Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina*

Juan Carlos Cassagne

Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina y Titular Consulto de la Universidad de Buenos Aires.

Sumario: **1** Hacia una nueva forma de contratación pública – **2** La decadencia de los sistemas tradicionales para construir y/o financiar las infraestructuras públicas y la coyuntura económica – **3** El cambio del papel del Estado – **4** La insuficiencia del "contrato de obra pública" como herramienta jurídica para el desarrollo de infraestructuras públicas – **5** Consideraciones sobre los nuevos mecanismos de financiación y la atipicidad de las figuras contractuales – **6** El régimen de iniciativa privada – **7** Las principales cuestiones que suscita el régimen del dec. 996/2005 – **8** La Asociación Público-Privada como medio de financiamiento y desarrollo de obras y servicios – **9** Reflexiones finales

1 Hacia una nueva forma de contratación pública

La figura conocida como "Public Private Partnership" reconoce sus antecedentes en los Estados Unidos en la década del setenta del pasado siglo. De allí, se extendió primero al Reino Unido durante el gobierno de Margaret Tatcher y algo más tarde, al resto de Europa y Latinoamérica. La versión española define a esta forma contractual como contrato de "Colaboración Público-Privado", aunque la doctrina suele utilizar como expresión equivalente la de contrato de participación público-privada, tal como lo ha hecho recientemente la ley uruguaya.[1]

La instrumentación jurídica de esta nueva de colaboración pública-privada puede asumir dos formas según se constituya una sociedad mercantil al efecto (en cuyo caso estaríamos ante el conocido fenómeno de la empresa pública o de participación estatal, mayoritaria o minoritaria) o bien, de una estructura contractual carente de personalidad jurídica, en el que se estipulan las aportaciones de las partes y sus derechos y obligaciones,[2] generalmente establecidos en diferentes contratos con el Estado y entre los distintos sujetos que intervienen en la compleja relación de un proyecto público.

Se trata, de una figura que han recepcionado tanto los países de Europa como el derecho comunitario europeo, a través de la Directiva 2004/18/CE del

* Categoria: Trabalhos estrangeiros.

1 Ley 18.786 de 19 de julio de 2011.

2 Ariño Ortiz, Gaspar, *El contrato de Colaboración Público-Privada*, ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Contratación Estatal, celebradas en la Ciudad Colombiana de Cartagena, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, ps. 9-10.

Parlamento y del Consejo europeos, que tiende a promover la competencia y eficiencia en la contratación pública, fomentando la creatividad de nuevas estructuras convencionales que vienen a complementar las fórmulas típicas conocidas en los regímenes de Europa continental.

Ello es el resultado de la conveniencia de globalizar, al menos, los procedimientos de selección de los contratistas, procurando que una nueva fórmula de intercambio con el Estado ("mayor valor por dinero") mejore —mediante un dialogo competitivo— las posibilidades de inversión en infraestructura y servicios mediante un sistema que distribuya equitativamente los riesgos entre los participantes de un proyecto público, sin que el peso de la financiación recaiga exclusivamente sobre el Estado.

Por tanto, aunque no se constituya una nueva persona jurídica, la idea de una asociación de intereses y esfuerzos (que ya había observado Hauriou existía en la concesión de servicios públicos) prevalece durante la vida del contrato, lo que necesariamente justifica que se atenué y en algunos casos se supriman del régimen o cláusula contractual determinadas prerrogativas de poder público que posee la Administración en los contratos administrativos (rescisión unilateral por razones de interés público) que desalientan las inversiones privadas, aumentando el riesgo político y el costo de los proyectos.

En cualquier caso, corresponde advertir acerca del peligro que representa la inadaptabilidad de muchas de las fórmulas comparadas y del lenguaje jurídico al derecho argentino y, sobre todo, a la idiosincrasia de quienes van a interpretarlas durante la selección y ejecución de los proyectos (reguladores, jueces, etc.). Esto no se supera, desde luego, con posturas "chauvinistas", pero tampoco importando soluciones o modelos que difícilmente se adapten a nuestra realidad y arrojen resultados útiles (por ej., el sistema de audiencias públicas que se introdujo en la regulación del gas), incluso contrarios a las finalidades que se perseguían. En suma, se trata de un problema de adaptación de los sistemas comparados al derecho vernáculo y, especialmente, a la realidad política y socioeconómica que circunda cada sector en el que se llevarán a cabo los proyectos.

2 La decadencia de los sistemas tradicionales para construir y/o financiar las infraestructuras públicas y la coyuntura económica

En nuestro país, el sistema para construir y/o financiar los proyectos de infraestructura del sector público se basaba en el modelo jurídico

tradicional, constituido por esquemas convencionales que, con sus variantes y modalidades, se concentraban en dos grandes contratos: a) el de obra pública, regido por la ley 13.064, y b) el de concesión de obra pública, regulado por la ley 17.250. Éste fue también, durante mucho tiempo, el modelo que rigió en Europa continental.

En el caso de la obra pública, las características del modelo clásico pueden resumirse así: 1) el Estado paga el costo de la obra pública con los recursos generales provenientes de tributos (impuestos o contribuciones especiales) o del crédito público que, a su vez, puede tener distintas fuentes de financiación; 2) el pago de la obra se lleva a cabo a medida que ella avanza, de modo que el contratista financia sólo una pequeña porción del total, que corresponde a la diferencia entre el momento en que se genera el costo y se abonan los certificados; 3) de cada certificación, que comprende los acopios y la parte de la obra que se ha construido, se deduce un monto que pasa a integrar el "fondo de reparos", cuyo objeto consiste en servir de garantía de la buena construcción de la obra, el cual se libera al tiempo de su recepción definitiva.

Como puede apreciarse, en la forma pura de este esquema existe una relación unívoca y directa entre el contratista y el Estado. Sin embargo, las cosas cambian cuando se acude al financiamiento privado (v.gr., consorcio de bancos), en el que, al insertarse el contrato de financiación, se genera un sistema diferente en el cual el papel del contratista pasa a ser el de un mero constructor que percibe sus ingresos (a medida que la obra se construye) de parte de los financistas del proyecto (un grupo de bancos o un banco prestamista). Al finalizar la obra, los bancos se cobran del Estado o de los usuarios (v.gr., mediante la percepción de un peaje).

Resulta evidente que tanto el esquema puro de la obra pública como el de la concesión de obra pública (que admitía diversas combinaciones) han sufrido la erosión proveniente de diversos factores. Las razones de la decadencia de estos esquemas puros (al menos como sistemas generalizados) se orientan principalmente en cuatro direcciones: a) las carencias presupuestarias y la insuficiencia de los recursos corrientes para financiar las infraestructuras; b) las restricciones para acceder al crédito público; c) el crecimiento relativo de las obras de infraestructura y las nuevas necesidades tecnológicas que se plantean en algunos sectores; d) el hecho de que muchas de las inversiones de los proyectos de infraestructura comprendan los llamados "bienes públicos",[3] cuya utilización no debe restringirse

[3] El bien público se caracteriza por la ausencia de rivalidad en el consumo y por su no excluibilidad. Por ejemplo, la paz cuesta poco o nada para el disfrute de un individuo adicional. Además, son altos los costos de impedir

—al menos en principio— a los usuarios; e) las demoras provenientes del sistema burocrático de administración de los contratos, y f) los niveles de corrupción que existen en el Estado y en la sociedad misma que proyectan sus efectos al costo del sistema.

Por estas causas, en la medida en que los esquemas futuros reduzcan el papel del Estado a sus justos límites y se distribuyan de un modo equitativo los riesgos entre los contratistas y los que financian los proyectos, se podrán alcanzar los mejores resultados para el bien común.

