y que, lo contrario sería inconstitucional dado que implicaría suspender los deberes propios de la función durante la vigencia del contrato. Seguidamente, sostiene que una de las prerrogativas de la Administración durante la ejecución contractual es la de revocación por razones de ilegitimidad, la que califica de inherente a la función administrativa y tendría fundamento en la concreción de los mandatos constitucionales, legislativos y judiciales con inmediatez, a fin de satisfacer en forma directa el interés público. (BONEL TOZZI, Sofía L., "La fuente constitucional de las prerrogativas públicas en el contrato administrativo. Segunda parte", El Derecho, Revista de Administrativo mayo 2020, N°5).

(113) En este sentido, afirman Mairal y Veramendi: "Las prerrogativas comprendidas en la teoría del contrato administrativo no tienen base o fundamento constitucional, por lo que nada impide al legislador excluir su aplicación o limitar su alcance, ya sea en forma general o en relación con cierta clase de contratos. Mucho menos puede predicarse la inconstitucionalidad de la prohibición establecida en la Ley PPP de que la propia Administración "anule" o suspenda los efectos de un contrato por razones de ilegitimidad". (MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado", LA LEY, 2018-F, 791).

(114) CASSAGNE, "El contrato administrativo", ob. cit., p. 126.

(115) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, p. 575; PRITZ, Osvaldo A. F., "El rescate", AA.VV. colectiva Los servicios públicos, coordinada por Marta González de Aguirre, Depalma, Bs. As., 1994, p. 181 y ss.

(116) Arts. 12, inc. b, 2º párrafo, del decreto 1023/2001 y sus modificaciones y 95 del decreto 1030/2016 y sus modificaciones, reglamentario del decreto 1023/2001.

(117) Art. 1, inc. a, apart. 1, de la ley 19.549, incorporado por el art. 25 de la ley 27.742.

(118) Ver PERRINO, Pablo E. "El derecho a la tutela administrativa efectiva", AA.VV., "El Derecho Administrativo hoy. 16 años después", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Bs. As., 2013, p. 75.

(119) Art. 7, inc. d), de la Ley 19.549, modificado por el art. de la Ley 27.742.

(120) COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 893 y BALBÍN, Carlos F. "Tratado de Derecho Administrativo", La Ley, Bs. As., 2010, T. III, ps. 132/133. En tal sentido Marienhoff rotundamente afirma: "Tratándose de un acto que 'extingue' un derecho, la motivación del mismo es de 'principio'" (MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., T. III-A, p. 580).

(121) Tal como lo establecen los arts. 12 inc. b, 2º párrafo, del decreto 1023/2001 y sus modificaciones, y 95 del decreto 1030/2016 y sus modificaciones, sólo indemniza el daño emergente. Dichas normas descartan expresamente la reparación del lucro cesante; ver: LEGARRE, Catalina, "Revocación por oportunidad", AA.VV., "Tratado General de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, t. III, p. 100 y ss. y PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., "La contratación pública", Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique (directores), Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, p. 1119 y ss.

(122) Ver: PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", AA.VV., "Tratado General de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, t. III, p. 169 y ss.

(123) Como bien se ha señalado, la extinción anticipada es un supuesto crítico en materia de contratos para el desarrollo de proyectos de infraestructuras con el Estado "en tanto que patentiza un quiebre de esa expectativa de larga duración, incidiendo en relaciones jurídicas en curso, tanto en las bilaterales como en las anudadas con terceros, a las que es necesario rodear de un régimen jurídico apto para solucionar los conflictos que, necesariamente, dicha extinción anticipada generará. Así, una defectuosa regulación de los supuestos de extinción anticipada incrementará los costos de transacción -tanto los ex ante como los ex post- que son susceptibles de desalentar el desarrollo de estos proyectos". Más adelante se concluye: "Por tal motivo, para posibilitar una adecuada financiación de obras y servicios públicos resulta imprescindible una adecuada regulación de los supuestos de extinción anticipada, que deberán contemplar la suerte de los créditos oportunamente otorgados para su desarrollo. Una solución contraria, que omita toda consideración sobre el particular, no solo será susceptible de encarecer el costo de financiamiento sino ya, puede resultar en la inviabilidad de la realización del proyecto mismo". (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", AA.VV., "Servicio público y policía", Cassagne, Juan Carlos, director, El Derecho, Bs. As., 2006, p. 187 y ss.).

