

Aspectos Contractuales de la Financiación de Proyectos de Infraestructura a través del Sistema B.O.T. (Build, Operate and Transfer)

Eduardo Calvo

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene como objeto describir los principales aspectos contractuales del conjunto de acuerdos necesarios para lograr la realización de un proyecto de financiación de obras de infraestructura a través del procedimiento denominado *Build Operate and Transfer (B.O.T.)*⁽¹⁾. Se tendrá especialmente en cuenta el encadenamiento de los distintos contratos para la distribución de los diferentes riesgos del proyecto y su cobertura por parte de los participantes en el mismo enfocado desde la perspectiva del derecho argentino.

A estos efectos, se describirá brevemente, un proyecto de financiación *B.O.T.*, pasándose luego al estudio de los principales contratos que son utilizados para su implementación: el de concesión de obra pública o de servicio público o en su caso, el que lo reemplace, que es el que origina la operación; el de financiación que genera la posibilidad de ejecutar el proyecto y el de construcción de la obra de cuya operación surgen los fondos para el repago de la financiación.

En base a ello se discernirán las pautas necesarias para que desde el punto de vista jurídico el proyecto sea llevado a cabo, poniendo de manifiesto los principales aspectos legales que deben ser tenidos en cuenta de acuerdo a la legislación argentina.

II. Parte I: Aspectos Generales de un Proyecto B.O.T. [\[arriba\]](#)

2.1. Acerca del B.O.T. [\[arriba\]](#)

2.1.1. Origen:

El sistema de financiamiento que será denominado aquí en forma genérica a lo largo de este trabajo como B.O.T., ha suscitado el interés internacional a partir de finales de la década del '70 y principios de los años '80, porque en aquellos años, aparecía como una forma novedosa de financiar la realización de obras de infraestructura o la prestación de servicios públicos en los cuales se debieran construir previamente las instalaciones necesarias.

En términos generales, este sistema consiste en que empresas privadas realicen un proyecto de infraestructura que es otorgado en concesión -entre otras formas contractuales posibles- por un Estado soberano, utilizando fondos privados obtenidos a través de préstamos y suscripciones públicas de títulos, cuyo repago será efectuado por el flujo de fondos que obtendrá el concesionario de la explotación de la instalación una vez construida. La expectativa de obtener dicho flujo es la principal consideración tenida en cuenta para obtener los fondos, transfiriendo al final del plazo de explotación concedido dicha instalación al Estado concedente.

El concepto que fue considerado revolucionario en su momento, es que el riesgo del financiamiento de obra pública o de la prestación del servicio público no recae en el Estado soberano que necesita su realización, sino en aquéllos que llevan a cabo el proyecto o prestan el servicio que el proyecto en sí mismo se autofinancia con los recursos que genera.

Retrospectivamente, debe recordarse que durante gran parte del siglo XX y en especial a partir de la gran depresión de los años '30, los proyectos de infraestructura (entendiéndose por tales aquéllos que consisten en obras para la satisfacción de necesidades básicas de la población, como ser represas, rutas, ferrocarriles, centrales eléctricas, oleoductos) eran financiados mediante préstamos otorgados por las entidades financieras internacionales a los estados nacionales. Con lo cual lo que se tenía en cuenta a los efectos de financiar este tipo de proyectos era la capacidad de repago que tenía el Estado. Cuando su capacidad de endeudamiento se agotaba, se extinguían los recursos para la realización de proyectos, muchos de los cuales, no sólo hacen a la satisfacción de necesidades básicas sino también a las posibilidades de crecimiento económico.

Durante años se pensó, en base a ideas keynesianas, que las obras de infraestructura eran un coto estatal cuya misión era promover el pleno empleo y la actividad económica. Asimismo, se consideraba que los servicios públicos debían ser prestados por el Estado para asegurar al usuario sus beneficios. No es de extrañar, entonces, que la posibilidad de financiar este tipo de actividades sin que el Estado asumiera la totalidad de los riesgos fuera considerada novedosa al comienzo del proceso de privatizaciones que durante las décadas del '80 y del '90 marcó la retirada del Estado del campo empresario⁽²⁾.

Sin embargo, el concepto no es nuevo. Ya en 1299 la Corona Inglesa negoció con la Casa Frescobaldi un préstamo para desarrollar minas de plata en Devon. El contrato de préstamo establecía que el prestamista debía hacerse cargo de la explotación de la mina por un año y retirar en pago de su préstamo todo el mineral sin refinar que pudiera extraer en ese lapso quedando los costos de operación a su cargo. La Corona no otorgó garantía alguna con relación a la cualidad y cantidad de la plata a obtener⁽³⁾. También se pueden mencionar como antecedentes los contratos de concesión de obra utilizados en Francia para la realización de ferrocarriles como así también la construcción del canal de Suez⁽⁴⁾.

En nuestro país anticipándose casi tres lustros a la aparición de los primeros proyectos B.O.T. en 1967 se sancionó la Ley de Concesión de Obra Pública N° 17.520 (LCOP) y en base a ella sucesivas legislaciones provinciales recogieron el concepto desde el punto de vista de la recepción normativa por parte del Estado⁽⁵⁾. La diferencia entre los proyectos B.O.T. y el contrato legislado en dicha ley, está dado por el hecho de que el contrato fundamental del B.O.T. puede instrumentarse de varias formas, como así también por la creación de una empresa especialmente diseñada para llevar a cabo el proyecto, con la limitación de responsabilidad que de ello se sigue según la forma societaria elegida para dicha empresa. En este punto cabe recordar que la concesión de obra pública es el otorgamiento de la construcción de una obra a un particular cuyo repago se efectuará mediante el cobro de una tarifa o peaje a los particulares que utilicen la misma. En el B.O.T. como veremos más adelante, se puede instrumentar mediante este tipo de contratos pero también mediante concesiones de servicio público en las cuales, el contenido económico de la realización de la obra sea más importante que la prestación del servicio público en sí mismo considerado. También el B.O.T. se puede implementar mediante

contratos de suministro de aquello que la instalación produce que vaya a construirse mediante este sistema, en los cuales se encuentre pactado un pago en firme, etc.

Volviendo a la aparición de la concepción moderna, por así decirlo, de este procedimiento financiero, pareciera que el término B.O.T. fue acuñado por el entonces Primer Ministro de la República de Turquía, Turgot Ozal, quien asumiera el cargo en 1983 y lanzara un ambicioso plan de privatizaciones. Concebido dicho plan para la realización de una planta nuclear luego se extendió hasta abarcar plantas generadoras de electricidad, proyectos hidroeléctricos, infraestructura de transporte (autopistas, rutas y aeropuertos) y zonas francas⁽⁶⁾. En estos proyectos se hablaba de una acepción del B.O.T. en la cual el concesionario o constructor en vez de operar la obra construida, sería dueño de la misma, por lo cual la “o” de la sigla se refiere al verbo inglés own que significa ejercer la propiedad de una cosa. Surgieron luego otras variantes del concepto que giran en torno a la posibilidad o no de transferencia de las obras, la existencia de subsidio o del pago de un canon, etc.⁽⁷⁾, pero que en esencia son similares a la concepción original.

Después del desarrollo de los proyectos de Turquía los cuales fueron llevados a cabo con cierta dificultad⁽⁸⁾, surgieron iniciativas de este tipo en todo el mundo⁽⁹⁾, con diverso éxito.

Varios factores contribuyeron a la proliferación de esta técnica. Estos fueron: (i) el continuo aumento de la población y la consecuente necesidad de crecimiento económico para satisfacer sus necesidades que generaron la urgencia de implementar proyectos de infraestructura⁽¹⁰⁾; (ii) la existencia de países en vías de desarrollo muy endeudados que requerían planes de austeridad en el gasto público⁽¹¹⁾; (iii) ideológicamente se había concluido que los programas de desarrollo implementados durante los '60 y '70 no habían funcionado; de hecho, las empresas estatales eran las que generaban el mayor déficit y desequilibrios en las economías de estos países y por consiguiente este nuevo enfoque podía ser una novedosa fuerza de desarrollo⁽¹²⁾; (iv) la crisis de la deuda de los países en desarrollo había cerrado su acceso al crédito para el gasto en proyectos de infraestructura pública⁽¹³⁾; (v) las empresas constructoras internacionales afrontaban una baja en la demanda de obras que estas empresas podían realizar, lo cual los llevó a buscar e idear nuevos negocios entre los cuales “renació” la posibilidad de concesionar obras públicas y servicios públicos⁽¹⁴⁾; (vi) la tendencia en el mercado internacional de la industria de la construcción era que el rol del contratista tendiera hacia la financiación de los proyectos que debía ejecutar como así también a gerenciarlos una vez construidos⁽¹⁵⁾.

En suma, tanto la falta de mercado para las grandes constructoras internacionales como el agotamiento del modelo de préstamos soberanos y la siempre insatisfecha necesidad de crecimiento económico para una población en constante aumento determinaron la búsqueda de nuevas formas de financiamiento, para la realización de este tipo de proyectos.

2.1.2. Definición.

Dadas las diversas situaciones a las cuales puede ser aplicado este sistema de realización de proyectos de infraestructura y a que existen variantes en las cuales los derechos de las partes intervinientes varían substancialmente, resultan difícil efectuar una definición omnicomprensiva.

Sin embargo, teniendo en cuenta las características esenciales de un proyecto B.O.T. básico, por así decirlo, se lo puede definir diciendo que: Es una técnica de financiamiento para realizar proyectos de infraestructura estatal, en la cual la empresa ejecutora se compromete a diseñar, construir y operar durante el plazo de duración del contrato la obra efectuada por el pago de una tarifa por parte del propio estado o del público usuario debiendo a la finalización del plazo entregar los bienes construidos al Estado, para lo cual la empresa ejecutora tendrá que obtener, los recursos financieros necesarios, los que serán satisfechos por el flujo de fondos generados en base a la explotación de la instalación una vez construida, sin que la entidad prestamista tenga en principio otra garantía que dicho flujo de fondos y eventualmente los bienes que han sido construidos para el proyecto, de forma tal que la unidad económica creada al efecto sea independientemente viable.

A continuación se realizará un análisis de cada uno de los elementos esenciales de la definición dada:

a. ... técnica de financiamiento para la realización de obras de infraestructura estatales ...:

Con relación al B.O.T., en principio debe tenerse en cuenta que es una técnica de financiación, es decir una forma particular de obtener y administrar los fondos necesarios para llevar a cabo un proyecto, cuyo origen, es la técnica denominada project financing (P.F.)⁽¹⁶⁾ que fue utilizada originalmente con éxito en la exploración petrolera y minera y, con posterioridad, en la realización de centrales eléctricas en los Estados Unidos.

La otra característica que surge de esta primera parte de la definición es la nota estatal. Lo relevante con relación al sistema B.O.T. en este aspecto es que está concebido para el desarrollo de proyectos estatales, lo cual, al generar un tipo particular de riesgo, el denominado “riesgo político” o “soberano”⁽¹⁷⁾, tiñe todos los aspectos de la operatoria en cuestión. En el fondo, puede llegar a decirse que está aplicando una técnica de financiación privada dentro de un ámbito estatal.

b. “... en la cual la empresa ejecutora se compromete a diseñar, construir y operar durante el plazo de duración del contrato de obra efectuada por el pago de una tarifa por parte del propio estado o del público usuario, debiendo a la finalización del plazo, entregar los bienes construidos al Estado ...”

Esta segunda parte se refiere a la parte operativa del B.O.T., es decir a los compromisos que asumirá la empresa que lleve a cabo el proyecto. Pero previamente a la mención de dichos compromisos, que serán objeto de un desarrollo posterior, es necesaria una breve referencia a la empresa promotora y luego ejecutora.

La empresa ejecutora denominada generalmente joint venture company (JVC), está formada por los interesados en el proyecto, a los que habitualmente se denomina sponsors y que en este trabajo serán denominados “promotores”. Esta JVC, es tanto el contratista del Estado como el tomador de los créditos necesarios para la financiación del proyecto. De aquí, su protagónico rol.

Pero no solo es protagónico en cuanto a ejecutor, sino en cuanto a la concepción del sistema B.O.T. Ello porque: (i) al ser una entidad independiente permite que el endeudamiento que los promotores generan quede fuera de su balance, no afectando de esta manera su capacidad crediticia⁽¹⁸⁾, lo cual es una de las

características esenciales de la técnica del P.F.; (ii) determina, según la forma jurídica del ente legal que se adopte, que la financiación sea sin recurso, es decir, sin que los promotores se encuentren obligados por la deuda asumida por la JVC ya que el crédito es otorgado en base a la capacidad de generar fondos del proyecto a cargo de aquélla; (iii) dado el carácter privado de la empresa tomadora de los fondos, el Estado carece de responsabilidad por la devolución del préstamo, “privatizando” la financiación de las obras de infraestructura necesarias para la comunidad y aliviando el presupuesto estatal.

Para lograr esa limitación, es necesario que la figura jurídica a elegir, impida que las deudas asumidas por la JVC puedan recaer en los socios lo cual se logra, por ejemplo, mediante la constitución de una sociedad anónima.

La JVC generalmente se encuentra integrada por empresas constructoras, de ingeniería, proveedores de equipos y materiales y compañías explotadores de recursos naturales o del tipo de instalación requerida por el Estado concedente, p. ej. compañías eléctricas⁽¹⁹⁾. Incluso puede resultar necesario que de acuerdo a los términos del pliego de contratación que rija la concesión, el Estado sea incluido como socio, como también que la operación financiera traiga aparejada la inclusión de alguno de los prestamistas.

Volviendo a los compromisos asumidos por la empresa promotora, el primero de ellos consiste en realizar la ingeniería necesaria para la ejecución de la obra, la cual puede subcontratarse con un tercero que la provea. Sin embargo, la forma más usual de resolver esta etapa es vincularla al cumplimiento del segundo compromiso mencionado, que es la construcción de la obra a un precio razonable y financiable. Ello se realiza mediante la firma de un contrato llave en mano y por un precio fijo⁽²⁰⁾, con una compañía de ingeniería y construcción.

El tercer compromiso asumido por la JVC es la operación de la instalación construida, que habitualmente también incluye su ulterior mantenimiento. Es esta operación de la obra lo que genera y permite el repago de la financiación obtenida para la construcción de la obra como así también de los servicios de operación y mantenimiento.

La contraprestación que recibe la empresa ejecutora es el pago de un precio por parte del Estado o bien la autorización para cobrar una tarifa a sus usuarios o beneficiarios. También se pueden establecer sistemas mixtos de explotación en los cuales, el excedente de producción que pueda surgir de la instalación construida sea comercializado a terceros. Estas sumas, constituyen la fuente de ingresos que debe ser evaluada al momento de determinar la viabilidad del proyecto y conseguir su financiación.

Finalmente, ocurre la transferencia al Estado concedente de las instalaciones construidas y operadas. Puede ocurrir que, de acuerdo al sistema contractual que pacte la empresa constructora con el Estado, especialmente si se trata de una concesión de obra o de servicio público, las instalaciones nunca hayan pertenecido a la JVC, por lo en tal caso se produciría la devolución de los bienes.

c. “... para lo cual, esta empresa ejecutora tendrá que obtener, asimismo, los recursos financieros necesarios los que serán satisfechos con el flujo de fondos generados en base a la explotación de la instalación una vez construida, sin que la entidad prestamista tenga en principio otra garantía que dicho flujo de fondos y

eventualmente los bienes que han sido construidos para el proyecto, de forma tal que la unidad económica creada al efecto sea independientemente viable.”

La tercera parte de esta definición puntualiza las características esenciales del sistema de financiación elegido y que hace la esencia del mismo. Estas son: (i) obtención privada de los fondos; (ii) repago de los mismos con el flujo obtenido por la explotación de las obras construidas; (iii) la garantía del préstamo es dicho flujo que se estima suficiente para pagar la construcción de los bienes del proyecto y el costo de su financiación sin recurso contra los promotores, que son socios en la JVC; (iv) viabilidad económica independiente del proyecto.