El cuadro expuesto indica que el Estado precisará acudir a los sectores privados y/o a las alianzas estratégicas que éstos concierten para poder llevar a cabo los proyectos y/o planes de infraestructura que requiere el desarrollo del país, para lo cual, tanto el régimen de iniciativa privada como el denominado APP, pueden constituirse en herramientas útiles para instrumentar la colaboración entre las empresas privadas y el Estado.

3 El cambio del papel del Estado

Aunque es probable que no haya sido un propósito perseguido en forma explícita por el régimen estatuido, un análisis objetivo acerca de su implantación y las posibilidades que se abren indica que, de ser utilizado, puede operarse una modificación en el papel del Estado en la planificación de los proyectos de obras y/o servicios públicos de la infraestructura pública.

Ahora bien, ese cambio puede implicar, en virtud de la amplitud que caracteriza a la iniciativa privada, que las empresas sustituyan al Estado en el papel que antes cumplía en la planificación de los distintos proyectos, así como en la elaboración de los marcos regulatorios y en la determinación de las condiciones (técnicas, económico-financieras, jurídicas, etc.) de los pliegos.

De ese modo, la empresa que fuera autora de debe buscar la armonización del interés privado con el público, asumiendo, en este último caso, el papel que correspondía al Estado en el antiguo esquema contractual.

La nueva situación, de manejarse en forma correcta, representará una ventaja considerable, pero también puede generar dificultades en el

que algún individuo disfrute de ese bien (Stiglitz, Joseph E., *Economics*, 2ª ed., W.W. Norton, New York, 1997). A su vez, el "bien público mundial" (*global public good*) es aquel con beneficios fuertemente universales en lo que respecta a países (que abarcan más de un grupo de países), personas (los que reciben varios grupos de población, preferiblemente todos) y generaciones (se extienden a generaciones presentes y futuras, o al menos satisfacen las necesidades de las generaciones presentes sin excluir las opciones de desarrollo de generaciones futuras) (Kaul, Inge - Grunberg, Isabelle - Stern, Marc A., *Bienes públicos mundiales*, Oxford, México, 1999).

caso de presentarse iniciativas que, aun cuando fueran aprobadas y declaradas de interés público, no resistan el test de razonabilidad, calidad y eficiencia que exigen los principios constitucionales y, seguramente, también demandará la opinión pública.

De todas maneras, las ventajas —respecto del sistema clásico— son muchas. Se encuentran en el diseño de criterios y/o normas del marco regulatorio del proyecto, garantías de mantenimiento de las reglas de juego, la posibilidad de ampliar iniciativas anterior o posteriormente presentadas, así como en proponer los criterios objetivos de comparación objetiva de las propuestas al abrirse el procedimiento de selección (las circunstancias económicamente equivalentes) y las características del proyecto (v.gr., si se acude al sistema "llave en mano"). En cualquier caso, la óptica debería inclinar la balanza del interés público hacia la creatividad empresaria y a la innovación tecnológica, resguardando los aspectos confidenciales de las propuestas para evitar que sean copiadas por competidores desleales o de mala fe.

4 La insuficiencia del "contrato de obra pública" como herramienta jurídica para el desarrollo de infraestructuras públicas

A pesar del avance que en la materia se ha producido en los últimos quince años, a partir de las importantes inversiones en infraestructura que se han efectuado como consecuencia del proceso de privatizaciones iniciado en 1990, la República Argentina sufre un evidente déficit en lo concerniente a las obras necesarias para el desarrollo económico y social de su territorio y población.

Obras tales como carreteras, redes ferroviarias, puertos, oleoductos, aeropuertos, gasoductos, centrales generadoras de energía, líneas de transmisión y redes de telecomunicaciones hacen posible el adecuado transporte de mercaderías, personas e información, integrando las diversas regiones del país y a éste con el exterior. Por su parte, los sistemas de distribución de agua potable, las cloacas, las plantas procesadoras de residuos, las escuelas y hospitales públicos, etc., permiten a los habitantes del país alcanzar confortables niveles de vida y salud. Esos emprendimientos, además de las necesidades puntuales que cubren, contribuyen a la generación de empleo y a la reactivación de la economía en general.[4]

[4] En el décimo primer consid. 11 del dec. 1299/2000 (BO del 1/4/2001), titulado "Régimen para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura", está contenida la idea de que la participación privada en el desarrollo de infraestructura revitalizará el sector de la construcción y, con ello, se logrará un efecto multiplicador en el resto de la economía y, particularmente, en el empleo.

Pero la necesidad de dotar al país de la infraestructura básica se enfrenta con la insuficiencia de recursos estatales para llevar a cabo las grandes inversiones que se requieren para la construcción de estas obras, habida cuenta de que no puede postergarse la satisfacción de otras necesidades básicas de la población (como las vinculadas a la asistencia social y a la salud, o las relativas a seguridad y educación).[5]

Por estos motivos, el modelo tradicional del Estado que sufragaba directamente el costo de la construcción de estas infraestructuras públicas a través de lo recaudado por impuestos o préstamos de organismos públicos internacionales, se encuentra en crisis, y con él también el clásico "contrato de obra pública", en el cual, además de costearse la construcción con fondos del tesoro público, la relación contractual se caracteriza por el hecho de que es la Administración contratante quien paga al constructor privado a medida que la obra avanza.

Cierto es que esta forma de afrontar el costo de infraestructuras públicas se justifica en algunos casos, por lo que no puede dejarse totalmente de lado. Se trata de los supuestos en que las obras constituyen —desde el punto de vista de la teoría económica— "bienes públicos", entendiéndose por tales aquellas cosas o servicios que son indivisibles y de cuyo uso no puede excluirse a los habitantes.

Las instalaciones para la defensa nacional, la seguridad interior, la justicia, la salud pública, el servicio meteorológico o el de bomberos son ejemplos de este tipo de "bienes públicos", en los cuales, una vez que la infraestructura es construida o el servicio establecido, no es posible impedir que no sean usados o usufructuados por aquellas personas que no los paguen. Se ha dicho que los "bienes públicos" son indivisibles y no exclusivos, y que los individuos que tienen interés en que sean provistos se conducen estratégicamente, no haciendo manifiesto su interés y esperando que otros paguen por esas obras o servicios. En ese escenario, aun aquellos que no hayan afrontado el costo de estos bienes, igualmente podrían beneficiarse con ellos, lo cual no sería justo. Desde otra perspectiva, si todos los habitantes esperaran que otros paguen los costos de la policía o de la defensa nacional, nadie lo haría y no podría implementarse esta protección básica.[6]

[5] En el segundo consid. 2º del dec. 1299/2000 se señala que el objetivo de esta norma es mejorar la infraestructura económica y social de la República Argentina, manteniendo al mismo tiempo el equilibrio fiscal, estableciendo estructuras jurídicas que posibiliten el aprovechamiento de los recursos disponibles en el sector privado de la forma más eficaz posible y al menor costo para el Estado.

[6] Pierce, Richard J. - Gellhorn, Ernest, *Regulated Industries*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, p. 16 y 17.

Por esas razones, los "bienes públicos" demandan, sin alterar el principio de subsidiariedad, una intervención estatal que afronte directamente el costo de las obras públicas de que se trate, sobre todo teniendo en cuenta que, por lo común, se trata de infraestructuras de gran importancia social y no susceptibles de explotación económica o cuyo nivel de rentabilidad no las hace atractivas para el sector privado.[7]

Ahora bien, la necesidad de desechar completamente el clásico "contrato de obra pública" no impide reconocer la tendencia a restringir al máximo su campo de acción, en virtud de los distintos inconvenientes que esta figura contractual genera.

