



***LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO -
PRIVADA Y EL REPARTO DE RIESGOS ENTRE SUS PARTES***

S. MANUEL ALDERETE

TESIS DE DOGMÁTICA JURÍDICA | MAESTRÍA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

DIRECTOR DE TESIS – DR. RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC

3 de abril de 2018

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	4
II. PRIMERA PARTE: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE PPP E IMPORTANCIA DE UNA CORRECTA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO.	6
<i>II.1. Breves consideraciones sobre el Contrato de PPP.</i>	6
<i>II.1.1. Antecedentes y regulación actual en nuestro país.</i>	6
<i>II.1.2. Conceptos generales sobre PPP. Hacia una definición ¿precisa?</i>	9
<i>II.1.3. El Contrato de PPP como una alternativa a los Contratos Administrativos tradicionales.</i>	13
<i>II.1.4. Ventajas y desventajas de los mecanismos de PPP.</i>	21
<i>II.2. Importancia de una correcta distribución de riesgos entre el sector público y el contratista privado.</i>	23
<i>II.2.1. ¿Por qué optar por un PPP en lugar de un contrato administrativo tradicional para ejecutar un proyecto de infraestructura pública? El concepto de Value for Money</i>	27
<i>II.2.2. La distribución de los riesgos específicos en el Contrato PPP para reducir costos y mitigar los efectos de los riesgos macroeconómicos</i>	29
<i>II.2.3. La importancia del mantenimiento de la ecuación económica-financiera.</i>	31
III. SEGUNDA PARTE: SOBRE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS DEL CONTRATO DE PPP. REGULACIÓN LEGAL. FORMAS DE ATENUACIÓN. LEGISLACIÓN COMPARADA	32
<i>III.1. Esquema general de un Contrato de PPP</i>	33
<i>III.2. Clasificación de los riesgos específicos de un Contrato de PPP</i>	36
<i>III.3. Análisis de los riesgos específicos del Contrato de PPP a la luz del Régimen de PPP. Regímenes de derecho comparado</i>	37
<i>III.3.1. Riesgos anteriores a la construcción</i>	38
<i>III.3.1.1. Riesgo de expropiación</i>	38
<i>III.3.1.2. Riesgo regulatorio y socioambiental</i>	42
<i>III.3.1.3. Riesgo de cierre financiero</i>	46
<i>III.3.2. Riesgos durante la construcción</i>	48
<i>III.3.2.1. Dificultades materiales imprevistas</i>	48
<i>III.3.2.2. Caso fortuito o fuerza mayor</i>	50

III.3.2.3.	Hecho del príncipe	52
III.3.2.4.	Teoría de la imprevisión o alea económica extraordinaria.....	54
III.3.2.5.	Potestad modificatoria.....	56
III.3.2.6.	Terminación anticipada del Contrato de PPP por razones de interés público	60
<i>III.3.3.</i>	<i>Riesgos durante la operación</i>	65
III.3.3.1.	Riesgo comercial o de demanda.....	66
III.3.3.2.	Riesgo de operación y mantenimiento	68
III.3.3.3.	Riesgo de tipo de cambio	68
IV.	CONCLUSIONES GENERALES	70
V.	BIBLIOGRAFÍA	74
<i>V.1.</i>	<i>Citada</i>	74
<i>V.2.</i>	<i>Consultada</i>	81
<i>V.3.</i>	<i>Jurisprudencia Citada</i>	85

I. INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren, la infraestructura pública que necesita un Estado para satisfacer las necesidades comunes de su población no puede ser costeada de modo exclusivo con los recursos de la renta fiscal. Se trata, pues, de importantes inversiones que deben efectuarse en un periodo de tiempo relativamente breve y cuya amortización podría llegar a varias generaciones. En este contexto es innegable la importancia de atraer inversiones privadas para coadyuvar al fondeo de las obras públicas.

Bajo esta premisa, la mayoría de los Estados modernos fueron desarrollando políticas y elaborando normas que fomenten la atracción de capitales privados hacia el sector público¹. En efecto, el desarrollo de una estructura normativa adecuada y estable resulta de fundamental importancia para lograr que recursos privados sean volcados en el área de desarrollo de infraestructura pública².

La República Argentina no quedó aislada de esta tendencia internacional mediante la sanción de la flamante Ley N° 27.328³ de Participación Público Privada (en adelante, “Ley de PPP”) que busca justamente lograr un marco normativo propicio para incentivar a contratistas privados a asumir el desarrollo y la financiación de obras públicas de magnitud⁴. Ciertamente, en el mensaje de elevación del Proyecto de Ley de PPP se precisa

¹ Se ha dicho que la creciente utilización de mecanismos que fomenten la participación y la inversión privada en el desarrollo de infraestructura pública se debe, principalmente y entre otros factores, a: (i) no supeditar el avance de la construcción de un proyecto a las limitaciones propias del presupuesto público, permitiendo al Estado destinar sus recursos presupuestarios a necesidades urgentes; (ii) desahogar financieramente al Estado, que no deberá destinar fondos públicos sino hasta que la obra se encuentre terminada; y (iii) transferir los principales riesgos y costos de construcción, mantenimiento y operación de una obra pública determinada al sector privado que, generalmente, se encuentra en mejores condiciones para afrontarlos y posee capacidades para introducir innovaciones y avances tecnológicos que aumenten la calidad de la obra o del servicio. Ver en este sentido: ABAL, Patricio, “Asociaciones Público-Privadas: tratamiento de sus aspectos esenciales en la legislación comparada de Latinoamérica”, LL, Cita online: AR/DOC/5117/2010.

² En el mismo sentido ver: MERTEHIKIAN, E., “Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante. Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N. 1023/01”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 195.

³ Sancionada el 16/11/2016 y promulgada el 30/11/2016.

⁴ En el ámbito provincial, hasta el momento las siguientes provincias dictaron leyes adhiriendo a la Ley de PPP: (i) Buenos Aires mediante ley N° 14.920 de fecha 15/06/2017; (ii) Chaco mediante ley N° 2.665 de fecha 13/09/2017; (iii) Córdoba mediante ley N° 10.409 de fecha 25/01/2017; (iv) Mendoza mediante ley N° 8.992 de fecha 15/08/2017; (v) Neuquén mediante ley N° 3.074 de fecha 21/07/2017; (vi) Tierra del Fuego

que “una de las claves para la creación de empleo en la Argentina y por ende para el desarrollo económico del país es que se materialice la inversión en infraestructura y los contratos de Participación Público-Privada son una herramienta eficaz para lograrlo”⁵.

Al momento de escribir estas líneas, sería apresurado evaluar si la Ley de PPP y las políticas que el Estado argentino desarrolle para promocionar este régimen de colaboración, terminarán por cumplir con sus loables objetivos. Sin embargo, sí es posible aventurar un análisis crítico de aquellas bondades y debilidades que se presentan en el nuevo marco normativo.

Ahora bien, realizar una evaluación extensiva sobre la totalidad de las disposiciones normativas diseñadas para regular el Régimen de Participación Público-Privada⁶ sería una empresa demasiado ambiciosa para los límites de esta tesina. Por tal motivo, el objeto de estudio se centrará en un aspecto fundamental a tener en cuenta a la hora de amalgamar la colaboración privada en el desarrollo de objetivos públicos, esto es, la distribución y asunción de riesgos entre las partes de un Contrato de PPP. En efecto, y como se verá más en detalle, los riesgos en el marco de una relación contractual con el Estado influyen sustancialmente en la viabilidad de utilizar algún mecanismo de PPP para llevar a cabo un proyecto de infraestructura determinada, en los costos que deberán afrontarse para su puesta en marcha y, fundamentalmente, en la posibilidad de obtener financiación en los mercados de capitales.

Para tal fin se propone la siguiente estructura de exposición dividida en dos partes centrales:

mediante ley N° 1.161 de fecha 12/06/2017; y (vi) Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante ley N° 5.916 de fecha 02/01/2018.

⁵ Mensaje de elevación N° 770/2016 de fecha 9/06/2016. Ingresado al Congreso como expediente N° 61/16.

⁶ A los fines de este trabajo utilizaremos la terminología prevista por la normativa argentina es decir Participación Público-Privada o PPP. Sin perjuicio de ello, advertimos que el instituto en análisis adquiere diferentes denominaciones en la legislación comparada, entre las que podemos citar como ejemplos: Asociaciones Público-Privadas (APP), Colaboración Público-Privada (CPP), P3, Public-Sector Participation (PSP), Public Finance Initiative (PFI), Participación Privada en Infraestructura (PPI), P3, entre muchas otras. (Cfr. YESCOMBE, E.R., *Public-private partnerships. Principles of policy and finance*, Elsevier, Fifth Edition, 2007, p. 4).

En la primera parte se desarrollarán algunas consideraciones generales en torno al Contrato de PPP y se intentará brindar un panorama sobre la importancia de la correcta distribución de riesgos entre sus partes y cómo ello influye en la viabilidad del proyecto y en los costos que luego deberá afrontar el Estado o los propios usuarios. Proponemos primeramente realizar una breve digresión comentando los antecedentes regulatorios de los mecanismos de PPP en la República Argentina. Luego reseñaremos las principales características de los Contratos de PPP, sus ventajas y desventajas, y, en concreto, los motivos por los cuales se constituyen como una alternativa a los tradicionales contratos administrativos de obra pública y concesión de obra pública. Acto seguido, se explicará de modo general en qué manera influye el análisis de riesgos a la hora de evaluar la conveniencia de llevar a cabo un proyecto de infraestructura mediante un Contrato de PPP o mediante un contrato administrativo tradicional, y la importancia de efectuar una adecuada distribución de riesgos al diseñar las cláusulas específicas del Contrato de PPP que contribuya a aumentar el valor del dinero invertido en la construcción de la obra.

En la segunda parte de este trabajo, analizaremos los riesgos específicos que pueden acontecer antes y durante la ejecución de un Contrato de PPP, los posibles mecanismos para reducir su impacto y disminuir los costos financieros del contrato, las soluciones propuestas por la legislación nacional y algunas soluciones alternativas que surgen de la legislación comparada.

II. PRIMERA PARTE: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DE PPP E IMPORTANCIA DE UNA CORRECTA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO.

II.1. Breves consideraciones sobre el Contrato de PPP.

II.1.1. Antecedentes y regulación actual en nuestro país.

En los últimos años, y especialmente desde la sanción de la Ley de PPP, este esquema de colaboración entre la Administración y los particulares ha sido objeto de discusión tanto por prestigiosos especialistas como por la opinión pública en general. Sin

embargo, mecanismos similares de participación privada en la construcción de obras públicas ya fueron diseñados en la Argentina desde el comienzo del Siglo XXI.

Si bien no existía un régimen legal integral que regule las distintas relaciones entre las partes y distribuya propiciamente los riesgos entre los sectores privados y públicos involucrados, la Participación Público Privada, antes de la sanción de la Ley de PPP y su Decreto Reglamentario N° 118/2017⁷ (en adelante, “Decreto PPP”) estaba regulada en Argentina por:

- El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1299/00⁸, actualmente vigente junto con su decreto reglamentario N° 964/01⁹: estableció el denominado “*Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura*”, recurriendo a técnicas estrictamente contractuales o convencionales. Esencialmente, el mencionado régimen buscó regular una alternativa al contrato de concesión de obra pública estando destinado a promover la participación privada en el desarrollo de proyectos de infraestructura que no pudieran ser financiados por los usuarios¹⁰. En lo que hace al objeto del presente trabajo, es posible afirmar que, aunque de manera implícita, el DNU N° 1.299/00 reconoce la importancia de realizar una correcta asignación de los riesgos del proyecto a cada parte contratante estableciendo en su art. 18 que “*los pliegos licitatorios deberán prever la asignación de los riesgos del proyecto, incluyendo los de índole técnica, económica y financiera*”¹¹.

⁷ Dictado el 17/02/2017 y publicado en el Boletín Oficial el 20/02/2017.

⁸ Dictado el 29/12/2000, publicado en el Boletín Oficial el 4/01/2001 y posteriormente ratificado por el art. 8° de la ley N° 25.414.

⁹ Dictado el 26/07/2001 y publicado en el Boletín Oficial el 31/07/2001. El decreto reglamentario original del DNU N° 1299/00 fue el decreto N°228/2001, posteriormente derogado y sustituido por el decreto N° 676/2001.

¹⁰ El art. 2° del DNU 1299/00 establece que “*quedan excluidos del régimen del presente decreto, los proyectos en los cuales el ingreso proveniente de terceros, a través de canon de uso, peaje o sistemas similares sea superior al sesenta por ciento (60%) del costo total de la obra durante el período del Contrato, como así también los proyectos que consistan básicamente en la operación y mantenimiento de corredores viales y demás proyectos, servicios y/u obras afectadas a regímenes de concesión y/o privatización*”.

¹¹ Incluso en su reglamentación original realizada por el Decreto N° 228/01 se aclaró que “*al establecer la asignación de los riesgos del Proyecto correspondientes a cada Parte en sus distintas etapas, el Contrato deberá tomar en cuenta la naturaleza de la Obra, su plazo de construcción y de mantenimiento, las Partes intervinientes, y las características de su financiación, de modo de asignar los riesgos a las Partes del*

- El Decreto N° 967/2005¹²: diseñó y aprobó el “*Régimen Nacional de Asociación Público-Privada*”, que siguió el sistema asociativo o institucional para dar lugar a la creación de personas jurídicas de propiedad mixta. Se trató, en rigor de verdad, de un modelo de Asociación Público-Privada que buscó potenciar la naturaleza asociativa de este mecanismo de manera tal que el Estado no sea un contratante de servicios o infraestructura pública sino directamente un socio de la parte privada¹³.

Ambos regímenes resultaron de escasa aplicación en la práctica debido principalmente a que no fueron implementados por ley formal emanada del Congreso, sino mediante decretos del Poder Ejecutivo cuya inestabilidad y posibilidad de modificación generó un clima de desconfianza e inseguridad jurídica que desalentó a los posibles inversores¹⁴.

Al margen de ello, tras la emergencia pública declarada desde principios del año 2002, se verificaron graves incumplimientos por parte del Estado Nacional tanto a sus obligaciones contractuales como internacionales y cambios constantes y abruptos en la normativa que alejaron las inversiones extranjeras, indispensables para la realización de proyectos de infraestructura de cierta envergadura. Bajo estas condiciones, no existió un contexto benévolo para desarrollar esquemas de participación estructurados a largo plazo

Contrato que, por su función se encuentren en mejores condiciones para asumirlos, respetando la normativa vigente. En ningún caso el Encargado del Proyecto tendrá a su cargo el riesgo ambiental o arqueológico derivado del diseño de la Obra o de la correcta ejecución del Contrato”. Esta disposición luego fue derogada por el decreto N°676/2001.

¹² Dictado en fecha 16/08/2005, publicado en el Boletín Oficial el 17/08/2005 y recientemente derogado por el art. 7° del Decreto PPP.

¹³ Desarrollar de modo detallado cada una de las prescripciones de los mencionados regímenes excedería el objeto de este trabajo, sin perjuicio de que, en cada ocasión propicia, se hará mención a alguna de sus disposiciones de forma aislada. Para un análisis completo sobre estos regímenes ver: GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, y BENSADÓN, Pascual, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada (A propósito del decreto 967/05)”, EDA 2005-638; AZZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, “Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley”, LL 2016-D, 784; CRIVELLI, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 39 y ss.

¹⁴ Elocuentemente lo expuso 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, *Curso de derecho administrativo*, 11ª Ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, t. I, p. 537/538.)

que requieren de instituciones sólidas y de marcos normativos estables que inspiren una fuerte seguridad jurídica¹⁵.

Luego de varios años, el Estado Argentino apostó nuevamente por incentivar la participación y colaboración privada para el desarrollo de infraestructura pública y dictó la Ley de PPP que busca armonizar, consolidar y modernizar las disposiciones aisladas antes comentadas.

Se trata, ahora sí, de un régimen normativo integral y de rango legal con el fin de brindar mayor seguridad jurídica y previsibilidad a los inversores privados, tanto nacionales como extranjeros¹⁶.

Ahora bien, ¿a qué nos referimos concretamente cuando hablamos de mecanismos de PPP?

II.1.2. Conceptos generales sobre PPP. Hacia una definición ¿precisa?

En esencia, el esquema de PPP consiste en una asociación entre los sectores públicos y privados con el objetivo de desarrollar proyectos de infraestructura o coordinar la prestación de un servicio¹⁷. En un sentido amplio, podría afirmarse incluso que comprende cualquier tipo de forma de colaboración entre el Estado y empresas o

¹⁵ Cfr. ARAGONE RIVOIR, Ignacio, “Desarrollo de proyectos de participación público-privada: contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales”, RDA 2013-87-847.

¹⁶ Cabe mencionar que el “Infrascope Index 2017” (un índice elaborado por The Economist Intelligence Unit y el Banco Interamericano de Desarrollo que mide la capacidad de países de Latinoamérica y el Caribe para participar en mecanismos de PPP para el desarrollo de infraestructura pública sea social o económica) ha destacado el esfuerzo realizado por parte del Estado argentino en los últimos años para generar un ambiente atractivo a las inversiones privadas en obras de infraestructura pública, mediante la concreción de mecanismos de PPP, esfuerzo que se ve plasmado sobre todo en el dictado de la Ley de PPP y en el anuncio de una serie de iniciativas de infraestructura a ser llevada a cabo mediante Contratos de PPP. De cualquier manera, aún queda mucho camino por recorrer, pues Argentina se encuentra actualmente en el puesto 17 de 19 países evaluados e incluidos en el índice mencionado. (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2017 Infrascope*, 2017, EIU, New York, USA, p. 8.)

¹⁷ En el mismo sentido, LAU ALBERDI, Jerónimo, “El Régimen de Participación Público-Privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, N° 12, febrero-abril de 2017, pp. 199-238.

particulares¹⁸. Así se afirmó que esta técnica consiste en la tercerización total o parcial de proyectos de infraestructura y servicios sociales, tradicionalmente asumidos por el Estado, para que su desarrollo sea llevado a cabo por el sector privado con los beneficios resultantes del incremento en la capacidad de inversión proveniente de fondos privados, aumento en la eficiencia y optimización en la asignación de riesgos¹⁹.

Algunos autores ensayaron una definición más precisa del Contrato de PPP al afirmar que se trata de una forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidad son aportados por cada uno de los sectores en forma conjunta, distribuyéndose los riesgos del proyecto de forma de optimizar la participación de cada parte²⁰.

Por otro lado, CRIVELLI, enfatizando su faz contractual, aclara que existe Contrato de PPP cuando *“el Estado o administrador público encomienda a una persona privada el desarrollo de una infraestructura, comprendiendo el diseño, la financiación, la construcción y la operación y mantenimiento, por una plazo determinado o determinable, durante el cual el contratista privado recibe una contraprestación del Estado, de los usuarios o de ambos, establecida en el contrato”*²¹.

¹⁸ Por ello muchos autores incluyen dentro del esquema de PPP al tradicional contrato de concesión de obra pública. Entre ellos: ARAGONE RIVOIR, I., *Desarrollo...*, ob. cit.; HYNES, Verónica, “Asociaciones público-privada”, JA 2008-III-897. Cita online: 0003/013907; HARRIS, Stephen, *Public Private Partnerships: delivering better infrastructure services*, London, Head International Financial Services, Inter-American Development Bank, working paper; entre otros. O directamente identifican al Contrato de PPP con el contrato de concesión. En este último sentido ver: CRIVELLI, J. C., *Inversión Privada en el sector público*, ob. cit.

¹⁹ WISS, Marcia A y MAUREA FARIA, Teresa, *Public Private Partnership in Latin America: Governmental salvation or deception?*, International Bar Association Conference, Auckland, 2004.

²⁰ GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, y BENSADÓN, Pascual, “Algunos aspectos jurídico-económicos...”, ob. cit.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, ob. cit., t.II, p. 556.

²¹ CRIVELLI, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, ob. cit., pp. 64-65. Aunque vale aclarar que el citado autor entiende que no existe ninguna diferencia sustancial entre el Contrato de PPP y el contrato administrativo de concesión de obra pública, afirmando que el único elemento distintivo es que en un Contrato de PPP la contraprestación puede ser pagada por el Estado, mientras que en la concesión necesariamente será abonada por los usuarios.