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

(125) Como ya lo señalamos, el inc. a) del art. 12 bis de la ley 17.520, incorporado por el art. 72 de la ley 27.742, dispone que no son de aplicación directa, supletoria ni analógicamente a los contratos de concesión regidos por la ley 17.520, reformada, las disposiciones del Decreto 1023/2001 sus modificatorios y su reglamentación.

(126) La motivación es uno de los requisitos de validez de los actos administrativos previsto en el art. 7, inc. e) de la ley 19.549, texto según ley 27.742. El mismo consiste en la explicitación, en forma clara, comprensible y suficiente, de las razones que justifican la emisión del acto y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican su dictado

(CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada", ob. cit., ps. 249/250; ver SACRISTÁN, Estela B., "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", obra colectiva Acto administrativo y reglamento, RAP, Bs. As., 2002, p. 65 y ss.). La motivación del acto, amén de ser un requisito que concierne a su validez, es imprescindible para el adecuado y efectivo ejercicio de la defensa y el control administrativo y judicial del obrar administrativo. Además, es un corolario ineludible del principio republicano de la publicidad de los actos estatales, en tanto "permite que los habitantes del país conozcan no sólo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué actúa así" (COVIELLO, Pedro J. J., "La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema", EDA, [2012] - (30/03/2012, n° 12.969).

(127) Ver: Fallos: 334:909.

(128) La norma parece adoptar el criterio propugnado por un sector de la doctrina que postula, con relación a la revocación por razones de interés público de actos administrativos, que ello puede tener lugar por el cambio de circunstancias de hecho tomadas en cuenta originariamente al momento de la emisión del acto y "también en su nueva valoración como consecuencia de la variación del criterio de las autoridades administrativas o de la mutación de interés público que determinó la emisión del acto" (COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., T. I, p.552; en contra de esta posición se expide Marienhoff, quien afirma que la revocación por razones de oportunidad requiere para ser válida una modificación de la situación de hecho original, por lo que "el solo cambio de criterio, sin que simultáneamente exista un cambio en la situación de hecho no autoriza la revocación del acto por razones de oportunidad" (MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de derecho administrativo", ob. cit., T. II, ps. 623/624; en igual sentido se expide CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., T.II, p. 468).

(129) CANDA, Fabián O. "La revocación del acto administrativo regular", AA.VV., "Acto administrativo", Tawil, Guido S. director, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2014, p. 799 y ss.

(130) Hemos sostenido en numerosas ocasiones que la exclusión de la indemnización del lucro cesante es inconstitucional, pues de los arts. 14, 16, 17 y 19 de la CN y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser "justa", lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la CN (PERRINO, Pablo E., "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley 26.944", RCyS, n° 12, p. 31 y ss. y "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", obra colectiva Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 249 y ss. y La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, p. 142 y ss.; PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, ps. 165 a 168 y 248 a 246).

(131) El art. 12, inc. b), 2° párrafo, del decreto 1023/2001 y el art. 95 de su decreto reglamentario 1030/2016 contemplan un resarcimiento acotado que excluye el rubro lucro cesante.

(132) En el art. 10 de la ley 21.499 de Expropiaciones, se establece: "La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

(133) En el art. 5 de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, en el cual se prevé el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por la actuación legítima del Estado, se la circunscribe al "valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas" y enfáticamente se dispone que: "En ningún caso procede la reparación del lucro cesante".

(134) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en más de una ocasión que, el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo con las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas (Fallo: 306:1409; 312:2266; 316:1335; 328:2654; 328:4175; 338:1477, entre otros).

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

(136) Explica Cassagne al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público que la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, "tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones" (CASSAGNE, "Curso de Derecho administrativo", ob. cit., T. II, p. 484). Se han expedido de manera concordante con el criterio del resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante, cuando la Administrativo extingue un contrato administrativo por razones de interés público: BERÇAITZ, Miguel A. "Teoría general de los contratos administrativos", Buenos Aires, 1980, 2ª ed., ps. 502/503; BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 122-861; BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión en la