En efecto, si una de las principales características del típico "contrato de obra pública" radica en el pago inmediato de las tareas ejecutadas al contratista (a través del sistema de certificaciones de obra), el financiamiento de la construcción por parte de este último es mínimo; la verdadera financiación corre por cuenta del Estado y, por lo tanto, está sujeta a las restricciones presupuestarias impuestas por las circunstancias de índole política y legal,[8] lo cual hace que las obras no se concluyan en los plazos de ejecución previstos, o bien que se extiendan de manera indefinida.

Se han abierto paso, por todo ello, nuevas formas de contratación pública, entre las que se encuentran algunas en las que el costo de construcción de la infraestructura no resulta soportado por las arcas estatales, sino por aquellos sujetos que directamente la utilizan, asignándose de esta manera en forma más equitativa el esfuerzo económico que implica la realización de estas obras,[9] así como otras modalidades contractuales en

[7] En este sentido, en el consid. 1º del dec. 1299/2000 se señala que la intervención del sector privado debe incentivarse sobre todo en aquellos proyectos que no podrían ser financiados exclusivamente por sus usuarios y que están destinados al desarrollo de infraestructura económica o social, concepto este último abarcativo de los sectores de salud, educación y justicia, entre otros. Véase: Aguilar Valdez, Oscar, "Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas", en Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dir.), *La contratación pública*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 561 y ss.

[8] Es que si la ejecución y, por ende, el pago de la obra pública abarcan varios ejercicios presupuestarios, el gasto que demande constituye "deuda pública", en los términos del art. 57, ley 24.156, y está sujeta a la restricción presupuestaria del art. 2º, inc. f), ley 25.152. Respecto de las limitaciones de gastos acordes con la capacidad del presupuesto estatal, ver: Travi, Aldo, "La contratación pública en Italia", en Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dir.), *La contratación...*, cit., ps. 321 y ss., especialmente ps. 355-357.

[9] Se ha considerado, en este sentido, que el sistema de pago de infraestructuras públicas a través de recursos del tesoro público, integrado principalmente por lo recaudado en materia de impuestos, no resulta justo en tanto hace pesar el costo de estas obras sobre los contribuyentes actuales, sin distinción de las posibilidades efectivas —o no— de utilización de la infraestructura por parte de ellos, lo cual genera inequidades "intergeneracionales" e "interregionales", es decir que la infraestructura no sea costeada por todas las generaciones a las que pueda beneficiar y que los recursos públicos no se destinen a zonas del país donde el nivel de renta sea menor (Ruiz Ojeda, Alberto, "Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras", en Ruiz Ojeda, Alberto [coord.], *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Civitas, Madrid, 1997, p. 53).

las que, si bien el precio es abonado con recursos públicos, no es el Estado quien carga con el costo de financiamiento de la obra durante la etapa de construcción, además de transferir al sector privado algunos de los riesgos insitos en este tipo de contratos y asegurándose, de esta manera, la operatividad de la infraestructura de que se trate.

En este esquema contractual, el contratista privado no sólo tiene a cargo la construcción —como en el tradicional modelo del "contrato de obra pública"—, sino que también debe encarar la financiación de la obra, cuyo costo financiero se difiere en el tiempo por el Estado, en el caso de emprendimientos pagados directamente con fondos del tesoro público, o afrontado por aquellas personas o empresas que obtienen una directa utilidad con el uso de la obra.

Obviamente, esta asunción del financiamiento de la obra por el contratista privado suele traer como consecuencia un encarecimiento de su costo, sobre todo cuando se trata de sistemas donde el precio es pagado por los usuarios,[10] pero esta circunstancia no alcanza para desvirtuar las múltiples ventajas que estos nuevos contratos representan.

Cabe aclarar que en el marco de estas nuevas modalidades contractuales, el Estado resigna algunos de los poderes de dirección y control sobre la ejecución de los trabajos que tenía en el "contrato de obra pública", pero conserva plenamente la potestad de planificación para el desarrollo de las infraestructuras,[11] como gestor del interés público,[12] además de beneficiarse con la delegación de la financiación que realiza y con la traslación de ciertos riesgos al contratista privado, en tanto paga por la infraestructura una vez que se libra al uso público, garantizándose así su adecuado funcionamiento.

Por lo expuesto, el "contrato de obra pública" ha quedado circunscripto, en los hechos, a la ejecución de aquellos emprendimientos no explotables económicamente por particulares (que usualmente constituyen

[10] Según Fanelli Evans (Fanelli Evans, Guillermo E., "La financiación de concesiones de obras y servicios públicos", LL 1998-D, 958), en los contratos en donde el Estado no paga su precio "de contado", sino que sólo "concede" al particular la potestad de percibir su precio de los usuarios o beneficiarios, en múltiples mínimas porciones individuales, es decir, cuando el cobro del precio de la obra (incluido el costo del dinero necesario para construirla) sólo se puede efectuar a plazos muy largos, el concesionario debe obtener un crédito muy caro (en tanto es a muy largo plazo), lo cual encarece sobremanera el precio de estos contratos, encarecimiento este que naturalmente va a pesar sobre los usuarios o beneficiarios de la obra o servicio.

[11] Ariño Ortiz, Gaspar, "¿Hacia dónde va el Estado? Mercado e iniciativa privada en un mundo en transformación", RAP, nro. 230, Buenos Aires, 1997, p. 5 y ss.

[12] En este sentido, en el consid. 4º del dec. 1299/2000 se afirma que será el sector público el que determinará el servicio o infraestructura requerida.

"bienes públicos" en el sentido económico de este término), o de baja rentabilidad, que los haga poco atractivos para la inversión privada y respecto de los cuales, además, por sus características (sobre todo por la escasa complejidad técnica de la obra de que se trate), no sea necesario que el constructor garantice el correcto funcionamiento de la infraestructura.

La importancia de las nuevas formas de contratación que se analizarán seguidamente se centra en aquellas hipótesis en que el Estado, aun cuando afronte el costo directamente con recursos del tesoro público, considere conveniente no cargar con la financiación del proyecto y asegurarse la plena operatividad de la obra a contratar, difiriendo el pago al momento en que, concluida la construcción, se haga evidente el correcto funcionamiento de ésta; o en los supuestos en que, por tratarse de infraestructuras altamente rentables desde el punto de vista económico, sea posible que su costo sea soportado por los usuarios de ellas, corriendo el financiamiento por cuenta del constructor o de un tercero (por ejemplo, bancos).

Por lo tanto, cualquiera sea el origen de los fondos que se aplicarán al pago de la construcción de las infraestructuras —recursos del erario o tarifas abonadas por los usuarios—, es decir, sean los fondos presupuestarios o extra presupuestarios,[13] la característica común de estas modalidades contractuales es el financiamiento por el sector privado.

Es así como cabe considerar las variantes de contratos administrativos para la construcción de infraestructuras públicas (distinguiendo aquellas en las cuales el pago se realiza con fondos públicos, de las que el costo es sufragado por los particulares usuarios de las obras), como también los diversos mecanismos de financiación a los que puede recurrir el contratista privado, para finalizar con las garantías que éste puede otorgar a los financistas y las que el Estado puede brindarle a él.