La realidad es que resulta muy difícil, debido a la propia laxitud de la figura, lograr una definición precisa del Contrato de PPP²². Ocurre que la PPP es en realidad un concepto económico asociado a las más diversas estructuras jurídicas, técnicas y modalidades vinculadas con el desarrollo de obras públicas y servicios de interés general²³.

Independientemente de la imposibilidad de lograr un consenso en cuanto a una definición exacta o precisa de esta figura²⁴, la realidad es que el esquema de PPP constituye en todos los casos el punto de encuentro entre los intereses de los sectores público y privado en relación a un proyecto de infraestructura determinado²⁵, proyecto que, en definitiva, delimitará el contenido de cada Contrato PPP según sus características específicas.

Sin perjuicio de las distintas formas y contenidos que pueden adoptar los diferentes esquemas de PPP, es posible encontrar una serie de características en común o elementos esenciales²⁶:

1. En primer lugar, es posible afirmar que la colaboración entre los sectores público y privado ocurre siempre mediante la redacción de un Contrato. En este sentido, ya sea mediante la creación de una verdadera persona jurídica público-privada²⁷ o por un esquema meramente convencional, la realización en conjunto de proyectos de infraestructura pública siempre se instrumenta mediante un contrato específico, al que denominamos Contrato de PPP.

²² Se afirmó incluso que “*el primer problema que se encuentra al pretender describir el modelo de PPP es definirlo*”. Ver: LUJÁN, Mabel E., “Acerca del nuevo régimen de asociación público-privada. El dec. 967/2005”, RDA 2006-55-216.

²³ ARAGONE RIVOIR, I., *Desarrollo de proyectos...*, ob. cit.

²⁴ Varias posibles significaciones del término “Public-Private Partnership”, adicionales a las ya brindadas, son previstas en LINDER, Stephen H., *Coming to terms with the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings*, American Behavioral Scientist, 1999; Vol. 43, No. 1, pp. 35-51.

²⁵ Cfr. 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 infraestructura pública*, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 582 y ss.

²⁶ Ver en este sentido: AZZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, *Los contratos de participación público-privada...*, ob. cit.

²⁷ Denominado “PPP Institucional”.

2. El Contrato de PPP tiene como objetivo concreto la realización, construcción y puesta en marcha de un proyecto de infraestructura pública o la prestación de un servicio, pudiendo incluir asimismo un conjunto indeterminado de prestaciones adicionales, como la posterior operación y mantenimiento del proyecto, su refacción, gestión, modificación, etc.
3. La finalidad del Contrato de PPP, como no puede ser de otra manera, es la satisfacción de un interés público concreto basado en la necesidad de proveer un servicio o construir un opus determinado para beneficio de la comunidad.
4. El Contrato de PPP es un contrato a largo plazo. En efecto, las cuantiosas sumas de dinero que se requieren para llevar a cabo un proyecto de infraestructura justifican una relación contractual extensa y con un plazo suficiente para amortizar las inversiones realizadas.
5. El Contrato de PPP es un contrato conmutativo y no aleatorio, pues las partes pueden conocer, al momento de su celebración, las ventajas y sacrificios que implicará el negocio²⁸.
6. La financiación del proyecto debe necesariamente provenir del sector privado. De hecho, el esquema de PPP es justamente diseñado para que la infraestructura no deba ser financiada exclusivamente por el Tesoro Nacional.
7. El repago del proyecto y la contraprestación del contratista privado podrá estar a cargo del propio Estado y/o de los usuarios, y vinculada al uso o aprovechamiento de la infraestructura o de los servicios²⁹. Adicionalmente, es posible incluir mecanismo adicionales de repago (como por ejemplo, derechos de explotación sobre determinados bienes de dominio público que pueden constituirse como zonas

²⁸ De su carácter conmutativo se deriva la necesidad de asegurar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero inicial durante toda la vida del Contrato de PPP, tal y como será analizado más adelante.

²⁹ Ya sea mediante el pago directo por parte de los usuarios de una contraprestación por uso o aprovechamiento de la infraestructura o del servicio, o bien, mediante el sistema denominado *shadow toll* o peaje en sombra, en donde el obligado a pagar la contraprestación por uso será el propio Estado en función de la cantidad de usuarios que aprovechen la infraestructura.

comerciales, la contribución de mejoras por parte de terceros que resulten beneficiados por la construcción de la obra, etc.) si las características del proyecto lo permiten.

8. En el Contrato de PPP se introduce una asignación o reparto de todos los riesgos significativos del proyecto entre el contratista privado y el contratante público.
9. Se introducen prerrogativas a favor de la parte pública, aunque moderadas con relación a los contratos administrativos tradicionales.
10. Generalmente, luego de la terminación del Contrato de PPP, el proyecto revierte al patrimonio del Estado Nacional.

II.1.3. El Contrato de PPP como una alternativa a los Contratos Administrativos tradicionales.

La contratación de un privado mediante el sistema de PPP configura una alternativa o variable a los sistemas tradicionales de contratación administrativa que, en el fondo, se traduce en la posibilidad de diseñar un mecanismo de distribución de riesgos más eficiente para atraer inversiones del sector privado. De hecho, el propio art. 2° de la Ley de PPP reconoce que *“los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias”*.

De manera preliminar, es posible resaltar tres características que diferencian sustancialmente a los contratos administrativos tradicionales³⁰ de los contratos diseñados bajo el régimen de PPP.

- A. En primer lugar, la flexibilidad característica de los Contratos de PPP permite introducir mayores variables que posibilitan su aplicación a proyectos de

³⁰ Principalmente: Contrato de obra pública, Contrato de Concesión de Obra Pública y Contrato de Suministro.

infraestructura cuya realización no sería viable mediante un contrato administrativo tradicional.

- B. Por otro lado, los Contratos de PPP son una auténtica forma de colaboración que va no se se limita a ejecutar una prestación o a entregar un bien determinado a cambio de una contraprestación por parte del Estado o los particulares.
- C. Finalmente, el Contrato de PPP es un mecanismo de financiación de infraestructura pública mediante capitales privados en donde no es el Estado sino el particular quien tiene que asumir a su cargo los costos de ejecutar una obra o prestar un servicio determinado.

Seguidamente se analizarán en detalle cada una de estas características del Contrato de PPP para, luego, verificar cómo ellas influyen en la asunción de riesgos por cada sujeto contratante.

II.1.3.1. El Contrato de PPP como un contrato administrativo de contenido indeterminado

Un contrato rígidamente formulado no constituye un marco jurídico idóneo para la realización de proyectos complejos, de difícil definición previa y de resultado imprevisible. En este contexto, un Contrato de PPP se presenta como una alternativa viable al ser una figura contractual abierta y que es posible perfilar en cada caso concreto con el objetivo de obtener financiación y eficiencia³¹.

³¹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El Contrato de Colaboración Público-Privada”, ponencia preparada para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife, 8 a 10 de octubre de 2008, disponible en http://www.cositalfe.es/img/eventos/GASPAR_ARINO.pdf (última visita 29/12/2017). En el mismo sentido ver: CASSAGNE, Ezequiel, “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 107, págs. 925 y 931/932; CASSAGNE, Ezequiel, La colaboración público-privada para la concreción de proyectos de energía renovable en Argentina, RDA 2013-05-01.; GUIRIDLIÁN 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”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 107, págs. 856/860.

Si bien concordamos con que el Contrato de PPP es un contrato administrativo³², la indeterminación inicial de su contenido es tal que resultaría imposible enmarcarlo como un contrato administrativo determinado, a diferencia de los Contratos de Obra Pública y de Concesión de Obra Pública regulados respectivamente por las Leyes N° 13.064 y N° 17.520.

En este sentido, el Contrato de PPP puede adoptar diversas modalidades dependiendo principalmente de su objeto y de la estructura de colaboración que se pretenda. En efecto, el Contrato de PPP es por hipótesis de contenido variable o indeterminado³³.

Con esta brevísima descripción ya es posible imaginarse al Contrato PPP como una figura contractual de amplio alcance y vastas posibilidades tanto para definir su objeto como las modalidades y herramientas más adecuadas para lograr la finalidad que en cada caso se proponga. El legislador ha buscado proporcionar a la Administración Pública y a los contratistas privados una multiplicidad de opciones para que, a la par de obtener de una manera eficaz la finalidad de interés público contenida en todo contrato administrativo, el Contrato de PPP sirva como una posibilidad atractiva para los inversionistas privados.

³² Más allá de las discusiones en torno a si el Contrato de PPP tiene la naturaleza jurídica de un contrato administrativo (por todos ver: DE LA RIVA, Ignacio, “¿Es la participación público-privada un nuevo contrato administrativo?”, publicado en ED, N° 14.173), consideramos que el Contrato de PPP es un contrato administrativo pues cumple con los estándares previstos por la CSJN para definirlo como tal, a saber: presencia del Estado Nacional, existencia de prerrogativas (aunque moderadas en comparación con los contratos administrativos tradicionales), naturaleza esencialmente pública de su objeto, y se agrega el procedimiento reglado de selección del contratista conforme lo previsto en los arts. 12 y ss. de la Ley de PPP. Para analizar en profundidad las características de los contratos administrativos en la jurisprudencia de la CSJN ver: COVIELLO, Pedro José Jorge, *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 89 y ss.

³³ La doctrina española al referirse al Contrato de PPP postula la “teoría del envoltorio” que implica que el acuerdo de voluntades puede envolverse en diferentes “paquetes” formales según cuál sea más apto para el objeto contractual que se pretende realizar. De esta manera, el Contrato de PPP no sería un nuevo tipo de contrato sino más bien un mero envoltorio que puede contener o envolver distintos tipos o figuras contractuales. Ver en este sentido, 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*, N° 3488, mayo 2008, disponible en http://media.wix.com/ugd/a70530_aa7568bee4ec4b60b158685827b0a411.pdf (última visita 21/02/2018).

Al respecto, DE LA RIVA afirma que el rasgo más destacable del Contrato de PPP es justamente su flexibilidad pues *"se trata de un contrato que exhibe como característica definitoria el dar curso, precisamente, a una modalidad de contratación ab initio completamente indefinida y multiforme"*³⁴.

Nuestra legislación recepta de alguna manera esta característica de indeterminación y flexibilidad contractual, permitiendo una amplia combinación de diferentes herramientas e institutos contractuales de acuerdo con las necesidades de cada proyecto específico.

De hecho, el art. 1° de la Ley de PPP presenta un abanico de opciones como objetos contractuales posibles al afirmar que podrá celebrarse Contratos de PPP para desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Asimismo, se expresa que el diseño de los Contratos de PPP podrá tener la flexibilidad que le permita adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas existentes en la materia, especificando luego que los proyectos que se desarrollen bajo la Ley de PPP *"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 art. 1° del Decreto de PPP, por su parte, aclara que podrán incluirse en el Contrato de PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado y amplía de alguna manera los objetos posibles al especificar que *"podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley de Participación Público-Privada los Proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con Contraprestación por Uso y/o con Contraprestación Pública. Cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, debe mediar financiamiento del*

³⁴ DE LA RIVA, Ignacio, "¿Es la participación público-privada un nuevo contrato administrativo?", ob. cit.

Contratista PPP, de Entidades Financiadoras y/o de terceros, respecto de los pagos que deban realizarse bajo los Proyectos”³⁵.

Adicionalmente, en cuanto a las relaciones entre los sujetos contractuales, nuestra flamante Ley de PPP, al igual que algunas legislaciones de derecho comparado³⁶, admite dos sistemas de colaboración entre ambos sectores. Por un lado, el sistema contractual que diseña un esquema de derechos y obligaciones con vínculos puramente convencionales, preservando la independencia de cada una de las partes; y, por otro, el institucional, que implica la creación de una persona jurídica distinta a sus miembros e integrada por socios de la órbita pública y privada³⁷.

Por último, es importante mencionar que el Art. 31 de la Ley de PPP establece que para los Contratos de PPP no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica las disposiciones previstas en el Decreto-Ley N° 1023/2001, en la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y en la Ley N° 17.520 de Concesión de Obras Públicas. Sin lugar a duda, este hecho posibilita la realización de contratos innovadores que puedan o no incluir provisiones propias del régimen general de la obra pública.

II.1.3.2. El Contrato de PPP como un auténtico mecanismo de colaboración entre las partes privada y pública.

El Contrato de PPP es asimismo un auténtico mecanismo de colaboración entre personas públicas y privadas.

El Régimen de PPP prevé una “estrategia de acción común” entre los sectores público y privado y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses apoyados en un proyecto determinado, constituyendo el punto de encuentro de los intereses

³⁵ Conforme la modificación prevista por el art. 3° del decreto N° 936/2017.

³⁶ Como por ejemplo, México, España, Colombia y Chile, entre muchos otros.

³⁷ Conforme se regula principalmente en los arts. 7° y 8° de la Ley de PPP.

y expectativas de los sectores público y privado respecto de un mismo proyecto de infraestructura³⁸.

El mecanismo previsto en el régimen de PPP implica, en términos generales, estructurar relaciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de formas o maneras por las que se busca esencialmente la colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas con el fin de lograr en conjunto el desarrollo de infraestructuras, la prestación de servicios o la creación de alguna otra utilidad pública. En este sentido, Participación Público-Privada implica un instrumento formal en donde se encuentran los intereses públicos y privados dando origen a una verdadera asociación³⁹.

II.1.3.3. El Contrato de PPP como una técnica de financiación privada de obras de infraestructura pública.

³⁸ AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas, VV.AA., Organización administrativa, función pública y dominio público”. *Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho los días 19, 20 y 21 de mayo de 2004*, RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 361-437.

³⁹ Cfr. DE LA RIVA, Ignacio, *¿Es la Participación Público-Privada (PPP) un nuevo contrato administrativo?*, ob. cit. En el mismo sentido ver FUENTES FERNÁNDEZ, Adolfo, “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, mayo-agosto año X, N°29, p. 44 y ss.

Así, este carácter esencialmente asociativo del Contrato de PPP es el factor que lo diferencia del tradicional modelo concesional. Es posible diferenciar la concesión de obra pública, como un modelo de financiación privada de proyectos, de los regímenes de PPP en la medida en que éstos implican un involucramiento de la parte privada que incluye aportes diversos, distribución de riesgos y relaciones multilaterales complejas, sin desconocer que, como hemos visto, la flexibilidad del Contrato de PPP permite integrar el desarrollo de un proyecto mediante un esquema concesional. (En contra CRIVELLI, J.C., *Inversión privada en infraestructura pública*, ob. cit. Para el autor citado no existe en realidad diferencia sustancial alguna entre un Contrato de PPP y una concesión de obra pública más allá de que en esta última el repago de la obra será asumido de modo exclusivo por los usuarios, mientras que en los Contratos de PPP, se permite también una contraprestación con fondos públicos.)

Ahora bien, la PPP, si bien incluye un verdadero grado de involucramiento del sector privado, mayor al del mero rol de constructor o proveedor, no llega a constituir una verdadera privatización. En los mecanismos de PPP, a diferencia de las denominadas técnicas de privatización, el Estado no llega a convertirse en un regulador del servicio, sino que aparece involucrado directamente en el desarrollo de la infraestructura o en la prestación del servicio, ya sea como entidad contratante o como parte integrante de la estructura societaria para llevar adelante el proyecto. En este sentido, podemos sostener que la privatización es la transferencia lisa y llana al sector privado de un servicio o producción de un bien que con antelación realizaba el Estado, mientras que en los esquemas de PPP lo que se busca es que ambas partes actúen en colaboración para desarrollar mejores proyectos que satisfagan el interés público. En el mismo sentido ver: MAIRAL, Héctor, *La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, N° 320, Buenos Aires, 2005, p. 140; AGUILAR VALDEZ, O., *Contratación administrativa y financiamiento*, ob. cit., p. 582 y ss; y AZZARRI, J. Cr. y VEGA OLMOS, J., *Los contratos de participación público-privada....* ob. cit

Por último, el Contrato de PPP constituye una técnica de financiación privada de obras de infraestructura pública que modifica radicalmente los riesgos de la contratación con relación al reparto que resulta del tradicional contrato de obra pública. Veamos:

En un esquema clásico de obra pública, el Estado paga directamente el costo por la construcción del opus, ya sea con los recursos disponibles del erario público o mediante la obtención de préstamos por parte de organismos internacionales⁴⁰. En el modelo tradicional regulado por la Ley N° 13.064, grosso modo, el contratista privado debe cumplir con cada etapa de la construcción de la obra, conforme está previsto en los respectivos pliegos de bases y condiciones y en el contrato, y el Estado debe realizar el pago del monto que surja de la certificación de los acopios de materiales utilizados y la parte de la obra construida. Esto significa que el contratista no financia al Estado más que en cada etapa o entrega certificada por el comitente⁴¹ y el riesgo de obtener la financiación necesaria para encarar la construcción de un proyecto determinado lo posee exclusivamente el Estado.

Este modelo tradicional de costeo y pago de infraestructura puede presentar, al menos, los siguientes inconvenientes y objeciones⁴²:

- i. La posibilidad de ejecutar un proyecto, aun cuando se trate de infraestructura sumamente necesaria para el bien común, se hallará siempre condicionada a las restricciones presupuestarias del momento, pudiendo ocurrir que nunca se

⁴⁰ De hecho, el propio art. 1° de la ley 13.064 de Obra Pública establece que se considera “obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación”. Sobre el particular se ha dicho que existirá “obra pública” si el Estado, actuando por sí o por delegación, realiza inversión en construcciones que se costea con cargo a las rentas de la Nación (Cfr. DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y Anotada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 4-5. En el mismo sentido ver GORDILLO, Agustín A., “Obra pública y contrato de obra pública”, en AA. VV., *Contratos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t.1, pp. 71 y ss.).

⁴¹ Cabe recordar, en este sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: “(...) resulta obvio que en los contratos de obras públicas no se puede exigir que un contratista disponga de antemano del capital necesario para afrontar la totalidad del presupuesto. Cuenta ello, como es lógico y natural, con las sumas que va percibiendo durante el curso de los trabajos de acuerdo con las certificaciones pertinentes previstas en el reglamento y pliego de condiciones respectivas (...)” (conf. CSJN, 11/09/9172, “Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica S.A.”, Fallos 283:345, considerando 12).

⁴² Cfr. AGUILAR VALDEZ, O., *Contratación administrativa y financiamiento*, ob.cit., p. 580 y ss.

habilite una determinada partida presupuestaria para la ejecución del proyecto⁴³, o bien, que la obra termine paralizada por falta de recursos para su continuación.

- ii. El riesgo de la insolvencia estatal es soportado exclusivamente por el contratista y quienes lo financien, lo que redundará en un fuerte aumento del precio de la obra para el Estado y, por ende, en mayores cargas fiscales para los contribuyentes sin que necesariamente se obtenga mejor calidad en la infraestructura.
- iii. En general las obras de infraestructura requieren de capital intensivo y se amortizan en un largo periodo de tiempo. Esto provoca que los contribuyentes actuales sean quienes deban soportar las cargas fiscales para costear un proyecto determinado sin distinción de sus posibilidades efectivas de utilizar la infraestructura, lo que genera inequidades intergeneracionales e interregionales⁴⁴.

⁴³ Conforme el art. 4° de la Ley de Obras Públicas “antes de sacar una obra pública a licitación pública o de contratar directamente su realización, se requerirá la aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados, que deberá ser acompañado del pliego de condiciones de la ejecución, así como de las bases del llamado a licitación a que deban ajustarse los proponentes y el adjudicatario, y del proyecto de contrato en caso de contratación directa”. Asimismo, el art. 7° de la misma ley precisa que “no podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal”. Sin perjuicio de ello, la CSJN ha precisado en el precedente “Libedinsky” que el acto de convocar a una licitación para la construcción de una obra pública sin crédito disponible no acarrea la nulidad absoluta del procedimiento sino que es un acto pasible de saneamiento sin con posterioridad se obtienen las partidas presupuestarias correspondientes (CSJN, 12/03/1987 “Libedinsky, Jorge SACIF y C c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 310:548; ver comentario del fallo citado en BIANCHI, Alberto B., “El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación”, 12/03/1987, ED 125-270).