Con relación los dos últimos puntos, no puede pretenderse que esta independencia implique que la unidad económica se sustente en forma absoluta en sí misma. Ello, por cuanto los colocadores de fondos exigirán garantías de variado tipo por parte de los promotores del proyecto o de otros intervinientes, más allá de su naturaleza sin recurso⁽²¹⁾. Lo cual, a poco que se mire no invalida el hecho que si las posibilidades de generación del flujo de fondos estimado son escasas, debe pensarse en otro tipo de financiación.

2.1.3. Sistema B.O.T. y P.F.

Como se hiciera mención en el punto anterior, el sistema B.O.T. es un derivado del P.F. existiendo una relación de género a especie, por lo cual resulta necesario desarrollar brevemente en que consiste esta técnica de financiamiento. Se ha dicho que P.F. es: una forma de financiar obras de infraestructura⁽²²⁾ ; un método de estructurar una financiación sin que dependa del apoyo crediticio de los promotores del proyecto⁽²³⁾ ; un sistema de financiación que se basa en los flujos de fondos futuros⁽²⁴⁾; sistema de ejecución de un proyecto cuya obtención de fondos no es mediante aportes de capital o cuya característica primaria es ser sin recurso⁽²⁵⁾; la operación en la cual uno o (normalmente) varios acreedores proveen de financiamiento para la construcción de un proyecto de gran envergadura, asumiendo gran parte del riesgo y del éxito de dicho proyecto⁽²⁶⁾.

En base a esta concepción la doctrina local ha definido al P.F. como la técnica de financiamiento mediante la cual se proveen fondos para la concreción de un determinado emprendimiento o proyecto por parte de una unidad económica o empresa; la fuente primaria pero no necesariamente única de repago de los colocadores de fondos es el cash flow (sic) que generará el emprendimiento o proyecto luego del inicio de sus operaciones y los activos del proyecto o emprendimiento en la extensión admitida por la ley aplicable se utilizan como garantía o collateral (sic) en beneficio de los colocadores de fondos⁽²⁷⁾.

Para la concreción de una obra mediante el sistema B.O.T., dado el componente estatal mencionado anteriormente⁽²⁸⁾, será necesario un fuerte compromiso del Estado lo cual se logra si la obra a realizar es concebida como una necesidad de la población en general. Además, la circunstancia del riesgo estatal presente en el B.O.T hace que tanto las ganancias esperadas como las garantías exigidas a los tomadores en este tipo de proyecto, sean mayores que a través de una financiación convencional e incluso con relación a un proyecto que no revista riesgo soberano y sea financiado mediante P.F.⁽²⁹⁾.

Dado que los proyectos de infraestructura son ejecutados en general por los estados, se pueden establecer cuáles son las diferencias entre una financiación tradicional a

través de un préstamo amplio soberano para la ejecución de una obra y un préstamo obtenido para un sistema B.O.T. Estas diferencias son esencialmente las siguientes.

(a) Naturaleza del tomador de los fondos: En los casos de un préstamo soberano es evidentemente el Estado, mientras que en el caso del B.O.T. es una empresa particular.

(b) Diferente criterio para efectivizar el préstamo: En el primero de los casos es el estado de las cuentas públicas, fundamentalmente la capacidad de administración de los recursos teniendo en cuenta el estado de la economía en general. En el segundo, es la capacidad de generar recursos de un grupo particular de activos agrupados bajo la JVC. Sin embargo, la distinción se diluye cuando es el Estado mismo o una empresa estatal quien abona el precio del producido del proyecto. Si es el mismo Estado, se vuelve a una situación similar que en el caso de los préstamos soberanos. La fuente del pago a la JVC y, por ende, del préstamo, será la economía general del Estado y la capacidad de recaudación impositiva. Si es una empresa estatal deberá mirarse si tiene recursos genuinos obtenidos de su actividad empresaria o bien si se encuentra subvencionada. En este último caso, se entra nuevamente en una situación mucho más cercana a la de los préstamos soberanos. La JVC depende de los pagos del Estado o de los aportes que realicen los socios. Distinto es el caso en que la tarifa se cobra a los usuarios porque aquí hay que efectuar un estudio del mercado al cual la producción o servicio de la instalación accede.

(c) Destino de los fondos prestados y obtenidos: En el caso de los préstamos soberanos, los fondos prestados o los que se obtengan del ejercicio financiero estatal para el repago de la deuda pueden ser desviados a otros fines. En el B.O.T., son directamente aplicados a la ejecución del proyecto y los recursos que se obtengan de la explotación de proyecto son utilizados para repagar la financiación.

De la comparación de los tipos de financiación mencionados se puede concluir que la financiación del B.O.T. tiene como características: (i) traer aparejada una "privatización" de recursos para obra pública o para la prestación de un servicio público; (ii) la existencia de un mayor control acerca de los movimientos de los fondos afectados al proyecto y (iii) el pago de los fondos tomados se efectúa con la capacidad de generación de recursos por parte de los activos construidos mediante el proyecto.

2.2. Etapas de un Proyecto B.O.T. [\[arriba\]](#)

Habitualmente, las etapas de un proyecto B.O.T. son las siguientes: (i) estudio de factibilidad; (ii) selección del cocontrante; (iii) etapa de elaboración de la ingeniería; (iv) etapa de construcción y pruebas de funcionamiento; (v) etapa de operación; (vi) conclusión del proyecto.

2.2.1. Estudio de Factibilidad.

La primera etapa de un proyecto B.O.T. es aquélla en la cual se determina si el proyecto a realizar es posible de llevar a cabo a un costo adecuado y proporcionado a los beneficios a obtener tanto económicos como sociales. El principal responsable por la evaluación de la factibilidad de un proyecto de esta naturaleza es el Estado

dado que es el principal interesado su éxito y en definitiva quien recibirá la inversión.

Los distintos puntos que se deben tener en cuenta para efectuar este estudio de factibilidad se describen a continuación.

2.2.1.1. Identificación de una necesidad pública.

Dado el carácter público de los proyectos, estos deben estar destinados a satisfacer una necesidad pública la que debe ser claramente identificada. La implementación de un proyecto que solo se base en la voluntad del gobernante, sin una necesidad objetiva de realización, carece de todo éxito⁽³⁰⁾.

Además, si se quiere asegurar el éxito del proyecto, es conveniente que esta necesidad sea claramente percibida por los que se benefician del mismo. Ello porque los fondos o ingresos que finalmente pagan la obra se originan justamente en sus beneficiarios.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la creación de un proyecto normalmente tiene efectos secundarios beneficiosos a nivel social que deben ser considerados. Entre ellos se pueden mencionar: (i) la elevación de la tasa de ocupación de la zona en donde se desarrolla; (ii) la educación y entrenamiento de la mano de obra local; (iii) la posible construcción de instalaciones públicas necesarias financiadas por los promotores del proyecto; (iv) la instalación y desarrollo de la base industrial de una zona; (v) emprendimientos urbanísticos e inmobiliarios independientes; (vi) incrementos en los ingresos del Estado por impuestos. En caso de proyectos en que el producto o servicio generado sale del mercado local y por tanto posee proyección internacional se puede agregar que además se generan ingresos en moneda fuerte y se puede desarrollar un mercado de capitales local⁽³¹⁾.

Todos los beneficios para la comunidad mencionados deben superar los costos sociales que se derivan de este tipo de proyectos. Entre estos se pueden identificar: (i) la expropiación de inmuebles, (ii) la desvalorización de otros por la proximidad con la instalación, (v.gr. en el caso de plantas de generación eléctrica térmicas o nucleares); (iii) el mayor costo en las tarifas a cobrar a los usuarios; (iv) el efecto negativo de las medidas tomadas por el Estado para favorecer la inversión (v.gr. el monopolio legal que se pueda crear para permitir a los promotores generar mejores condiciones para el proyecto, como así también exenciones impositivas o los subsidios que a los mismos efectos se pueden establecer), todo lo cual, en definitiva, es soportado por la sociedad en general.

La población solo estará dispuesta a correr con los costos sociales del proyecto en la medida que perciba que los beneficios que se derivan de su ejecución son mayores. Por tanto, el gobierno que intente llevar a cabo un emprendimiento de esta naturaleza debe, claramente, conocer si los beneficios que del mismo se derivan tienen un real efecto en sus hipotéticos beneficiarios y, si dicho efecto, es superior a los posibles perjuicios que se deriven de ello.

2.2.1.2. Mercado para el producto o servicio que surja de la instalación a construir mediante el proyecto.

Derivado de la necesidad a satisfacer, debe existir un mercado a quien ofrecer el producto que se elabora o bien el servicio que se presta mediante la obra a construir⁽³²⁾.

Este punto hace a la viabilidad económica del proyecto. Así, será viable en la medida que el flujo de fondos esperado supere el valor del costo de construcción, incluida la financiación, otorgando a los promotores el beneficio que estimaron como tasa de retorno esperada⁽³³⁾.

De esa manera, el proyecto depende de la posibilidad de vender en precio y volumen el producto elaborado o el servicio prestado por las instalaciones en funcionamiento, lo cual trae aparejado un necesario estudio de: (i) la demanda del producto o servicio, volumen de ventas y precios o tarifas proyectados; (ii) análisis de los productos o servicios que compiten con los generados con el proyecto⁽³⁴⁾; (iii) estudio del impacto de la obsolescencia tecnológica del proyecto⁽³⁵⁾.

Una vez efectuado este análisis, resulta entonces esencial determinar el precio o tarifa al cual será vendido el producto o el servicio. En este caso hay que observar que el nivel de ingreso de los usuarios o la solvencia patrimonial de los posibles clientes del proyecto y de los costos. En cuanto a estos últimos deben considerarse: los gastos de construcción, de operación, de la materia prima, de la mano de obra, impuestos, mantenimiento etcétera, todo lo cual debe ser identificado y cuantificado sumándosele el costo de financiación⁽³⁶⁾.

Determinado el precio o la tarifa debe evaluarse si puede ser pagado por sus futuros compradores, como así también su relación con los productos o servicios competidores. Debe considerarse que en muchos proyectos no existirá competencia o más bien el mercado estará regulado por el Estado. Por tanto, lo esencial en este punto es ver si efectivamente el precio puede ser soportado por los futuros usuarios y clientes.

Si el resultado es positivo en cuanto a posibilidad de venta y competitividad del precio o tarifa, existe un mercado. De su volumen dependerá la generación de fondos que, como fuera dicho, es esencial para la factibilidad de este tipo de proyectos.

2.2.1.3. Factibilidad Técnica.

Dados los riesgos involucrados en la implementación de un proyecto B.O.T. es necesario que la tecnología utilizada en la construcción de la instalación no sea novedosa y, por tanto, haya sido utilizada con éxito en múltiples ocasiones. La utilización de tecnología no probada, genera mayores riesgos y, por tanto, costos que se traducen en la exigencia de mayores garantías por parte de los colocadores de fondos a los promotores⁽³⁷⁾. De esta forma, cuanto más conocida y probada sea la tecnología a utilizar, más simple y asequible será la financiación a obtener.

Por ende, a los fines de evaluar la factibilidad del proyecto se deberá tener en cuenta su complejidad técnica que de ser excesiva desalentará la realización de una obra mediante el sistema B.O.T.

2.2.1.4. Evaluación de escenarios adversos.

Para determinar si el proyecto se sustenta a sí mismo, debe evaluarse el escenario más adverso posible, tanto con anterioridad a la finalización del proyecto como con

posterioridad a ella, para el caso que la obra construida no genere el flujo de fondos esperado.

La consideración de esta circunstancia debe ser efectuada porque, en estos casos inciden las diferentes garantías otorgadas por los participantes y, si el riesgo está adecuadamente distribuido, empezarán a jugar las distintas previsiones contractuales de todos los acuerdos concertados para la realización del proyecto que permitirán distribuir adecuadamente los quebrantos del proyecto entre todos sus participantes.

2.2.2. Etapa de Selección del Co-contratante.

Una vez efectuado el estudio de factibilidad del proyecto se inicia la etapa en la cual se debe encontrar a los interesados en llevarlo a cabo y, en el caso que el proyecto haya sido acercado por los promotores al Estado, para que éste lo implemente y proceda a la invitación a otros interesados para que mejoren la oferta.

La estructura de esta etapa dependerá del sistema legal vigente en cada en el Estado en que se lleve a cabo el proyecto⁽³⁸⁾. En nuestro país los sistemas mediante los cuales el Estado selecciona a sus co-contratantes son: (i) licitación pública; (ii) licitación privada; (iii) concurso de precios; (iv) contratación directa; (v) concurso de proyectos integrales⁽³⁹⁾ y (vi) venta de paquetes accionarios⁽⁴⁰⁾.

Distinto a los sistemas mencionados de selección de contratista del Estado, en los cuales es éste quien mayormente lleva la carga de detectar las necesidades públicas, se han implementado en la Argentina, sistemas que permiten a los particulares colaborar con el Estado en este aspecto, el cual se ha denominado “sistema de iniciativas privadas”. Este sistema fue legislado a nivel nacional a partir de la Ley de Reforma del Estado N° 23.696 (LRE) la cual establece la posibilidad de que los interesados en desarrollar algún proyecto que sea de interés para el Estado a través del sistema de concesión, lo puedan proponer y materializar. Este procedimiento establece, a los efectos de determinar la igualdad de posibilidades para todos los participantes, la necesidad de que el Estado efectúe una compulsa pública de precios por cualquiera de los sistemas normalmente admitidos.

Al promotor de la iniciativa se le otorga la posibilidad de mejorar o igualar el mejor precio ofrecido por otros participantes, como así también un derecho de preferencia en caso de empate o de encontrarse las ofertas dentro de determinado rango con relación a las suyas⁽⁴¹⁾.

Con lo cual, en nuestro país aquellos promotores interesados en llevar a cabo algún proyecto de infraestructura, mediante el sistema que se describe en este trabajo lo pueden hacer, concediéndoles el Estado ciertas ventajas dado el carácter de autores de la propuesta⁽⁴²⁾.

2.2.3. Elaboración de la Ingeniería.

Una vez que el proyecto se ha adjudicado, comienza su ejecución siendo la primera etapa, la elaboración de toda la ingeniería -básica y de detalle- necesaria. A estos efectos se contrata una empresa acorde o bien se realiza un contrato de construcción de los denominados “llave en mano” que incluya tanto la ingeniería como la construcción⁽⁴³⁾.

Cualquiera sea el caso, en la etapa de elaboración de la ingeniería el riesgo es mínimo. Es conveniente para los intereses de todos los participantes que no haya necesidad de aprobación de la ingeniería por parte del comitente estatal, ya que ello trae aparejado retrasos e interferencias en la elaboración y en la ejecución de la obra. Una solución aceptable es que el Estado, en su caso controle que la obra se desarrolle conforme a lo ofrecido por los promotores y que no contradiga la legislación vigente sobre medio ambiente.

2.2.4. Etapa de Construcción.

Finalizada la ingeniería comienza la construcción y con ella los riesgos más importantes del proyecto, por cuanto de producirse cualquier evento que impida la creación de la unidad económica que genera los fondos, la operación estará destinada al fracaso. Los principales riesgos vinculados a la construcción se relacionan con: (i) el sobre costo; (ii) la falta de finalización de la construcción; (iii) el retraso; (iv) performance inadecuada de la instalación. De suceder cualquiera de estos hechos, se tornan operativas las garantías y las distintas responsabilidades de los participantes de acuerdo en razón de la asunción de riesgos efectuada por cada uno de ellos en los documentos contractuales. De allí que la distribución de los riesgos entre los participantes sea una de las partes esenciales en la elaboración ejecución de un proyecto de estas características.

Además de los riesgos, es en esta etapa en donde comienzan los gastos. Estos son solventados por los aportes de capital que hagan los miembros de la JVC o por el primer tramo de la financiación, dependiendo de cómo esté diseñada la operación.

Finalizada de la construcción comienzan -según el tipo de obra- las pruebas de operación y la denominada etapa de prueba, tendientes a verificar el funcionamiento de la instalación y si ésta llega a los niveles y volúmenes de producción y servicio esperados. Esta etapa se denomina start up, de encendido o de puesta en marcha, la cual puede durar semanas o meses según el caso.