responsabilidad del Estado", ED, 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", Revista RAP n° 248, p. 9; FONROUGE, Máximo, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AA.VV. "Contratos Administrativos", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, Osvaldo Ángel F., "El rescate", AA.VV. "Contratos Administrativos", antes cit. p. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", AA.VV. "Servicio Público y Policía", dirigida por Juan Carlos Cassagne, p. 187 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", Abaco, Bs. As., 2001, p. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., "Contratos de la Administración provincial", Scotti editora, La Plata, 1996, p. 92; BUJ MONTERO, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral", AA.VV. "Contratos administrativos", dirigida por Ismael Farrando, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss.) y ESCOLA, Héctor Jorge en COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge - COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 893; BALBÍN, Carlos F. "Tratado de Derecho Administrativo", La Ley, Bs. As., 2010, T. III, p. 132; MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la Ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED del 26/11/2014; MABROMATA, Enrique, "El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos", LA LEY, 1994-B, 352; LEGARRE, Catalina, "Revocación por oportunidad", AA.VV., "Tratado General de los contratos públicos", Cassagne, Juan Carlos, director, La Ley, Bs. As., 2013, t. III, p. 100; PERRINO, Pablo E., "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., "La contratación pública", Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique directores, Hammurabi, Bs. As., 2007, T. II, p. 1119 y ss.; "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante", JA 11/11/2009; "El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita", obra colectiva, Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2008, p. 239 y ss. y La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada, Thompson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, p. 165 y ss. En cambio, consideran que no corresponde indemnizar el lucro cesante: MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED, 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; COMADIRA, Julio R. "Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, 2ª ed. act. y ampl., p. 381 y ss. y HUTCHINSON, Tomás, "La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AA.VV., "Contratos Administrativos", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 535 y ss.

(137) La posición favorable al reconocimiento de indemnizar el lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos ha sido receptada, en varios pronunciamientos, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primero de los fallos indicados se dictó el 20/09/1973 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c. Empresa Ferrocarriles Argentinos" (Fallos: 286:333). Nuevamente el Máximo Tribunal se vio obligado a examinar la cuestión al decidir el 20/9/84 el caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI v. Dirección Nacional de Vialidad" (Fallos: 306:1409), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte —si bien por mayoría— admitió la reparación del lucro cesante. Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación veintiún años más tarde al sentenciar el 28/07/2005 la causa "El Jacarandá SA v. Estado Nacional" (Fallos: 328:2654). El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá SA de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá SA, conforme a las previsiones del art. 18 de la Ley 19.549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar "que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación", afirmó, con cita del fallo recaído in re "Eduardo Sánchez Granel", que "no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consid. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)". Cuatro más tarde, el 9 de junio de 2009 in re "Zonas Francas Santa Cruz SA c. Estado Nacional —PEN— Dto. 1583/1996 s/daños y perjuicios" (Fallos: 332:1367), el Alto Tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1583/96 por el cual se había derogado el decreto 520/1995 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del decreto 1583/1996 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz SA demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/1996, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del estado por su actividad lícita. Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses. Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la

alzada, la mayoría del tribunal resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la fijada por la cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento establecido en el citado caso "El Jacarandá", rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto. A su vez, en la causa "Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ proceso de conocimiento", fallada el 15/05/2014 (LA LEY, 2014-C, 263), la Corte Suprema de Justicia si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituirían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado in totum la pretensión de la actora.

(138) En el proyecto de Ley de bases enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso se establecía, siguiendo lo dispuesto en el art. 10 de la ley 27.328, que la compensación que pudiese corresponder al concesionario, cuya metodología de valuación y procedimiento de determinación debe determinarse en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada. Además, se determinaba que, sobre dicho monto debían deducirse las multas impagas que hubiere pendientes y que la compensación sería destinada, en primer lugar, al repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto. (art. 7, inc. c, 3º párrafo, texto según el art. 646 de la Ley de Bases).

(139) Art. 17 de la CN.

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

(141) CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., T. I, p. 827.

(142) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo (Teoría y régimen jurídico)". La Ley, Bs. As., 2012, p. 421.

(143) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Bs. As., cap. VI, ps. 32/34 y cap. XIII, p. 22.

(144) El texto del art. 18 de la Ley 19.549 al que se hace referencia corresponde al actual art. 17 del mismo cuerpo legal, después de la reforma efectuada por el art. 36 de la Ley 27.742.

(145) MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos", AA.VV., "Estudios de Derecho Público", Alonso Regueira, Enrique M. director, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Bs. As., 2014, p. 184, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-2-maqueda-f.pdf>.