⁴⁴ El principio de equidad aplicado al financiamiento de obras o servicios públicos básicamente exige que sean los beneficiarios directos de la infraestructura quienes participen en su financiación en la medida del beneficio obtenido. Así, la equidad intergeneracional supone que los costos del desarrollo de un proyecto de infraestructura sean soportados por las generaciones a quienes pueda llegar su beneficio. Por su parte, la equidad interregional se logra al destinar recursos presupuestarios a regiones en donde los niveles de renta sean menores, buscando alternativas de inversión extrapresupuestarias para aquellas regiones más desarrolladas y, consecuentemente, más atractivas para inversiones privadas. Ver en este sentido: 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*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 47 y ss.

Por otro lado, vale destacar que el art. 4°, inc. h) de la Ley de PPP, incluye entre los principios a ser respetados por el ente contratante a la hora de estructurar Proyectos de PPP, el “incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos”.

- iv. Teniendo en cuenta que una infraestructura sólo se justifica desde el punto de vista económico, político y jurídico en función de su explotación, la inversión realizada por el Estado de modo integral y previo a que la obra pueda ser utilizada, hace que la Administración pública – y por ende los contribuyentes – asuma totalmente el riesgo de su falta de uso u operatividad.

Frente a estos problemas, la alternativa de recurrir a un Contrato de PPP como un mecanismo para obtener capitales privados surge como una opción válida pues, cuando se recurre a la financiación privada, la posición del Estado cambia radicalmente. De esta manera será el inversionista, y no el Estado, quien asuma el riesgo de conseguir la financiación necesaria para llevar adelante un proyecto determinado para luego, una vez finalizada la obra, obtener un repago por parte de los usuarios, del propio Estado o de ambos.

II.1.4. Ventajas y desventajas de los mecanismos de PPP.

Una vez analizadas someramente las principales características de los Contratos de PPP, estamos en condiciones de evaluar si verdaderamente ofrece ventajas ciertas que, en algunas oportunidades, los convierte en una alternativa más razonable que los contratos administrativos tradicionales. Veamos:

En primer lugar, como apuntamos más arriba, la utilización de un esquema de PPP aísla al proyecto de las restricciones presupuestarias, al menos hasta que finalice su construcción, permitiendo al Estado provisionar su presupuesto para abonar el costo del proyecto a lo largo de toda o gran parte de su vida útil.

Por otro lado, y como obvia consecuencia de lo anterior, el avance en la construcción del proyecto no se verá cortado por restricciones presupuestarias por parte del Estado⁴⁵, siendo el constructor o contratista privado el primer interesado en finalizar el

⁴⁵ Es preciso recordar, además, que el gasto de inversión en infraestructuras generalmente debe distribuirse en varios ejercicios presupuestarios, constituyéndose en “deuda pública” en los términos del art. 57, inc. d, de la ley 24.156. Por este motivo, quedará sometido a las limitaciones que, tanto en el orden interno como en el

proyecto para poder obtener lo antes posible el repago de su inversión. Se produce, ciertamente, una mayor celeridad en la finalización de la obra dado que el riesgo de las demoras es asumido por el contratista privado.

En tercer lugar, si además se pacta que el contratista privado será quien deba mantener u operar el proyecto luego de realizar su construcción, se genera una garantía adicional en la calidad y buen funcionamiento de la infraestructura pues, si el contratista ahorra o escatima inversiones en la etapa de construcción, luego deberá invertirlo en gastos de mantenimiento u operación.

Advertimos además como una de las principales ventajas del mecanismo de PPP, la posibilidad cierta de transferir riesgos significativos del proyecto (como ser los riesgos vinculados al diseño y construcción, el riesgo comercial por el uso o aprovechamiento de la infraestructura o los servicios, riesgos de operación y mantenimiento, etc.) al sector privado, que, usualmente, se encuentra en mejores condiciones de asumirlos debido a su preparación técnica y profesional.

Por último, entendemos que la colaboración privada en el sector público permite (i) maximizar la utilidad de la infraestructura en función de su explotación mediante la provisión de servicios de calidad; (ii) crear incentivos para la innovación técnica; (iii) generar el desarrollo de finalidades de interés social; y (iv) fomentar el impulso de un nuevo sector de negocios antes excluido de la participación privada⁴⁶.

Como contrapartida, este esquema también presenta una serie de desventajas en relación a los contratos administrativos tradicionales, desventajas que, en última instancia, se asocian principalmente al aumento de los costos para realizar del Proyecto.

En concreto, el aumento en los costos se genera por:

orden internacional, fueron establecidas para restringir el incremento de la deuda pública (Cfr. AGUILAR VALDEZ, O., *Contratación administrativa y financiamiento*, ob. cit., p. 582 y ss.)

⁴⁶ HARRIS, Stephen, *Public Private Partnerships...*, ob. cit.

1. La traslación de riesgos a los privados, que deriva necesariamente en un aumento de precios de la infraestructura que se verá reflejado en el monto que deban abonar los administrados por el uso de la infraestructura, o bien, en los pagos que debe asumir el Estado una vez ejecutado el proyecto.
2. El largo plazo que se precisa para el repago de la obra y la amortización de la inversión⁴⁷.
3. El costo del financiamiento privado que, de por sí, y en especial en aquellos Estados cuyo riesgo país es considerable, se adquiere a tasas de interés más altas que si el crédito es tomado por el sector público⁴⁸.

Ahora bien, el eventual mayor costo nominal de una infraestructura puede llegar a compensarse con la merma de los riesgos que el Estado deja de asumir o tomar cuando recurre a los esquemas de PPP para el desarrollo de infraestructuras y servicios y con la obtención de mayor valor económico y social por el dinero invertido⁴⁹. Por ello sostenemos que una correcta asignación o distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado es crucial para la viabilidad de un proyecto a ser ejecutado mediante un Contrato de PPP.

Así, habiendo llegado a este punto de la exposición, pasaremos a analizar de modo general cómo influye la distribución de riesgos en el diseño de un esquema de PPP.

II.2. Importancia de una correcta distribución de riesgos entre el sector público y el contratista privado.

⁴⁷ En efecto, el factor con mayor incidencia en el costo de realizar infraestructura recurriendo a inversiones privadas es el precio del dinero necesario para llevarlas a cabo. Cfr. FANELLI EVANS, Guillermo, “La financiación de concesiones de obras y de servicios públicos”, LL 1998-D-958.

⁴⁸ Al tiempo que la cancelación del préstamo está condicionada a los rendimientos económicos de un proyecto determinado y no exclusivamente a los recursos fiscales del Estado. Cfr. RUSAILH, Juan José, “Aprendiendo de los demás...”, ob. cit.

⁴⁹ La PPP afronta, necesariamente, mayores costos de transacción y financieros en comparación con los costos que supone recurrir al financiamiento con fondos públicos. Estos mayores costos deberían compensarse con la mejora en los niveles de eficiencia en el proyecto que podría reportar la gestión por parte del sector privado. Cfr. DE LA RIVA, Ignacio, “Nuevos modelos de financiación de infraestructura pública”, en *Revista digital de derecho administrativo*, N° 17, Primer semestre 2017, pp. 193-212.

Existen dos marcos o niveles de riesgos que pueden influir en la contratación administrativa: por un lado, el riesgo global o macroeconómico y, por otro, los riesgos específicos de cada contrato. Al mencionar el riesgo macroeconómico nos referimos a la percepción que el mercado internacional de capitales tiene sobre un país determinado y que se expresa en términos de costos financieros (riesgo país⁵⁰). Esta percepción, que indudablemente influye en los costos de un Contrato de PPP en donde los privados deben asumir el riesgo financiero, es una situación rígida y totalmente ajena a las partes del Contrato.

Por el contrario, los riesgos específicos de cada contrato son todos aquellos sobre los cuales las partes tienen control y pueden actuar para mitigar sus consecuencias.

Así, la única manera de atenuar los efectos del riesgo global, de gran peso en países en vías de desarrollo como la Argentina, es disminuir aquellos propios del Contrato de PPP a fin de compensar sus altos costos financieros.

De esta manera, los riesgos y la asignación que se haga de ellos a cada una de las partes son uno de los aspectos centrales a la hora de definir la viabilidad de un Contrato de PPP, sus costos para el usuario y los rendimientos que produzca para la sociedad en general⁵¹.

Por otro lado, además de lograr disminuir los impactos macroeconómicos, el esquema de reparto y asunción de riesgos influirá en, al menos, las siguientes cuestiones de trascendental importancia:

⁵⁰ En términos financieros, el riesgo se refiere a la variabilidad de los rendimientos de una inversión (Cfr. SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, Williams, *Economía (con aplicaciones a Latinoamérica)*, 19ª edición, Editorial McGrawHill, México, 2010.) En este sentido, el riesgo país es una percepción global y subjetiva, calculada por calificadoras internacionales de riesgos que, teniendo en cuenta varios factores, determina cuál es el costo de financiar a cada país.

⁵¹ Cfr. CRIVELLI, J. C., *Inversión privada en el sector público*, ob. cit., p. 305 y ss. En los países poco desarrollados, disminuir razonablemente los riesgos propios del contrato es sustancial para lograr compensar los altos costos financieros por recurrir a la financiación privada.

1. El precio del contrato⁵² que necesariamente impactará en la contraprestación que el usuario de la infraestructura deba abonar por su uso o en los pagos diferidos que el Estado deba realizar como repago de la obra.
2. La transparencia en la determinación de los costos reales del proyecto, dado que algunos riesgos se evalúan con estimaciones puramente especulativas destinadas a financiar el riesgo si es que acaece⁵³
3. La concurrencia de oferentes con la capacidad, patrimonio y antecedentes técnicos suficientes para asumir la cantidad de riesgos transferidos, lo que reduce considerablemente la competencia en un procedimiento licitatorio y dificulta la elección de la oferta más conveniente para el interés público⁵⁴.
4. El acceso al financiamiento por parte de organismos de crédito.
5. El costo y las posibilidades de obtención de garantías de cumplimiento del Contrato de PPP.
6. El aumento del valor del dinero invertido y en la conveniencia de ejecutar un proyecto determinado mediante un mecanismo de PPP⁵⁵.
7. En definitiva, en los costos reales para poner a punto una obra de infraestructura determinada.

⁵² Es importante recordar un principio básico en todas las actividades económicas que se proyecta también en la contratación administrativa: el costo de cualquier producto o servicio aumenta en proporción a los riesgos involucrados en su producción o prestación.

⁵³ Cfr. CRIVELLI, J. C., *Inversión privada en el sector público*, ob. cit., p. 314.

⁵⁴ La concurrencia de oferentes brinda a la Administración Pública la posibilidad de elegir mejor porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán también las opciones y, por ende, las posibilidades de obtener un elevado nivel de idoneidad del contratista y de que su oferta sea la más adecuada para satisfacer la finalidad de interés público presente en todo contrato administrativo. En este sentido ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública: nociones – principios - cuestiones*, Lexis-Nexis, 2º Edición – actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2006, p. 73 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 86; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor J.; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, t.1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 1150 y ss.; BUJ MONTERO, Mónica, “La licitación pública: principios generales”, publicado en FARRANDO, Ismael (h) (Director), *Contratos administrativos*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 79 y ss., entre otros.

⁵⁵ Conforme se desarrollará en el apartado siguiente.

Consecuentemente en cada Contrato de PPP será decisivo establecer a priori y de manera precisa y concreta qué riesgos quedarán a cargo de la parte pública y cuáles serán asumidos por el contratista privado.

El principio cardinal a la hora de distribuir los riesgos asociados a la construcción, modificación, mantenimiento y/u operación de un proyecto determinado es que deben ser asignados a la parte que esté en mejores condiciones de asumirlo y minimizar su impacto, de manera tal de optimizar la realización del proyecto y reducir sus costos.

En este sentido, el art 9º, inc. b) de la Ley de PPP establece con muy buen criterio que los Contratos de PPP deberán contener previsiones que contemplen *“el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”*.

Bajo este principio, la evaluación sobre los riesgos que conlleva realizar un proyecto determinado y su eficaz distribución deberá realizarse en dos momentos esenciales:

1. Primer momento: la conveniencia de optar por un contrato administrativo tradicional o por un Contrato de PPP;
2. Segundo momento: una vez verificado que la consecución del Proyecto es viable mediante el desarrollo de un mecanismo de PPP, en el mejor diseño del Contrato de PPP, de manera tal de asignar los riesgos a la parte en mejores condiciones de afrontarlos.

Analizaremos seguidamente cómo influye el análisis de riesgo en estos dos momentos en particular.

II.2.1. ¿Por qué optar por un PPP en lugar de un contrato administrativo tradicional para ejecutar un proyecto de infraestructura pública? El concepto de Value for Money

La aludida flexibilidad del Contrato de PPP otorga un amplio margen de maniobra para diseñar la estructura que mejor se amolde a las exigencias para la construcción de una determinada obra pública, resultando atractivo para los privados y conveniente para el interés público. Sin embargo, no debemos olvidar que la utilización de un Contrato de PPP es también alternativa a los contratos administrativos tradicionales. Esto quiere decir que la autoridad pública contratante deberá, de modo previo al diseño de un esquema contractual colaborativo, realizar un análisis profundo y brindar los motivos específicos por los cuales será realmente más conveniente para el interés público la elección de un Contrato de PPP para llevar a cabo un proyecto determinado, máxime cuando los costos de la financiación privada serán comparativamente más altos.

En este entendimiento, el art. 13°, inc. a), de la Ley de PPP expresamente dispone que *“previo a efectuar el llamado a licitación o concurso público para la adjudicación y ulterior celebración de un contrato de participación público-privada, y sin perjuicio del cumplimiento de lo prescripto en el segundo párrafo del artículo 29 de la presente ley, la autoridad convocante deberá emitir un dictamen respecto de los siguientes aspectos:* a) *La factibilidad y justificación de la contratación mediante la celebración de un contrato de participación público-privada, previa intervención de la unidad de participación público-privada, exponiéndose las razones por las cuáles se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante el recurso a esta modalidad frente a otras alternativas contractuales disponibles”*. Asimismo, al reglamentar este artículo, el Decreto de PPP establece que, a los efectos de la emisión del dictamen mencionado, se deberá exponer la necesidad y justificación de los proyectos, brindando las razones concretas por las que se considera que el interés público será mejor atendido mediante el régimen de PPP frente a otras alternativas contractuales disponibles⁵⁶.

⁵⁶ Ver Art. 13, inc. 1. Sobre el particular es posible destacar además que el documento preliminar de las “Guías de PPP: Informe de las Autoridades Convocantes”, publicado recientemente por la Subsecretaría de Participación Público-Privada (SSPPP), indica que se puede considerar que el interés público se verá mejor

Ante tales consideraciones debemos necesariamente preguntarnos si existe una regla determinante para decidir cuándo es viable recurrir a un mecanismo de PPP para llevar a cabo una obra de infraestructura pública.

En líneas generales, se coincide en afirmar que la utilización de un mecanismo de PPP, ya sea del tipo puramente contractual o del tipo institucional, sólo deben ser utilizados cuando el análisis de la viabilidad económica del proyecto arroje resultados más eficientes que si fuera realizado mediante financiación pública⁵⁷.

En otras palabras, el análisis económico del proyecto deberá resultar más beneficioso para el interés público si se decide realizarlo mediante un mecanismo de PPP. Y, en este sentido, el sector público deberá asegurar que, aun cuando ejecutar un proyecto por medio de un Contrato de PPP resulte más costoso en términos monetarios, se asegura un mayor valor real por el dinero invertido⁵⁸ (Value for Money o ecuación precio-calidad)⁵⁹.

atendido mediante el régimen de PPP, frente a otras alternativas contractuales disponibles, en función de la aplicación de los siguientes criterios de elegibilidad: (i) ventajas y desventajas del régimen general de contratación pública frente al régimen de PPP; (ii) magnitud e importancia de cada proyecto, que justifique la aplicación del régimen de PPP; (iii) nivel de transferencia de riesgos al sector privado; (iv) capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio en cuestión, (v) interés del sector privado, (vi) fortaleza institucional como factor asociado al éxito de los proyectos; y (vii) financiamiento por parte de los usuarios. (Ver: SSPPP, *Guías de PPP: Informe de las Autoridades Convocantes*, Documento preliminar, disponible en <https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/guias.php>, pp. 1 y 2, última visita 25/02/2018).

⁵⁷ El análisis del costo-beneficio es fundamental, pues, muchas veces puede ser más conveniente para el Estado asumir ciertos riesgos antes que soportar el aumento en los costos de la obra que generaría su traspaso al contratista privado. Ver en este sentido, MAIRAL, H., *Asignación de riesgos...*, ob. cit.

⁵⁸ El costo de una infraestructura es el monto en dinero que debe pagar el Estado por su desarrollo; el valor, en cambio, se refiere al grado de utilidad del proyecto, a la rentabilidad socio-económica que produce la infraestructura (mejor calidad de vida para la población, desarrollo del comercio y la industria en una zona determinada, generación de puestos de trabajo, etc.).

⁵⁹ En esta misma línea se expresa Valcárcel Fernández al afirmar que la conveniencia de celebrar un Contrato de PPP, pese al mayor coste que supondrá la ejecución del proyecto por el sector privado, se justifica ante la existencia de un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione “*Value for Money*”. Si el valor añadido en eficiencia y calidad al proyecto es concreto y supone que el objetivo de interés general quede adecuadamente atendido, puede compensar ese mayor desembolso final de fondos públicos. (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos*, en GIMENO FELIÚ, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 435 y ss.)

La pregunta en concreto que la Administración Pública debe plantearse es si optar por un mecanismo de PPP ofrece y garantiza mayor valor por el dinero invertido que ejecutar el proyecto mediante un contrato de obra pública tradicional⁶⁰.

En este sentido, y reconociendo la importancia de generar valor por dinero mediante la opción de recurrir a un Contrato de PPP, el art. 13 de la Ley de PPP, especialmente en sus incisos e), f), g) y h), reconoce que la Autoridad Convocante, de modo previo a convocar una licitación o concurso para adjudicar un Contrato de PPP, deberá evaluar y emitir un dictamen que incluya, entre otros, los siguientes aspectos: (i) las externalidades que provocará el proyecto, incluyendo la estimación sobre el flujo probable de ingresos futuros que generará su desarrollo a favor de las jurisdicciones pertinentes; (ii) el impacto en la generación de empleo y en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general; indicando la cantidad de puestos de trabajo directos e indirectos que se estima que serán generados, así como el porcentaje de participación de la industria nacional en general y de las pequeñas y medianas empresas en especial que se estima que tendrá lugar, de modo directo o indirecto, durante la ejecución del proyecto; (iii) el impacto socio ambiental; y (iv) evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato. En definitiva, el dictamen reglado en artículo mencionado implica realizar la evaluación del *value for money* o del valor del dinero que generará la realización de un proyecto mediante un Contrato de PPP.

II.2.2. La distribución de los riesgos específicos en el Contrato PPP para reducir costos y mitigar los efectos de los riesgos macroeconómicos

⁶⁰ En sistemas de derecho comparado, y fundamentalmente en Gran Bretaña, se utiliza una evaluación específica para determinar concretamente si se obtendrá un mayor valor por el dinero invertido al recurrir a un mecanismo de PPP. Dicha evaluación, denominada “Public Sector Comparator” (PSC, también conocida como “Public-Sector Benchmark” o PSB), consiste en un sistema donde se comparan los costos de los servicios prestados por el sector público a la sociedad con los costos de alguna forma de colaboración entre el sector público y el privado. Conforme lo define YESCOMBE, “a PSC is an assumption of what the Net Present Value (NPV) cost (sometimes known as the net present cost (NPC)) of the project would have been had it been acquired through a conventional public-sector procurement, which is then compared with the NPV cost of the PPP. The latter may also be estimated, or it may be known if bids have been received for it. If the PPP’s NPV cost is lower than the PSC, the PPP can be justified.” (YESCOMBE, E.R., *Public-private partnerships*, ob. cit., p. 62).

En un segundo momento, una vez determinado que la realización del proyecto es viable mediante un Contrato de PPP, es menester estructurar sus cláusulas de manera tal de lograr una adecuada distribución de riesgos entre el contratante público y el contratista privado⁶¹.

Sobra recordar en este sentido que el recaudo de aumentar “valor por dinero” sólo se logra mediante una mejor distribución de los riesgos según quien se encuentre en mejores condiciones de afrontarlos, pues así, a la par que se reducen costos financieros, se optimiza el rendimiento económico de la inversión⁶².