Esta también es otra etapa riesgosa porque del funcionamiento adecuado de la instalación y del volumen de operación dependerá el éxito o fracaso del proyecto. A su finalización, se liberan las garantías que se constituyen a favor del Estado concedente y se extingue el denominado completion risk o riesgo de conclusión de la obra.

2.2.5. Etapa de Operación.

Durante esta etapa se lleva a cabo la explotación comercial de la instalación mediante la elaboración de los productos o la prestación de los servicios para la cual fue realizada, comienza la generación de los fondos que serán utilizados para el repago del préstamo y para retribuir a los promotores, pagándose los gastos de funcionamiento. Los riesgos de durante esta etapa son menores aunque no por ello dejan de ser significativos.

Un pacífico tránsito por esta etapa depende de que el estudio de factibilidad efectuado al comienzo del proyecto sea adecuado. Si durante esta etapa la evaluación sobre la necesidad social del proyecto, la capacidad económica de sus usuarios o beneficiarios para el pago de los productos o servicios, el volumen de demanda de los mismos fue correcta, el proyecto saldrá adelante. Caso contrario, el fracaso será estrepitoso, porque en esta fase ya se han efectuado la casi totalidad

de los gastos necesarios y hasta este momento el proyecto aún no ha generado ni un solo recurso monetario, debiéndose en tal situación refinanciarse el proyecto o bien liquidarlo de una forma que satisfaga a los acreedores.

2.2.6. Finalización del Proyecto.

Esta etapa incluye las negociaciones para que las instalaciones del proyecto vuelvan a manos del Estado que promovió su realización. Como fuera dicho, el Estado en estos casos puede pagar o no el valor de la instalación en tanto la misma no se haya amortizado durante su ejecución. También sin considerar la amortización de la instalación la transferencia puede efectuarse en forma gratuita, porque lo que se considera no es la vida útil de la instalación sino el pago de las obras y servicios prestados por la JVC a lo largo de la ejecución del proyecto.

La transferencia puede incluir un plazo para la instrucción del personal estatal que se hará cargo de la operación de la planta como también la negociación de un nuevo período de concesión o un aggiornamiento de la tecnología utilizada.

Una vez finalizada la transferencia, el ciclo del proyecto queda completo.

III. Parte II: Análisis de los distintos Contratos necesarios para la implementación de un Proyecto B.O.T. [\[arriba\]](#)

3.1. Introducción. Entrelazamiento de Contratos [\[arriba\]](#)

Así como conjunto suelto de maderas, telas, correas y herrajes no configuran una embarcación, sino que es necesaria la combinación de dichos elementos con una finalidad cierta de construirla, el conjunto disperso de los distintos contratos que configuran un proyecto B.O.T. no pareciera tener en principio una finalidad en sí misma más que el cumplimiento del objeto para el cual fue pactado, como tampoco particularidades especiales.

Pero en el caso de un proyecto B.O.T. todos esos contratos se encuentran interconectados unos con otros de forma tal que de todo el conjunto surge un objetivo que en cierta forma trasciende lo pactado en cada uno de ellos. Tanto es así, que se establecen como se mencionará, cláusulas contractuales vinculadas con cláusulas de otros contratos que no se encuentran firmados entre las mismas partes y cuyo incumplimiento genera tiene consecuencias en aquellos contratos (cross default clauses).

De la interrelación entre los contratos debe surgir el ámbito adecuado para que todos los intervinientes, en especial el Estado que recibe la inversión, los promotores y los prestamistas se vean satisfechos y se logre el objetivo propuesto.

Es esta peculiar combinación necesaria para obtener la finalidad propuestas que se busca con la implementación de un proyecto B.O.T. lo que se pretende discernir a lo largo de los capítulos que siguen, como así también descubrir los aspectos legales que se deben tener en cuenta para lograr ese fin.

3.2. Contrato Base [\[arriba\]](#)

Como se dijo en la primera parte de este trabajo, la característica que diferencia el sistema B.O.T. de un esquema de P.F. es la intervención estatal. Dicha intervención estatal se encuentra plasmada en el denominado project agreement, concession agreement o implementation agreement, que es el contrato que en un proyecto B.O.T. sirve de origen a toda la operación. Este se denominará de ahora en más, a los fines de este trabajo, contrato base.

Del contrato base nace en primer lugar la autorización del gobierno para llevar a cabo el proyecto y en consecuencia, para construir las instalaciones y operarlas. Asimismo, es de este contrato base que surge el derecho de la JVC a percibir los fondos que ellas generen, derecho que, como fuera ya dicho, cumple una múltiple función de pago de la obra, de los servicios por ella prestados y de garantía de la financiación obtenida. Este derecho puede consistir en percibir pagos por parte del Estado o de la entidad estatal con competencia en la materia o bien en percibir una tarifa por parte de los usuarios de las instalaciones construidas.

En el contrato base se encuentran identificados los principales riesgos del proyecto que deben asumir el contratista y los restantes intervinientes. Fundamentalmente, este contrato debe establecer claramente la forma en que se llevará a cabo la obra a los efectos que se pueda conocer con exactitud que es lo que se va a realizar y de esa forma poder determinar cómo se va a financiar. En consecuencia, sobre el contrato base se irán engarzando los distintos contratos existentes para la consecución del objeto del proyecto.

A lo largo del presente capítulo se tratará cuáles son las distintas formas en que puede ser concebido el contrato base de acuerdo a la especie contractual que se elija para plasmarlo. Se hará especial hincapié, no tanto en la descripción de las cláusulas, sin más bien en los distintos inconvenientes que pueden llegar a presentarse y la forma de sortearlos, en especial cuando el contrato base es un contrato administrativo.

3.2.1. La Contratación administrativa y privada del Estado.

Resulta particularmente difícil definir dentro de la doctrina continental en qué consiste un contrato administrativo(44) ya que existen distintos criterios para discernir cuando existe este tipo de contrato(45). Sin embargo, se puede afirmar genéricamente que existen sí, contratos administrativos y contratos civiles de la Administración(46). Sin embargo, como argumenta Mairal, desde la sanción del Decreto N° 1023/01, todos los contratos que celebra la Administración resultan “administrativos” con todas las consecuencias que ello implica(47).

En nuestro país, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se entiende que hay contrato administrativo cuando se realiza con una persona pública, cuando el contrato tiende a satisfacer una necesidad pública o bien posee cláusulas que hacen al denominado régimen exorbitante del derecho privado(48) que luego se explicitará.

El primer criterio para clasificar un contrato como administrativo ha sido desechado por parte de la doctrina argentina(49). Sin embargo, según la jurisprudencia de la CSJN, resulta condición sine qua non, para ello(50). Al respecto cabría preguntarse

si las empresas del Estado, en forma genérica pueden ser consideradas como personas públicas. La respuesta es afirmativa aunque deberá considerarse que la aptitud para desempeñarse en el ámbito privado dependerá fundamentalmente de la forma jurídica adoptada(51).

En cuanto al segundo criterio, preliminarmente debe decirse que es un tanto vago, por cuanto la calificación de contrato público depende de qué se entiende como necesidad pública en el momento de la contratación. Y ello es esencialmente mutable tanto por la situación de hecho en el marco de la cual se efectúa la contratación como por la orientación ideológica que impere en determinado momento en la sociedad o en el Estado. Tanto es así, que la CSJN ha considerado que un contrato persigue una finalidad pública cuando tiende a satisfacer necesidades de ese carácter(52), sin efectuar una relación acerca qué debe ser considerada como tal.

Muchas definiciones se han intentado del régimen exorbitante del derecho privado propio de los contratos administrativos sin que ninguna satisfaga plenamente su conceptualización. Ello por cuanto este criterio es más bien casuístico(53). Entre las definiciones conceptuales, las más utilizada y que en el decir de Coviello “ha imperado entre los tratadistas”, es aquella que dice que consisten en aquél conjunto de cláusulas que de insertarse en un contrato privado lo tornaría ilícito o también como aquéllas que no son habituales en contratos entre particulares(54).

No obstante la autoridad de quiénes acuñaron el concepto, debe resaltarse lo difuso que resulta. Por ello, se hace necesario mencionar algunos ejemplos de facultades que integran el régimen exorbitante del derecho privado en la contratación pública como ser la facultad de aplicar sanciones, o el ejecutar tareas a cargo del deudor moroso, el denominado *ius variandi*(55), el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato(56), etc.(57).

En este orden de ideas, Marienhoff, distinguió lo que se denominaban cláusulas exorbitantes expresas y virtuales(58). Las primeras, serían aquéllas que se encuentra explícitas e los contratos o que nacen del complejo de textos y/o preceptos legales que regulan la actividad del ente de la Administración contratante. Las segundas, serían aquéllas que se desprenden de las facultades o prerrogativas que le competente a la Administración en su virtud de órgano del Estado, como ser: (i) la posibilidad de que sus medidas o decisiones tengan ejecutoriedad propia(59); (ii) la posibilidad de modificar por sí el contrato y de esta forma las obligaciones de su co-contratante(60); (iii) la facultad de la Administración de extinguir por sí y ante sí el contrato, sin necesidad de intervención judicial; (iv) la asignación al concesionario de poderes respecto de terceros; (v) la que faculta a la Administración a dirigir y controlar en forma constante y acentuada el cumplimiento o ejecución del contrato(61).

Ahora bien en base a lo ya desarrollado hasta aquí y lo dicho por los tres fallos citados que se corresponden con una moderna interpretación de la CSJN(62), Coviello indica que contrato administrativo es aquél que “es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas (Caso YPF c/Provincia de Corrientes) en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal (Casos Dulcamara y Cinplast) cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Casos Cinplast, Dulcamara y también con otras palabras YPF c/Provincia de Corrientes)...” (63).

Habiendo visto la definición de contrato administrativo corresponde señalar que las diferencias entre la contratación pública y privada del Estado(64) son: (i) el régimen sustantivo a aplicar, es decir, las normas de derecho público o las leyes administrativas correspondientes; (ii) la jurisdicción contenciosa; (iii) los medios de impugnación, que el caso del contrato administrativo obligarán al contratista del Estado a agotar la instancia administrativa; (iii) la interpretación del contrato, en la cual el interés público tiene relevancia; (iv) la procedencia limitada de la exceptio non adimpleti contractus: (v) el poder de modificar los contratos en forma unilateral. Todas estas cuestiones influyen en la configuración del marco contractual del proyecto como así también en los derechos de las partes.

Como puede apreciarse, el contrato base de un proyecto B.O.T. en la Argentina revestirá el carácter de contrato administrativo. Ello por cuanto; (i) la realización de obras de infraestructura implica generalmente incursionar en ámbitos que hacen al interés público o a un servicio público; (ii) la realización de este tipo de obras se implementan a través del contrato administrativo de concesión, cuya naturaleza y objeto es puramente administrativo y (iii) porque aunque no se trate de contratos que encuadren plenamente en el tipo de contrato administrativo, es común que exista en los mismos un régimen exorbitante del derecho privado o un interés público comprometido.

De aquí que la contratación puramente privada sea extraña a este tipo de proyectos, por más que el sistema B.O.T. en su concepción haya sido considerado como privatización de la obra pública necesaria para la construcción de infraestructura.

Esta peculiar circunstancia con relación a la naturaleza del contrato base es de interés en el análisis de los acuerdos de financiamiento. Ello por cuanto, según las distintas situaciones que pueden ser creadas por el Estado en virtud de sus facultades o prerrogativas, deberá preverse una solución que determine la continuación del proyecto o en su caso la indemnización de los perjuicios de acuerdo al riesgo soportado por cada una de las partes intervinientes.

3.2.2. Tipos de contratos a través de los cuales se puede instrumentar el B.O.T.

3.2.2.1. Contrato de Concesión de Obra Pública.

Como se mencionara al comienzo de este trabajo, la LCOP(65) recoge en sus artículos la posibilidad de construir una obra de infraestructura cuyo costo se pague con los recursos que generes su ulterior explotación.

Se ha definido a la concesión de obra pública como un modo de realización [de la obra pública] que consiste en que la Administración contrata la realización de un trabajo con una empresa a quien no se remunera por medio de un precio que paga aquella sino acordándole durante un término la explotación de la obra pública construida por ella(66). El rasgo esencial que diferencia a la concesión de obra pública de la obra pública en sí misma es su pago mediante la autorización que recibe el concesionario de recibir ingresos por parte de los administrados que la utilizan. Este pago se puede implementar mediante dos institutos: tarifa o peaje, prevista en la LCOP y la denominada “contribución de mejoras”.

El primero de los mencionados, según la doctrina y siguiendo la tradicional división tripartita de los tributos, constituye un tasa, debido a que el criterio para establecer quienes deben soportar el costo de la obra, es el uso de las instalaciones(67). Otros

sostienen que en realidad la tarifa es el precio que el usuario debe abonar por el servicio prestado(68).

Además, la posibilidad de cobro de peaje da lugar a la otra nota distintiva del contrato que es la generación de una relación jurídica con terceros.

En cuanto a la contribución de mejoras, ésta constituye una de las denominadas “contribuciones parafiscales” y consiste en que el costo de la obra a realizar sea soportado por aquellos que se beneficiarán particularmente de la misma(69), imponiéndose estos contribuyentes, generalmente los vecinos frentistas, un gravamen destinado a soportar el costo de la obra(70).

Por otra parte, la concesión de obra pública se diferencia de la concesión de servicio público por cuanto aquélla existe en virtud de una obra que hay que realizar, mientras que la segunda tiene por fin la prestación de un servicio público, en donde la realización de las obras tiene un carácter secundario(71). No obstante, distingue Barra, a su vez puede existir una concesión de obra pública efectuada en beneficio de una instalación que puede ser utilizada para la prestación de un servicio público. Este caso, implicaría que el régimen del concesionario de la obra estaría comprendido dentro de los principios que rigen a la concesión de servicio público(72). De esta manera, el Estado concedente tendría una mayor injerencia en el control tanto de la ejecución del contrato como en la gestión empresarial de los promotores.

En lo que a la propiedad de los bienes se refiere, cabe distinguir que en el caso del servicio público los bienes pueden pertenecer al concesionario(73), lo cual no ocurre con respecto a la obra pública concesionada. Este aspecto tiene vital importancia desde el punto de vista del contrato de financiamiento al momento de gravar la hacienda del tomador de fondos.

Siguiendo con las diferencias entre uno y otro contrato, la concesión de servicio público es a riesgo del contratista lo cual no ocurre en el otro caso(74). Ello quiere decir, que en el caso del servicio público el concesionario corre con el alea de una mayor o menor utilización por parte de los usuarios del servicio ofrecido. Es decir, existe un alea comercial que no es cubierta por el Estado.

En el caso del contrato de concesión de obra pública existen voces que indican que no sería tan así. Parte de la doctrina sostiene que en caso que el costo de la obra no sea recuperado la obra no sea pagada por las sumas percibidas en razón del peaje o de la tarifa, el Estado, en su carácter de dueño de la obra, debe pagar las diferencias correspondientes(75). Como señala Barra, en el contrato de concesión de obra pública, el concesionario, además de construir la obra, tiene la función de organizar su financiación(76), pero ello no quiere necesariamente decir, que el co-contratante del Estado quede librado a su suerte, porque en realidad el tomador oculto del crédito por decirlo así, no es otro que el Estado a través de su contratista(77).

Otra parte de la doctrina argentina sostiene que el contrato es aleatorio, por lo que el riesgo de la mayor o menor utilización del servicio brindado por la instalación estaría en cabeza del contratista del Estado(78).

Sin perjuicio de la autoridad de quienes se expresan en este último sentido, no pareciera ser este el sentido de la LCOP. En esta se prevé especialmente esta situación, ya que el artículo 7 del mencionado cuerpo legal dispone que el contrato

de concesión deberá prever las disposiciones que aseguren la amortización y servicio de las deudas y obligaciones a contraerse como así también la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultaren suficientes. Esto, por cuanto este contrato tiene por fin la construcción de la obra únicamente, siendo la financiación un dato secundario que no hace a la esencia de los fines que el Estado se propone mediante la ejecución de la obra.