5 Consideraciones sobre los nuevos mecanismos de financiación y la atipicidad de las figuras contractuales

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

[13] Ésta es la clasificación que hace Guiridlian Larosa, Javier, *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 28.

en emprendimientos públicos,[14] sino también, como lo ha reconocido el propio Estado,[15] porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras.[16]

Por último, hay que advertir que la mayor parte de los nuevos mecanismos no constituyen, de por sí, formas jurídicas contractuales, sino más bien un sistema o marco que contiene diversos tipos de contrato,[17] tanto de derecho público como de derecho privado. Sin embargo, en el derecho comparado se los ha incluido en el ordenamiento que rige la contratación pública, considerándolos contratos administrativos, como ocurre, por ejemplo, en España, cuando la administración es parte de este tipo de contratos.[18]

En cualquier caso, cuando el Estado sea la contraparte en un contrato de esta naturaleza, o se requiera financiación pública, el procedimiento de selección es el propio de toda contratación pública que, como regla general, debe efectuarse por licitación pública.[19]

Lo que caracteriza a estos sistemas es su atipicidad contractual, en la medida en que permiten utilizar y combinar diferentes figuras contractuales, estableciendo distintos grados de distribución de los riesgos,[20] cada uno de los cuales presenta ventajas y desventajas. La principal ventaja que presentan estos sistemas, particularmente las APP, es la de movilizar los recursos y la capacidad tecnológica del sector privado hacia el público.[21]

6 El régimen de iniciativa privada

La iniciativa privada, que cobró existencia en el derecho argentino con la ley 17.520 (modificada por ley 23.696), restringida en sus comienzos a la

[14] Cassagne, Juan Carlos, "Regulación y servicios públicos (la seguridad jurídica después de las privatizaciones)", en Cassagne, Juan Carlos, *Fragmentos de derecho administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 201 y ss.

[15] En esta línea, la creación del Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, a efectos de garantizar los pagos comprometidos a favor de la persona jurídica encargada del proyecto, una vez que la obra ha sido construida y, en aquellos casos en que corresponda, el servicio comience a ser prestado, se anuncia como una medida para otorgar mayor seguridad jurídica a las empresas que decidan contratar y reducir así los costos vinculados con la incertidumbre sobre el pago en tiempo y forma (consid. 3º del dec. 1299/2000).

[16] Además del largo tiempo de recupero de la inversión, el financiamiento (y, por ende, el costo) de la obra se encarece por el denominado "riesgo país" o "riesgo político", en el cual se incluyen las variaciones que la política oficial del concedente puede efectuar en dichos lapsos. Si bien la autoridad concedente puede ser hoy proclive a este tipo de contratos, resulta difícil predecir qué actitud adoptará frente a ellos después de sucesivos cambios de gobierno y políticas económicas. De allí que este riesgo sea considerablemente mayor en países inestables (Fanelli Evans, Guillermo E., "La financiación...", cit., p. 958 y ss.).

[17] Mairal, Héctor A., "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos", RAP, nro. 320, Buenos Aires, 2005, p. 209 y ss., y en RAP, *Doctrina Pública*, XXVII-2, 2006, p. 139 y ss.

[18] Ley 30/2007, art. 19.1 a).

[19] Al respecto, ver Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

[20] Ampliar en Mairal, Héctor A., "La asignación...", cit., p. 210 y ss., y Aguilar Valdez, Oscar, "Contratación administrativa...", cit., p. 588 y ss.

[21] Guglielminetti, Ana P. - Bensadón, Pascual, "Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada (a propósito del dec. 967/2005)", EDA 2005-638.

concesión de obra pública, y que luego se extendió a otras figuras contractuales, primero por aplicación analógica de esa ley y su reglamentación,[22] y luego por expresa disposición del dec. 436/2000, que continúa vigente, ha sido de nuevo regulada a través de la sanción del dec. 966/2005.

Este decreto, según establece su art. 1º (que hace referencia a las leyes 13.064, 17.520 y 23.696), ordena el instituto de la iniciativa privada en lo relativo a las obras de infraestructura (contratos de obra pública y de concesión de obra y de servicios públicos, así como las privatizaciones dispuestas por la Ley de Reforma del Estado).

A su vez, el dec. 436/2000, por su parte, resulta de aplicación a todos los demás contratos (especialmente compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción de compra, permutas y concesiones de uso de bienes del dominio público y privado del Estado nacional), siempre que no se encuentren expresamente excluidos, como ocurre con: a) los contratos de empleo público; b) las compras con caja chica; c) los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, o con instituciones multilaterales de crédito, y d) los que se financien con recursos provenientes de los Estados o entidades mencionados en el punto anterior, sin perjuicio de su eventual aplicación supletoria, cuando pudiere corresponder).

Como se desprende de los considerandos del dec. 966/2005, el principal objetivo de la iniciativa privada radica en alentar a los particulares a que participen activamente en el desarrollo de actividades de interés público, propias de la Administración.

En efecto, el Estado recibe una propuesta que, en caso de ser declarada de interés público, configura la base sobre la cual se formularán los lineamientos de un eventual contrato. Este sistema se justifica porque, si fuera la Administración la que elaborara las bases del contrato, es probable que se generen menos ideas, que a su vez representarían una menor eficiencia, eficacia y rentabilidad que la propuesta que podría presentar una empresa privada o un particular que se encuentre interesado en un proyecto determinado.

Si a ello se añade que de todos modos se debe proceder conforme a alguno de los procedimientos de selección del cocontratante con el correlativo control estatal, los autores de iniciativas privadas pueden lograr

[22] Mertehikian, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 80-81.

que sus propuestas reflejen altos estándares de eficiencia y rentabilidad, lo que supone beneficios para la comunidad en general, al promover la compatibilidad del interés privado con el público.

El dec. 966/2005 contiene una serie de disposiciones generales y otras, en su Anexo I, que constituyen la regulación específica del instituto de la iniciativa privada en materia de contratos de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos y contratos afines.

Entre las primeras, cabe destacar las siguientes:

(i) A través del art. 4º se instruye a los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que, por medio de una resolución conjunta, procedan a la integración *ad-hoc* de la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas, aclarándose que ella no contará con erogación presupuestaria alguna. La Comisión tendrá a su cargo —dice la norma— la recepción y evaluación de los proyectos de iniciativa privada, presentados por los interesados conforme al nuevo régimen.

Asimismo, prescribe que, cuando por cuestiones de competencia en razón de la materia, la presentación de una iniciativa exceda el ámbito de actuación de los Ministerios antes mencionados, se convocará a la Comisión al Ministerio o jurisdicción que resulte competente.

(ii) El art. 5º aprueba la "secuencia de procedimiento", que como Anexo II integra la norma.

(iii) A su vez, el art. 6º establece que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios será la autoridad de aplicación e interpretación del decreto, quedando facultado para dictar las normas reglamentarias, complementarias y/o aclaratorias que resultasen necesarias. En ese carácter, dicho Ministerio es quien suscribe, en calidad de representante del Estado nacional, la documentación que se precise para la implementación de las modalidades de contratación previstas en la norma.

7 Las principales cuestiones que suscita el régimen del dec. 996/2005

a) Facultades del Poder Ejecutivo en cuanto al encuadramiento de una propuesta como iniciativa privada

El segundo párrafo del art. 1º del Anexo I prescribe que "(t)oda presentación de un particular ante el Estado nacional, cuyo objeto sea

regulado por la normativa enunciada en el párrafo precedente, quedará sujeta al presente régimen". A su vez, el art. 5º, segundo párrafo del citado Anexo, señala que "(e)l Poder Ejecutivo Nacional decidirá la calificación de interés público y la inclusión en el régimen de Iniciativa Privada de la propuesta".