En efecto, el objetivo de la Administración a la hora de celebrar un Contrato de PPP no es simplemente reducir los costos⁶³ o transferir la mayor cantidad de riesgos al particular, sino velar por el logro del interés público comprometido en el desarrollo de un proyecto determinado. Ello supone, justamente, lograr una distribución de riesgos adecuada y eficiente que, entre otras cuestiones, contribuya a reducir los costos a largo plazo, aumentar el valor por el dinero invertido, incentivar al contratista a ejecutar sus prestaciones cumpliendo con los plazos y estándares de calidad acordados, mejorar los servicios incrementando la eficiencia operativa, etc.⁶⁴.

⁶¹ Como lo afirmó GRANILLO OCAMPO refiriéndose a los contratos administrativos en general, “*el problema del derecho no es determinar qué clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más de las aleas en un contrato concreto*”. (GRANILLO OCAMPO, Raúl E., *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p.7).

⁶² Conforme lo expone una de las Guías de PPP, una de las maneras principales por las que un proyecto desarrollado bajo la modalidad de PPP puede generar valor para el Estado es a través de una adecuada asignación y distribución de riesgos entre las partes. Ello implica que el Estado puede estar generando valor bajo la modalidad de PPP ya que, en general, la mayoría de los riesgos bajo la modalidad de obra pública tradicional son retenidos o asignados al Estado. Transferir todos los riesgos al sector privado no sería lo óptimo, ya que éste exigiría una tasa de retorno por su inversión muy elevada, lo que incrementaría el costo social de los proyectos, e implicaría que no sea financieramente viable o que no atraiga a suficientes inversionistas. SSPPP, *Guías de PPP...*, cit., pp. 6 y ss.

⁶³ La reducción de los precios y el recurso a las técnicas para mantenerlo fijos e invariables no pueden convertirse en un fin en sí mismo porque ello obsta al cumplimiento real de los contratos, impacta en los derechos laborales y económicos de los particulares, menoscaba la calidad de las prestaciones y conlleva el riesgo del deterioro a los intereses públicos que la Administración debe satisfacer (Cfr. IBARZÁBAL, Milagros, “El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada”, EDA, N° 14.173, 03/05/2017, con cita a VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 19 y ss.).

⁶⁴ GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADON, Pascual, “Algunos aspectos jurídico-económicos...”, ob. cit.

Así, si asumimos que a mayor riesgo, mayor será también el costo, es importante realizar un esfuerzo al momento de diseñar el Contrato de PPP de manera tal de lograr una distribución de los riesgos que impacte de la menor manera posible en el costo del proyecto, pues, en definitiva, todos los costos serán transferidos a la contraprestación que deberá afrontar el Estado o los propios usuarios.

II.2.3. La importancia del mantenimiento de la ecuación económica-financiera.

De modo previo a avanzar a la segunda parte de este trabajo y analizar en concreto los riesgos específicos del Contrato de PPP y su adecuada asignación, vale la pena detenernos en la siguiente consideración:

Una vez distribuidos los riesgos entre las partes de un Contrato de PPP se producirá un equilibrio inicial plasmado en la ecuación económico-financiera que deberá mantenerse durante toda la vida del contrato.

Las partes del contrato pactaron inicialmente que la igualdad en la ecuación económico-financiera se configura con la asunción del riesgo que fuere por la parte que lo tomó a su cargo, y esa es la ecuación que debe mantenerse a lo largo del contrato⁶⁵, aún cuando para ello deban variar otros elementos, tales como el plazo, la contraprestación o la inversión.

Aunque sea una verdad de Perogrullo, no debemos olvidar que los contratos a largo plazo están sometidos a varios riesgos y vicisitudes que, durante el tiempo de ejecución, pueden producir desequilibrios que afecten gravemente la ecuación económica-financiera inicial. Así, de nada sirve realizar una eficiente distribución de riesgos ab-initio, si durante la ejecución del contrato ella puede ser alterada en perjuicio de una de las partes. La

⁶⁵ La necesidad de respetar y mantener el equilibrio económico-financiero inicial en los contratos administrativos no deriva del principio de respeto a la autonomía de la voluntad, sino de principios propios de la contratación administrativa que imponen la preeminencia del fin público sobre los intereses pecuniarios de las partes. En efecto, el principio del equilibrio económico es la contrapartida de las facultades exorbitantes de la Administración y constituye el contrapunto en virtud de la posición de privilegio que ostenta la Administración pública como ejecutora del bien común (Cfr. GRANILLO OCAMPO, R., *Distribución de Riesgos...*, ob. cit., pp. 99-100; en el mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 242 y ss.)

distribución de riesgos debe plasmarse siempre manteniendo el necesario equilibrio que existe en un Contrato de PPP y permanecer inerte a lo largo de su ejecución, en caso contrario, se podría frustrar el vínculo o generarse sobrecostos innecesarios, aniquilando el valor por el dinero que se calculó a la hora de optar por un mecanismo de PPP.

En efecto, el diseño de mecanismos que permitan realizar una distribución de riesgos preservando el equilibrio económico-financiero inicial del Contrato de PPP a lo largo de toda su duración, contribuye a disminuir los costos financieros⁶⁶, a aumentar el valor del dinero invertido y, en definitiva, a posibilitar la correcta ejecución del proyecto. Resulta claro en este sentido que, de no respetarse durante toda la vida del contrato el equilibrio económico-financiero original se acabará por frustrar su finalidad y, a fin de cuentas, se atentarán contra el interés general⁶⁷.

De esta manera, el paradigma central, y sobre el que debe realizarse la distribución de riesgos en los contratos a largo plazo y preverse los mecanismos contractuales o legales para disminuirlos, es asegurar la vigencia permanente del equilibrio económico-financiero original del contrato⁶⁸.

III. SEGUNDA PARTE: SOBRE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS DEL CONTRATO DE PPP. REGULACIÓN LEGAL. FORMAS DE ATENUACIÓN. LEGISLACIÓN COMPARADA

⁶⁶ Dado que facilita la obtención de financiamiento a tasas más accesibles para la parte privada y reduce el margen que el contratista adiciona a sus costos para afrontar posibles imprevistos, provocando, en definitiva, un impacto positivo en la merma del precio a pagar por la infraestructura. Ver en este sentido FANELLI EVANS, Guillermo, "La ecuación económica-financiera en las concesiones de obra y servicios públicos", LL, 1996-E-1043.

⁶⁷ Cfr. IBARZÁBAL, Milagros, "El equilibrio...", ob. cit.

⁶⁸ En el mismo sentido ver CRIVELLI, Julio C., "Leyes de concesión y PPP en países emergentes o cómo construir un "puente jurídico" que haga posible que los mercados de capitales desarrollados financien infraestructuras públicas en países emergentes", presentación realizada en el Ciclo Academia y Sociedad organizado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas el 25/08/2016, texto escrito disponible en http://www.anceargentina.org/site/trabajos/Crivelli_Leyes_Concesion.pdf (última visita en fecha 20/02/2018). Resulta interesante destacar la opinión del autor en cuanto entiende que el paradigma central para elaborar Contratos de PPP en los países desarrollados es la transferencia de riesgos al sector privado, en tanto dicha transferencia acarrea costos financieros relativamente bajos. En cambio, en los países emergentes, tal paradigma cambia sustancialmente, dado que esos mismos riesgos al transferirse al sector privado generan costos financieros altísimos que además se asocian a un significativo riesgo país. Por tal motivo, el paradigma de la transferencia de riesgos en los países emergentes debe ser sustituido por asegurar la vigencia permanente del equilibrio económico-financiero de un Contrato de PPP.

III.1. Esquema general de un Contrato de PPP

A los efectos de comprender de manera integral la importancia de la distribución de los riesgos en el marco de un Contrato de PPP, sería útil explicar, de modo preliminar y sintético, cómo es la estructura contractual a la que se recurre para ejecutar un proyecto de infraestructura bajo un esquema de PPP.

Al recurrir a un mecanismo de financiación privada de proyectos públicos, especialmente cuando se trata de un mecanismo de PPP, se diseña en realidad un complejo de varios contratos que se interrelacionan entre sí⁶⁹.

El contrato principal y sobre el cual se estructurarán las demás relaciones contractuales es, obviamente, el Contrato de PPP celebrado entre el Ente Contratante y el Contratista PPP⁷⁰. En sus cláusulas se prevé, en definitiva, la obligación del Contratista PPP de construir, hacer construir, operar y/o mantener el proyecto contra el pago que recibirá del Estado, de los usuarios o de ambos, una vez que éste se encuentre en operación.

Generalmente, el Contratista PPP es una Sociedad de Propósito Específico o SPE constituida a los fines de ejecutar el proyecto siendo sus accionistas los Oferentes que resultaron adjudicados en la licitación correspondiente⁷¹. El proyecto será el exclusivo y principal activo de la SPE y servirá como garantía para obtener financiamiento externo.

Los accionistas de la SPE, si bien deberán contar con la capacidad técnica y económica prevista en los Pliegos para llevar adelante el proyecto, y realizarán aportes de capital a la SPE, no financiarán completamente la infraestructura sino que buscarán el

⁶⁹ Para una descripción detallada del complejo de contratos en la financiación privada de proyectos públicos ver GERSOVICH, Carlos E. y TAVARONE, Marcelo, *Financiación de Proyectos*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

⁷⁰ A los efectos descriptivos, las palabras escritas en mayúscula serán las utilizadas y definidas por el Decreto de PPP en su capítulo preliminar. Así, Ente Contratante es definido como “*el órgano o ente del Sector Público Nacional que suscribe el Contrato PPP con el Contratista PPP, encomendándole la responsabilidad por la ejecución del Proyecto*”. A su vez, Contratista PPP es “*el responsable de la ejecución del Proyecto que actúa como contraparte del Ente Contratante en el Contrato PPP y que puede, o no, ser la Empresa Ejecutante*”.

⁷¹ Cabe aclarar que el art. 7° de la Ley de PPP prevé que las bases de la contratación respectiva podrán contemplar la constitución de una sociedad de propósito específico, de fideicomisos, otros tipos de vehículos, o esquemas asociativos, que tendrán a su cargo la suscripción y ejecución hasta su total terminación del contrato de PPP.

dinero allí donde se encuentra: en los mercados de capitales. En este sentido recurrirán, mediante la SPE, a negociar contratos de préstamo o mutuo con la Entidad Financiadora⁷², para obtener los fondos necesarios para la construcción de la infraestructura, obligándose a reembolsar estos fondos, con más los intereses correspondientes, a partir del momento en que la SPE comience a obtener el repago de la obra.

La Entidad Financiera, por su parte y de modo previo a desembolsar los fondos solicitados, requerirá una serie de garantías de parte de la SPE. Esto dará lugar a un paquete de contratos de garantía a ser celebrados entre la SPE y la Entidad Financiadora que pueden incluir, entre otras, la cesión en garantía del derecho de cobro de la futura contraprestación, cesión de los activos del proyecto, la constitución de un fideicomiso de garantía, prenda o hipoteca sobre bienes afectados al proyecto, etc.⁷³

⁷² La Entidad Financiadora es “cualquier persona que otorgue financiamiento al Contratista PPP o en relación con el Proyecto, sea que tal persona actúe por sí misma o a través de agentes, fiduciarios o representantes, incluyendo sin limitación: (a) cualquier agencia de crédito y cualquier fondo o patrimonio administrado por una agencia multilateral de crédito; (b) cualquier ente u órgano gubernamental de la República Argentina, sus provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, -o de los municipios; (c) cualquier entidad financiera autorizada a operar en la República Argentina por la autoridad competente o en su jurisdicción de organización por el ente regulatorio competente de tal jurisdicción; (d) cualquier inversor institucional, compañía de seguros, fondo común de inversión o fondo de inversión; (e) cualquier persona que adquiera cualquier tipo de valor negociable de deuda emitido por el Contratista PPP; y (f) cualquier persona que adquiera cualquier tipo de valor negociable emitido por un fideicomiso, fondo común de inversión, fondo de inversión, vehículo o persona que haya adquirido derechos derivados del Contrato PPP o que resulte cesionario o beneficiario de los mismos y en la medida en que los fondos resultantes de la colocación o suscripción de dicho valor negociable sean utilizados para financiar el Proyecto”.

⁷³ A este paquete de contratos de garantía entre el sector privado es posible agregar las garantías que el sector público puede realizar para respaldar las obligaciones asumidas en los Contratos de PPP. En este sentido el art. 18 de la Ley de PPP establece que las obligaciones de pago asumidas por el Estado podrán ser solventadas y/o garantizadas por: a) la afectación específica y/o la transferencia de recursos tributarios, bienes, fondos y cualquier clase de créditos y/o ingresos públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación; b) La creación de fideicomisos y/o utilización de los fideicomisos existentes. c) El otorgamiento de fianzas, avales, garantías por parte de entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional y/o la constitución de cualquier otro instrumento que cumpla función de garantía. A su vez, el art. 19 establece que podrán constituirse garantías sobre los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista para garantizar el repago del financiamiento necesario para llevar a cabo los proyectos que se efectúen mediante Contratos de PPP.

A su vez, como un segundo paquete de contratos que podrá celebrar la SPE se encuentran los contratos de construcción y/o de operación y mantenimiento con las respectivas Empresas Ejecutantes⁷⁴.

Por último, se celebrará un contrato entre el Ente Contratante y un Auditor Técnico⁷⁵ que será el encargado de realizar el seguimiento del avance del proyecto y certificar que la obra sea ejecutada en un todo de acuerdo con los respectivos Pliegos y demás documentos de la licitación o concurso que se organice como mecanismo de selección al Contratista PPP.

Si bien estos contratos (el Contrato de PPP, el contrato de préstamos, los contratos de garantía, los contratos de locación de obra y de operación y mantenimiento y el contrato de auditoría técnica) son independientes, se encuentran íntimamente relacionados entre sí. Por este motivo, es posible considerar al proyecto como un todo, sujeto a diversas eventualidades o riesgos que pueden afectar la economía de los contratos que lo estructuran⁷⁶.

No obstante ello, la columna vertebral sobre la cual se apoyan todos los contratos restantes, es justamente el Contrato de PPP y es en éste que se producirá la asignación o distribución de riesgos que, de alguna manera, influirá en los contratos accesorios y, en definitiva, en el precio final del proyecto⁷⁷.

⁷⁴ Empresa Ejecutante es “la empresa, sociedad, consorcio o unión transitoria de empresas que, en los términos que contemple el Pliego, toma a su cargo la ejecución física del Proyecto, o de una etapa del mismo, con carácter de contratista principal, suscribiendo el respectivo contrato con el Contratista PPP”.

⁷⁵ Auditor Técnico “es el o los auditores externos contratados de acuerdo con el último párrafo del artículo 21 de la Ley y con el propósito allí previsto”. A su vez el art. 21 de la ley de PPP prevé que “las funciones de regulación y de poder de policía del Estado son indelegables. El cumplimiento de los contratos que se celebren en los términos de la presente ley estará sujeto al control de la contratante o del órgano creado con esa finalidad en la respectiva jurisdicción.

La contratante tendrá amplias facultades de inspección y control, pudiendo requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizando la confidencialidad de la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente.

La reglamentación o los pliegos podrán prever la posibilidad de acudir a auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos”.

⁷⁶ Cfr. MAIRAL, H., *La asignación...*, ob. cit.

⁷⁷ Por ejemplo, pactar en el Contrato de PPP que el Contratista PPP deberá hacerse cargo de las dificultades materiales imprevistas que surjan en la realización de la obra encarecerá en gran medida la contraprestación

III.2. Clasificación de los riesgos específicos de un Contrato de PPP

Una primera clasificación de los riesgos que influyen de manera directa en un Contrato de PPP es aquella que diferencia entre los riesgos macroeconómicos o globales y los riesgos específicos del contrato. Como ya hemos apuntado, los riesgos globales se refieren a factores ajenos a la relación contractual y que, al menos en el corto plazo, no es posible disminuir su impacto y escapan a las posibilidades de control de las partes.

Ahora bien, en cuanto a los riesgos propios del Contrato de PPP, la situación es radicalmente distinta, dado que pueden ser asignados a aquella parte que esté en mejores condiciones de soportarlos y, al mismo tiempo, pactarse mecanismos de atenuación que sirvan para disminuir su impacto en el costo del proyecto⁷⁸.

El Estado, para garantizar el interés público comprometido en el desarrollo de un proyecto determinado, tiene la responsabilidad, al actuar como Ente Contratante en un Contrato de PPP, de diseñar el esquema contractual de manera tal que la distribución de riesgos disminuya los costos y, al mismo tiempo, genere mayor valor por el dinero invertido.

¿Cuáles son los riesgos específicos del Contrato de PPP a los que nos estamos refiriendo?

Diversas son las clasificaciones que se fueron elaborando desde la doctrina, entre las que podemos incluir las más relevantes en el siguiente listado:

- i. Según su origen: en riesgos de mercado, riesgos de fuerza mayor y riesgos políticos o legislativos.

del contrato de locación de obra con una Empresa Constructora; asumir que el Contratista PPP deberá soportar por sí mismo el riesgo de fuerza mayor aumentará el costo para obtener la financiación por parte de la Entidad Financiera, etc.

⁷⁸ Esto ya que mal puede pretenderse el traspaso de riesgos al sector privado sin contemporizarla con ciertas garantías que la contrapesen, de modo de plasmar el mínimo de certidumbre necesaria para que la participación privada ocurra, consecuencia de ser la intervención empresaria en proyectos públicos una no de tipo altruista sino para obtener una ventaja económica en su favor (cfr. GUIRIDLIÁN LAROSA, J. D., *Contratación pública...*, ob. cit.).

- ii. Según su distribución: en riesgos retenidos por el Estado, riesgos transferidos al Contratista PPP y riesgos compartidos⁷⁹.
- iii. Según los tipos de riesgos: en riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad⁸⁰, riesgos comerciales o de demanda y riesgos derivados de cambios en las políticas públicas o en el marco legal⁸¹.
- iv. Según el momento en que pueden acontecer: riesgos anteriores a la construcción de la obra, riesgos durante la ejecución del proyecto y riesgos en la etapa de funcionamiento o durante operación⁸².

A los fines expositivos, y teniendo en cuenta que las clasificaciones no son verdaderas o falsas, sino útiles o inútiles, utilizaremos aquella que propone separar los riesgos según el momento en el que puedan acontecer por ser ésta la que, a nuestro juicio, permite analizar con mayor claridad el tema de su distribución en los Contratos de PPP. Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta que, tal y como podrá verificarse seguidamente, muchos de los riesgos atraviesan todas las etapas del Contrato de PPP y adquieren diferentes matices según el momento en que puedan acontecer.

III.3. Análisis de los riesgos específicos del Contrato de PPP a la luz del Régimen de PPP. Regímenes de derecho comparado

Debido a la flexibilidad propia de los Contratos de PPP, es claro que la distribución de riesgos dependerá en gran manera de las necesidades específicas de la infraestructura que pretenda llevarse a cabo. No existirá, en consecuencia, una asignación definitiva y única de riesgos para todos los proyectos que se realicen bajo este esquema de contratación. En este sentido, las consideraciones que seguidamente se realicen podrán ser tomadas como

⁷⁹ Esta es la clasificación que se realiza en las Guías de PPP publicadas por la SSPPP y que fue implementada al elaborar la matriz de riesgos del Contrato de PPP en la licitación “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP”, convocada mediante la Resolución N° 147-E/2018 de la Dirección Nacional de Vialidad.

⁸⁰ El riesgo de disponibilidad supone la asunción de un nivel de cumplimiento de las prestaciones comprometidas en volumen y calidad preestablecida, vinculando los pagos a esos niveles de cumplimiento y reduciéndolos en caso contrario, pudiendo llegar a la resolución del contrato.

⁸¹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., “El Contrato de Participación Público-Privada...”, ob. cit.

⁸² Clasificación propuesta por MAIRAL en el trabajo *La Asignación...*, ob. cit.

lineamientos o bases para tener en cuenta a la hora de estructurar un Contrato de PPP, sin dejar de lado que las cuestiones específicas de cada proyecto podrían modificar o incluso contrariar las conclusiones aquí esbozadas.