De lo hasta aquí expuesto, pareciera que de acuerdo a la legislación argentina, si el proyecto B.O.T. se instrumenta mediante un régimen que implique la aplicación de la normativa arriba mencionada, el riesgo que los colocadores de fondos asumen reviste el carácter de soberano. Pero por otra parte, esta situación tiene a su favor que finalmente el Estado deberá asumir la deuda contraída por los promotores, independientemente del otorgamiento o no de la garantía con independencia de la eventual quiebra de la JVC(79).

Cabe preguntarse si en un pliego en particular, el Estado argentino, podría abstenerse de prestar la garantía establecida en el artículo 7 de la LCOP. De hecho se ha sostenido que esto es así en virtud de lo dispuesto en su momento por el artículo 9 inciso b, del Decreto N° 823/89, en el cual se prohíbe la constitución de avales a favor de los concesionarios, lo cual genera una transferencia del riesgo hacia el contratista(80). También, despierta esta duda lo establecido en los pliegos de licitación de los corredores viales, en los cuales el Estado no garantiza tránsito mínimo alguno(81).

En principio, la respuesta a la pregunta formulada es negativa, por cuanto no podría la Administración contradecir la legislación aplicable. Más cuando se encuentra prohibido constitucionalmente que el Poder Ejecutivo desvirtúe una ley mediante excepciones reglamentarias, especie, ésta última a la cual pertenecen los pliego licitatorios. Argumentando a contrario, solamente el Estado argentino podría verse liberado de dicha garantía legislativa, si expresamente así lo estableciera una ley que determinara la contratación mediante el sistema de concesión de obra pública, sin esta garantía. Así, debería contradecirse legislativamente para un caso en particular, lo establecido en la LCOP.

En cuanto lo previsto en el Decreto N° 823/89, nótese que se refiere a garantías específicas y no a garantías generales previstas en el contrato en virtud de la legislación aplicable. En el mismo sentido debe responderse en el caso de falta de garantía del tránsito. En este caso, la Administración deberá abonar, en algún momento, el costo de la obra y de su financiación, so pena de incurrir en un enriquecimiento sin causa por el ingreso a su patrimonio de un bien, por el cual no pagó su precio.

En similar orden de ideas se ha dicho que en caso de fracaso comercial del servicio que presta la obra pública construida debe renegociarse el contrato o bien, en su caso, proceder la Administración a la asunción de la obra a realizarse o al llamado a una nueva licitación. En estos casos se debería pagar al concesionario los costos correspondientes(82).

Ello especialmente si los plazos de la financiación caducan por falta de pago de los servicios de la deuda adquirida para su construcción. De ser este el caso, la JVC podrá ir a la quiebra debido a lo poco rentable de la empresa encarada, pero el patrimonio fallido tendrá un crédito contra el Estado por la construcción de la obra.

Desde el punto de vista de la implementación de un proyecto B.O.T puede decirse que: (i) el contrato de concesión de obra pública previsto en la LCOP es el que mejor se adapta a la concepción; (ii) no hay posibilidad de gravar la obra construida por no ser propiedad de la empresa ejecutora; (iii) el Estado no puede dejar de pagar el precio de la obra o al menos su costo; (iv) en consecuencia, existe una garantía -en el sentido amplio de la palabra- a favor de la JVC y en definitiva, de los prestamistas relacionada con el pago del precio de la obra.

3.2.2.2. Concesión de Servicio Público(83).

Conforme se mencionara más arriba, otra de las formas posibles de contratar la ejecución de obras de infraestructura es mediante la concesión de servicio público. En este caso el Estado concedente encomienda a una persona -individual o jurídica, privada o pública- por un tiempo determinado la organización y funcionamiento de un servicio público; dicha persona actúa a su propia cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgados por el Estado o en ambas a la vez(84).

El objeto de este contrato no es ya la realización de una obra sino el funcionamiento y organización del servicio. De la definición del mismo pareciera que este contrato no se ajusta al sistema B.O.T. Pero debe considerarse que puede muy bien utilizarse para la ejecución de un proyecto a construir o bien al mejoramiento de un servicio público ya existente. Por ejemplo, si el servicio de agua potable o de cloacas no se encuentra implementado, la concesión de este servicio puede incluir la construcción previa de las instalaciones para luego prestar el servicio pertinente. Si bien el objeto del contrato es llevar a cabo dicho servicio público, instrumentalmente incluye la previa realización de la obra. De hecho, la legislación y los contratos de servicios públicos en la Argentina establece para los concesionarios la obligación de realizar las obras de mejoramiento de los activos entregado en concesión, lo cual implica que puede implementarse el sistema B.O.T. por cualquiera de las normas que regulan dichos servicios(85).

La facultad para otorgar la concesión está en cabeza del Poder Ejecutivo sin que sea necesaria en principio, la intervención del Poder Legislativo. Sin embargo, como se vio más arriba en ocasiones a los efectos de garantizar a los promotores el retorno económico es necesario en el sistema B.O.T. el otorgamiento del monopolio o exenciones impositivas o cualquier otra medida de fomento. En este caso, en razón de lo establecido en el artículo 75 incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional, compete al Congreso de la Nación la implementación de tales beneficios por lo cual será necesaria la sanción de la ley respectiva.

Ahora bien, el régimen jurídico de la concesión de servicio público cuya prestación constituye el objeto de este contrato se asienta en tres principios fundamentales: (i) el contrato se celebra en interés público, de allí las mayores potestades del Estado a los efectos de controlar la ejecución del contrato; (ii) a pesar de ser concedido, el servicio público reviste dicha característica por lo cual debe prestarse en forma: (a) continua, la prestación a cargo de la JVC se deberá realizar sin interrupción de ningún tipo; (b) regular, el servicio se debe ejecutar conforme a reglas preestablecidas; (c) uniforme: debe existir igualdad de trato para todos los posibles usuarios; (d) general: la prestación puede ser exigida por todos los habitantes; (e) obligatoria: la JVC está obligada a prestar el servicio a favor de los usuarios(86) ; (iii) es un contrato administrativo strictu sensu(87).

En cuanto a los bienes que son utilizados por los prestadores particulares de servicios públicos pueden ser o no del Estado. Por ejemplo en el régimen del gas y de la electricidad, las redes pertenecen a los concesionarios, aunque no pueden ser gravadas(88).

De lo expuesto se derivan los siguientes efectos en relación a la implementación del B.O.T. bajo la legislación argentina: (i) los bienes de la concesión pueden ser del Estado o bien estar sujetos a restricciones legales en este aspecto, lo cual impide la garantía habitual que se establece en los contratos financieros y que se verá más adelante, con respecto a los bienes de la tomadora de fondos; (ii) el contrato es intuitu personae, lo cual limita substancialmente la facultad de ceder el contrato a favor de los prestamistas, garantía que en ocasiones se establece a su favor; (iii) el contrato es por cuenta y riesgo del concesionario por lo que el repago de la inversión depende de la utilización del servicio por parte de los usuarios; (iv) el concesionario se encuentra muy limitado para la ejecución de la denominada exceptio non adimpleti contractus, si la Administración no cumpliera con sus obligaciones contractuales, lo cual es importante en caso que se haya previsto una subvención a favor del contratista(89) ; (v) el ejercicio del derecho de control por parte del Estado es más intenso.

3.2.2.3. Otras formas de contratación.

El contrato base se puede implementar de diversas formas como se indicó en la primera parte. No es el objeto de este trabajo agotar todas ellas. Se ha hablado hasta aquí de las que consideramos más típicas. También se puede utilizar para ello y es posible dentro de la legislación argentina las figuras del contrato de suministro, de transporte de gas o de electricidad, el leasing e incluso mediante la utilización del otorgamiento del derecho de anticresis, como se hizo con relación a la privatización de las Galerías Pacífico en la ciudad de Buenos Aires(90).

Además, se ha dejado de lado otras formas que revestirían carácter privado, cuando la entidad estatal interviniente pueda operar en dicho ámbito, lo cual en esencia no presenta particularidades diferentes a cualquier proyecto en el cual se utilice la técnica del P.F. El objetivo de destacar las cuestiones de derecho contractual administrativo existente en los contratos mencionados tuvo por fin presentarlos a los efectos de advertir los inconvenientes que pueden plantearse. Su análisis y solución, conjuntamente con otros puntos que deben ser considerados serán desarrollados a continuación.

3.2.3. Aspectos contractuales a tener en cuenta en el contrato base, con especial referencia al contrato de financiamiento.

3.2.3.1. Tarifa o Precio.

La determinación de la tarifa resulta de esencial interés para la financiación del proyecto porque es en su magnitud y cobrabilidad que se centran las expectativas de los participantes y de los prestamistas. La misma puede ser percibida de los usuarios en el caso de la concesión de obra pública o de servicio público o bien de la entidad compradora si se está en presencia de un contrato de suministro.

No se entrará aquí a considerar la naturaleza del acto de determinación de tarifas ni de la tarifa considerada en sí misma(91). Aquí solo se tratará de la forma que debe ser implementada para que un proyecto B.O.T. pueda llevarse a cabo.

Sin perjuicio de ello puede decirse que hay principalmente dos sistemas para la fijación de tarifas: (i) rate of return, que se denomina también cost plus; y (ii) price cap, también denominado Retail Price Index(92). El primero consiste en establecer la utilidad del concesionario como un porcentaje medido sobre el total del capital invertido; el segundo, que es utilizado en la Argentina, implica el establecimiento por el Estado de un precio máximo que podrá percibir el concesionario(93).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el desarrollo de un proyecto mediante el sistema B.O.T. se está asumiendo un riesgo de mercado que en principio debe ser soportado por los promotores. En especial, en el caso de la prestación de servicios públicos.

En el caso que la tarifa no fuese suficiente quedan cuatro caminos que ya fueran esbozados: (i) la renegociación de la tarifa; (ii) la extensión del plazo de la concesión; (iii) el establecimiento de un subsidio; (iv) el pago de una suma indemnizatoria por parte del Estado.

Si las definiciones en estos aspectos se prolongan más allá de lo razonable, se produce la necesidad de refinanciar la deuda. De no arribarse a un acuerdo se producirá la inevitable quiebra de la JVC y el proyecto fracasará.

Es decir que para la implementación de un proyecto B.O.T. es necesario que: (i) la tarifa sea suficiente; (ii) exista un mecanismo claro y sencillo de modificación tarifaria en caso que resulte insuficiente.

3.2.3.2. Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

El segundo riesgo que aparece en la ejecución de este tipo de contratos es la ocurrencia de un evento que constituya un caso fortuito o de fuerza mayor que afecte tanto la construcción de las instalaciones como su funcionamiento durante la operación. La forma de encarar este instituto varía de acuerdo a que el mismo se produzca dentro del marco de un contrato administrativo o un contrato de derecho privado. Si bien en ambos órdenes la ocurrencia de un evento que constituya caso fortuito o fuerza mayor implica la inexigibilidad de las obligaciones(94), la diferencia radica en quién debe soportar el costo económico de las consecuencias.

Desde el punto de vista administrativo, en el caso de ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor es la administración contratante quien indemnizará al contratista privado. La indemnización cabrá cuando el caso fortuito o de fuerza mayor constituya uno de los denominados hechos del príncipe, que son aquellos que emanan del Estado y modifican la situación contractual del co-contratante particular.

Cabe no obstante efectuar algunas precisiones al respecto. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el denominado hecho del príncipe o el hecho de la administración no se encuentra comprendido dentro del concepto de caso fortuito o de fuerza mayor, según la doctrina administrativa, como ocurre en el derecho civil. Es decir, que estos eventos son causales autónomas que justifican el incumplimiento

y generan un derecho a resarcimiento a favor del contratista. En estos casos, en los cuales el hecho de príncipe produce una modificación en los términos de la denominada ecuación económica - financiera del contrato, el resarcimiento es integral(95).

Los restantes casos fortuitos o de fuerza mayor, solamente generan una reparación del daño emergente, lo cual sería el caso en aquellos contratos en los cuales es de aplicación la LOP, en forma subsidiaria. No ocurre así en el régimen de contrataciones del Estado que puede llegar a ser aplicable en contratos de suministro u otros que se puedan implementar como contrato base, en cuyo caso el régimen es igual que el establecido en el Cód. Civ.

Desde el punto de vista de la implementación de un proyecto B.O.T., lo expuesto se traduce en que el servicio de la deuda deba ser soportado por la Administración, ya que dicho servicio es un daño emergente que sufre el contratista como consecuencia de la ocurrencia de los eventos que aquí se tratan.

Desde el punto de vista práctico, las soluciones utilizadas para hacer frente a estas circunstancias han sido las siguientes: (i) contratación de los seguros; (ii) constitución de un fondo por parte de la JVC para cubrir riesgos que no son asegurables a precios razonables y asunción contractual de los riesgos que excedan dicho monto por parte del Estado; (iii) la inclusión de cláusulas que prevean el caso fortuito y la fuerza mayor y según las cuales, los subsidios estatales o los montos que deban percibirse por parte de los usuarios de las instalaciones se continúan percibiendo a pesar que la instalación haya sido afectada dichas circunstancias.

De esta forma se establece una distribución de riesgos adecuada. En primer lugar, se trasladan los riesgos a quienes su negocio es justamente afrontarlos como es el caso de las aseguradoras. En segundo lugar, el riesgo es soportado por quienes se benefician con el uso de la instalación, sea el Estado como gestor del bien común, sosteniendo el emprendimiento, sean los que perciben el producto o los servicios que presta la instalación construida.

En lo que al hecho de príncipe se refiere se prevén cláusulas en las que el cambio en la legislación fiscal relacionada con el proyecto o con cualquier otro tipo de legislación que imponga una carga a la JVC, trae aparejado un cambio en la tarifa o en el subsidio. Esta circunstancia como es de imaginar también tiene su consecuencia en el contrato de financiamiento. En especial, si los actos del príncipe inciden en su desarrollo. A fin de neutralizar dichas circunstancias se prevé que superado un porcentaje previamente establecido, el tomador de fondos pueda pagar anticipadamente el contrato de préstamo.

Por otra parte, también se establecen cláusulas que permiten la rescisión del contrato de superarse ciertos límites tanto en la duración del evento fortuito o el monto de los daños producidos por él. En relación al contrato de financiamiento, la rescisión por estas razones tiene como consecuencia el pago obligatorio de la deuda que deberá ser abonada por el tomador de fondos.

Como puede observarse, estas previsiones contractuales tienen relación con el contrato de financiamiento debido a que no se puede detener el pago del servicio de la deuda, porque ello produciría la caducidad de los plazos de pago, y con ello la quiebra de la JVC. De esta forma son los interesados en la existencia del proyecto

(el Estado, los usuarios) quienes salen a cubrir los inconvenientes relacionando así riesgo con interés.

3.2.3.3. Facultad de cambiar el contenido del Contrato Base.

Es una prerrogativa de la Administración implícita la posibilidad de cambiar el contenido del contrato administrativo(96). Esta es una de las cláusulas exorbitantes del derecho privado a las que se hacía referencia más arriba. Sin embargo, esta facultad reconoce ciertos límites.

El primero de ellos está dado por el objeto de la prestación contratada. No podría la Administración más allá de sus potestades mutar el contrato de tal forma que resulte distinto a lo contratado originariamente(97). El segundo está impuesto por la propia legislación, como ocurre en la LOP, aplicable a los contratos regidos por la LCOP y lo previsto en el régimen de contrataciones del Estado.

Generalmente, se establece que el costo de los trabajos adicionales que genere la modificación contractual se traslade al precio o a la tarifa o al subsidio. Dada la naturaleza del B.O.T. difícilmente se pueda dar esta circunstancia, salvo que haya habido un error en la concepción de la obra. La dificultad estriba en que las financiaciones están atadas a un monto determinado que se pone a disposición de la JVC y a un plazo para efectuar los desembolsos y los pagos de la deuda correspondientes. Una modificación en el alcance de los trabajos trae aparejado un cambio en el monto de la obra a realizar y también una modificación en el plazo de ejecución de la obra.