La calificación de interés público constituye un concepto jurídico indeterminado que no puede dar lugar a decisiones injustas o irrazonables. Tras la declaración de interés público de una propuesta por parte del Poder Ejecutivo, debe continuar el procedimiento de selección previsto en la Ley de Iniciativa Privada (conforme el art. 5º, dec. 966/2005).

b) Requisitos de la propuesta. Posibilidad de ampliación

En el segundo artículo del Anexo I se establecen los requisitos mínimos que precisa cumplimentar una iniciativa privada: a) identificación del proyecto y su naturaleza; b) las bases de su factibilidad económica y técnica; c) monto estimado de la inversión; d) los antecedentes completos del autor de la iniciativa; e) la fuente de recursos y de financiamiento, el que deberá ser privado.

Es del caso señalar, aunque es por lo demás obvio, la necesidad de que la propuesta sea completa y clara, teniendo siempre en mira que será la que a fin de cuentas configure el contenido de la iniciativa privada, incluso en una mayor medida que el pliego de bases y condiciones que se elaborará sobre la base de aquélla, o bien de las bases sobre las cuales se llame a concurso de proyectos integrales, en su caso.

Adviértase que será fundándose sobre la propuesta misma que se podrán impugnar, incluso, los instrumentos referidos, en caso de que ellos no reflejen fielmente el contenido de la iniciativa declarada de interés público.

Por lo demás, nada obsta a que se incorpore en la propuesta como condición la necesidad de que se dicte un determinado conjunto de normas que pudieran ser indispensables o de utilidad para la implementación del sistema.

En cuanto a la información que se debe incluir al momento de presentar una iniciativa privada, va de suyo que no debe incluir los aspectos confidenciales o secretos de la propuesta que cada empresa se reserva para no alterar su ventaja competitiva respecto de otros oferentes. De otro modo, se estaría haciendo entrega de información sensible sobre la propia oferta a eventuales competidores, perjudicando así su situación frente a una posible licitación.

En efecto, tal como afirma la doctrina, "aquel particular que pretenda que su propuesta sea declarada de interés público y que sobre la base de la misma el Estado lleve adelante una compulsa con la de otros, deberá establecer, sin lugar a equívocos, los lineamientos técnicos de su iniciativa, con el mayor grado de detalle que sea posible, *aunque sin vulnerar secretos*, a fin de demostrar que conoce el objetivo, los medios y los procedimientos técnicos para llevarlo adelante".[23]

En cuanto a la viabilidad económica del proyecto en relación con la información que debe incluir la iniciativa, se ha dicho que "no debe colegirse de lo dicho que la Administración se encuentre autorizada a exigir del iniciador información que debe estar contenida en la futura oferta (ejemplo de ello es lo que los economistas denominan en general 'flujo de fondos', 'flujo financiero' o *cash flow*), pues estos datos deben reservarse para la etapa correspondiente, que no es otra que la de la selección propiamente dicha. Lo contrario implicaría tanto como dejar al autor de la iniciativa *a merced de sus eventuales competidores, que al trabajar sobre una idea ya elaborada y explicitada tendrán allanada, seguramente, gran parte de la tarea*".[24]

Se ha sostenido también que "determinar en forma taxativa qué debe contener una iniciativa como requisitos de presentación para ser admitida como tal, es como tratar de determinar de antemano un punto de equilibrio entre la puja de la Administración por conocer más detalles de las presentaciones con el sector privado al intentar no desnudar estrategias que podrían comprometerlo al tiempo de un llamado a licitación".[25]

Al fin de cuentas, siempre deberá buscarse un equilibrio entre la información que se suministre al organismo de que se trate en el marco de una iniciativa privada. Debe ponerse especial énfasis en no incumplir los requisitos que exige la normativa, pero, a la vez, aplicar una determinada cautela en el suministro de la información, puesto que siempre se corre el riesgo de que la información sensible o confidencial que se proporcione en el marco de la iniciativa sea conocida por eventuales competidores, lo cual puede hacer perder al autor del proyecto ventajas comparativas en la etapa de selección del contratista.

[23] Mertehikian, Eduardo, *La iniciativa privada...*, cit., p. 94.
[24] Mertehikian, Eduardo, *La iniciativa privada...*, cit., p. 95.
[25] Se ha expuesto que "(e)n ese sentido, estimamos que tanto la Administración como los particulares, al tiempo de evaluar una iniciativa por un lado, como de confeccionarla por el otro, deberán observarla lo más objetivamente que puedan, y determinar si la presentación efectuada presenta un objetivo claro y si ese objetivo es factible de cumplir desde un punto de vista de la factibilidad jurídica, técnica, económica y financiera" (De Goycoechea, Juan Carlos, *Iniciativa privada. Concurso integral de proyectos*, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 165).

Por otra parte, sería conveniente proponer que se implemente un sistema en virtud del cual se sancione al oferente que utilice los datos aportados en la iniciativa para elaborar su propia oferta en competencia con la del autor. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pudiese incurrir el funcionario a través del cual se hubiera divulgado la información.

En relación con este tema, resulta de interés establecer si, una vez presentada una iniciativa privada, y antes de que el organismo competente resuelva lo referente al interés público de ella, es viable ampliar la presentación, completándola.

Pensamos que nada se opone a ello, ya que lo que está en juego no es sino el interés público (sin la presencia del cual la propuesta no prosperaría), por lo cual existe un verdadero interés de la Administración en recibir aportes que complementen el alcance de la iniciativa privada, proporcionándole mayores elementos de juicio.

c) Garantía

El tercer artículo trata sobre la garantía de mantenimiento de la oferta (que oscila entre el 0,5 y el 0,6% del monto de la inversión prevista). El sistema que implementa la norma consiste en fijar una escala en la que se fijan proporciones entre el monto del contrato y el de la garantía. Esta última será ejecutable en caso de no presentación de la oferta, sin necesidad de requerimiento alguno. Resulta obvio que, si la oferta se presenta y no resulta elegida, la garantía deberá ser devuelta al presentante.

d) Procedimiento para la evaluación y aprobación de la propuesta

El art. 4º establece que, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de los arts. 2º y 3º (del Anexo I), la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas deberá requerir a la jurisdicción competente (por razón de la materia sobre la que trate el proyecto) la evaluación de la presentación efectuada, debiendo enviar a la mencionada Comisión un informe circunstanciado acerca de ésta dentro del plazo de 30 días (prorrogable por otros 30 si la complejidad del proyecto así lo exigiese, a criterio de la Comisión).

El siguiente artículo (5º), le otorga a la Comisión un plazo de 60 días (desde que se reciba la evaluación dispuesta en el artículo anterior) para evaluar el interés público comprometido por la presentación, debiendo elevar al Poder Ejecutivo nacional un informe circunstanciado sobre la elegibilidad de la propuesta.

El Poder Ejecutivo nacional decidirá la calificación de interés público y la inclusión dentro del régimen de iniciativa privada de la propuesta.

La eventual desestimación de la propuesta corresponderá a la Comisión, la que deberá expedirse dentro de los 30 días (nuevamente, prorrogables por otros 30, si la complejidad del proyecto lo requiriese).

Cabe resaltar que la Administración se encuentra obligada a expedirse sobre la presentación, es decir, a declararla de interés público y proceder, en consecuencia, de acuerdo con el ordenamiento, o bien, a desestimarla, en ambos casos, a través del dictado de un acto administrativo suficientemente motivado en su causa y finalidad (conf. art. 7º, LNPA). La facultad de optar entre efectuar la declaración o desestimar el proyecto es, en principio, de naturaleza discrecional.