No obstante, existen ciertos riesgos que estarán presentes en todo Contrato de PPP, y sobre ellos intentaremos esbozar una propuesta de distribución, brindando las razones y justificaciones por las que consideramos la conveniencia de que una u otra parte asuma los costos de afrontarlos a fin de generar mayor valor por dinero. Luego analizaremos cómo fue receptado cada uno de los riesgos específicos en nuestro Régimen de PPP, haciendo mención también a regímenes de derecho comparado, principalmente a las legislaciones de latinoamericanas⁸³.

III.3.1. Riesgos anteriores a la construcción

En los esquemas de financiamiento privado que se instrumentan bajo Contratos de PPP, el tiempo que se insuma tanto para iniciar la construcción como para su ejecución es crucial dado que el repago de la obra comenzará, en la mayoría de los casos, una vez que ésta se encuentre en funcionamiento. Los riesgos anteriores a la etapa constructiva tienen, en este sentido, una cabal importancia pues significan asumir condiciones que pueden demorar el inicio de las tareas de construcción y, por ende, el funcionamiento del proyecto.

De modo previo al inicio de la construcción cobran especial relevancia los siguientes riesgos: (i) el denominado riesgo de expropiación; (ii) el riesgo regulatorio y socioambiental; y (iii) el riesgo de cierre financiero.

III.3.1.1. Riesgo de expropiación

El riesgo de expropiación es inherente al emplazamiento de infraestructuras de cierta envergadura pues, salvo algunas excepciones, se deberán utilizar tierras que no pertenecen al dominio privado o público del Estado, y que deben ser previamente

⁸³ Y dentro de ellas, en especial el régimen chileno que ostenta el puesto número uno en la categoría “Regulations” en el índice elaborado por The Economist, ya descrito en la nota 16. (The Economist Intelligence Unit, *Evaluating the environment...*, ob. cit., p. 10 y ss.).

expropiadas, pagando las indemnizaciones que por derecho correspondan a sus propietarios.

Asimismo, es importante considerar que en el riesgo de expropiación se comprenden, una vez realizada la declaración de utilidad pública, dos momentos esenciales: (i) la selección de los inmuebles o las porciones de inmuebles que deben afectarse a la construcción del proyecto; y (ii) el trámite procesal de la expropiación, la toma de posesión y el pago de las indemnizaciones correspondientes.

i. Selección de inmuebles para emplazar el proyecto.

En un primer momento, es decir, en la identificación de los inmuebles afectados para la construcción del proyecto, será el privado quien tenga mayor injerencia y, por lo tanto, quien deba asumir el riesgo de su correcta designación.

El lugar más conveniente para el emplazamiento de la infraestructura se encuentra íntimamente relacionado con el diseño del proyecto por lo que debiera ser el particular, respaldado en estudios realizados en el sitio, en modelos de simulación, o en consideraciones y especificaciones técnicas, quien considere cuáles son los inmuebles óptimos o que signifiquen costos menores de construcción o un mejor aprovechamiento de la infraestructura.

ii. Trámite procesal de la expropiación y pago de indemnizaciones.

A diferencia de lo indicado en el apartado anterior, indudablemente será el sector público quien cuente con las herramientas necesarias para asumir a su cargo el riesgo de expropiación propiamente dicho y afrontar el trámite que conlleve realizar la toma de posesión de los inmuebles afectados. Es que, sin perjuicio de que la Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499 otorga a los particulares la posibilidad de actuar como sujetos

expropiantes⁸⁴, es el Estado y no el contratista privado quien cuenta con los profesionales y la estructura como para llevar adelante las tareas procedimentales de la expropiación.

Esta consideración deber ser especialmente tenida en cuenta para el emplazamiento de proyectos que, por sus características, precisen de la afectación de varios inmuebles (vgr. construcción de caminos, rutas o autopistas) en donde indudablemente los costos de transacción con los propietarios serán importantes⁸⁵.

Por otro lado, no debemos perder de vista que, en caso de que se deje la gestión de obtener los inmuebles en manos del privado y el consecuente pago de indemnizaciones, es necesario elaborar previamente lineamientos específicos sobre la forma y modalidad de las negociaciones y la conducción de eventuales procesos judiciales, así como prever los máximos que podrán pagarse en concepto de indemnizaciones y quién soportará los excesos⁸⁶. Es que, de no preverse reglas que contribuyan a la transparencia de estos procesos se generarían sobrecostos que, en última instancia, deberá abonar luego el Estado o los usuarios del proyecto.

iii. Tratamiento en el Régimen de PPP.

En el art. 9° inc. 1° del Decreto de PPP se acepta la posibilidad de prever, cuando las características del proyecto así lo aconsejen, que el Contratista PPP realice por sí o por terceros, y por su propia cuenta, las actividades que le competen al Ente Contratante en los aspectos técnicos para individualizar los bienes declarados por ley como de utilidad pública y a ser expropiados para permitir la ejecución del proyecto.

⁸⁴ En efecto, el art. 2°, párrafo segundo, de la mencionada ley establece que “*los particulares, sean personas de existencia visible o jurídicas, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley*”.

⁸⁵ En este sentido, la matriz de riesgo publicada como anexo al Contrato de PPP de la “Licitación Pública Nacional e Internacional Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1” establece que el costo de la adquisición de los bienes inmuebles, la declaración de utilidad pública y los retrasos en su adquisición y consiguiente demora de la obra serán a cargo de Ente Contratante (la Dirección Nacional de Vialidad) dado que es quien tiene experiencia y un equipo de profesionales asignado específicamente a las tareas de adquisición de bienes inmuebles, está legalmente habilitada para declarar de utilidad pública a los bienes sujetos a expropiación y se encuentra mejor posicionada para entablar negociaciones y celebrar convenios de avenimiento. El documento citado se encuentra disponible en <http://ppp.vialidad.gob.ar/contrato-ppp/> (última visita: 01/03/2018).

⁸⁶ En el mismo sentido, MAIRAL, H., *El riesgo...*, ob. cit.

Seguidamente, el mismo inciso aclara que todas las indemnizaciones que corresponda abonar a los titulares de los bienes expropiados deberán estar a cargo del Ente Contratante, salvo que en el Pliego o en los documentos de la Licitación o el Concurso público se prevea que, hasta un monto determinado, estén a cargo del Contratista PPP, en cuyo caso se las considerará incluidas en el precio ofertado.

Esta regulación legal resulta, a nuestro juicio, conteste para lograr reducir el impacto del riesgo expropiatorio en el Contrato de PPP. Esta norma de textura abierta contempla que será el sector público quien asuma, en la generalidad de los casos, la obligación de realizar las gestiones para obtener la posesión de los inmuebles y pagar las indemnizaciones correspondientes, y permite, para casos de excepción y cuando las características del proyecto lo recomienden⁸⁷, transferir el riesgo de expropiación y/o el costo de la indemnización al sector privado siempre que se fije un máximo determinado.

iv. Legislación comparada.

En la mayoría de las normas de derecho comparado se coincide en afirmar que el trámite de expropiación y sus costos deben ser afrontados, salvo excepciones, por el sector público. Así, por ejemplo, en el caso de Colombia, la Ley N° 1.682 de 2013 sobre proyectos de infraestructura de transporte establece en su art. 20 que la adquisición de los predios para el desarrollo de infraestructura es responsabilidad del Estado y para ello la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en la utilidad pública declarada, o bien iniciar la expropiación judicial.

En el mismo sentido, el art. 245, inc. d, del Texto Refundido de la Ley de Contratos con el Sector Público de España (Real Decreto 3/2011) establece que se reconocen a los concesionarios *“el derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de*

⁸⁷ Pensemos por ejemplo en proyectos como escuelas, hospitales o plantas de generación de energía eléctrica, en los que el sitio de su emplazamiento no es una condición esencial, sino que bastará con que estén ubicados dentro de un área determinada.

la obra pública, así como la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario”.

Chile, por su parte, establece la regla inversa al sentar que, como principio general, los gastos expropiatorios corren por cuenta del contratista, posibilitando que, en casos específicos, las bases de la licitación establezcan que sea la Administración quien deba afrontar el pago de la indemnización⁸⁸.

III.3.1.2. Riego regulatorio y socioambiental

El riesgo regulatorio y socioambiental supone el cumplimiento en tiempo y forma de todos los requerimientos normativos exigibles para el emplazamiento del proyecto, así como la acreditación de su factibilidad ambiental y del impacto social que pueda causar en el entorno donde será emplazado.

Se trata, quizás, de uno de los aspectos esenciales a tener en cuenta a la hora de estructurar y diseñar un proyecto, pues confluyen en él diversos factores, tales como (i) las diferentes jurisdicciones que ejercen su poder de policía, y los variados y diversos permisos, licencias y/o autorizaciones que pueden exigirse para el emplazamiento de una obra en particular; (ii) el impacto ambiental; y (iii) las consideraciones sociales como casos de resistencia por parte de los vecinos y afectación de comunidades indígenas. Veamos, en este sentido, las cuestiones particulares que podría generar cada uno de estos aspectos:

i. La obtención de permisos, autorizaciones o licencias.

Es sabido que, por principio, el poder de policía y su aplicación concreta sólo corresponde a la Nación cuando ésta ejerce facultades o atribuciones que le fueron expresa o implícitamente conferidas por la Constitución Nacional, o cuando el ejercicio de idénticas

⁸⁸ En este sentido el art. 15 del Decreto N° 900 establece que “*en el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el Artículo 105° del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N° 2.186, de 1978. Todos los desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de los actos o contratos de que trata este artículo serán de cargo del concesionario. No obstante, el Fisco podrá concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones si así lo establecieren las bases de licitación*”.

funciones por parte de las provincias resulta incompatible con un igual ejercicio de funciones conferidas a la Nación⁸⁹. Asimismo, ciertas cuestiones de índole local (como por ejemplo, el régimen edilicio y urbano, permisos de construcción, habilitación de locales, regulación del tránsito, etc.) son delegadas por las provincias a los respectivos municipios.

De esta manera, al momento de emplazar el proyecto confluyen sobre él las jurisdicciones nacional, provincial y local, dependiendo quien posea el ejercicio del poder de policía en determinado aspecto⁹⁰. El sometimiento a varias y diversas jurisdicciones obligará al Contratista PPP a cumplir con normas nacionales, provinciales y municipales y tramitar y obtener permisos, autorizaciones o licencias en diferentes organismos de los tres niveles de gobierno⁹¹, lo que se traduce en un alto riesgo de demoras en el inicio de las obras por la dificultad en obtener (o prever los plazos razonables para obtener) los correspondientes permisos.

No obstante ello, entendemos que el riesgo regulatorio propiamente dicho debería estar en cabeza del Contratista PPP pues será éste quien se encuentre en mejor posición para acreditar el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por la normativa para obtener los permisos y habilitaciones necesarios para iniciar las tareas de construcción⁹². En

⁸⁹ Cfr. CSJN, 06/05/1942, “SA Laboratorios Suarry”, Fallos 192:234; CSJN, 09/12/1957 “Giménez Vargas Hermanos v. Provincia de Mendoza”, Fallos 239:343, entre muchos otros fallos. En el mismo sentido ver COMADIRA, J.R., ESCOLA, H., COMADIRA, J. P., *Curso de derecho administrativo*, ob. cit., pp. 673 y ss.

⁹⁰ Cabe aclarar que el hecho de que el proyecto se encuentre ubicado en un inmueble de propiedad del Estado Nacional, no obsta la jurisdicción local. En este sentido, la CSJN afirmó que propiedad y jurisdicción son conceptos diferentes y que no necesariamente tienen relación entre sí dado que, en nuestra organización constitucional, puede existir jurisdicción federal sin dominio de aquélla y dominio sin jurisdicción. No hay ninguna razón que autorice a desconocer la competencia ejercida por el municipio y sus poderes son plenos en tanto su ejercicio no vaya contra lo que constituye la razón de ser de la jurisdicción nacional en ellos (CSJN, 28/04/1998, “Operadores de Estaciones de Servicio S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda”, *Consid. 11* y CSJN, Fallos: 201:536 y su antecedente, Fallos: 192:350).

⁹¹ Por ejemplo, para el emplazamiento de un parque de generación de energía eólica será necesario obtener, entre otros, los siguientes permisos o habilitaciones: (i) aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por las autoridades provinciales correspondientes; (ii) autorización de ingreso al Mercado Eléctrico Mayorista emitida por la Secretaría de Energía Eléctrica; (iii) factibilidad de uso de suelo emitida por la autoridad municipal correspondiente; (iv) permiso municipal de construcción de obra; (v) acceso a la capacidad de transporte de energía eléctrica emitido por el ENRE; (vi) Autorización para emplazar estructuras en altura emitida por la Administración Nacional de Aviación Civil, etc.

⁹² En contra de esta postura: AGUILAR VALDEZ, quien afirma que, todos aquellos riesgos derivados de conductas públicas que incidan directamente en el proyecto -ej, permisos y habilitaciones- y puedan constituirse en obstáculos para la habilitación temporánea de la infraestructura deben ser asumidos por el

consecuencia, cualquier demora en el inicio de las obras debido a su falta de obtención debería ser imputable al Contratista PPP.

Ahora bien, consideramos también que, a los efectos de minimizar al riesgo regulatorio y reducir al mínimo la posibilidad de demoras innecesarias, resulta fundamental que el Ente Contratante preste su colaboración tanto para servir de enlace con las autoridades locales y provinciales como para gestionar los permisos y habilitaciones necesarios.

ii. Consideraciones socioambientales.

El Contratista privado deberá considerar las cuestiones ambientales y sociales al momento de diseñar el proyecto definitivo y, para ello, deberá encargarse de la realización de los estudios de impacto ambiental por profesionales calificados y de obtener su aprobación por parte de las autoridades provinciales competentes⁹³.

De cualquier manera, siempre es aconsejable que el sector público brinde los aspectos ambientales esenciales a tener en cuenta por el privado al momento de elaborar el proyecto y su consecuente estudio de impacto ambiental.

Asimismo, es preciso aclarar que el Contratista PPP, sobre tales bases, debiera asumir la responsabilidad de considerar que el proyecto implique el menor impacto social posible, y evitar afectar territorios de comunidades indígenas o pueblos originarios.

No obstante ello, existirán ciertos casos en que será imposible mitigar o eliminar ciertos impactos debiendo, a nuestro juicio, el Estado asumir el costo de resarcir los perjuicios particulares que signifiquen un sacrificio especial con relación al resto de la

Sector Público a fin de crear incentivos para generar la auténtica colaboración que una relación asociativa exige. Cfr. AGUILAR VALDEZ, O., “Contratación administrativa y financiamiento...”, ob. cit., p. 25

⁹³ Ciertamente, la competencia para ejercer el poder de policía en materia ambiental corresponde a las provincias, pudiendo la Nación, con fundamento en el art. 41 de la Constitución Nacional, simplemente dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medioambiente. No obstante ello, la CSJN ha reconocido que el aspecto específico del poder de policía en materia ambiental es una facultad concurrente entre la Nación y las Provincias, advirtiendo que, en caso de repugnancia efectiva entre las facultades de ambos niveles de gobierno, prevalece el precepto federal por su carácter de ley suprema (cfr. CSJN, 18/11/1999, “Líneas de Transmisión del Litoral (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa”; Fallos 322:2862).

comunidad y/o reubicar o relocalizar a las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas por la construcción del proyecto.

iii. Tratamiento en el Régimen de PPP.

En este sentido, la Ley de PPP establece en su art. 5° que, en la estructuración de proyectos, el Ente Contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto. Asimismo se aclara que en el Contrato de PPP deberán especificarse las obligaciones de cada una de las partes y contener los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte del Contratista PPP de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia.

La misma norma prevé seguidamente dar intervención al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación a los fines de que considere las observaciones pertinentes en materia socioambiental en relación al proyecto, al Contrato de PPP y a los demás documentos de la licitación.

Por su parte, el Decreto de PPP, al reglamentar el mencionado art. 5° establece algunas consideraciones adicionales, a nuestro entendimiento, bastante acertadas.

En primer lugar, el art. 5° inc. b del Decreto de PPP establece que previo al llamado a licitación se deberá contar con las autorizaciones ambientales que correspondan a esa etapa del desarrollo del Proyecto. El hecho de convocar a una licitación para un determinado proyecto que ya cuente con una autorización ambiental es un excelente mecanismo para (i) mitigar el riesgo ambiental existente de modo previo al inicio de la construcción; (ii) brindar al Contratista PPP la seguridad de que el proyecto es, al menos en un primer momento, ambientalmente factible sin necesidad de que incurra para ello en gastos adicionales; y (iii) otorgar al Contratista PPP las bases y consideraciones iniciales en materia socioambiental y sobre las que realizará el correspondiente estudio de impacto ambiental para las etapas posteriores del proyecto.

En segundo lugar, el inc. d del citado artículo establece que el Ente Contratante deberá actuar con la mayor diligencia ante las autoridades locales para facilitar el cumplimiento de las exigencias ambientales que éstas requieran en el marco de sus competencias, requiriendo la asistencia del Ministerio de Ambiente. Entendemos que esta norma se refiere a la actuación para obtener las autorizaciones ambientales que correspondan a la etapa inicial del proyecto. Hubiera sido adecuado incluir la obligación de prestar colaboración al Contratista PPP para obtener las aprobaciones ambientales en las etapas posteriores. Sin perjuicio de ello, consideramos que, habiendo realizado todos los estudios ambientales iniciales, sería lógico y deseable que el Ente Contratante brinde total colaboración al Contratista PPP para las consideraciones ambientales que surjan en la ejecución de las diferentes etapas del proyecto.

Por último, quisiéramos resaltar que la Ley de PPP establece la obligación de incluir en el dictamen realizado por la autoridad convocante de modo previo a realizar la licitación o el concurso, las consideraciones sobre el impacto socioambiental que generará el proyecto⁹⁴.

En líneas generales, la regulación en materia de riesgos regulatorios y socioambientales es idónea para reducir su impacto y formula una correcta distribución al sostener que los riesgos deben compartirse entre el sector privado y el sector público, asignando obligaciones específicas a cada una de las partes.

III.3.1.3. Riesgo de cierre financiero

De modo previo al inicio de la construcción de la obra, el riesgo de cierre financiero se proyecta como una sombra para el Contratista PPP que deberá asumir a su exclusivo

⁹⁴ Art. 13, inc. g). Las Guías de PPP, por su parte, establecen que deberán considerarse, entre otras, las siguientes pautas: (i) Evaluación y análisis de temas específicos planteados en la evaluación de impacto social y ambiental que pudieran tener implicaciones para el desarrollo e implementación del proyecto de PPP; (ii) Definición y desarrollo de la metodología empleada para el análisis ambiental (iii) Definición y desarrollo de los criterios de sensibilidad ambiental aplicados, tales como las áreas protegidas, las densamente pobladas, los sectores humanos vulnerables, etc.; (iv) Definición y desarrollo de las medidas de gestión de aspectos ambientales para eliminar su significatividad o identificar los posibles impactos ambientales, a los efectos de implementar medidas de prevención y mitigación adecuadas, etc.

cargo la obligación de obtener los fondos necesarios para ejecutar el proyecto antes de un plazo determinado. El Contratista PPP deberá prever que exista disponibilidad de financiamiento en los mercados de capitales, o bien, demostrar que obtuvo el capital necesario para la construcción de la obra hasta una fecha cierta que, generalmente, se denomina fecha de cierre financiero.

Queda claro que el riesgo de cierre financiero es asumido en su totalidad por el Contratista PPP, siendo éste el principal obligado a conseguir la financiación necesaria. Sin perjuicio de ello, apuntamos que existe una responsabilidad por parte del Estado de posibilitar razonablemente el acceso a mecanismos de financiamiento. Así, un Estado que no se somete a la legalidad, que incumple reiteradamente sus propios compromisos, que hace caso omiso a las decisiones arbitrales internacionales cuya jurisdicción consintió, etc. no genera un clima institucional ni político-económico propicio para que los particulares puedan acceder a los mercados de capitales a tasas razonables. En efecto, la posibilidad de acceder a financiamiento para ejecutar obras públicas depende tanto del diseño de instrumentos contractuales adecuados, como del desarrollo de instituciones que garanticen el respeto por la propiedad privada y la vigencia ininterrumpida de los contratos.

i. Régimen de PPP

El art. 9º, inc. n, de la Ley de PPP establece que los Contratos de PPP podrán prever la facultad de la contratante de prestar su cooperación para la obtención del financiamiento necesario.