A fin de paliar esta cuestión que influye negativamente en el proyecto se pueden prever diversas alternativas. La primera es considerar esta circunstancia en el contrato de financiamiento, lo cual no parece conveniente. En efecto, como se verá más adelante, estos contratos implican la participación de gran cantidad de actores sean estos bancos o bien particulares que adquieren títulos de deuda, que tienden a no invertir en aquellos proyectos que no se les otorgue una cierta seguridad de repago. La inclusión de cláusulas de este tipo no hará más que ahuyentar a los posibles inversores por cuanto se está dando la imagen de que el flujo de fondos puede ser afectado por algún tipo de circunstancia que en definitiva impedirá el pago.

La segunda posibilidad es contar con fuentes de financiamiento alternativo. Además para contrarrestar la influencia negativa que tiene en la ejecución del proyecto el retraso en el inicio de los pagos se puede prever: (i) pagos anticipados de la tarifa o del subsidio; (ii) que la Administración cubra los pagos de la financiación hasta la finalización del retraso ocurrido con motivo de la modificación contractual.

3.2.3.4. Facultad de control y dirección por parte de la Administración. La ejecución directa.

Una de las facultades que tiene la Administración consiste en el control y la dirección del contrato administrativo. La gradación de este control y administración varía desde su intensidad máxima que, se da en el contrato de concesión de servicio público, hasta su mínima expresión que se puede dar en el contrato de suministro.

Cabe destacar que la facultad de control y dirección se traduce en la posibilidad de aplicar sanciones por parte del comitente estatal. Estas sanciones en derecho

administrativo son de tres tipos; (a) las multas; (b) la ejecución directa y (c) la caducidad y la rescisión unilateral del contrato(98).

Dado que las medidas previstas en (a) no revisten ninguna particularidad especial desde el punto de vista del sistema B.O.T. se tratará la segunda de las sanciones mencionadas.

Esta ejecución directa también denominada como medida coercitiva provisional, consiste en que la Administración lleve a cabo la obligación del co-contratante por sí o por un tercero a cuenta de aquél. Esta facultad es meramente transitoria y tiene por fin subsanar una falta del contratista.

Pero no solo dentro del derecho administrativo existe esta facultad. De acuerdo a lo dispuesto por el Cód. Civ. en su artículo 505, inciso 2, el acreedor puede procurarse de un tercero la cosa debida. La diferencia entre uno y otro instituto estriba, como sospechará el lector, en que en el primer caso estamos en presencia de un contrato administrativo y el ejercicio de dicha cláusula es una potestad de la Administración que no necesita de autorización judicial, como ocurre en el segundo caso.

Dentro del sistema B.O.T. se han visto manifestaciones de esta facultad estatal mediante el establecimiento de una cláusula en la cual se disponía que cualquier incumplimiento de la JVC de los términos de la financiación debía ser notificado a la entidad concedente. La consecuencia de dicho incumplimiento bajo el contrato de financiamiento se traducía en la posibilidad de que el concedente subsanara dicho incumplimiento y, además, reemplazara con otro contratista al original bajo el contrato base y el contrato de financiamiento.

Desde el punto de vista del contrato de financiamiento, ésta disposición puede generar serios inconvenientes. Ello, por cuanto es habitual que una de las cláusulas previstas en este establezca que el incumplimiento de las obligaciones del tomador bajo el contrato base que no sea subsanado en un plazo razonable se considere un incumplimiento del contrato financiero. Consecuencia de dicho incumplimiento será la exigibilidad inmediata de la totalidad del crédito. Es más en aquellas financiaciones que implican una emisión internacional de títulos valores suele preverse que se exigirá el rescate de todos los títulos en caso que alguna autoridad gubernamental tome las instalaciones.

La consecuencia de lo expuesto es que, de ser ejercidas por la Administración estas facultades, no sólo deberá conseguir un contratista que finalice la obra sino también uno que la financie.

3.2.3.5. Teoría de la Imprevisión.

La teoría de la imprevisión prevista en el artículo 1198 del Cód. Civ. y por la doctrina administrativa, donde reconoce su origen(99), establece un remedio para el caso que la situación económica tenida en cuenta al momento de celebrar el contrato varíe sustancialmente por razones que resulten imprevisibles para los contratantes al momento de celebrar el contrato y altere las bases y presupuestos que las partes tuvieron en cuenta al contratar.

En el ámbito administrativo esta doctrina viene a recomponer la ecuación económico financiera del contrato cuando se ve alterada por un alea económica ajena a las partes, al igual que la teoría del hecho del príncipe(100). De esta manera, cuando

los requisitos para se encuentre configurada se cumplen(101), nacen distintos derechos para las partes.

Ahora bien, más allá de la posibilidad de rescindir el contrato prevista en el Cód. Civ., en ambos regímenes se genera un derecho a recomposición del contenido de las obligaciones contractuales. Como puede imaginarse, esta recomposición debe efectuarse de forma que sea compatible no sólo con el pago de los costos y el beneficio del contratista, sino también con los acuerdos financieros. Debe considerarse, además, que la recomposición debe llegar en tiempo oportuno, en especial, cuando la ocurrencia del hecho imprevisible amenaza con la paralización de la obra o de la operación de la instalación.

Esta situación no se encuentra prevista en los acuerdos de financiamiento. Pero tenerse presente que los contratos internacionales de préstamo se rigen generalmente por el derecho anglosajón que no contiene esta institución de neto corte continental.

Para evitar este tipo de inconvenientes, es necesario que el contrato base prevea que la tarifa sea renegociada entre las partes por la aplicación de determinados índices o por la modificación de los costos que la componen aquélla no refleje adecuadamente el valor económico del servicio.

3.2.3.6. Excepción de Incumplimiento.

En principio en el ámbito del derecho administrativo no es posible en principio la aplicación de este instituto, en especial si el contrato base es un contrato de concesión de servicio público. No obstante ello, la doctrina sostiene que es posible la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando existan obligaciones a cargo del Estado que al no ser cumplidas, impiden el cumplimiento al contratista(102).

Pero dentro del sistema B.O.T., no pareciera conveniente que el titular de un contrato base aplique la excepción. En efecto, si se acoge a ella durante la ejecución de las obras, genera un problema en la disponibilidad de los fondos por parte de los prestamistas. La financiación se otorga de forma tal que el tomador tenga un plazo para utilizar los fondos, finalizado el cual los mismos se devuelven, perdiendo aquél la posibilidad de utilizarlos. Por otra parte, corre el plazo para el repago. De prolongarse la situación de incumplimiento, paralizándose la ejecución de la obra, los vencimientos para el pago de la deuda se acercan y el inicio de la operación de la instalación e ingreso de los fondos se aleja, con las consecuencias que pueden imaginarse para el proyecto.

Si la excepción se ejerce durante la ejecución del proyecto, existe otro problema adicional que es que más allá del incumplimiento de la concedente, la JVC dejará de percibir los fondos que le son necesarios para pagar el préstamo.

En suma, si bien se cuenta con este derecho, su ejercicio no es posible para la JVC.

3.2.3.7. Finalización del Contrato Base.

El contrato base puede finalizar por varias causales. Su tratamiento a lo largo de este apartado estará enfocado hacia los distintos resarcimientos que pueden ser percibidos por JVC en cada uno de los casos.

3.2.3.7.1. Incumplimiento de la JVC.

Pueden mencionarse como causales de finalización del contrato base por incumplimiento de la JVC las siguientes: (i) atraso en la construcción; (ii) acumulación de multas; (iii) falta de aprobación de las pruebas de funcionamiento; (iv) incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento; (v) incumplimientos en el servicio público contratado; (vi) quiebra o concurso de la JVC.

Todas estas causales traen aparejado dos inconvenientes fundamentales: la necesidad de resarcir a la entidad concedente y la caducidad de todos los plazos de la financiación. Lo cual tiene el agravante adicional que toda vez que el concepto B.O.T. implica una operación sin recurso o con recurso limitado contra los promotores, ni el Estado ni los proveedores de fondos pueden efectuar reclamo alguno contra éstos últimos.

Con respecto al Estado, la JVC deberá abonar los daños y perjuicios que le ocasione al Estado. Esta indemnización se puede solventar de dos formas: (i) con garantías de fiel cumplimiento del contrato; (ii) mediante con la compensación con el precio de la obra que deba abonarse a la JVC.

Los prestamistas, más allá de su derecho a percibir la totalidad de la deuda, tendrán como única garantía la posibilidad de cobrar el remanente del precio de la obra que quede una vez satisfechos los créditos del comitente. También tendrán derecho a percibir aquellos fondos que eventualmente se originen en las garantías constituidas por los promotores a su favor.

También puede existir la posibilidad de que los prestamistas puedan ofrecer al Estado la continuación de la obra o su operación, pero dicha circunstancia debe estar prevista especialmente en el contrato.

3.2.3.7.2. Incumplimiento del Comitente.

El incumplimiento del contrato base por parte del Estado se produce habitualmente por las siguientes causas: (i) falta de obtención de los permisos necesarios para la ejecución de la obra; (ii) falta de cumplimiento de las provisiones que se encuentren a su cargo; (iii) modificación contractual que excede las posibilidades de la JVC; (iv) falta de pago de la obra o de los subsidios comprometidos.

En estos casos el contratista, tendrá en principio el derecho al pago del daño emergente, no a sí del lucro cesante. Esto implicará que la indemnización por daño emergente implicará no solo el pago de las obras ejecutadas sino también los costos de rescisión de todos los contratos anudados por la JVC para la ejecución del proyecto.

3.2.3.7.3. Rescisión por Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

Las soluciones previstas en caso de rescisión por esta causal no difieren de lo dicho más arriba.

3.2.3.7.4. Finalización por voluntad del Estado.

El Estado concedente puede finalizar un contrato por su propia voluntad. En estos casos, el concedente deberá indemnizar integralmente a su contratista, a lo cual debe sumarse la indemnización por lucro cesante(103).

3.2.3.8. Resumen.

Se han visto hasta aquí los principales puntos que hacen a un contrato base para la ejecución de una obra a través del sistema B.O.T. Previamente al tratamiento del contrato de financiamiento, queda por señalar los puntos esenciales para que el contrato base sea financiable:

- (a) determinar dentro de qué marco jurídico se encuentra el contrato para determinar las facultades del Estado y el conjunto de derechos y obligaciones de la JVC;
- (b) asegurar un flujo de fondos mediante una tarifa que asegure el repago de la deuda;
- (c) crear una reserva para solventar mayores costos por hechos imprevisibles y obtener todos los seguros necesarios.

En definitiva lo que debe buscarse es mantener bajo todas las circunstancias el proyecto a flote para lograr que el objetivo propuesto sea alcanzado.

3.3. Contrato de Financiamiento [\[arriba\]](#)

Las fuentes básicas de financiación para un proyecto de esta naturaleza, dejando de lado los aportes de capital de los socios de la JVC, son los créditos otorgado por las agencias de crédito a la exportación o Export Credit Agencies (ECA), los préstamos otorgados por los bancos de cooperación internacional, los préstamos comerciales y los distintos tipos de financiación mediante títulos simples o convertibles en acciones.

En este capítulo será dejada de lado la financiación mediante las ECAs por cuanto estos créditos a la exportación tienen como finalidad facilitar la obtención de equipos y dicho tema será tratado más adelante. Los restantes tipos de financiación son utilizados para pagar la operación inicial de la JVC y la construcción de la instalación a ella encomendada.

En lo que se refiere a los préstamos, teniendo en cuenta los grandes riesgos involucrados, estos revisten en su mayor parte, el carácter de préstamos sindicados. Siendo la distribución de riesgos esencial en el desarrollo de un proyecto bajo el sistema B.O.T., pareciera natural que los prestamistas utilicen esta forma de otorgamiento de crédito para evitar una exposición excesiva ya que la técnica de sindicación de préstamos es una forma de reparto de contingencias crediticias

Por otra parte, también se puede financiar el proyecto mediante la emisión de títulos a cuyos efectos se recurre a los mercados internacionales de capital.

En este capítulo se tratará de este contrato de financiamiento que incluirá ambos tipos de financiación.

3.3.1. Diversos costos a ser cubiertos.

A lo largo de la duración de un proyecto se van aplicando los fondos a los distintos gastos necesarios para su ejecución. Ahora bien, la necesidad de fondos varía durante la vida del proyecto por lo cual también se modifica el tipo de financiación requerida a esos efectos, por lo cual aquí se discernirá los distintos costos y la mejor forma de obtener los fondos para su financiamiento.

En primer lugar, se encuentran los costos previos a la inversión relacionados con el desarrollo del concepto del proyecto. Estos son propios del Estado y es éste quien debe soportarlos, salvo que nos encontremos frente a un proyecto implementado mediante iniciativa privada, en cuyo caso, son los promotores quienes los soportan.

En segundo lugar, están los costos relacionados con la oferta y la negociación del contrato que son soportados por contribuciones de los promotores.

En tercer lugar están los costos de construcción cuya estructuración es más compleja. Al comienzo de esta etapa, todos los fondos necesarios, sea que los mismos se originen en aportes de capital o deuda, deben estar listos para ser utilizados. Una secuencia posible de la utilización de los fondos es la siguiente: (i) en una primera etapa se utilizan los aportes de capital efectuados por los promotores a la JVC; (ii) en una segunda etapa se utilizan los fondos de los bancos comerciales para financiar la construcción; (iii) en tercer lugar, se aprovecha la financiación que brindan las ECAs para compra de equipos; (iv) a la finalización de la construcción y el comienzo de las operaciones, se utiliza la financiación a largo plazo.

En cuarto lugar están los costos de operación, para lo cual se pueden utilizar los fondos generados por la JVC como préstamos comerciales a corto plazo.

Finalmente están los costos necesarios para poner la obra en condiciones de ser traspasada al concedente, los cuales deben ser soportados por la JVC.

Habiendo visto la forma en que deben utilizarse los fondos obtenidos es necesario explicar ahora las distintas fuentes de las cuales se pueden obtener préstamos para la realización de proyectos B.O.T., excluyendo a las ECAs que como fuera dicho serán vistas más adelante.

3.3.2. Fuentes de fondos.

Las fuentes que pueden brindar fondos a compañías interesadas en implementar sistemas B.O.T. son: (i) los bancos comerciales; (ii) los denominados inversores institucionales; (iii) Banco Internacional para Desarrollo y Fomento; (iv) Asociación para el Desarrollo Internacional; (v) la Corporación Financiera Internacional; (vi) los bancos de desarrollo regional.

3.3.2.1. Los bancos comerciales.

Los bancos comerciales son la más tradicional forma de financiación(104). Sin embargo, los mismos poseen una limitación fundamental que surge del tipo de fondos que disponen. Toda vez que los depósitos captados por este tipo de banco no son a largo plazo, no pueden prestar por largos períodos de tiempo. De esta forma, la financiación que ellos pueden ofrecer es a corto y mediano plazo, lo cual implica un tiempo máximo habitual de cinco años, pudiendo extenderse en ocasiones hasta

siete. Pero para períodos mayores a siete años son muy pocos los bancos que pueden técnicamente efectuar este tipo de operaciones(105).

A los efectos de otorgar un préstamo los bancos comerciales toman en cuenta los siguientes factores(106) : (a) compromiso de los promotores en la realización del proyecto, en términos de fondos invertidos, calidad y cantidad de personas involucradas; (b) la posibilidad de alcanzar las metas presupuestarias del proyecto, como así también los objetivos técnicos, dado que cualquier inconveniente producirá un efecto adverso en su viabilidad económica; (c) la experiencia y capacidad del personal interviniente, en especial a nivel gerencial, en la implementación de este tipo de proyectos, lo que será crucial para asegurar que los objetivos presupuestarios sean logrados; (d) la confiabilidad de las presunciones en las cuales la demanda de recursos se encuentra basada por cuanto las mismas son esenciales para determinar un adecuado grado de confianza en los costos y ganancias del proyecto; (e) el compromiso del Estado que recibirá la inversión con relación a la implementación del proyecto.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los bancos tienen una mayor flexibilidad para otorgar créditos y que, habitualmente, realizan operaciones a medida de sus clientes, por lo cual no son una fuente de financiación que pueda dejarse de lado. Máxime cuando sus préstamos, como se dijo más arriba, pueden ser refinanciados con posterioridad mediante deuda tomada a largo plazo.