Desde luego, frente a la presentación, el Estado no se encuentra obligado a declarar la iniciativa como "de interés público", pues su obligación sólo llega al punto de tener que expedirse, declarándola, o bien, desestimando la propuesta. Lo que no puede es, justamente, hacer nada y, menos aún, utilizar la idea sin reconocer al autor de la misma sus derechos como tal.

En efecto, así lo entiende también la doctrina al decir que "hasta tanto recaiga sobre ella una declaración de voluntad de la autoridad de aplicación, estimatoria o desestimatoria. En el primer caso deberá declararla de interés público y determinar, de acuerdo con las circunstancias del caso, el procedimiento de selección respectivo, escogiendo entre el concurso de proyectos integrales o la licitación pública. De lo contrario y mediante decisión también motivada, deberá rechazar la propuesta empresaria".[26]

e) Procedimiento posterior a la declaración de interés público. Los mecanismos de selección del contratista

El art. 6º reglamenta los pasos a seguir a partir de la declaración de interés público de una propuesta y su inclusión en el régimen de iniciativa privada. A tal efecto, dispone que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios determinará la modalidad de contratación, debiendo optar entre la licitación pública o el concurso de proyectos integrales.

Corresponde señalar que la "licitación" es un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública, que se realiza

[26] Mertehikian, Eduardo, *La iniciativa privada...*, cit., p. 95-96.

sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera. El procedimiento tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio o condiciones más convenientes para el Estado.[27]

Por "licitación pública", en cambio, debe entenderse aquélla donde el número de oferentes no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ella todas las personas o entidades que, de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate.

En consecuencia, se puede afirmar que el rasgo típico de la "licitación pública" es la posibilidad de que concurra a ella un número ilimitado de oferentes, en tanto ellos se hallen encuadrados en las prescripciones normativas generales que rigen la convocatoria.

En esa inteligencia, el dec. 1023/2001 (Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional), en su art. 25, "establece que la licitación es pública cuando el llamado a participar está dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse".

A su vez, la licitación pública como procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 26, dec. 1023/2001, puede llevarse a cabo a través de etapas múltiples o únicas, pudiendo ser tanto nacional cuanto internacional.

Se configura una licitación pública de etapas múltiples cuando se realice en dos o más fases la evaluación y comparación de las calidades de los oferentes, los antecedentes empresariales y técnicos, la capacidad económico-financiera, las garantías, las características de la prestación y el análisis de los componentes económicos de las ofertas mediante preselecciones sucesivas.

La licitación pública es nacional cuando la convocatoria se encuentre dirigida a interesados y oferentes cuyo domicilio o sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en él, debidamente registrada ante los organismos habilitados a tal efecto.

Finalmente, se califica como internacional cuando por las características del objeto o la complejidad de la prestación, la convocatoria se extienda a interesados y oferentes del exterior. Revestirán tal carácter aquellos cuya sede principal de negocios se encuentre en el extranjero y no tengan sucursal debidamente registrada en nuestro territorio.

Actualmente, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, la licitación o concurso público es la regla en toda contratación estatal,

[27] Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 181.

resultando los demás sistemas de selección del cocontratante estatal de excepción.[28]

En efecto, el art. 24 de la norma citada expresamente establece: "Selección del cocontratante. La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el art. 4º de este régimen *se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público,* según corresponda...".

A través del concurso de proyectos integrales también puede seleccionarse al cocontratante de la Administración. Básicamente, en el caso de estos concursos se opera una verdadera transferencia a los particulares de actividades que son de naturaleza materialmente administrativa, dado que serán ellos quienes elaboren los respectivos proyectos y no la Administración (como sucede con la licitación pública al elaborarse el pliego de bases y condiciones).

En este caso, ya no es la Administración quien define las reglas y cualidades que la obra o el servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes los que elaboren el modelo de obra o servicio que pretenden encarar en forma integral, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico. De tal modo que, como afirma la doctrina, "el plexo normativo vigente sólo será aplicable (en muchos aspectos) de manera supletoria, ante la falta de previsión específica en las bases o en las ofertas respectivas".[29]

Por lo demás, como este sistema de selección del cocontratante de la Administración apunta básicamente a valorar las cualidades de la propuesta, más que el precio ofrecido para la implementación de un proyecto determinado, deben establecerse previamente los lineamientos sobre los cuales se ha de evaluar el proyecto, ya que no se tratará exclusivamente de una comparación numérica.

Es decir, deben establecerse con claridad las bases para la fórmula polinómica en sujeción a la cual se calificará cada aspecto de la propuesta (económico, técnico, financiero, jurídico).

El sistema de evaluación sobre la base de una fórmula polinómica, en la que se asigne previamente a cada uno de los aspectos de la propuesta una determinada puntuación sobre la total posible (v.gr., el aspecto "novedoso" del proyecto), debe ser propuesto con la presentación de la iniciativa privada.

[28] Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 69 y ss., especialmente p. 72-74.

[29] Mertehikian, Eduardo, *La iniciativa privada...*, cit., p. 109.

Para el caso de que se opte por la licitación pública, el mencionado Ministerio elaborará el pliego de bases y condiciones y demás documentación respectiva, conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de iniciativa privada y convocará a licitación pública dentro del plazo de 60 días desde la fecha que dispone la implementación del procedimiento de licitación.

Si, en cambio, se opta por el concurso de proyectos integrales, el iniciador de la propuesta (es decir, el autor de la iniciativa) deberá presentar los términos de referencia de los estudios, su plazo de ejecución y presentación, y el costo estimado de su realización, dentro del término de 30 días. Vencido éste, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios llamará a concurso de proyectos integrales en el plazo de 30 días más.

f) Derechos del iniciador ante el rechazo de su propuesta

El art. 7º establece que, en caso de desestimarse el proyecto, cualquiera fuere la causa, el autor de la iniciativa no tendrá derecho a percibir del Estado ningún tipo de compensación por gastos, honorarios u otros conceptos. Sin perjuicio de ello, no hay que descartar la eventual invocación de la figura del "empleo útil",[30] propia del derecho privado, de posible aplicación según el caso que se trate.

Por su parte, el art. 10 pone en cabeza del autor de la iniciativa el derecho a percibir del adjudicatario —en caso de no haber resultado elegido él—, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del uno por ciento (1%) del monto que resulte aprobado en los términos del art. 5º (del Anexo I).

g) Ventaja del iniciador en el proceso de selección

El art. 8º establece beneficios a favor del autor de la iniciativa, puesto que dispone que si las ofertas presentadas fueren de conveniencia equivalente, será preferida la de éste.

[30] La figura del "empleo útil" surge del art. 2306, CCiv., que establece: "Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos de utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron".

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2309 del mismo cuerpo normativo, se ha de juzgar útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquier cosa de otro, o del que le resultó una ventaja o mejora en sus bienes, aunque después llegase a cesar la utilidad.

La doctrina explica que en nuestro derecho positivo la figura se refiere únicamente a gastos en dinero y no a servicios prestados, destacando que la acción que se intente basada en esta figura puede hacerse aun cuando la utilidad llegase a haber cesado (siempre que la cesación de la utilidad no se haya producido por culpa del autor del gasto).

Tal como se ha afirmado, "el beneficiado por un empleo útil del dinero tanto puede ser una persona de derecho privado como una entidad pública; en ambos casos, el autor del gasto tiene acción" (conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. 2, 7ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 436 y ss.).

La norma aporta un criterio para establecer cuándo hay equivalencia de ofertas: oportunidad en caso de que la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no supere en cinco por ciento (5%) a esta última.

Esta ventaja se aplicará tanto en caso de que se opte por la licitación pública como por el concurso de proyectos integrales.