Conforme la redacción de la ley, la cooperación por parte del Ente Contratante parece ser facultativa y sujeta a que así lo disponga el respectivo Contrato de PPP. A nuestro entender, sin embargo, la colaboración pública debiera ser obligatoria, toda vez que ambas partes confluyen entre sí para el logro de la finalidad de interés público comprometida en la ejecución del contrato.

Por otro lado, el art. 9º, inc. 9, del Decreto de PPP establece los mecanismos mediante los cuales el Contratista PPP podrá estructurar el financiamiento del proyecto, a

saber: (i) contratar préstamos, (ii) emitir títulos de deuda con o sin oferta pública, (iii) constituir fideicomisos, financieros o no, que emitan títulos de deuda o certificados de participación, y (iv) crear fondos comunes de inversión y/o cualquier otra estructura financiera susceptible de ser garantizada a través de la cesión de los Contratos de PPP y/o de los derechos de crédito emergentes del Contrato de PPP y sus correspondientes garantías.

III.3.2. Riesgos durante la construcción

En un Contrato de PPP, una de las principales obligaciones del Contratista PPP es realizar la construcción de una obra determinada, cumpliendo con las especificaciones técnicas y los estándares de calidad indicados en los Pliegos, todo ello dentro de un plazo determinado.

El Contratista PPP asumirá la responsabilidad por cualquier demora o sobrecosto que sea imputable a su accionar o a acciones de la Empresa Constructora u otros subcontratistas. Sin embargo, debido al tiempo generalmente significativo para finalizar la ejecución de la obra, muchos y diversos son los factores, externos y ajenos al control del Contratista PPP, que deben ser considerados y que pueden convertirse en riesgos propios de la etapa constructiva.

De todos estos riesgos, nos interesa identificar los más importantes que, a nuestro juicio, son los siguientes: (i) dificultades materiales imprevistas; (ii) caso fortuito o fuerza mayor; (iii) hecho del príncipe; (iv) teoría de la imprevisión o alea económica extraordinaria; (v) *ius variandi* estatal y (vi) terminación anticipada del contrato.

Analizaremos seguidamente cada uno de estos riesgos:

III.3.2.1. Dificultades materiales imprevistas

Las dificultades materiales imprevistas ocurren cuando, durante la etapa constructiva el Contratista PPP encuentra contrariedades de orden material y de

características anormales, que razonablemente no pudieron entrar en las previsiones de las partes y que vuelven más onerosa la ejecución de la obra⁹⁵.

Sostenemos que este riesgo, por imprevisible y en virtud del principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero original del Contrato de PPP, debería en la generalidad de los casos ser asignado al contratante público quien, ante el acontecer alguna dificultad material no prevista en el precio original, asumiría la totalidad del mayor costo que ésta genere.

En efecto, si bien es cierto que el Contratista PPP debe tener pleno conocimiento de las condiciones del terreno, las características del suelo, las condiciones técnicas para construir y, en fin, de cualquier información necesaria e indispensable para la ejecución de la obra, siempre que las dificultades materiales no puedan ser razonablemente conocidas o previstas por las partes al momento de celebrar el Contrato de PPP, debería ser el sector público, dueño del proyecto, quien asuma los mayores costos y deje indemne en este sentido al contratista privado.

En caso contrario, asignar el riesgo de dificultades materiales imprevistas al Contratista PPP provocaría que éste, al momento de cotizar, aumente el precio del contrato por si acaso se topa durante la construcción con alguna dificultad de este tipo. De esta manera, el sector público, en vez de hacerse cargo del costo de un acontecimiento puntual y sólo cuando éste suceda, debería abonar en todos los casos un sobre costo innecesario generado por la incertidumbre o la mera posibilidad de que acontezca una dificultad imprevisible.

i. Tratamiento en el Régimen de PPP – Legislación comparada.

No existe ninguna previsión normativa que regule específicamente al instituto de las dificultades materiales imprevistas, por lo que se otorga amplia libertad al sector público para preverlo en cada Contrato de PPP de la forma que mejor considere para el desarrollo

⁹⁵ Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, “Las dificultades materiales imprevistas. Diferencia con la Teoría de la Imprevisión”, ED, 83-622, comentario al fallo de la SCBA, “FUNOVA S.A.C. y otra c. Dirección de Vialidad de la Provincia de Bs. Aires”, del 05/07/1977.

de un proyecto determinado, para minimizar su costo y facilitar las condiciones de financiamiento.

Las legislaciones extranjeras en general incluyen este tipo de dificultades imprevistas como si fueran eventos de caso fortuito o fuerza mayor por lo que remitimos a las normas citadas en el siguiente punto.

III.3.2.2. Caso fortuito o fuerza mayor.

El caso fortuito o fuerza mayor puede ser definido como cualquier evento, ya sea de origen natural o por hecho del hombre⁹⁶, que no pudo ser previsto o que, habiendo sido previsto, no pudo ser evitado, que afecte la ejecución del Contrato de PPP de modo transitorio o definitivo.

El principio general de que la ocurrencia de un acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito libera a las partes de la responsabilidad por las obligaciones que se tornen de imposible cumplimiento, debería ser modificado en el caso del Contrato de PPP, al igual que por imperativo legal lo es en los contratos de obra pública y de concesión de obra pública⁹⁷. En efecto, sería conveniente que el Ente Contratante asuma para sí mismo el riesgo de caso fortuito, dejando indemne al Contratista PPP, a los efectos mantener el equilibrio económico financiero original. Se impone asimismo la necesidad de evitar un

⁹⁶ El Decreto-Ley N° 1023/01 que prevé el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional inexplicablemente limita los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor a acontecimientos de carácter natural, excluyendo los casos de acciones de terceros que puedan llegar a impedir la ejecución del contrato. Afortunadamente, esta disposición no es aplicable a los Contratos de PPP en virtud de lo previsto por el art. 31, inc. b, de la Ley de PPP.

⁹⁷ El art. 39 de la Ley de Obra Pública N° 13.064 establece que “*el contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la administración pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: a) Los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación; b) Los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. Para tener derecho a las indemnizaciones a que se refiere este artículo, el contratista deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos y en las condiciones que determinen los pliegos especiales de cada obra. En caso de que proceda la indemnización, se pagará el perjuicio de acuerdo, en cuanto ello sea posible, con los precios del contrato*”.

encarecimiento injustificado de los contratos⁹⁸, ya sea porque el contratista contemple en el precio la incertidumbre o la probabilidad de ocurrencia de un evento de fuerza mayor, o bien que traslade el costo de las primas de seguro que deberá contratar para cubrirse de este tipo de eventualidades.

Por último, una alternativa interesante para analizar es la posibilidad de convertir al caso fortuito en un supuesto de riesgo compartido entre los sectores públicos y privados. Un mecanismo para distribuir este riesgo entre las partes es diferenciar en el Contrato de PPP una serie de eventos que puedan ser asegurables de aquellos que no se puedan o no deban asegurarse. Así el Contratista PPP tendrá la obligación de contratar seguros por aquellos eventos de fuerza mayor que resulten asegurables, debiendo el Ente Contratante asumir la obligación de compensar al Contratista PPP por el resto no asegurable⁹⁹.

i. Régimen de PPP – Legislación comparada.

El Régimen de PPP no incluye una previsión específica en relación al caso fortuito o fuerza mayor, dejando un amplio margen para que sus consecuencias sean reguladas en el marco de cada Contrato de PPP.

Ahora bien, la inaplicabilidad del Decreto-Ley N° 1023/2001 y de la Ley de Obra Pública amplía el alcance del concepto de fuerza mayor o caso fortuito pues no lo limita a acontecimientos exclusivamente naturales, permitiendo así la inclusión de supuestos de hechos de terceros, siempre, claro está, que reúnan las características de extraordinarios, imprevisibles e inevitables.

Algunas legislaciones extranjeras, prevén que los eventos de fuerza mayor producen la prórroga del contrato mientras dure el evento y/o una compensación económica. Así, el

⁹⁸ Cfr. MARIENHOFF, Miguel Santiago, “Contrato de obra pública. Gasto improductivo y daño: su resarcimiento. Fuerza mayor o caso fortuito. Teorías de la voluntad y del riesgo”, LL 1983-A-796. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José L. y VILLAR ESCURRA José L, “Fuerza mayor”, en GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, p.864.

⁹⁹ Una solución similar se propone en el modelo de Contrato de PPP diseñado para la Licitación “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP” convocada mediante la Resolución N° 147-E/2018 de la Dirección Nacional de Vialidad.

decreto real 3/2011 de España establece en su art. 242.2 que no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de la obra aquellos períodos en los que ésta deba suspenderse debido a una causa de fuerza mayor. Seguidamente el art. 242.3 aclara que *“si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros”*.

Asimismo, el régimen chileno –aunque por principio establece que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa, salvo que las bases de la licitación establezcan lo contrario (art. 22.2 del Decreto N° 900)– prevé que podrán ampliarse los plazos del contrato ante atrasos ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor si el Director General de Obras Públicas, previo informe del inspector fiscal, así lo considera (art. 52.2 del Decreto Reglamentario N° 164).

III.3.2.3. Hecho del príncipe

Por este riesgo entendemos a la posibilidad de que los órganos estatales dicten actos o realicen hechos que, de modo indirecto, incidan sobre el Contrato de PPP y modifiquen las condiciones originalmente pactadas. Es decir que no se trata de cualquier cambio en la normativa vigente al momento de celebrar el contrato sino, más bien, de un cambio que afecte de manera sustancial el equilibrio económico-financiero del contrato.

Por otro lado, el acto o hecho debe tratarse de una medida de carácter general llevada a cabo por el Estado, actuando en su carácter de autoridad de gobierno y no como contratante. Asimismo, entendemos que, para que se configure un supuesto de hecho del príncipe, las medidas deben ser llevadas a cabo por la misma autoridad pública que celebró el contrato, ya que, en caso de que el Contrato de PPP sea afectado por medidas de

autoridades de otro nivel de gobierno -provinciales o municipales-, se trataría, en rigor de verdad, de un supuesto de fuerza mayor por ser absolutamente ajeno a la posibilidad de control o previsión de las partes¹⁰⁰.

El hecho del príncipe no sólo tiene como efecto la suspensión o extinción del contrato, sino que da derecho al contratista privado a una reparación del daño producido¹⁰¹. Se trataría en definitiva de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado que, a nuestro entender, impone la obligación de recomponer el equilibrio económico-financiero original o, en su defecto y en virtud de la inaplicabilidad de cualquier norma que establezca una limitación de responsabilidad en los Contratos de PPP, debería dar lugar a una indemnización plena al Contratista PPP.

Se trata de un riesgo que debería ser asumido por el Ente Contratante en tanto el Contratista PPP no puede controlar las regulaciones que sean dictadas por las autoridades nacionales.

i. Régimen de PPP

La Ley de PPP simplemente menciona al hecho del príncipe en el inc. b del art. 9° como uno de los riesgos que deberán repartirse entre las partes de modo eficiente y contemplando las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos para minimizar el costo y facilitar el financiamiento.

En tal sentido, nos gustaría mencionar que la matriz de riesgos introducida como Anexo A del modelo de Contrato de PPP previsto para la Licitación “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP” indica que el Ente Contratante sólo se hará cargo de los riesgos de cambios en la ley aplicable a proyectos viales bajo el régimen de PPP que tengan por efecto directo un impacto significativo en la proyección de ingresos o de costos del Contratista PPP. Es decir que, por oposición, cualquier cambio en una normativa general que, de modo

¹⁰⁰ En contra, MATA quien sostiene que las acciones de autoridades locales, en la medida que afecten contratos celebrados por el Estado Nacional, deben ser consideradas como un supuesto de hecho del príncipe (MATA, Ismael, “El riesgo en los contratos administrativos”, RAP, XXVII-2., p. 171-172).

¹⁰¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. III-A, pp. 490-491.

indirecto, pueda afectar o encarecer seriamente el proyecto –por ejemplo, un fuerte aumento de los aranceles para importar ciertos insumos– debe ser soportado por el privado.

No concordamos con esta posición y sostenemos que el criterio para identificar un supuesto de hecho del príncipe es, precisamente, que la medida adoptada por la autoridad estatal genere un grave desequilibrio que afecte la ecuación económico-financiera del Contrato.

III.3.2.4. Teoría de la imprevisión o alea económica extraordinaria

Nos adentraremos seguidamente en el análisis de un riesgo que se configura ante el acaecimiento de circunstancias extraordinarias, sobrevinientes a la celebración del contrato, imprevisibles por las partes y que trastocan sustancialmente el equilibrio económico-financiero original, ya sea en perjuicio del Contratista PPP o del Ente Contratante. Se trata, en rigor de verdad, de un principio de derecho aplicable por igual a los contratos privados y públicos¹⁰² que busca compensar un quebranto que excede el riesgo normal del negocio y que las partes no pudieron prever al celebrar el contrato.

Siendo el Contrato de PPP un contrato conmutativo y no aleatorio, las partes deberán prever mecanismos para recomponer el equilibrio original en caso de que acontezca un alea económica extraordinaria que convierta en excesivamente onerosa la prestación a cargo de alguno de los contratantes. A diferencia del caso fortuito o la fuerza mayor que pueden causar la suspensión o la terminación del contrato, el acontecer de un alea económica extraordinaria debiera dar lugar a la recomposición o renegociación de los términos originalmente pactados.

Por lo demás, debiera ser el Ente Contratante quien, con el objetivo de darle preeminencia al interés público comprometido en la ejecución de cada Contrato de PPP, realice las concesiones necesarias para restablecer el equilibrio económico-financiero

¹⁰² Así lo sostuvo la CSJN en varias ocasiones al afirmar que los principios contenidos en el art. 1198 del entonces vigente Código Civil son directamente aplicables al ámbito de los contratos administrativos (CSJN, 9/06/1988, “Juan Manuel De Vido e hijos SCA c/Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de resolución”, Fallos 311:971; 12/05/1992, “Astilleros Costaguta c/ Estado Nacional (PEN. Ministerio de Economía Sec. Int. Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios.”, Fallos 315:890; entre otros).

original y permitir que el contratista privado pueda continuar cumpliendo con las prestaciones a su cargo¹⁰³.

Cabe aclarar por último que, en el caso inverso, es decir si ante el acontecimiento de un alea extraordinaria que beneficie al Contratista PPP, también se impone la necesidad de restablecer el equilibrio inicial debiéndose renegociar los términos contractuales según las necesidades puntuales.

i. Régimen de PPP

El art. 9, apartado 7 del Anexo del Decreto de PPP es elogiado en este sentido al establecer que “*el Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP*”.

En nuestra opinión, la norma citada resulta de fundamental importancia pues recepta el principio cardinal de mantenimiento del equilibrio económico-financiero de modo general y cada vez que éste se vea significativamente alterado, sin atarlo a condiciones o supuestos concretos o específicos, como ser razones de fuerza mayor, hecho del príncipe, dificultades materiales imprevistas, etc.

Asimismo, destacamos los siguientes aspectos de sobrada importancia:

¹⁰³ En este mismo sentido, Comadira afirma que no es justo que el contratista particular, colaborador de la Administración para lograr la finalidad de interés público del contrato, deba cargar con los efectos de una alteración económica extraordinaria, siendo la Administración la que debe concurrir en su ayuda para salvaguardar la continuidad del contrato y el interés público en él comprometido. Cfr. COMADIRA, J. R., ESCOLA, H., COMADIRA, J. P., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 909-911.

- Se enumeran en la norma algunos de los elementos indispensables para la concurrencia de un desequilibrio, como la existencia de razones imprevisibles al momento de la adjudicación y su carácter ajeno a la parte que invoca el desequilibrio.
- Exige la fijación en los Pliegos o en el Contrato de PPP de parámetros ciertos y concretos para definir si una alteración en la ecuación económica-financiera original es significativa.
- Exige asimismo la obligación de fijar mecanismo de restablecimiento del equilibrio vulnerado y de prever un plazo máximo para realizarlo, antes de acudir a los medios de solución de controversias que sean previstos en cada Contrato PPP.

Consideramos un aspecto positivo el hecho de que la norma deje librado a cada Contrato de PPP los mecanismos y las modalidades específicas para restablecer la ecuación económica-financiera. Ello porque, dependiendo de las características específicas de cada contrato, puede diseñarse diferentes formas de compensación como ser la modificación de tarifas o contraprestaciones, cancelación o aumento obligatorio de inversiones, extensión del plazo contractual, concesiones para realizar explotaciones económicas relacionadas al objeto del contrato, etc.¹⁰⁴

III.3.2.5. Potestad modificatoria

En nuestro país, la potestad modificatoria o el *ius variandi* es una prerrogativa reconocida a favor de la Administración Pública para permitirle mutar el objeto del contrato durante su ejecución de tal manera de compatibilizarlo con las exigencias variables del interés público¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Por ejemplo, el art. 69.1, párrafo segundo, del Contrato de PPP diseñado para la Licitación “Corredores Viales” establece que “*el equilibrio de la ecuación económico-financiera original del CONTRATO PPP podrá ser restablecido mediante el otorgamiento, aumento, quita o reducción, según corresponda, de cualquier ventaja económica al CONTRATISTA PPP a ser oportunamente acordada entre las PARTES*”. Seguidamente, el art. 69.2 establece un procedimiento detallado y obligatorio para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

¹⁰⁵ En este sentido ver FANELLI EVANS, Guillermo, “*El ius variandi en los contratos administrativos*”, El Derecho Administrativo Argentino Hoy, Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pp. 197-206; SACRISTÁN, Estela, “*Ius variandi y*

Sin embargo, es claro que las prerrogativas estatales, máxime cuando pueden significar una alteración sustancial del contrato, deben ser limitadas cuando la financiación de obras de infraestructuras es realizada con fondos privados. En efecto, cuando fue el privado y no el Estado quien ha conseguido la financiación para ejecutar determinado proyecto, cualquier cambio impactará sustancialmente en las posibilidades de devolver el crédito adquirido. Aún más, la mera posibilidad de que el contratante público pueda modificar algún aspecto esencial del contrato -por ejemplo, acortar el plazo de duración o agregar obras no previstas- significa un riesgo adicional que provocará un aumento en el costo para obtener financiamiento¹⁰⁶.

En tal sentido, la potestad modificatoria del contratante público debiera ser limitada en un Contrato de PPP, a la par que deberían diseñarse previsiones que contemplen el mantenimiento del equilibrio económico-financiero original. Veamos si nuestro Régimen de PPP contempla estos estándares indicados.

i. Tratamiento en el Régimen de PPP

El art. 9, inc. i, de la Ley de PPP establece que en el Contrato de PPP deberá preverse “la facultad de la administración pública nacional o contratante para establecer unilateralmente variaciones al contrato, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La potestad modificatoria sólo podrá ser tal en lo referente a la ejecución del proyecto.

modificación de precios en los contratos administrativos”, RAP N° 219, diciembre 1996, pp. 5 y ss., entre otros.

¹⁰⁶ Como lo expone AGUILAR VALDEZ, un supuesto crítico en la financiación privada de proyectos públicos radica en el riesgo derivado de modificaciones unilaterales. Desde el punto de vista del financiamiento se los bancos esperan que el proyecto se cumpla según los términos del contrato original y que, por lo tanto, no esté sujeto posibles cambios unilaterales que puedan alterar la distribución de los riesgos que surge de la documentación del proyecto. Lo cierto es que, si el objetivo del Sector Público es contar con un servicio adecuado, nada quita que el ejercicio del *ius variandi* sea limitado en la documentación contractual a modo de una autorrestricción convencional (AGUILAR VALDEZ, O., “Financiación privada...”, ob. cit., pp. 25 y ss.).

- b) Se prevé un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato¹⁰⁷.
- c) Se deberá compensar adecuadamente la alteración de modo de preservar el equilibrio económico-financiero original del contrato. En consideración con la compensación que debe recibir el Contratista PPP por variaciones unilaterales, el art. 9, punto 8 del Decreto de PPP aclara que, deberán ser realizadas mediante la modificación de algún factor del régimen económico del contrato – plazo, contraprestación o inversión – a favor del Contratista PPP. Asimismo, se establece que *“el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto”*.
- d) Se deberán respetar las posibilidades y condiciones de financiamiento. Tal y como hemos visto, el financiamiento en este tipo de contratos es esencial por lo que su protección deberá ser garantizada por el contratante público. Así, en caso de ejercer cualquier modificación que signifique un aumento en la inversión, deberán compensarse los mayores gastos en que incurra el Contratista PPP para aumentar su crédito. Inversamente, si la modificación significa una disminución en la inversión, el Ente Contratante deberá compensar cualquier erogación adicional que provoque la no utilización de fondos comprometidos¹⁰⁸.

ii. *Legislación comparada*

En general, los ordenamientos extranjeros tienden a limitar la potestad modificatoria del contratante público a los efectos de no provocar un estado de incertidumbre que aumente los costos del contrato.