3.3.2.2. Los inversores institucionales.

Son denominadas así las grandes compañías de seguros de vida, los fondos de pensión y los fondos de inversión, los cuales tienen a su cargo la administración de grandes masas de dinero obtenidas del ahorro del público en los Estados Unidos. Dado que la obligación de devolución del dinero que les ha sido entregado para su administración es a largo plazo, se encuentran en condiciones de prestar en esas condiciones e, incluso, operar como inversores de capital o bien como inversores en deuda convertible en acciones.

Generalmente estos inversores institucionales son los mayores compradores de deuda no registrada conforme las normas de la Securities Exchange Commission (S.E.C.) en base a la denominada Regla 144.A que será analizada más adelante(107).

3.3.2.3. Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (BIRF).

Este banco y las instituciones mencionadas más abajo, como así también la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) forman parte de lo que se denomina el Grupo Banco Mundial(108). Si bien no es objeto de este trabajo extenderse sobre la naturaleza y orígenes de esta institución(109), si parece necesario explicar someramente en qué consisten cada una de las instituciones que se mencionan en el presente apartado. El MIGA será tratado en la parte correspondiente a garantías.

El BIRF, creado en 1944, tiene por objeto promover el desarrollo de los países miembros que todavía no lo han alcanzado. Solamente pueden ser miembros del BIRF aquellos países que lo sean del Fondo Monetario Internacional. Los medios utilizados para dicho fin -promover el desarrollo- son tanto de índole monetaria como técnica(110).

En lo que a los medios de índole monetaria se refiere el BIRF otorga préstamos y garantías. Los primeros son de dos clases: los efectuados a Estados miembros y los efectuados a entidades de un Estado miembro, sean éstas subdivisiones políticas o compañías privadas(111). En este último caso, se requiere que el país que recibe los fondos del préstamo garantice la operación(112). Lo cual, si bien desvirtúa el concepto sin recurso del B.O.T. otorga una visión realista de sus posibilidades, amén de ser un reflejo de las limitaciones estatutarias del BIRF, el cual ha sido concebido para efectuar préstamos a naciones soberanas.

Con respecto a las garantías, éstas se aplican a favor del tomador contra el otorgamiento de préstamos por parte de terceros interesados, debiendo ser el BIRF contragarantizado por el país miembro y compensado por el beneficiario de la garantía.

Para que el BIRF otorgue un préstamo debe cumplirse con múltiples requisitos, pudiéndose señalar entre los más importantes: (a) que el proyecto sirva para procurar el desarrollo del país miembro -lo cual ocurre con los proyectos B.O.T.; (b) el BIRF debe determinar la capacidad del país miembro de repagar el préstamo, para lo cual utiliza diversas técnicas de evaluación económica.

Teniendo en cuenta estos dos requisitos, el BIRF analiza el beneficio económico para el país receptor del proyecto, los beneficios financieros que obtiene de la operación, los aspectos relacionados con el medio ambiente, el impacto social del proyecto y, finalmente, el comportamiento del país miembro con relación a operaciones anteriores financiadas por el BIRF(113).

Por último, deben considerarse las políticas institucionales del BIRF en cuanto a los tomadores de fondos. De ellas, las más relevantes son: (a) el BIRF es prestamista de último recurso, es decir solamente otorga los préstamos cuando no hay otra fuente disponible para llevar a cabo el proyecto; (b) el proyecto debe tener un impacto significativo en el futuro desarrollo de la sociedad en donde se implementa.

3.3.2.4. Asociación para el Desarrollo Internacional (ADI o IDA en su sigla en inglés)

Esta institución tiene funciones y características similares al BIRF pero se distingue de ésta en dos aspectos: (i) sus fondos son generados por donaciones de los países interesados en ello; (b) la financiación es otorgada a países en vías de desarrollo que generalmente son pobres(114).

3.3.2.5. Corporación Financiera Internacional (CFI).

Sin las limitaciones de las instituciones antedichas, la CFI puede efectuar todo tipo de inversión financiera, en empresas privadas tanto de capital como de deuda, en tanto dicha inversión contribuya al desarrollo del país miembro(115).

A diferencia del BIRF y de la IDA, la CFI no necesita garantías del país receptor de los fondos, lo cual otorga una significativa amplitud de maniobra. Contribuye también que la CFI, de acuerdo a sus estatutos, puede efectuar todo tipo de inversiones. Por otra parte, sigue siendo un prestamista de último recurso al igual que las anteriores instituciones mencionadas, por lo cual se encuentra capacitada para otorgar financiamiento cuando la banca comercial no puede darlo en condiciones razonables. Además, se debe considerar con relación a esta institución

que sus préstamos tienen un mayor plazo de repago que aquéllos de los bancos comerciales, lo cual es una ventaja adicional.

Los tipos de inversión que la CFI puede realizar son las siguientes:

- (a) Préstamos: éstos se denominan “A Loan” o “B Loan” (116). Los primeros de ellos son préstamos con fondos de la CFI, en cambio, los “B Loans” son préstamos sindicados en los cuales la CFI actúa como Lead Manager. Estos préstamos son efectuados a tasas de mercado y con vencimientos que van desde los 3 a los 14 años, con plazos de gracia de 1 a 12 años(117).
- (b) Aportes de capital: si bien puede tener participaciones de capital en las empresas que llevan a cabo los proyectos, su actitud en el gobierno de la compañía es pasiva. Estatutariamente, no puede ejercer sus derechos políticos a menos que la inversión comprometida se encuentre en peligro debido a la negligente conducción de la empresa(118).
- (c) Deuda convertible: pueden ser préstamos en que la tasa de interés se encuentre atada a la performance de la empresa o bien debentures o acciones preferidas(119).
- (d) Garantías: también otorgar garantías a los prestamistas a favor de los tomadores, aunque ésta no es una de sus operatorias principales.

3.3.2.6. Bancos de Desarrollo Regional.

Estas instituciones tienen por fin el desarrollo de las economías de la región de la cual forman parte. Entre ellos se pueden mencionar el African Development Bank (ADB), el Asian Development Bank (ADB), el European Investment Bank (EIB), la Commonwealth Development Corporation (CDC) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)(120).

Dentro de estos bancos es de interés para nosotros considerar que recientemente el Directorio de Gobernadores del BID, ha aprobado la extensión de la operatoria a proyectos de infraestructura operados o de propiedad de privados(121).

Dentro de la operatoria del BID se encuentran comprendidas, en lo que a financiación de proyectos se refiere: (i) el otorgamiento de garantías; (ii) préstamos a mediano y largo plazo y (iii) estudios de pre-inversión.

Los criterios de otorgamiento de los préstamos son similares a los establecidos por el BIRF. Las tasas que cobra son las de mercado y los plazos de amortización pueden llegar a los 20 años, lo cual resulta de gran importancia para la ejecución de proyectos de infraestructura bajo el sistema B.O.T. (122).

3.3.3. Préstamo Sindicado.

Como se dijera anteriormente, es el crédito sindicado la forma más habitual de financiación de proyectos de infraestructura(123). Por ello cabe desarrollar en qué consiste dicho tipo de préstamo y cuáles son sus principales cláusulas, en especial en relación al contrato de construcción y el contrato base.

3.3.3.1. Concepto y características del préstamo sindicado.

El préstamo sindicado es una técnica mediante la cual un grupo de bancos que se denomina sindicato(124), actuando conjuntamente en una base jurídica mancomunada, deciden efectuar un préstamo. También se ha dicho que la esencia

de la sindicación estriba en que varios bancos deciden efectuar préstamos a un tomador en términos comunes, estando regidos dichos préstamos por un único acuerdo(125). De esta forma cada uno de los bancos toma a su cargo una parte proporcional del crédito y efectúa al tomador de fondos un crédito individual, siendo de esta forma responsable únicamente por la porción de crédito asumida.

Cada uno de los intervinientes, entonces, realiza desembolsos en forma individual. De esta forma desde el punto de vista del deudor del préstamo, los bancos forman frente a él un conjunto de acreedores simplemente mancomunado. La mancomunación simple implica que no existen intereses comunes entre los mancomunados y que, en consecuencia, la obligación de pago del deudor resulta divisible(126). Por tanto, cada una de las deudas se comportan como si fueran distintas unas de otras(127), rigiéndose por el sistema de las denominadas obligaciones divisibles(128). De esta forma cada uno de los bancos, integra la porción del crédito que comprometió y pasa a formar la masa de dinero que se facilita al tomador. En caso de incumplimiento de parte del tomador, cada uno de los acreedores puede, en principio, ir contra aquél. Desde el punto de vista del deudor, el incumplimiento de un banco lo autoriza para ir contra sus acreedores por la porción comprometida. Así se forma un haz de créditos y obligaciones que caen sobre cada una de las fracciones de la totalidad de la prestación(129).

Además, debe tenerse en cuenta que existe lo que se denomina banco agente, lead manager o arrender, que es el que organiza todo el crédito. Este banco no realiza préstamo alguno. En un primer momento se comporta como un corredor de comercio que acerca a las partes contratantes cobrando por ello una comisión(130). No se trata de una intermediación financiera sino efectivamente de una intermediación comercial. Una vez formado el sindicato, el banco agente será el receptor del dinero que los prestamistas facilitan al tomador. Luego es designado representante de los bancos a los efectos de canalizar los desembolsos y los pagos, sin asumir su representación más allá de lo dicho frente al tomador(131).

Por otra parte, a los efectos de coordinar el accionar del sindicato se establece un sistema de votaciones que hacen a la forma en que los bancos tomarán las decisiones con relación a la administración del crédito en general.

En base a estas consideraciones se ha entendido que en realidad este contrato se rige por el sistema de cuentas en participación. Ello, por cuanto el Banco gestor interesa a los sindicados a través de una contribución de capital convenido y participación en las pérdidas y ganancias(132). Otros autores han sostenido que estos agrupamientos revisten el carácter de sociedades de hecho(133).

Entre la doctrina nacional se ha considerado la posibilidad de la aplicación de una normativa distinta a la de la mancomunación simple del Código Civil que se menciona más arriba. Así, Cacio, analizando el contrato de underwriting en relación al sindicato de colocación, descarta tanto la posibilidad de constituir una unión transitoria de empresas en los términos de los artículos 377 y siguientes de la ley de sociedades comerciales Nro. 19.550 (LS) como una sociedad de hecho. La primera de las tesis mencionadas es descartada por ser considerada inviable en la práctica bancaria, más allá del acierto del análisis conceptual y jurídico para enmarcar el sindicato colocador dentro de este marco. En cuanto a la segunda de ellas, Cacio la descarta de plano por la falta de existencia de aportes comunes(134).

Por otra parte, teniendo en cuenta el ordenamiento societario, no pareciera conveniente seguir estas interpretaciones en función a las duras disposiciones que

tiene la LS a este respecto que imponen la solidaridad de los socios tanto en uno como en otro caso. Además, de la forma en que los préstamos se instrumentan no pareciera ser la intención de las partes asumir obligaciones solidarias de ningún tipo. De aquí que parece más adecuado considerar que en el caso de los sindicatos de bancos solamente presentan de cara al tomador de fondos un frente mancomunado de acreedores. En cuanto a la relación de los bancos y el banco agente, esta es en realidad un mandato a los efectos operativos de la instrumentación del crédito. El sistema de votaciones solo busca aunar criterios. En realidad este sistema, que podríamos llamar “democrático”, hace a la operatividad del mencionado frente acreedor más que a la naturaleza de las obligaciones asumidas por cada uno de los bancos(135).

3.3.3.2. Instrumentación.

Las formas en que se puede instrumentar un préstamo sindicado son las siguientes:

(a) préstamo a plazo (term loan) (136): es la forma más simple de préstamo(137). De instrumentarse en esta forma existe un desembolso por parte del consorcio a favor del tomador, quedando enmarcada esta operación dentro del contrato de mutuo. En este caso los intereses comienzan a correr desde el momento en que los fondos son desembolsados.

Otra de las posibilidades es efectuar un contrato de apertura de crédito(138). En estos casos, los fondos se encuentran disponibles a favor del tomador y no se desembolsan hasta tanto no sean necesarios. En este caso, los intereses se devengarán desde el momento en que se produzca cada desembolso, pero tienen el inconveniente de que no son cancelables previa notificación del banco. Cabe destacar que puede ocurrir que el préstamo no implique un solo desembolso sino varios(139).

(b) Revolving Credit Facility(140) : se diferencia de la anterior modalidad porque ofrece al tomador la posibilidad de afectar la disponibilidad, repagar lo utilizado y volver a contar con la disponibilidad total del crédito.

(c) Stand-by Facility(141): esta posibilidad no se refiere a la forma en que se efectúan los desembolsos sino más a que el crédito se encuentra subordinado a la falta de obtención de fondos de otras fuentes.

(d) préstamos euroobligacionarios: esta es una de las formas más frecuentes utilizadas por la banca internacional para la financiación de países en desarrollo y de empresas comerciales(142). Son préstamos sindicados ligados a una emisión de títulos u obligaciones.

El carácter europeo de esta última forma le viene del origen de los fondos para efectuar este tipo de préstamos, que se originan en el llamado euromercado. Así se denomina al mercado de fondos en base a dólares norteamericanos existente en Europa, fundamentalmente en el mercado de Londres. Luego, esta concepción se extendió de forma tal que comprenden a cualquier depósito que debe ser abonado por una sucursal de un banco en un país distinto al de la moneda del depósito(143).

Se ha definido a este tipo de préstamo como aquél que está: ...representado por títulos negociables, emitidos por una entidad que toma prestado un capital importante, generalmente a largo plazo y divide su deuda en un gran número de

fracciones(144). Si bien de acuerdo a la definición esta técnica se utiliza para emprendimientos a largo plazo, ha sido utilizada también para emprendimientos a corto y mediano plazo. Se pueden mencionar como antecedentes de esta operatoria:

(i) Note issuance facility (NIF)(145): esta consiste en la emisión de obligaciones contra el otorgamiento de un préstamo. Estas obligaciones tienen habitualmente un plazo de vencimiento que varía entre los tres y seis meses, por lo cual es esencialmente una financiación a corto plazo. La entidad que efectúa el préstamo puede actuar como colocador de las obligaciones o bien comprarlas para revenderlas después.

(ii) Revolving Underwriting Facility (RUF)(146): Esta forma de implementación es similar a la anterior aunque el plazo es mayor. Asimismo, los bancos intervinientes asumen el compromiso de comprar toda obligación que el emisor no pueda vender o bien efectuar préstamos de acuerdo a una línea stand-by.

(iii) Transferable Loan Facility (TFL) (147): Las formas de préstamos establecidas en los puntos (i) y (ii) traen aparejada la emisión de títulos en un mercado de capitales en particular. En cambio las TFL implican la creación de un instrumento transferible por cada préstamo recibido. Para que dicho instrumento pueda ser emitido no es necesario que cumpla con los requisitos establecidos en las legislaciones sobre oferta pública de títulos valores, lo cual implica un sensible ahorro desde el punto de vista de los gastos necesarios para su emisión.

3.3.3.4. Financiamiento a través de emisiones de bonos o de obligaciones negociables.

En el punto anterior hemos observado la forma de financiamiento basada en un préstamo efectuado por un grupo de bancos. Otra forma de financiación utilizada para este tipo de proyectos es la que surge de realizar emisiones de bonos utilizando llamada Regla 144 A y la denominada Regulación S de la S.E.C. como así también la L.O.N., lo cual puede ser efectuado coordinadamente. De esta forma se emiten obligaciones negociables que pueden ser ofrecidas a inversores institucionales de los Estados Unidos a través de la mencionada normativa.