El art. 9º prescribe el reconocimiento de otra ventaja para el autor, ya que si su oferta resultase superada por hasta un veinte por ciento (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas (en forma simultánea y en sobre cerrado). Para el caso de que ello suceda, y ante la mejora de ofertas, ya no será de aplicación para su valoración la fórmula de equivalencia de ofertas establecida en el artículo 8º en esta segunda vuelta, resultando ser la oferta más conveniente la que así sea evaluada, sin ninguna ventaja de un oferente sobre otro.

h) Derechos de autor

El art. 11 limita los derechos del autor de la iniciativa a una vigencia de dos años, aun en caso de no ser declarada de interés público.

Si fuese declarada de interés público, y luego la licitación o el concurso fueren declarados desiertos, o bien no se presentasen ofertas admisibles, o el llamado fuera dejado sin efecto, cualquiera fuera la causa, el autor de la iniciativa conservará los derechos previstos en el nuevo régimen por el plazo de dos años a partir del primer llamado, siempre y cuando la nueva convocatoria se realice utilizando los mismos estudios y el mismo proyecto.

i) Aplicación del régimen de "compre nacional"

El art. 12 prescribe que las disposiciones del régimen establecido por el dec. 966/2005 no obstan a la aplicación de lo dispuesto en la ley 25.551, en el dec.-ley 5340/1963 y en la ley 18.875 y sus normas reglamentarias y/o complementarias (que conjuntamente integran el régimen de "compre nacional" y "compre trabajo argentino"), debiendo fijar los respectivos pliegos de bases y condiciones y/o los términos de referencia, los requisitos exigidos por las normas mencionadas. Por lo demás, resulta evidente que un decreto del Poder Ejecutivo no podría conculcar leyes dictadas por el Congreso Nacional.

j) Procedimiento en caso de controversias

Finalmente, el art. 13 establece que, para la resolución de todas las controversias que pudieren surgir con motivo de la ejecución, aplicación

y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen, los pliegos de bases y condiciones y la documentación referida al concurso de proyectos integrales, podrán establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

Se trata de una norma que no es preceptiva, teniendo en cuenta que la fórmula legal prescribe que los pliegos y la documentación "podrán" determinar algún mecanismo de avenimiento o arbitral para la solución de las controversias, lo cual constituye una potestad discrecional y no vinculante. De no ser utilizada dicha potestad, la regla es que las controversias deben someterse ante los tribunales de la justicia federal, según las normas que rigen su competencia.

8 La Asociación Público-Privada como medio de financiamiento y desarrollo de obras y servicios

El modelo de asociación pública-privada (en adelante, APP), conocido en el derecho anglosajón como *Public-Private Partnership* o simplemente *PPP*, es una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación.

Si bien son numerosas las definiciones dadas para las APPs en el ámbito internacional, todas ellas hacen hincapié, por una parte, en la participación del sector privado en actividades que, anteriormente, eran desarrolladas en forma exclusiva por la Administración y, por otro lado, en el aprovechamiento de las condiciones de cada uno de los sectores involucrados, en el sentido de que cada uno aporta "aquello para lo que es mejor" —en el sentido de capacidades, habilidades, experiencia, etc., de parte del sector privado y acceso a organismos internacionales de crédito, propiedad sobre bienes de dominio público, etc., de parte del sector público— para la provisión de servicios de infraestructura, con énfasis en el principio de "valor por dinero" y la provisión de servicios de calidad.[31]

Entre los sistemas de APP pueden incluirse tanto aquellos contratos por los cuales el contratista privado financia y construye el proyecto y

[31] Así, se ha dicho que las APP son, básicamente, sólo otro medio de procurar la provisión de servicios públicos e infraestructuras, combinando lo mejor de los sectores público y privado, poniendo el énfasis en el principio de "valor por dinero" y en la provisión de servicios públicos de calidad. Cfr. Irish Goverment Public Private Partnership (PPP) *website —www.ppp.gov.ie/splash.php.* Por su parte, The National Council for Public-Private Partnerships define a las APP como aquel acuerdo contractual entre un ente público (federal o local) y un sujeto privado a través del cual las habilidades y ventajas de cada uno de ellos se combinan con el fin de desarrollar un servicio o infraestructura para uso público. Asimismo, a la par que se combinan los recursos de cada uno de los sectores, se comparten los riesgos involucrados en el desarrollo del proyecto (cfr. *www.ncppp.org/howpart*).

luego lo opera, como aquellos otros en los que el Estado paga a partir del uso efectivo de dicha obra (es decir, las figuras ya analizadas de los contratos "llave en mano", *shadow toll*, *leasing* y *sale & lease back*), aunque el concepto de APP adoptado por nuestra normativa sea más acotado.

En efecto, en el marco del Régimen Nacional de Asociación Público-Privada, aprobado por dec. 967/2005,[32] las APP configuran un acuerdo asociativo entre el sector público y el sector privado, por medio del cual el Estado no es un mero adquirente de un servicio o de la construcción de una obra, sino que se constituye en socio de la parte privada. En este tipo de sociedades no hay inconvenientes, en principio, para que el sector privado pueda ser contratista de la sociedad que lo tiene como socio. Su finalidad es facilitar la asociación entre el Estado y el sector privado para el desarrollo de infraestructura y servicios, compartiendo los riesgos y mejorando la agilidad de las operaciones.

El esquema de APP que regula este nuevo régimen implica la constitución de sociedades entre el sector privado y el Estado, pudiendo celebrarse con los particulares los diversos contratos que se enuncian en dicho marco normativo.

En tal sentido, el dec. 967/2005 no contempla aquellas modalidades en las que el sector público es un mero adquiriente que paga por la disponibilidad de la obra o el servicio, ni aquéllas en las que se convierte en un locatario con posterior opción a compra,[33] sino que diseña un régimen de APP en las que el sector público es fundamentalmente un socio del sector privado.

En nuestro país, un ejemplo de este supuesto de sociedad de participación público-privada es la compañía Energía Argentina SA —ENARSA—, creada por ley 25.943. En dicha ley se prevé la posibilidad de que ENARSA se asocie con terceros para el cumplimiento de sus finalidades.[34]

Según el dec. 967/2005, podrán ser objeto de asociaciones público-privadas los siguientes contratos: a) ejecución y/u operación y/o mantenimiento de obras y/o servicios públicos; b) ampliación de obras y/o servicios públicos existentes; c) proyecto, financiamiento y construcción de obras y/o servicios públicos, incluyendo, entre otras modalidades, operaciones de llave en mano; d) prestación total o parcial de un servicio público, precedida o no de la ejecución de la obra pública; e) desempeño de actividades de competencia de la Administración Pública que resulten delegables;

[32] BO del 17/8/2005.
[33] Opción que puede obligarse a ejercer, en los términos del art. 14, dec. 1299/2000.
[34] Ver. art. 1º, ley 25.943.

f) ejecución de obra pública, con o sin prestación del servicio público, para la locación o arrendamiento por la Administración Pública.[35]

Asimismo, dicha norma determina que en los casos de ejecución de obra pública, al término de la APP respectiva, la propiedad de la obra corresponderá al Estado.[36]

Por su parte, el art. 4º de este decreto dispone que "las asociaciones público-privadas deberán organizarse como sociedades anónimas, fideicomisos o bajo cualquier otra forma o modalidad, que resulte apta para financiarse por medio del régimen de oferta pública previsto por la ley 17.811 y sus normas complementarias".