¹⁰⁷ En líneas generales se respetan los límites tradicionales previstos por el art. 12, inc. b, del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública y por el art. 53 de la Ley de Obra Pública.

¹⁰⁸ En igual sentido ver CRIVELLI, J. C., *Inversión privada...*, ob. cit., pp. 242 y 243.

En el caso de Chile, el art. 19 del decreto 900 establece la posibilidad de que el Ministerio de Obras Públicas, mediante decreto supremo fundado y con la firma del Ministro de Hacienda, modifique por razones de interés público las características de las obras y servicios contratados, debiendo compensar al contratista con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico pactados.

Seguidamente se aclara que las bases de licitación establecerán (i) el monto máximo de la inversión que el contratista podría estar obligado a realizar en virtud de modificaciones unilaterales, y (ii) el plazo máximo dentro del cual tales modificaciones pueden ser ordenadas. En ausencia de regulación, el monto máximo de las nuevas inversiones es del 15% del monto total de la inversión inicial y sólo pueden ser requeridas hasta el cumplimiento de la mitad del plazo total del contrato.

Uruguay presenta una regulación de la potestad regulatoria similar a la de nuestro país. En efecto, en su Ley de Participación Público-Privada N° 18.786 establece que los Contratos de PPP podrán reconocer la potestad de la Administración contratante de modificar el contrato, estipulando los aspectos concretos susceptibles de modificación, las indemnizaciones que correspondan, el monto máximo de inversión adicional que pueda requerirse y el plazo máximo dentro del cual puede decidirse la modificación unilateral del contrato. Asimismo, el art. 47 prevé que el monto máximo de las nuevas inversiones o del gasto del servicio, requeridas por modificaciones, no podrá exceder del 20% del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.

La legislación peruana, por su parte, prohíbe la modificación de los Contratos de Asociación Público-Privada durante los primeros tres años desde la fecha de suscripción, salvo que se trate de corrección de errores materiales, requerimientos de acreedores

vinculados a la etapa de cierre financiero o de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato.¹⁰⁹

III.3.2.6. Terminación anticipada del Contrato de PPP por razones de interés público¹¹⁰

Unos de los riesgos más importantes a los que se ven enfrentados los contratistas privados y sus financistas tiene su origen en la facultad de la Administración Pública de extinguir los contratos administrativos de forma anticipada y con fundamento en razones de interés público o por oportunidad, mérito o conveniencia. Se trata de un supuesto de resolución unilateral, sin culpa de las partes y por una razón ajena al contratista, como causas sobrevinientes que tornan inadecuado al contrato para cumplir sus fines de interés público¹¹¹.

Indudablemente nos encontramos frente a un riesgo cuyos efectos debe mitigar el sector público, haciéndose cargo de dejar indemne al contratista por su decisión de terminar anticipadamente el contrato.

Ahora bien, dos son las cuestiones fundamentales que los contratistas privados debieran analizar en consideración a este riesgo: (i) cuándo, cómo y bajo qué circunstancias podrá la administración ejercer su facultar de terminar de modo anticipado el contrato; y (ii)

¹⁰⁹ Así lo dispone el art. 9.2 del Reglamento de la Ley de Asociaciones Públicas peruanas, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF. Parte de la doctrina peruana entiende que esta restricción temporal para renegociar los términos contractuales desnaturaliza el marco legal auspicioso para las Asociaciones Público.-privadas al no permitir un restablecimiento del equilibrio económico financiero original durante este periodo trienal, generando incertidumbre para los inversionistas privados. Cfr. Huapaya Tapia, Ramón, “Diez tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, en *Círculo de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Administrativo N° 13*, Perú, pp. 15 y ss.

¹¹⁰ A nuestro juicio la extinción del contrato por culpa de las partes no es un riesgo que pueda ser asignado o distribuido. Las causales de incumplimiento contractual serán tratadas conforme las reglas generales pautadas en el Contrato de PPP.

En cuanto a la extinción o suspensión del Contrato de PPP por razones de ilegitimidad, es interesante resaltar que el art. 9, inc. p, *in fine*, de la Ley de PPP establece que “*deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente*”. Ello supone a nuestro juicio restringir la potestad-deber propia de la Administración de revocar en su propia sede actos dictados con algún vicio grave en sus elementos esenciales.

¹¹¹ Cfr. BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, p. 500.

cuál será el alcance de la indemnización que le corresponde percibir en caso de que esta prerrogativa sea ejercida.

Desde esta perspectiva, someter al Contrato de PPP a las normas que regulan la potestad rescisoria de la administración en los contratos administrativos tradicionales implicaría generar un riesgo enorme que tornaría excesivamente costosa o directamente inviable la financiación privada de proyectos. Ello porque el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional prevé en su art. 12, inc. b) que la Administración podrá revocar los contratos administrativos en cualquier momento, por la mera invocación de razones de oportunidad, mérito y conveniencia y sin que el particular contratista tenga derecho a una indemnización por lucro cesante¹¹².

i. Tratamiento el Régimen de PPP

Afortunadamente el Régimen de PPP contempla una regulación diferente y más contemplativa de los derechos del Contratista PPP que, a nuestro parecer, reduce o aminora la facultad rescisoria del Estado por razones de interés público de manera tal de mitigar el riesgo de que ésta pueda ocurrir y minimizar sus posibles impactos para la parte privada¹¹³.
Veamos:

a. La facultad de terminación anticipada del Contrato de PPP por razones de interés público deberá estar expresamente prevista.

¹¹² En el mismo sentido se expresa el art. 95 del decreto reglamentario N°1.030/2016 en tanto establece que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado. Ello supone una indemnización sumamente limitada ya que, como escribe Aguilar Valdez para el caso de la concesión de obra o de servicios públicos, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el contratista cuando se extingue anticipadamente su contrato de concesión no es tanto el valor del activo en sí mismo considerado, sino del negocio en marcha. De nada vale un activo concesional si se ha privado al particular su derecho a explotarlo. (AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Buenos Aires, 2006, p. 218)

¹¹³ Tal y como afirma PERRINO, la regulación de los Contratos de PPP ha buscado mitigar los riesgos que asumen los contratistas y sus financistas, pues, con la finalización anticipada del contrato, no podrán recuperar los fondos invertidos y, muy probablemente, sólo tendrán por delante un largo juicio contra el Estado. (PERRINO, Pablo E., “La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público privada en el derecho argentino”, RAP, Ediciones especiales: El Estado constitucional de derecho y el derecho administrativo, 2016, pp. 100 y ss.)

En primer lugar, observamos que el art. 9º, inc. p, de la ley de PPP, establece que los Contratos de PPP deberán contener cláusulas que especifiquen *“las causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago”*.

En consecuencia, entendemos que, a los efectos de dar previsibilidad a las partes, la potestad del Ente Contratante de rescindir anticipadamente el contrato y todos los efectos que de ello se deriven, deberán estar expresamente previstos en el Contrato de PPP¹¹⁴. En definitiva, es necesario que, para una adecuada valuación de los riesgos de terminación, las previsiones contractuales resulten lo más regladas posibles, minimizando además los eventuales conflictos entre las partes.

b. El alcance de la indemnización correspondiente también deberá estar prevista en el Contrato PPP.

En cuanto al alcance de la indemnización que le corresponde al Contratista PPP en virtud de la terminación anticipada y unilateral del Contrato de PPP por razones de interés público, la Ley de PPP también deja su regulación y extensión para cada contrato determinado. En línea con ello aclara con buen criterio 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 y sus modificatorias”*¹¹⁵.

¹¹⁴ En otro orden de ideas, la previsión analizada nos lleva a preguntarnos si es constitucionalmente viable que la Administración renuncie a su facultad de rescindir un contrato administrativo por razones de interés público. En este sentido, se ha dicho que la revocación de un acto o contrato administrativo por razones de interés público se trata de una potestad inherente de la Administración, lo que implica una doble consecuencia: (i) no exige de un reconocimiento expreso, legal o contractual, para que tal facultad pueda ser ejercida; y (ii) cualquier norma o cláusula contractual que negara su ejercicio podría ser declarada inconstitucional o nula (COMADIRA, Julio Pablo, “Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de la extinción de las concesiones de servicios públicos”, en *Cuestiones de intervención estatal. Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 54).

¹¹⁵ Art. 9º, inc. p.

Así la Ley de PPP se aleja del criterio restrictivo respecto del alcance de la indemnización, permitiendo que se incluya el lucro cesante como rubro indemnizatorio para el caso de extinción del Contrato de PPP por razones de interés público.

Asimismo, el art. 10 de la Ley de PPP fija las siguientes pautas para prever la indemnización del Contratista PPP en los casos de extinción anticipada:

- La indemnización debe ser abonada con carácter previo a la toma de posesión de los activos¹¹⁶.
- El monto total de la compensación¹¹⁷ en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada.
- Se deberá asegurar el pago del crédito tomado para financiar el desarrollo del proyecto¹¹⁸.
- Aún en caso de terminación anticipada por razones de interés público, el Contratista PPP deberá compensar los daños y perjuicios que se hubieran provocado al Ente Contratante.

c. El órgano competente para terminar un Contrato PPP por razones de interés público es el Poder Ejecutivo.

A diferencia de los contratos administrativos tradicionales, en los cuales el órgano contratante puede extinguir el contrato por oportunidad, mérito o conveniencia, para el caso

¹¹⁶ Es decir, se sigue el criterio de indemnización previa establecida en materia de expropiación conforme al art. 17 de la Constitución Nacional. Sobre la aplicación del régimen jurídico de la expropiación a los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos ver: GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, cap. XIII; MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), “Estudios de derecho público”, Asociación de docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2014, p. 183 y ss. En contra: MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179-655.

¹¹⁷ Monto que será establecido según la metodología de valuación y el procedimiento de determinación que será establecida en el Pliego y en el Contrato de PPP correspondiente, en base a los principios y procedimientos internacionalmente aceptados en la materia (Cfr. Art. 10 del Decreto de PPP)

¹¹⁸ Sin perjuicio de ello, el art. 10 del Decreto de PPP aclara en su segundo párrafo que sólo corresponderá asegurar el repago del financiamiento pendiente de cancelación que hubiese sido efectivamente aplicado al desarrollo del proyecto.

de los Contratos de PPP, el art. 9°, inc. 12, del Decreto de PPP, establece que *“la extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional”*.

Esta regulación brinda una seguridad adicional al Contratista PPP pues, dada la magnitud de la inversión y las consecuencias patrimoniales que genera la extinción del contrato, sólo permite a la máxima autoridad de la Administración ejercer esta facultad resolutoria.

d. Los conflictos que puedan surgir por la terminación del Contrato PPP serán dirimidos de conformidad con los mecanismos de resolución de controversias pactados.

Adicionalmente, el art. 9, inc. w, requiere que en los Contratos de PPP se establezcan los *“procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes”*.

Se trata de una previsión que también contribuye a otorgar cierta previsibilidad a los inversores pues, en caso de acontecer un evento que ponga fin a la relación contractual, sabrán de antemano cuál será el procedimiento de resolución de controversias al que deberán someterse para cobrar la indemnización que por derecho les corresponda.

ii. Legislación comparada

En general, los regímenes de derecho comparado son restrictivos en cuanto a la posibilidad de terminar contratos de concesión o de PPP por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En línea con ello, la legislación chilena establece en el art. 28 ter del Decreto 900 algunos lineamientos para la terminación anticipada por razones de interés público:

- Sólo podrá terminarse anticipadamente un contrato de concesión cuando un cambio de circunstancias hiciera innecesaria la obra o servicio, o se demandare su rediseño o complementación que signifiquen inversiones adicionales que superen el 25% del presupuesto oficial de la obra.
- El órgano competente para ejercer la terminación anticipada es el Presidente, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, firmado en conjunto con el Ministro de Hacienda.
- Esta potestad sólo podrá ejercerse de modo exclusivo durante la etapa de construcción.
- El concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio o ejecución de la obra, a lo que se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada hasta la fecha de término anticipado. Al monto total del pago acordado, se sumarán los reajustes e intereses correspondientes hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.
- Cualquier controversia en torno al monto de la indemnización será resuelta por el Panel Técnico y/o la correspondiente Comisión Arbitral.

Brasil, por su parte, exige la declaración de interés público por ley y el pago de una indemnización que comprende las inversiones no amortizadas y las deudas tomadas de modo previo a poner fin al contrato (Ley N° 8.987, arts. 36 y 37).

III.3.3. Riesgos durante la operación

En la etapa de funcionamiento del proyecto, que generalmente coincide con el inicio del repago para el privado, algunos riesgos mencionados en los apartados anteriores desaparecen, mientras que otros se mantienen, aunque con diferentes matices.

Ahora bien, en los proyectos en los que está previsto el repago, en todo o en parte, por los usuarios mediante el pago de un canon, tarifa o peaje por el uso de la infraestructura, el riesgo comercial aparece y cobra una relevancia protagónica.

Asimismo, tanto si el repago es realizado por los usuarios o si se pacta una contraprestación que debe asumir exclusivamente el Ente Contratante, se encuentra latente el riesgo propio de operación y mantenimiento de la infraestructura y el riesgo de tipo de cambio. Veamos seguidamente una breve descripción de cada uno de estos riesgos:

III.3.3.1. Riesgo comercial o de demanda

En pocas palabras, el riesgo comercial o riesgo de demanda puede ser definido como el cálculo de la cantidad de usuarios que habrán de utilizar la infraestructura una vez que ésta comience a funcionar y que, en ciertos casos, constituirán el flujo principal de ingresos del Contratista PPP y del que dependen sus posibilidades de cubrir el financiamiento obtenido para realizar el proyecto con más un margen de utilidad esperado.

Puede ocurrir que existan datos históricos o antecedentes lo suficientemente precisos como para establecer con un gran nivel de precisión la demanda estimada de usuarios en una obra determinada¹¹⁹. En estos casos excepcionales quizá sí sea posible asignar el riesgo comercial de modo total y exclusivo al Contratista sin que sea necesario para el Ente Contratante asumir garantías por ingresos mínimos determinados.

Ahora bien, en la generalidad de los casos, la estimación de usuarios potenciales es realizada sobre la base de datos o mediciones subjetivos y no dejará de ser una simple conjetura o predicción sobre el flujo de usuarios futuros con más o menos previsibilidad¹²⁰.

¹¹⁹ Por ejemplo, el caso de la ampliación de una ruta o camino existente en donde el número de usuarios se encuentra documentado durante muchos años.

¹²⁰ Como lo destaca FANELLI EVANS, “*este riesgo puede minimizarse según la seriedad de la consultora, la profundidad de su estudio, la cantidad de años pasados comprendidos o casos similares consultados, etc., pero [...] subsistirá pues lo que nunca podrá lograrse es la seguridad de que el futuro se comporte en forma idéntica al pasado, travesura ésta que Cronos suele jugar toda vez que el avance raramente es perfectamente lineal*”. (FANELLI EVANS, G., “El riesgo...”, ob. cit.).

Ante la mencionada falta de certeza sobre la demanda esperada, cobra especial importancia la adopción de mecanismos que, de alguna manera, busquen disminuir o minimizar el impacto de un cambio brusco en la cantidad de usuarios, o bien, recomponer el equilibrio económico-financiero original del Contrato de PPP.

Así, la imposibilidad de determinar con certeza o no otorgar alguna seguridad de demanda mínima de ingresos al contratista constituye una situación de incertidumbre que el financista trasladará a la tasa de interés encareciendo en gran manera el costo del financiamiento. Ello eleva el precio del proyecto y, en consecuencia, las tarifas o peajes que deban pagar los usuarios, pudiendo incluso convertir al proyecto en inviable económicamente.

Ante esta situación, siempre es conveniente que en los documentos licitatorios sea el sector público quien efectúe las estimaciones correspondientes y comparta con el Contratista PPP el riesgo de que éstas no sean similares o coincidentes con la demanda real¹²¹.

Sobre esta base, el art. 9º, inc. k, de la Ley de PPP establece que los Contratos de PPP podrán establecer garantías de ingresos mínimos. La garantía de ingreso mínimo consiste en fijar un piso de ingresos que el contratista tiene derecho a percibir. En caso de dicho piso no sea alcanzado, será el Ente Contratista quien subsidie los ingresos faltantes.

Este mecanismo es bastante útil para lograr previsibilidad en los ingresos y eliminar la incertidumbre que genera una simple estimación de demanda futura, contribuyendo en definitiva al abaratamiento del financiamiento.

Sin perjuicio de ello, no se trata del único sistema que puede idearse para disminuir el riesgo de demanda.

¹²¹ CRIVELLI entiende que en todos los casos el riesgo de demanda debe ser asumido por el sector público en virtud del principio *res perit domino*: el dueño de la obra es quien adquiere el valor y, por lo tanto, quien debe afrontar todos los gastos necesarios para tener su propiedad. Por otro lado, argumenta que no hay razón para que el Estado adquiera una infraestructura importante a un costo inferior al real en perjuicio de quien financió y ejecutó la obra. (Ver CRIVELLI, J. C., *Inversión privada...*, ob. cit., p. 367 y ss.)

En el caso de las concesiones en Chile, por ejemplo, se fija un piso y techo de ingresos o de demanda para el contratista (denominado “bandas de demanda”). De esta manera, si los ingresos del contratista no alcanzan al mínimo garantizado por las estimaciones de demanda, el Estado contratante o concedente deberá asumir el pago de la diferencia. Sin embargo, si los ingresos superan un monto máximo estimado, el exceso no pertenecerá al contratista sino al contratante público¹²².

III.3.3.2. Riesgo de operación y mantenimiento

El riesgo de operación y mantenimiento del proyecto debería ser asumido por el Contratista PPP pues constituye una de sus obligaciones principales bajo el Contrato PPP.

De esta manera, se asegura además que, en la etapa de construcción, el Contratista PPP cumpla con los estándares más elevados de calidad, utilice la mejor tecnología disponible y materiales de primera línea, dado que, cualquier ahorro indebido en la construcción del proyecto le significará gastos adicionales para su mantenimiento y/u operación. Se trata así de un buen mecanismo para sumar valor al proyecto.

No obstante ello, es posible -y conveniente- fijar un monto obligatorio para la implementación de cambios tecnológicos que contribuyan a la eficiencia y al mejoramiento del Proyecto¹²³. En efecto, las inversiones en nuevas tecnologías muchas veces, además de una reducción real de costos de operación y mantenimiento, significan brindar un servicio de mejor calidad y ampliar las posibilidades de acceso a la infraestructura.

III.3.3.3. Riesgo de tipo de cambio

¹²² Este mismo mecanismo es utilizado en algunas Asociaciones Público-Privadas peruanas y previsto en los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público-Privadas” aprobados por Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01.

¹²³ Por ejemplo, el Contrato de PPP diseñado en la licitación “Red de rutas y autopistas seguras PPP” contiene una cláusula que obliga al Contratista PPP a implementar innovaciones tecnológicas: “Cláusula 32.5.2. *Innovaciones tecnológicas requeridas por el Ente Contratante: El Ente Contratante podrá requerir al Contratista PPP la implementación de innovaciones tecnológicas en el proyecto, las que a los efectos del Contrato serán consideradas como obras adicionales obligatorias*”.

El riesgo de tipo de cambio se define como las potenciales pérdidas o ganancias derivadas de la exposición a variaciones en la tasa de cambio entre dos monedas. Este riesgo adquiere una relevancia central en nuestro país que no se caracteriza por la estabilidad de su moneda. Asimismo, al no poseer un mercado financiero interno fuertemente desarrollado, los Contratistas PPP se ven obligados a acudir a fuentes de financiamiento del exterior asumiendo que durante el plazo de duración del contrato habrá una fluctuación en el valor de la moneda extranjera del crédito en relación a la moneda local.