Esta forma de financiación permite la intervención de los grandes inversores norteamericanos, que son los fondos de pensión y las compañías aseguradoras. Estas, como se mencionó anteriormente administran, grandes masas de fondos exigibles a largo plazo, lo cual les permite prestar en la misma forma.

La legislación básica que regula la emisión y el comercio de títulos valores en los Estados Unidos está conformada por las siguientes leyes:

(a) Securities Act of 1933 (Ley de Títulos Valores): regula la oferta y venta de títulos valores. Su fin esencial es que los oferentes de títulos brinden la suficiente información a los inversores acerca del a compañía que los emite y de sus condiciones(148).

(b) Securities Exchange Act of 1934 (Ley de Mercados de Valores): tiene por objeto regular los mercados de valores y su negociación por las empresas admitidas al régimen de oferta pública, como así también los deberes de información de estas compañías hacia la S.E.C.

(c) Trust Indenture Act of 1939 (Ley de Fideicomisos): tiene por fin regular la forma en que los títulos valores son emitidos. Así la emisión debe efectuarse a través de un contrato celebrado entre el emisor y un banco. Este contrato se denomina indenture y tiene por fin establecer las condiciones en que el banco llevará a cabo la representación de los tenedores de títulos. Esta ley tiene su par tanto en la LS, en

cuanto regula el contrato de fideicomiso entre los debenturistas y el banco fiduciario como en la L.O.N., la cual remite en su mayor parte a la legislación establecida en la LS al respecto.

(d) Investment Company Act of 1940 (Ley de Compañías de Inversión): su objeto es reglar la oferta y demanda de valores por parte de los fondos de inversión, trusts y entidades similares.

Ahora bien, para ofrecer títulos al público en el mercado norteamericano es necesario cumplir con los requisitos y procedimientos de registro establecidos por la S.E.C., establecidos en el artículo 6 y siguientes de la Ley de Títulos Valores. La obligación de registro surge del artículo 5, el cual establece fundamentalmente la ilegalidad de los medios interestaduais de transporte y comunicación y el correo para comerciar títulos valores que no se encuentren registrados ante la S.E.C. (149)

La denominada Regla 144 A(150) establece una exención al requisito de registro(151). En virtud, de dicha regla, a los denominados qualified institutional buyers o inversores calificados se les pueden revender títulos valores no registrados, creando así un mercado secundario que han sido objeto de una colocación privada en los términos del artículo 4 (2) de la Ley de Títulos Valores.

Además de la regla mencionada anteriormente, debe tenerse en cuenta la llamada Regulación S(153). Esta establece que no serán objeto de registro aquellos títulos valores emitidos distribuidos y vendidos fuera de los Estados Unidos como así tampoco las reventas efectuadas en mercados fuera de los Estados Unidos a quienes que no sean U.S. persons(154).

De esta manera, con la combinación de ambas normas se puede efectuar una emisión de títulos para financiar el proyecto B.O.T. en la que pueden intervenir tanto inversores norteamericanos como del resto del mundo, sin necesidad de registrarse ante la S.E.C.

El contrato firmado entre el emisor (que en el caso de un proyecto B.O.T. es la JVC) y el banco o el conjunto de bancos trae aparejado un compromiso de colocación como así también, frente a los futuros tenedores de títulos, el ejercicio de la representación de los mismos para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador. Los compromisos asumidos por el colocador se establecen en el denominado contrato de indenture o bien en el contrato de fideicomiso(155) en el caso de obligaciones negociables. Estos compromisos pueden revestir las siguientes modalidades(156).

(a) en firme: por esta el colocador suscribe total o parcialmente los títulos lucrando con la diferencia que obtenga en una transacción secundaria.
(b) intermediadora: la diferencia con la primera es que se adelantan los fondos y luego el fiduciario se encarga de colocar los títulos.
(c) Stand-by: el colocador se compromete a comprar los títulos no colocados en un determinado tiempo.
(d) mejores esfuerzos: en este caso, se compromete únicamente a realizar su mejor gestión para la colocación en el mercado sin asegurar resultado alguno.

El resto del contrato de fideicomiso, como el de indenture, se encuentra prácticamente legislado tanto en la normativa nacional como en la Ley de Fideicomisos(157) arriba mencionadas. Estas normas disponen acerca de: (i) la forma en que se llevará a cabo la representación de los adquirentes de los títulos; (ii) la

administración de la emisión en general mediante el contralor de las integraciones y su depósito(158) ; (iii) la defensa conjunta de los derechos de los inversionistas.

Habiendo visto hasta aquí visto las principales formas que puede asumir el contrato de financiamiento seguidamente se analizarán las cláusulas que deben ser tenidas en cuenta en este tipo de contrato cuando es utilizado para el financiamiento de un proyecto B.O.T.

3.3.3.5. Principales cláusulas del contrato de financiamiento.

Los convenios mediante los cuales se obtiene la financiación para un proyecto B.O.T. tiene una serie de cláusulas muy particulares en las cuales se establecen los derechos y obligaciones de las partes(159). Dentro de las mismas resultan de singular importancia aquellas cláusulas que determinan la estructuración de una serie de cuentas a través de las cuales fluyen los fondos de los prestamistas a la JVC y de ésta o de la entidad concedente a los prestamistas.

Además, resultan de interés los denominados convenants(160), los cuales, sea que se haya efectuado una emisión de títulos o se haya implementado un préstamo son de similar naturaleza y contenido. Estos convenants establecen una serie de deberes para la JVC que tienen una gran influencia en el desarrollo del proyecto.

Asimismo, se pactan las causales de incumplimiento(161), que tienen como principal consecuencia la caducidad de todos los plazos para el pago del crédito y de los títulos, produciéndose la llamada “aceleración de los pagos”, que implica la inmediata exigibilidad del capital e intereses por los fondos tomados.

3.3.3.5.1. Distintas cuentas que se establecen para administrar los fondos obtenidos.

3.3.3.5.1.1. Cuenta del Proyecto.

Es la cuenta en la cual se depositan los fondos obtenidos de los bancos o bien de los suscriptores Dicha cuenta servirá primariamente para permitir la construcción y, contra ella, deberá girar la JVC para el pago de los costos por aquella generados. En segundo lugar, se establece que parte de los fondos servirán para el repago de lo servicios de intereses de la deuda por un tiempo razonable (e.g. doce meses). Estos doce meses de servicio de deuda, deben resultar más que suficientes para cubrir cualquier retraso de la construcción que eventualmente pudiere ocurrir. En efecto, teniendo presente esta posibilidad, el servicio de la deuda comienza bastante después de la finalización de la construcción. Sin embargo, en caso de retrasos importantes, puede ocurrir lo contrario y que a la fecha de comienzo de pago del servicio de la deuda, la obra no se encuentre concluida. Procediendo de esta forma, se asegura a los prestamistas el repago de su deuda.

3.3.3.5.1.2. Cuenta operativa.

Esta será la cuenta en el cual se deberán depositar los fondos que provengan de la explotación de la obra, estableciéndose generalmente que la JVC deberá dar instrucciones al comitente del proyecto para que así lo haga. Los fondos de esta cuenta también provienen del remanente de la cuenta del proyecto.

Se establece, asimismo, un monto de liquidez mínimo que deberá tener dicha cuenta para cubrir un período de operación del proyecto. La primera función de esta

liquidez mínima es afrontar los daños que se produzcan por cualquier eventualidad que impida al proyecto producir fondos. De esta cuenta, luego se distribuyen los fondos para el repago de los prestamistas y los fondos destinados a la JVC que eventualmente se distribuyan entre los socios.

3.3.3.5.1.3. Cuenta de pago de la deuda.

En esta cuenta se depositan los fondos que luego servirán para abonar el capital y los intereses del préstamo.

3.3.3.5.1.4. Cuenta de distribución.

En esta cuenta se deposita el remanente de las cuentas de operación y de servicio de deuda.

Todas estas cuentas puede establecerlas tanto el banco agente como una entidad especialmente designada al efecto. En estos casos también se puede constituir un fideicomiso de garantía(162) en el cual se depositen los fondos que provengan del proyecto, para lo cual puede cederse el derecho al cobro que surge del contrato base.

En otro orden de ideas, es importante destacar aquí que resulta sumamente conveniente para asegurar el pago del crédito que se pacte que la moneda de pago “fuerte” y que el lugar del pago sea en el extranjero, lo cual, salvo pacto en contrario, determina la ley aplicable. De otra forma, el repago puede estar fijado en el domicilio de la JVC y, de esta forma, la operación se encuentra sujeta cambios bruscos de cotización de la moneda local o por prohibiciones relativas al mercado de cambios(163).

3.3.3.5.2. Convenants.

Los convenants se pueden dividir en positivos o negativos. Los primeros implican una obligación de hacer, mientras que los segundos una de no hacer.

Los convenants positivos son los siguientes:

(a) pago del capital e intereses del préstamo o de los títulos en tiempo y forma; esta obligación resulta obvia y en algunos documentos se incluye en otras partes del contrato;

(b) mantenimiento de la existencia de la sociedad; este deber implica que los socios no pueden liquidar la JVC hasta tanto se haya concluido con el pago de la deuda. Debe tenerse en cuenta que esta cláusula tiene su correlato en la que habitualmente existe en el contrato base con el Estado, por las cuales la concesionaria debe mantener su existencia hasta el fin del contrato;

(c) obligación de mantener informados a los prestamistas y, en su caso, al fiduciario o trustee; esta obligación implica la remisión de información periódica a los prestamistas a fin que estos puedan evaluar la performance de la empresa. Esta información abarca: (i) informes contables cuatrimestrales certificados; (ii) informes contables emitidos por los auditores de la compañía; (iii) declaraciones de la gerencia financiera demostrando el cumplimiento de los denominados financial covenants por los cuales la JVC debe cumplir con determinados índices financieros; (iv) informes que deben emitirse en caso de incumplimiento en los cuales se describan los motivos por los que el mismo se produjo y las medidas correctivas para

superarlo; (v) datos y documentación relativa al desempeño administrativo y societario de la JVC (asambleas de accionistas, comunicaciones a los mismos, etc.); (vi) información relativa al cumplimiento de normas ambientales. (d) cumplimiento de la legislación aplicable y de los acuerdos para llevar a cabo el proyecto.

(e) mantenimiento de libros de contabilidad conforme la normativa aplicable; en el caso de emisiones de bonos en el extranjero, se exige el cumplimiento de las normas GAAP(164), es decir, principios contables generalmente aceptados que se refieren a los principios de contabilidad generalmente aceptados en los Estados Unidos o bien de reexpresión de los estados contables en dichas normas.

(f) respeto por las normas ambientales; este acuerdo implica cumplir con la legislación ambiental del país receptor del proyecto, como así también efectuar los razonables esfuerzos para que todos los intervinientes en el proyecto procedan de la misma forma. También se exige que se efectúen informes como fuera señalado más arriba y que se realice una auditoría independiente con relación al cumplimiento de estas normas;

(g) mantenimiento de los permisos; esta obligación implica que la JVC debe obtener y mantener vigentes todos los permisos y autorizaciones necesarias para que el proyecto pueda llevarse a cabo;

(h) construcción de las obras de acuerdo a las reglas del arte, realización de las pruebas de performance, mantenimiento y operación de acuerdo a las prácticas adecuadas; esta obligación asumida frente a los proveedores de fondos implica que la JVC debe realizar la obra y operar las instalaciones construidas en forma adecuada y hacerlo en tiempo y forma. Un atraso en la construcción o un manejo inadecuado implicará que la operación de las instalaciones no produzca los fondos necesarios para el repago del préstamo o los títulos;

(i) mantenimiento de los seguros adecuados: dado que el conjunto de bienes que conforman el proyecto son aquéllos que generarán el flujo de fondos para el pago del capital y los intereses, debe preverse una adecuada cobertura contra los daños que aquellos puedan sufrir;

(j) cláusula pari passu: en virtud de la misma las obligaciones tomadas a través del contrato de financiamiento deberán encontrarse en la misma posición frente al deudor que sus demás acreedores;

Por su parte, los convenants negativos más habituales son los siguientes:

(a) negative pledge: compromiso que asume la JVC de no puede gravar de forma alguna los bienes que forman parte del proyecto. Las razones para ello son las siguientes: (i) si se constituye algún tipo de gravamen se viola la cláusula pari passu que fuera descripta más arriba; (ii) se asegura así el colocador de fondos que ningún acreedor tendrá un mejor derecho que el suyo(165); (iii) limita indirectamente el endeudamiento de la JVC por cuanto le impide dar como garantía sus bienes.

Debe tenerse en cuenta que si bien esta cláusula parece de gran extensión, las excepciones habituales a las mismas la limitan substancialmente. Esta cláusula tiene por fin evitar un compromiso substancial de la hacienda mercantil de la JVC que haga peligrar no tanto el cobro del crédito en caso de incumplimiento como la ejecución del contrato base, generador del flujo de fondos para el repago de la financiación.

Las excepciones a esta cláusula generalmente las constituyen los gravámenes: (i) existentes a la fecha de emisión o de realización del préstamo o del contrato de colocación de los títulos; (ii) por un monto determinado; (iii) constituidos para la adquisición de un bien determinado y que recaen sobre el mismo, lo cual es

importante para la adquisición de equipos para las instalaciones; (iv) necesarios para la participación en licitaciones o bien los que se relacionen con contratos celebrados en el curso ordinario de los negocios de la JVC; (v) derivados de impuestos.

La legalidad de esta cláusula en el derecho argentino, la misma está discutida(166), ya que de acuerdo al artículo 2612 del Cód. Civ. “el propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo”. Sobre el particular, la Cámara Nacional en lo Civil, ha sostenido que la norma se extiende a la constitución de gravámenes(167). Esta situación tiene importancia porque si bien en los contratos financieros se pacta generalmente la jurisdicción extranjera, debe considerarse que la constitución, modificación y cancelación de derechos reales sobre inmuebles y sobre muebles de situación permanente se rige por la ley del lugar en donde los bienes se encuentran(168). Por lo cual, la obligación prevista en este covenant puede no ser ejecutable en nuestro país ya que si bien se podría obtener una sentencia o laudo arbitral favorable en el extranjero su ejecución infringiría el orden público argentino.

(b) limitación del endeudamiento: por esta cláusula, la JVC no puede incurrir en un mayor endeudamiento que el ya tomado. Tiene los mismos fines que la anterior y son tantas las excepciones habituales a la misma, que dicha obligación se traduce en evitar un endeudamiento substancial de la JVC que impida el repago de la deuda.

(c) limitación para modificar los acuerdos del proyecto: de acuerdo a esta cláusula la JVC no puede modificar el contrato base ni renunciar a ningún derecho que pueda resultar en lo que se denomina un cambio material adverso(169).

(d) prohibición de fusión, consolidación, liquidación o disolución: esta prohibición es la contracara del covenant en el cual se establece la obligación de mantener la entidad societaria.

(e) restricción en la adquisición y disposición de activos: con relación a la disposición de activos vale lo dicho con relación a la prohibición de gravar. En cuanto a la adquisición, esta obligación tiene por objeto evitar la compra de bienes que no hagan a la función específica de la JVC.

(f) limitación de las operaciones con sociedades vinculadas: se denomina así tanto a las sociedades controlantes a las como controladas de la JVC. Esta cláusula más que prohibir establece en general una serie de condiciones para la contratación con controladas y controlantes. Estas condiciones son: (i) la contratación debe estar destinada al cumplimiento de los contratos que conforman el proyecto; (ii) dichos acuerdos se deben pactar en términos que no sean más desfavorables para la JVC que aquellos que pudiera obtener en el mercado(170).

(g) prohibición de ceder las obligaciones de pago del contrato base: por esta cláusula la JVC no debe prestar el consentimiento a la eventual delegación de deuda que efectúe el deudor de su obligación de pago. Esto resulta obvio, dado que si la garantía de pago de la financiación es el flujo de fondos esperado, es al originante del flujo a quien tenerse en cuenta para el otorgamiento del crédito. Si éste cambia, el riesgo asumido por los prestamistas también cambia. Sin embargo, esta delegación puede ser aceptada en caso que el concedente otorgue una garantía y se cuente con la conformidad de los prestamistas.