(146) El art. 10 de la ley 27.328 dispone: "En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto. Lo anterior no implica que el contratista no deba compensar los daños y perjuicios en beneficio del contratante que se hubieran previsto en el contrato". Conforme lo hemos señalado, "Dado que el texto de la norma transcrita se refiere, sin efectuar ningún tipo de precisión y de manera genérica, a "todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante", es indudable que dentro de su alcance se encuentra el supuesto bajo examen, como así también aquellos en los cuales el contrato de Participación Público Privada finalice antes del plazo fijado por culpa de la Administración o por el mutuo acuerdo de las partes, o por fuerza mayor o debido a una situación de grave alteración de la ecuación económica financiera del contrato (V.gr. hecho del príncipe, imprevisión, etc.). Por lo demás, puesto que el incumplimiento del contratista puede suscitar el derecho del Estado a reclamar la pertinente indemnización, en tal supuesto cobra entidad el art. 11 de la ley 27.328, en el cual se establece: "La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato: Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación" (Ver: PERRINO, Pablo E. "Prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada", RDA, 2018-117, n° 413).

(147) Arts. 9, inc. w) y 25, de la ley 27.328.

(148) La ley 17.520 prevé, asimismo, expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje y a un panel técnico en dos supuestos específicos, regulados en los arts. 7 bis y 7 ter, texto según la ley 27.742. El primero de ellos se verifica en el caso en que producida una distorsión en el equilibrio económico financiero de la concesión por causas no imputables a ninguna de las partes y no se llegue a un

acuerdo para renegociar el contrato con el fin de alcanzar de su recomposición o para convenir su extinción de común acuerdo, conforme al plazo que será establecido en la reglamentación o en la documentación licitatoria. El segundo cuando la Administración decide extinguir el contrato por razones de interés público y no media un acuerdo con el concesionario sobre el monto de la pertinente indemnización que debe pagar el Estado.

(149) DURAND, Julio C., "El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contratos PPP (Decreto 936/2017)", RDA 2018-117, p. 525 y MUÑOZ, Francisco J., "El contrato de PPP y su nuevo atractivo: los mecanismos de resolución de disputas", Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, N° 4, p. 53 y ss.

(150) Como explica Durand, la aclaración que efectúa el art. 26 de la ley 27.328 de que "en ningún caso" los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación podrán "dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente" "es importante, porque el beneficiario de un laudo condenatorio contra el Estado Nacional todavía enfrenta —en nuestro país— la amenaza cierta de una revisión judicial ex novo, que aparece formalmente basada en la invocación de conceptos generales y abstractos tales como la soberanía y el orden público, pero está sustancialmente causada por la desconfianza judicial hacia el arbitraje y la deferencia excesiva de algunos tribunales hacia las pretensiones estatales". En este sentido ha sido especialmente preocupante la decisión de la CS en el caso "Cartellone" (Fallos 327:1881) donde el Alto Tribunal sostuvo que un laudo "podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable", y la redacción del nuevo art. 1656 del Cód. Civ. y Com. en tanto dispone que "en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico" (aunque el art. 1651 del mismo Código prevé que sus disposiciones sobre arbitraje no son aplicables a las controversias en las que intervenga el Estado). Por tales razones, estimamos que fue un grave desacierto del legislador suprimir del proyecto de Ley de bases enviado por el Poder Ejecutivo el párrafo del art. 12 (art. 649 del proyecto de Ley de Bases) que reproducía el texto citado del art. 26 de la ley 27.328 (Su texto puede consultarse en: Dossier legislativo, Año XI, N° 277, junio 2023, Biblioteca del Congreso de la Nación; <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca-publicaciones/dossiers>).

(151) Al disponerse que contra los laudos de tribunales arbitrales con sede en la Argentina solo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, deviene inaplicable en tales casos el art. 758 del mismo ordenamiento jurídico que establece, para los laudos dictados por árbitros de derecho, que "podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso".

(152) Cámara de Comercio Internacional (CCI), <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>.

(153) En el art. 12, 4° párrafo de la ley 17.520, texto según la ley 27.742, se dispone que los paneles técnicos deberán resolver las disputas que se les sometan a su consideración "aplicando a tal fin criterios de celeridad y eficacia en la tramitación de los conflictos que resulten compatibles con los tiempos de ejecución de los contratos".

(154) GÓMEZ MORENO, Juan Pablo, "Las dispute boards en América Latina: ventajas, retos y mejores prácticas para contribuir a la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región". USFQ Law Review vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3023>.

Información Relacionada

Voces:

CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ CONCESION ~ OBRA PUBLICA ~ CONCESION DE OBRA PUBLICA ~ CONCESIONARIO ~ CONTRATACIONES DEL ESTADO