De tal manera, una variación desfavorable del tipo de cambio para el contratista afectará severamente el equilibrio económico-financiero del contrato y sus posibilidades reales de devolver el crédito tomado en moneda extranjera. Por esta razón, el acceso al financiamiento y, en definitiva, la viabilidad del proyecto se ven fuertemente coartadas si en el Contrato de PPP no se prevén mecanismos que atiendan adecuadamente al riesgo de tipo de cambio.

Este riesgo puede manifestarse durante la etapa de construcción cuando el Contratista PPP debe adquirir insumos o materiales en una moneda diferente de la que obtuvo para financiarse, pero adquiere mayor relevancia en la etapa de financiación cuando comienza el repago de la obra y se gatilla la obligación del Contratista PPP de cancelar el crédito tomado para su financiamiento.

Generalmente para aquellos proyectos de gran envergadura y altos costos, asignar el riesgo de tipo de cambio exclusivamente al contratista privado disminuye considerablemente las posibilidades de financiamiento, a la par que aumenta en gran medida las tasas de interés. Por ello, y considerando que el contratista privado no tendrá influencia alguna en la variación del valor de la moneda, cuando el repago del proyecto es realizado por el Estado, el riesgo de tipo de cambio debería ser asumido por éste o, al menos, diseñarse un mecanismo de mitigación del riesgo. Así, por ejemplo, si el Estado realiza el repago de la obra en moneda extranjera, retiene para sí el riesgo de tipo de cambio

y deja indemne al contratista privado permitiéndole cancelar el crédito tomado en el exterior.

Ahora bien, en un esquema de repago por parte de los usuarios, la situación es un tanto más compleja dado que éstos pagarán el peaje o la tarifa por el uso del servicio en moneda local, debiendo luego el contratista realizar su conversión a moneda extranjera para hacer frente a sus obligaciones financieras. Una alternativa de solución podría ser que el propio Estado asuma este riesgo mediante la contratación de seguros de cambio o realice directamente el pago por variaciones del tipo de cambio¹²⁴.

El Régimen de PPP no prevé consideraciones especiales en relación al riesgo de tipo de cambio y deja librado su regulación para cada contrato específico. Sin embargo, es posible apuntar que, con buen tino, se prevé la inaplicabilidad del art. 765 del Código Civil y Comercial en tanto éste establece que las obligaciones contraídas en moneda extranjera pueden ser abonadas mediante su equivalente en moneda de curso legal. De esta manera se pretende que, en ausencia de previsiones contractuales específicas, el Ente Contratante no pueda librarse de sus obligaciones en moneda extranjera realizando su pago en pesos.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

Finalmente, nos encontramos en condiciones de esbozar las siguientes conclusiones:

1. La participación e inversión privada en infraestructura pública no puede funcionar adecuadamente sin un esquema institucional y legal propicio que generen la suficiente seguridad jurídica como para atraer inversores serios y otorgar rentabilidad a los proyectos. El Régimen de PPP recientemente diseñado por el Estado argentino viene a constituirse como un marco jurídico estable con el objetivo

¹²⁴ Por ejemplo, en el modelo de Contrato de PPP elaborado para la licitación “Red de autopistas y rutas seguras PPP” se prevé que ciertos pagos por inversiones estarán expresados en dólares y serán pagados por el Ente Contratante en la misma moneda, mientras que parte de los costos serán pagaderos en moneda local. A los efectos de mitigar el riesgo de tipo de cambio en este último caso, se prevé la posibilidad de que el oferente celebre un contrato de derivado (conocido como “*currency collar*”) con el Fideicomiso PPP en el cual se fijará una relación de cambio de referencia entre el valor del dólar y la Unidad de Valor Adquisitiva (UVA) al momento de la adjudicación, con una banda de variación del 10%. En caso de variaciones en más o en menos del 10% respecto de la relación de cambio de referencia al momento del pago por inversión, se preverán pagos a ser recibidos o realizados, según corresponda, por el Contratista PPP.

de materializar la inversión y colaboración privada en el desarrollo de infraestructura pública.

2. El esquema de PPP constituye en todos los casos el punto de encuentro entre los intereses de los sectores público y privado en relación a un proyecto de infraestructura determinado, proyecto que, en definitiva, delimitará el contenido de cada Contrato de PPP según sus características específicas. En este sentido, el Contrato de PPP comprende cualquier tipo de colaboración entre poderes públicos y empresas privadas para la implementación de un proyecto en el cual los recursos y capacidades de las partes son aportados en conjunto de tal manera que se logre optimizar la participación de cada uno de los sectores.
3. El Contrato de PPP es un contrato administrativo de contenido indeterminado y flexible que puede adoptar diversas modalidades dependiendo principalmente de su objeto y de la estructura de colaboración que se pretenda para el desarrollo de un proyecto determinado y las condiciones de su financiamiento.
4. El Contrato de PPP se constituye como un mecanismo de financiación privada de obras públicas que modifica la posición del Estado con relación al tradicional contrato de obra pública pues debe ser el inversionista, y no el Estado, quien asuma el riesgo de obtener los fondos necesarios para llevar adelante el proyecto.
5. El esquema de reparto los riesgos específicos de un Contrato de PPP influirá en (i) el precio del contrato; (ii) la transparencia en la determinación de los costos reales del proyecto dado que algunos riesgos se evalúan con estimaciones puramente especulativas destinadas a financiar el riesgo si es que acaece, (iii) la concurrencia de oferentes con la capacidad, patrimonio y antecedentes técnicos suficientes para asumir la cantidad de riesgos transferidos; (iv) las posibilidades de acceso al financiamiento por parte de organismos de crédito, (v) el costo y las posibilidades de obtención de garantías de cumplimiento; (vi) el aumento del valor del dinero invertido y en la conveniencia de ejecutar un proyecto determinado mediante un

mecanismo de PPP; y (viii) en los costos reales para ejecutar una obra de infraestructura determinada.

6. En el Contrato de PPP se introduce una asignación o reparto de todos los riesgos significativos del proyecto entre el contratista privado y el contratante público. La realización de una correcta asignación de riesgos constituye el eje principal sobre el que se equilibrará la ejecución del proyecto e influirá en todos los elementos centrales del Contrato PPP (plazo, contraprestación, inversión, etc.). El correcto reparto de riesgos e incumbencias entre los sectores público y privado a la hora de diseñar un mecanismo de PPP aumenta el *value for money* de un proyecto determinado. Por ello, será necesario evaluar de antemano y contemplar en el marco normativo y en el propio Contrato de PPP la asunción de riesgos por parte de quien esté en mejores condiciones para asumirlos y minimizar su impacto.
7. Tanto los riesgos macroeconómicos como los riesgos específicos del contrato influyen en el costo de la financiación privada, esencial para instrumentar un esquema de PPP. La única manera de atenuar los efectos del riesgo global, de gran peso en países en vías de desarrollo como la Argentina, es disminuir los riesgos propios del Contrato de PPP a fin de compensar sus altos costos financieros. Así el Estado, al actuar como contratante en un Contrato de PPP tiene la responsabilidad de diseñar el esquema contractual de manera tal que la distribución de riesgos disminuya los costos del proyecto y, al mismo tiempo, genere mayor valor por el dinero invertido.
8. El reparto de riesgos entre las partes de un Contrato de PPP dependerá en gran manera de las características y consideraciones específicas del proyecto de infraestructura pública que pretenda llevarse a cabo. No existirá, en consecuencia, una asignación definitiva y única de riesgos para todos los proyectos que se llevan a cabo con este esquema de contratación.
9. El Régimen de PPP argentino posibilita otorgar a los Contratos de PPP la flexibilidad necesaria para adaptar sus cláusulas a las necesidades específicas de

cada proyecto. Ello permite la realización de un reparto de riesgos entre las partes del contrato que logre reducir los costos de la infraestructura, genere eficiencia en el uso de los recursos y brinde incentivos para atraer inversiones privadas de magnitud.

10. La distribución de riesgos debe plasmarse siempre manteniendo el necesario equilibrio que existe en un Contrato de PPP y permanecer inerte a lo largo de su ejecución de forma tal de respetar el equilibrio económico-financiero original. En caso contrario, podría frustrarse la relación contractual o generarse sobrecostos innecesarios, aniquilando el valor por el dinero que se calculó a la hora de optar por un mecanismo de PPP.

V. BIBLIOGRAFÍA

V.1. Citada

- ABAL, Patricio, *Asociaciones Público-Privadas: tratamiento de sus aspectos esenciales en la legislación comparada de Latinoamérica*, LL. Cita online: AR/DOC/5117/2010.
- AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- 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 infraestructura pública”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas, VV.AA.”, *Organización administrativa, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho los días 19, 20 y 21 de mayo de 2004*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.
- ARAGONE RIVOIR, Ignacio, *Desarrollo de proyectos de participación público-privada: contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales*, Revista de Derecho Administrativo, 2013.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El Contrato de Colaboración Público-Privada”, ponencia preparada para las *XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife*, 8 a 10 de octubre de 2008, disponible en http://www.cositaltfe.es/img/eventos/GASPAR_ARINO.pdf.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- AZZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, “Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley”, LL 2016-D, 784.
- BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t. 1, Ábaco, Buenos Aires, 1984.
- BARRA, Rodolfo Carlos, “Las dificultades materiales imprevistas. Diferencia con la Teoría de la Imprevisión”, ED, 83-622, comentario al fallo de la SCBA, *FUNOVA S.A.C. y otra c. Dirección de Vialidad de la Provincia de Bs. Aires*, del 05/07/1977.
- BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BIANCHI, Alberto B., “El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación”, 12/03/1987, ED 125-270.
- BUJ MONTERO, Mónica, “La licitación pública: principios generales”, publicado en FARRANDO, Ismael (h) (Director), *Contratos administrativos*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002.
- CASSAGNE, Ezequiel, “La colaboración público-privada para la concreción de proyectos de energía renovable en Argentina”, *Revista de Derecho Administrativo*, 01/05/2013.
- CASSAGNE, Ezequiel, “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 107, págs. 925 y 931/932.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 11ª Ed., La Ley, Buenos Aires, 2016.

- COMADIRA, Julio Pablo, “Precisiones conceptuales sobre los modos y consecuencias de la extinción de las concesiones de servicios públicos”, en *Cuestiones de intervención estatal. Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- COMADIRA, Julio R., “El caso Furlotti: Consolidación de una doctrina”, en *Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, otros estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública: nociones – principios - cuestiones*, Segunda Edición, ampliada y actualizada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor J.; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- COVIELLO, Pedro José Jorge, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- CRIVELLI, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Astrea, Buenos Aires, 2017.
- CRIVELLI, Julio C., “Leyes de concesión y PPP en países emergentes o cómo construir un “puente jurídico” que haga posible que los mercados” de capitales desarrollados financien infraestructuras públicas en países emergentes, presentación realizada en el Ciclo Academia y Sociedad organizado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas el 25/08/2016, texto escrito disponible en http://www.anceargentina.org/site/trabajos/Crivelli_Leyes_Concesion.pdf
- DE LA RIVA, Ignacio, “Nuevos modelos de financiación de infraestructura pública”, en *Revista digital de derecho administrativo*, N° 17, Primer semestre 2017, pp. 193-212.

- DE LA RIVA, Ignacio, “¿Es la participación público-privada un nuevo contrato administrativo?”, publicado en ED, N° 14.173.
- DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.
- DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y Anotada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. II, Depalma. Buenos Aires, 1979.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “El *ius variandi* en los contratos administrativos”, en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “La financiación de concesiones de obras y de servicios públicos”, LL 1998-D-958.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “La ecuación económica-financiera en las concesiones de obra y servicios públicos”, LL, 1996-E-1043.
- FUENTES FERNÁNDEZ, Adolfo, “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, mayo-agosto año X, N°29.
- GERSOVICH, Carlos E. y TAVARONE, Marcelo, *Financiación de Proyectos*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- GIMENO FELIÚ, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012.

- GORDILLO, Agustín A., *Obra pública y contrato de obra pública*, en AA.VV.: *Contratos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, FDA, Buenos Aires, 1998.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl E., *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, y BENSADÓN, Pascual, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada (A propósito del decreto 967/05)”, EDA 2005-638.
- GUIRIDLIÁN 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”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 107.
- GUIRIDLIÁN LAROSA, Javier D., *Contratación Pública y desarrollo de infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HARRIS, Stephen, *Public Private Partnerships: delivering better infrastructure services*, London, Head International Financial Services, Inter-American Development Bank, working paper.
- HYNES, Verónica, “Asociaciones público-privada”, JA 2008-III-897. Cita online: 0003/013907.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Diez tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, en *Círculo de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Administrativo N° 13*, Perú, pp. 15 y ss.

- IBARZÁBAL, Milagros, “El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada”, EDA, N° 14.173, 03/05/2017.
- LAU ALBERDI, Jerónimo, “El Régimen de Participación Público-Privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, N° 12, febrero-abril de 2017, pp. 199-238.
- LINDER, Stephen H., “Coming to terms with the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings”, American Behavioral Scientist, 1999; Vol. 43, No. 1.
- LUJÁN, Mabel E., “Acerca del nuevo régimen de asociación público-privada. El dec. 967/2005”, Revista de Derecho Administrativo 2006-55-216.
- MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179-655.
- MAIRAL, Héctor, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, N° 320, Buenos Aires, 2005.
- MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Asociación de docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2014, p. 183 y ss.
- MARIENHOFF, Miguel Santiago, “Contrato de obra pública. Gasto improductivo y daño: su resarcimiento. Fuerza mayor o caso fortuito. Teorías de la voluntad y del riesgo”, LL 1983-A-796.
- MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

- MATA, Ismael, “El riesgo en los contratos administrativos”, RAP, XXVII-2.
- MERTEHIKIAN, E., "Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante. Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N. 1023/01", en "*Estudios de Derecho Administrativo*", RAP, Buenos Aires, 2007.
- MÓ, Fernando, *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed. actualizada y aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- PERRINO, Pablo E., “La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público privada en el derecho argentino”, RAP, Ediciones especiales: El Estado constitucional de derecho y el derecho administrativo, 2016, pp. 100 y ss.
- 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*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- RUSAILH, Juan José, “Aprendiendo de los demás: utilidad, límites y desafíos de las Iniciativas de Financiamiento Privado a la luz de la experiencia internacional”, ponencia presentada en el *VII Congreso Nacional de Ciencia Política — Sociedad Argentina de Análisis Político*, Córdoba, 2005, disponible en: <http://www.saap.org.ar>.
- SACRISTÁN, Estela, “Ius variandi y modificación de precios en los contratos administrativos”, RAP N° 219, diciembre 1996.
- SAMUELSON, Paul, NORDHAUS, Williams, *Economía (con aplicaciones a Latinoamérica)*, 19ª edición, Editorial McGrawHill, México, 2010.

- Subsecretaría de Participación Público Privada, *Guías de PPP: Informe de las Autoridades Convocantes*, Documento preliminar, disponible en <https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/guias.php>.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2017 Infrascopes*, EIU, New York, USA, 2017.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en GIMENO FELIU, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012.
- VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2016.
- 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, N° 3488, mayo 2008. Disponible en http://media.wix.com/ugd/a70530_aa7568bee4ec4b60b158685827b0a411.pdf
- VILLAR PALASÍ, José L. y VILLAR ESCURRA José L, “Fuerza mayor”, en GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- WISS, Marcia A y MAUREA FARIA, Teresa, *Public Private Partnership in Latin America: Governmental salvation or deception?*, International Bar Association Conference, Auckland, 2004.
- YESCOMBE, E.R., *Public-private partnerships. Principles of policy and finance*, Elsevier, Fifth Edition, 2007.

V.2. Consultada

- AZZARRI, Juan Cruz, VEGA OLMOS, Jimena, “El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma: a propósito del proyecto de ley de contratos de participación público privada”, Cita Online: AP/DOC/881/2016.
- BRUNO, Eugenio A., “Reglamentación de la Ley de Contratos de Participación Público Privada”, LL 2017-B 839, Cita Online: AR/DOC/696/2017.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys, “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410”, en *Derecho Público Iberoamericano*, Abril, 2014, N° 4, pp.141-164.
- CIMINELLI, Darío, “Comentario a la Ley Nacional 27.328”, ADLA 2017-2. 56, Cita Online: AR/DOC/149/2017.
- CIMINELLI, Darío, “Régimen de los contratos de participación público-privada. Un nuevo desafío para el derecho argentino”, ADLA 2017-6, 3, Cita Online: AR/DOC/904/2017.
- CNUDMI, “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, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, 2004, disponible en http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf.
- CRIVELLI, Julio César, VEGA, Susana E., “El problema del financiamiento de las obras públicas: la necesidad de creación de la boleta de deuda”, en *Infraestructura y construcción: problemas de actualidad (Ira parte)*, *Revista de la Administración Pública*, N° 320, pp. 51 y ss.

- DIANA, Nicolás, “Breve comentario al Proyecto de Ley de Participación Público-Privada (PPP)”, LL 2016-E, 648, Cita Online: AR/DOC/2083/2016.
- DIANA, Nicolás, “Cuestiones generales sobre el Contrato de Participación Público Privada (PPP)”, LL 2017-B, 1024, Cita Online: AR/DOC/1019/2017.
- DIANA, Nicolás, “El arbitraje en el Contrato de Participación Público-Privada”, LL, Cita Online AR/DOC/2236/2017.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “La inversión en obra pública – Sus garantías”, en *Infraestructura y construcción: problemas de actualidad (1ra parte)*, Revista de la Administración Pública, N° 320, pp. 160 y ss.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “La necesidad de recrear confianza y los derechos reales administrativos”, LL 2003-C, 1263, Cita Online: AR/DOC/19584/2001.
- GIMENO FELIÚ, José María, “Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, en VIII Jornadas Nacionales en Derecho de la Competencia, Barcelona, 16/07/2014. Disponible en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/M2-04-jose-maria-gimeno.pdf
- HERRERA, Santiago Juan Manuel, “Comentarios a la Ley N° 27.328 y Decreto N° 118/2017. Los contratos de participación público privada aplicados a la red de concesiones viales”, en *Revista de la Administración Pública*, Sección Doctrina, N° 467, pp. 7 y ss.
- HERRERA, Santiago Juan Manuel, “Reflexiones acerca de la necesidad de una nueva Ley de Puertos. La incidencia de la Asociación Público Privada”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 466, pp. 7 y ss.

- MERCADO NEUMANN, Edgardo, ABUSADA CHEHADE, Flavia, “Asociaciones Público Privadas (APP): entre lo público y lo privado – El empresario como cogobernante”, *Revista Derecho y Sociedad*, N° 45, pp. 103-109.
- MABRO MATA, Enrique, “Jurisprudencia de la Corte en contratos de obra pública en los primeros lustros del Siglo XXI”, *Sup. Adm.* 2010 agosto, p. 229. Cita Online: AR/DOC/5243/2010.
- MARTEHIKIAN, Eduardo, “El costo financiero en el contrato de obra pública”, LL 1997-C, 782.
- MORAGA KLENNER, Claudio, “¿Hace falta una ley de asociaciones público-privadas en Chile?”, en BENAVIDES, José Luis, *Temas de derecho administrativo N° 4, Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp.105 y ss.
- PERRINO, Pablo E., “Calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública”, en *Cuestiones de intervención estatal, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, RAP, Buenos Aires, 2012, pp. 116 y ss.
- ROCHA PEREYRA, Gerónimo, PICCOLI, Pablo J., “La asociación público privada para el desarrollo de infraestructura e la Argentina”, LL, Cita Online: 0003/012744.
- TORO CEPEDA, Julio, “Experiencia chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos. Informe Final”, Programa para el impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, Chile, 2009.
- YMAZ COSSIO, Esteban R., “Proyecto de Ley sobre Participación Público-Privada”, LL 2016-D. 1328, Cita Online: AR/DOC/2209/2016.

V.3. Jurisprudencia Citada

- CSJN, 11/09/1972, “Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica S.A.”, Fallos 283:345.
- CSJN, 12/03/1987 “Libedinsky, Jorge SACIF y C c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 310:548.
- CSJN, 6/05/1942, “SA Laboratorios Suarry”, Fallos 192:234.
- CSJN, 09/12/1957, “Giménez Vargas Hermanos v. Provincia de Mendoza”, Fallos 239:343.
- CSJN, 28/04/1998, “Operadores de Estaciones de Servicio S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda”.