Corresponde tener en cuenta que la ley 17.811 establece en su art. 21 que "pueden realizar oferta pública de títulos valores las sociedades que los emitan y las personas físicas o jurídicas inscriptas en el Registro establecido por el art. 6º, inc. d), de esta ley. Estas últimas deben llevar un registro o fichero con los datos personales, documentos de identidad y firma de sus clientes...".[37]

Con la finalidad de darle mayor transparencia al accionar de estas sociedades, el dec. 967/2005 establece la obligación de adherirse al régimen de oferta previsto por la ley 17.811 y sus normas complementarias.[38]

La propuesta de constitución de APP bajo este régimen debe ser promovida por algún organismo de la Administración Pública[39] ante la "Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas" (en adelante, la Comisión), creada por el decreto analizado, integrada por el Ministerio de Economía y Producción y por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. En caso de que la materia del proyecto exceda la competencia de esos ministerios, será convocado el ministerio o jurisdicción que resulte competente.[40]

Las propuestas de APP deberán identificar el proyecto y su naturaleza, así como también las bases de su factibilidad técnica, económica y financiera y el monto estimado de la inversión.[41]

---

[35] Ver art. 2º, dec. 967/2005.

[36] Ver art. 2º, dec. 967/2005.

[37] El art. 6º, inc. d), estatuye que la Comisión Nacional de Valores debe llevar el registro de las personas físicas y jurídicas autorizadas para efectuar oferta pública de títulos valores y establecer las normas a que deben ajustarse aquéllas y quienes actúan por cuenta de ellas.

[38] Ver art. 3º, inc. e).

[39] Cabe aclarar que el régimen no requiere que el desarrollo del proyecto sea de competencia del organismo que promueve la constitución de la APP; sin embargo, de faltar aquélla, tal circunstancia puede configurarse como óbice para la aprobación del proyecto por la "Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas".

[40] Cfr. art. 2º, dec. 967/2005.

[41] El estudio previo de factibilidad fue también previsto para la técnica concesional y en el régimen establecido por el dec. 1299/2000 (art. 14, inc. a).

Deberá indicarse la forma jurídica que adoptará la APP, con identificación de la participación que asumirá el Estado nacional. Es necesario recordar las diferentes formas bajo las cuales pueden organizarse estas asociaciones, tal como prescribe el art. 4º ya citado. Así, pueden constituirse como sociedades anónimas, fideicomisos o bajo cualquier otra forma o modalidad que les permita financiarse por medio del régimen de oferta pública.

Asimismo, la propuesta debe contener una identificación expresa y una descripción completa de los aportes de cada socio. En cuanto a los aportes a realizar por el sector público, éstos pueden ser: a) pago en efectivo; b) cesión de créditos tributarios y/u otorgamiento de beneficios tributarios en los términos establecidos para las concesiones de obras públicas establecidos por el art. 6º, ley 17.520; c) derechos sobre bienes del dominio público del Estado, tales como cesiones, permisos, autorizaciones excluyendo sólo al derecho de propiedad. En el caso de los bienes del dominio privado, los derechos que se pueden otorgar a la APP no tienen limitaciones, abarcando incluso el derecho de propiedad sobre ellos; d) prestaciones accesorias —que no integran el capital de la sociedad— tal como establece el art. 50, Ley de Sociedades Comerciales; e) y otras formas de aporte legalmente autorizadas.

La Comisión evaluará el cumplimiento de los requisitos enunciados, hallándose facultada para solicitar al organismo promotor las aclaraciones, documentación o informes ampliatorios que considere pertinentes, a cuyo efecto éste cuenta con un plazo de treinta días para expedirse.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos expuestos y evacuadas las solicitudes, si las hubiere habido, la Comisión debe, dentro del plazo de sesenta días, elevar un informe circunstanciado al Poder Ejecutivo nacional, en el que se analice el interés público comprometido y se aconseje la elegibilidad o desestimación de la propuesta de APP.

De ese modo, le corresponde al Poder Ejecutivo nacional decidir la calificación de interés público y de la inclusión en el Régimen de Asociación Público-Privada establecido. En caso de declararse de interés público y la inclusión de la propuesta en este régimen, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios iniciará el procedimiento de selección del socio privado conforme las leyes 13.064 17.520 y el dec. 1023/2001

9 Reflexiones finales

Las dificultades para caracterizar la tipicidad del objeto contractual, que también se han presentado en países con sistemas de regímenes generales que tipifican las diferentes categorías de contratos administrativos, como acontece en España,[42] y el hecho de que bajo la figura de los contratos de APP se engloban infinidad de formas, matices y modalidades contractuales no debe llevarnos necesariamente a la conclusión apresurada acerca de su inutilidad práctica que dependerá mucho más de la estabilidad jurídica y de la confianza que genere un país para atraer inversiones.

En Argentina, no contamos con un régimen completo y orgánico[43] de Contratos de Colaboración Pública-privada (APP o PPP) o como se los denomine y existe un vacío en torno a la posibilidad de incluir cláusulas de renuncia al ejercicio de determinadas prerrogativas de poder público que sólo sirven para ahuyentar a los inversores, elevando el riesgo político y, consecuentemente, el costo de los proyectos (v.gr. la prerrogativa ya señalada de extinguir el contrato en forma unilateral por razones de interés público). Y si bien, este vacío se había cubierto con una norma en el denominado Régimen de Infraestructura[44] lo cierto es que, aparte del ámbito limitado de dicho ordenamiento,[45] la sanción posterior del Decreto 1023/2001 que contempla preceptivamente dicha prerrogativa plantea un obstáculo difícil de superar sin una legislación en la materia que permita, en casos de proyectos complejos, la renuncia o atenuación de ciertas prerrogativas públicas.

En los países de Latinoamérica, cuyo derecho administrativo se ha construido de un modo similar al del derecho continental europeo resulta conveniente contar con una legislación adecuada que permita, para la realización de proyectos públicos que presenten características complejas cuando sea necesario acudir a la financiación de los particulares e instrumentar mecanismos flexibles de participación público-privada.

En estos sistemas, la calve se encuentra en la correcta y equitativa asignación de riesgos cuyo análisis es fundamental[46] para la viabilidad del proyecto de modo que el inversor privado no tenga que soportar los

[42] Villar Ezcurra, José Luis, *El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvías y trenes ligeros,* en *Revista de Obras Públicas Nº 3*, Madrid, 2008, p. 57 y ss.

[43] El régimen del Decreto 967/2005 no contempla el diálogo competitivo, la especialidad del proceso de selección ni la posibilidad de excluir prerrogativas de poder público.

[44] Decreto 1299/2001, art. 19, ratificado por Ley 25.414, art. 8.

[45] Decreto 1299/2001, art. 2º.

[46] Vázquez, Cristina, *Contratación de Obra Pública*, ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, p. 165.

riesgos políticos y asuma los que son propios de la actividad constructiva o financiera. Por esa razón, la realización del bien común y de la razonabilidad práctica conduce a la búsqueda de una armonía entre la libertad de pactos que caracteriza a este tipo de contratos en los derechos anglosajones con la eliminación de los riesgos políticos que derivan de ciertas prerrogativas contractuales que posee la Administración, como la extinción anticipada del contrato por razones de interés público.

Estos contratos representan una tercera vía a las clásicas conocidas (contrato administrativo puro y contrato de objeto privado de la Administración) y aunque sean un "envoltorio" que aglutine diversas formas contractuales su regulación normativa se justifica para atraer inversiones, condición necesaria pero no suficiente, porque todos sabemos que el incentivo mayor se encuentra en la seguridad jurídica, el cumplimiento de lo pactado y, en suma, en las buenas prácticas administrativas.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF,* Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 225-250, jan./dez. 2013.