(h) prohibición de distribución de dividendos (restricted payments): por esta cláusula se limita el pago de dividendos de la JVC a sus socios. Esta limitación puede ser absoluta o estar limitada a la ocurrencia o no de determinadas circunstancias, que generalmente son: (i) no encontrarse en situación de incumplimiento; (ii) que el funcionamiento de la instalación a ejecutarse mediante el proyecto se encuentre iniciado; (iii) que se haya constituido el fondo de reserva para cubrir las contingencias del funcionamiento de la instalación; (iv) que se encuentren cumplidos los índices financieros correspondientes.

3.3.3.5.3. Hechos que constituyen incumplimiento:

Resulta evidente que el principal hecho que constituye un incumplimiento de los acuerdos de financiamiento es la falta de pago. Pero más allá de ello, y dada la peculiar naturaleza de la operación existen otros tipos de incumplimiento que serán descritos seguidamente y que tienen importancia dentro de la ejecución de un proyecto B.O.T. Las consecuencias que tiene para la JVC el encontrarse comprendido en alguna de esas causales son: (i) la ya mencionada caducidad de los plazos para el pago de la deuda; (ii) en el caso que se trate de un préstamo y que no se encuentre totalmente desembolsado, la suspensión de la remisión de fondos; (iii) el inicio de las acciones legales necesarias para ejecutar al deudor en caso de falta de pago.

Las causales de incumplimiento más significativas son:

- (a) cesación de la vigencia del contrato base: toda vez que éste es el convenio en el cual se sustenta toda la operación, si pierde su vigencia por cualquier causa la deuda no podrá ser pagada en los términos que fue contraída;
- (b) cesación de la vigencia de otros contratos necesarios para la ejecución del proyecto: la interrelación entre todos los convenios que forman el sistema B.O.T. hace que, la cesación de la vigencia de alguno de ellos, desequilibre de alguna forma la operación. De aquí que se lo considere como un incumplimiento. Sin embargo, esta circunstancia puede ser salvada si en un plazo prudencial el tomador emite un certificado en el cual asegure que la terminación del contrato en cuestión no tiene un efecto adverso en el cumplimiento de las obligaciones de la JVC bajo los acuerdos financieros;
- (c) pérdida de los permisos o del título o derechos para llevar a cabo el proyecto: siendo ellos necesarios para la ejecución del contrato base, su falta deriva en la posibilidad de incumplimiento del pago de los compromisos financieros. De aquí su exigibilidad.
- (d) pérdida de las garantías constituidas sobre los bienes del proyecto.
- (e) abandono del proyecto o de los trabajos de construcción.
- (f) el incumplimiento de cualquiera de las partes intervinientes que impida a la JVC cumplir con sus compromisos: esto se sigue de la interrelación de los diversos contratos. Su aplica lo dicho en el punto (b) de esta enumeración.
- (g) quiebra o inicio de procedimientos para la superación del estado de insolvencia.
- (h) incumplimiento de los convenants: pactados para determinar una administración adecuada de la JVC para llevar a cabo el proyecto y garantizar el repago de la deuda, pareciera lógico que su inobservancia genere un incumplimiento.
- (i) cambio material adverso: esta cláusula puede estar establecida en forma separada o bien incluida en determinados incumplimientos, como se ha visto más arriba. Existe una cierta discrecionalidad por parte de los prestamistas en la apreciación de la existencia de este “cambio material adverso” por lo cual el ejercicio de esta facultad de caducidad de los plazos del préstamo es rara vez

utilizada(171). Máxime cuando entre las consecuencias que se derivan de su aplicación se encuentra una eventual la quiebra de la JVC(172).

3.3.3.5.4. Relación con los restantes contratos del proyecto.

El primer contrato con el cual la financiación tiene relación es con el contrato base. De acuerdo a cómo se encuentre diseñado, existirá la posibilidad de financiar o no la obra. Los puntos necesarios para que ello suceda han sido mencionados con anterioridad y se refieren fundamentalmente a la calidad del flujo de fondos a obtener. Esta íntima relación también puede apreciarse en lo referido a las cuestiones que dan fin a la relación contractual, sea que la misma ocurra por falta de permisos, resolución contractual o cualquier otro acto del poder público que limite los derechos de la JVC, como así también por caso fortuito o fuerza mayor. Toda vez que la garantía fundamental del crédito y su fuente de repago, el flujo de fondos, se encuentren en peligro, se generará la exigibilidad anticipada del crédito.

En segundo lugar, se encuentra la relación de los acuerdos financieros con el contrato de construcción de la obra. En efecto, como se verá más adelante, los desembolsos serán efectuados en la medida que se cumplan con ciertos requisitos y que la obra avance de acuerdo al cronograma establecido. En caso que ello no ocurra, deberá solicitarse una dispensa(173) a los bancos sindicados o a los tenedores de bonos.

En tercer lugar, los convenants que se refieren a la distribución de utilidades, a los distintos fondos de reserva y a las disposiciones relativas a los índices financieros que debe mantener la JVC se relacionan con el contrato de sociedad que le da origen y condicionan la disposición y administración de su patrimonio. Cualquier decisión que contradiga los compromisos asumidos tendrá como consecuencia la exigibilidad inmediata de la deuda y, con ello, se pondrá en peligro a la JVC. De aquí que además del compromiso contractual asumido por los socios en forma indirecta a través de la JVC, puede llegar a ser necesario (y de hecho lo es) la firma de un convenio de sindicación de acciones relativo al seguimiento de las políticas de administración y disposición adecuadas para evitar el naufragio del proyecto.

Finalmente, el contrato base se relaciona con el contrato de compraventa de equipos necesarios para la construcción y montaje de la instalación objeto del proyecto. Ya se ha visto, que estos casos, y como excepción la JVC puede asumir gravámenes sobre dichos bienes ya que de otra forma no se podría conseguir la conclusión de la obra.

3.3.3.6. Factores a tener en cuenta en el contrato de financiamiento

Los principales factores a considerar, entonces son los siguientes.

1. Debe elegirse la financiación adecuada al proyecto, considerando sus distintas etapas, y los costos de cada una de las alternativas. En la mayor medida posible, debe recurrirse a las organizaciones internacionales de crédito, en vez de a los bancos comerciales, en virtud de las mejores condiciones de financiación.
2. El contrato que se firma con el sindicato de bancos o con el colocador de fondos, no admite cesiones a favor del Estado o de terceros, por lo cual su incumplimiento implicará que aquél que pretenda continuar con la obra deba obtener una nueva financiación.
3. Es necesaria una gran disciplina administrativa por parte de la empresa ejecutora,

que debe mantener un estricto control presupuestario de su gestión.

4. La posibilidad de establecer fondos de reserva con las sumas percibidas por la financiación para cubrir eventuales contingencias.
5. Para evitar problemas de la convertibilidad de la moneda, el pago debe efectuarse fuera del país receptor de la inversión.

3.4. El Contrato de Construcción [\[arriba\]](#)

3.4.1. Relevancia de este contrato.

En el presente capítulo se tratará un tema que resulta fundamental para la realización del B.O.T. que es la construcción de la instalación. La forma y los términos del contrato de construcción son esencialmente similares a aquellos realizados para la construcción de cualquier otra obra civil, industrial o de infraestructura. La diferencia surge, como en los otros contratos analizados hasta aquí, con la interacción con los restantes contratos del proyecto, en especial con el contrato base. De hecho, el contrato de construcción busca la realización de la instalación necesaria para cumplir con el contrato base sea este una concesión de obra pública, de servicio público, un contrato de suministro o cualquier otro. Frente a la entidad concedente o estatal contratante, el contrato de construcción vendría a ser un subcontrato, concepto que dentro de la particular industria de la construcción es un contrato relacionado con el contrato principal al cual accede⁽¹⁷⁴⁾. De esta forma, el contrato de construcción tiene la particularidad de recibir entre sus cláusulas condiciones que son similares a las exigidas por el Estado concedente a la JVC. Así, se le pueden imponer similares condiciones relativas al pago, suspensión de obra, caso fortuito o fuerza mayor, rescisión del contrato, etc., llegándose incluso a la limitación de la indemnización de los reclamos del constructor al éxito que tenga la JVC en sus eventuales reclamos al Estado concedente.

Teniendo en cuenta, que la finalización del contrato de construcción es lo que permite el inicio del recupero de fondos⁽¹⁷⁵⁾, también se vincula con los acuerdos de financiamiento, debiendo preverse cláusulas especiales que permitan a la JVC reconstruir el flujo de fondos esperado para el repago del préstamo mediante la constitución de diversas garantías, como reemplazar al constructor ya que en un proyecto así financiado cobra vital importancia el plazo de ejecución.

Durante la ejecución de este contrato, se produce la mayor exposición al riesgo por parte de la JVC, de los prestamistas y del Estado receptor de la inversión. Ello, porque durante esta etapa se generan los mayores gastos sin que se obtenga recurso alguno. De aquí el interés de todos los protagonistas del proyecto por que la construcción llegue a buen término y la obra sea completada en tiempo y forma tal que produzca los bienes y servicios para lo cual fue diseñada.

Seguidamente, se desarrollarán los puntos esenciales de este contrato y sus relaciones con los restantes que integran el proyecto.

3.4.2. Naturaleza del contrato y de las obligaciones del constructor. Modalidades de estas obligaciones. Contrato “llave en mano”.

El contrato de construcción que firme la JVC con el subcontratista constructor, revestirá el carácter de una locación de obra simple que, en el caso de desarrollarse en el país, será regida por las disposiciones del Cód. Civ.⁽¹⁷⁶⁾.

El hecho de que el contrato de construcción se encuentre en cierta forma comprendido dentro de un contrato de naturaleza administrativa como lo puede ser el contrato base, no varía su naturaleza de negocio jurídico privado. Lo que sí deberán tener en cuenta las partes del contrato de construcción serán las particularidades previstas en el contrato base -en cuanto contrato administrativo- de forma tal que deberá estar coordinado con las necesidades de la JVC para el cumplimiento de este último.

El constructor no podrá desconocer las consecuencias que se deriven de las facultades y potestades de la Administración. Así, si la ejecución del contrato se detiene por orden de aquélla, el constructor no podrá continuar con los trabajos. De aquí que si bien el contrato de construcción es de naturaleza privada, se apliquen a él las consecuencias que resultan de las normas de derecho administrativo de las que se encuentra imbuido el contrato base. Máxime cuando, como fuera mencionado en párrafos anteriores, se trata de un contrato de construcción que en este aspecto refleja las mismas o similares condiciones que el contrato base en este aspecto.

La característica fundamental de la locación de obra, es que el contratista asume una obligación de resultado⁽¹⁷⁷⁾, que consiste en llevar a cabo la obra encomendada cumpliendo con la ingeniería del proyecto de forma tal que cumpla con los objetivos propuestos.

Habitualmente, el comitente de una obra provee lo que se define como ingeniería básica. Esto es el conjunto de especificaciones que permiten definir la obra en grandes rasgos, como así también su diseño. Por su parte, el constructor realiza la ingeniería de detalle, que es toda aquélla necesaria para que la obra cumpla con la ingeniería básica y las exigencias del diseño.

Sin embargo, dentro del sistema B.O.T. lo habitual es contratar la obra mediante el sistema denominado “llave en mano” o, como se lo denomina en inglés, “turnkey contract”⁽¹⁷⁸⁾. El concepto muchas veces mal utilizado⁽¹⁷⁹⁾, implica que el constructor proveerá una serie compleja de prestaciones, asumiendo la responsabilidad total por el diseño de las instalaciones. Estas prestaciones incluyen los diseños, ingeniería básica y de detalle, construcción de la planta, selección y compraventa de los equipos necesarios para la instalación, diseño de los métodos operativos, puesta en marcha de la obra, realización de las pruebas de rendimiento o test runs e, incluso, realización de los manuales de operación de la planta y entrenamiento del personal que la operará⁽¹⁸⁰⁾. De esta forma el comitente recibe la obra en funcionamiento y lista para comenzar la operación comercial.

Las obligaciones del constructor en este caso, entonces, incluyen un opus material como inmaterial, consistiendo este último en la elaboración de la ingeniería. Estas obligaciones son mucho más gravosas que las contenidas en una simple locación de obra por cuanto: (i) el constructor debe desarrollar toda la ingeniería con excepción del eventual bosquejo inicial y las especificaciones requeridas de rendimiento de la instalación; (ii) tiene que garantizar que los materiales y equipos son adecuados para lograr que los fines requeridos por el comitente se cumplan; (iii) debe prestar servicios de asistencia a la JVC, e incluso instruir a su personal acerca del uso de la instalación; (iv) debe garantizar un rendimiento, por lo cual la obligación de

resultado naturalmente implícita en toda locación de obra, incluye la efectividad de la obra en el cumplimiento de las especificaciones solicitadas por la JVC.

Existen también otras formas de contratación de la ejecución de la obra, pero resultan desaconsejables. Ello, por cuanto dichas formas dispersan las responsabilidades entre los diseñadores, ingenieros, constructores, directores de obra, u otros contratistas, dificultando el control de la obra por parte de la JVC. Mediante esta forma de contratación se obtiene un solo responsable que en caso de conflicto responderá frente a la JVC, sin perjuicio de los reclamos posteriores que deba efectuar el constructor en caso que haya encomendado la realización de trabajos a terceros.

3.4.3. Forma de contratar el precio de la obra y forma de pago.

Las formas para determinar precio de una obra de construcción son básicamente tres: (i) por ajuste alzado; (ii) por unidad de medida; (iii) por coste y costas. A continuación se analizarán brevemente las tres formas haciendo especial hincapié en la primera de ellas debido a que es la forma más conveniente para utilizar en el sistema B.O.T.

3.4.3.1. Ajuste alzado.

El ajuste alzado, o como se lo denomina en inglés lump sum o fixed price, implica contratar el total de la obra por un precio global, fijado de antemano e invariable hasta la finalización de los trabajos previstos(181). Esto no significa necesariamente que de modificarse las condiciones del contrato, por ejemplo por aplicación de la teoría de la imprevisión, el precio no deba ajustarse. De hecho, así se encuentra previsto en el artículo 1633 del Cód. Civ., y por ejemplo, puede pactarse que una modificación en la legislación vigente que afecte los precios del contrato, implicará una variación en el precio(182). También el precio del contrato de construcción puede sufrir ajustes en caso que se ordene una modificación de la obra. En este aspecto téngase presente que a pesar de que se pacta un precio global, se suele realizar una apertura del precio en sus distintos componentes para que en caso de modificaciones se apliquen los precios unitarios correspondientes.

El contrato por ajuste alzado puede ser: (i) absoluto, cuando el precio es totalmente invariable o bien (ii) relativo, cuando existe la posibilidad de modificación de los precios por cuanto el comitente puede pedir cambios en el alcance de la obra por parte del comitente. Debe tenerse en cuenta que la contracara del ajuste alzado es que el contratista tiene definida una obra con un alcance determinado, cualquier modificación de este alcance tiene por principio una modificación en el precio(183).

3.4.3.2. Contrato por unidad de medida o por precios unitarios.

En este caso, se abonará la obra el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura o bien cantidad técnica unitaria de obra de mano(184). Así, se establece un precio para cada material una unidad de medida, (v.gr. cien pesos por metro cúbico de concreto utilizado).

Como puede apreciarse este sistema no tiene un precio fijo de contratación sino que se modifica de acuerdo al volumen de la obra (p.ej. a mayor cantidad de hormigón, mayor es el precio).

3.4.3.3. Por coste y costas.

En este sistema la estimación del costo de la obra se efectúa a su finalización y se abona una suma adicional, que es el beneficio del constructor. Dentro de la peculiar terminología de este contrato, el coste se refiere al costo de la construcción y las costas a los honorarios que el constructor percibe .

Al igual que en el caso anterior en este tipo de contratos el precio varía de acuerdo al volumen de obra.

3.4.3.4. Forma de pago.

Según el Cód. Civ., el precio se debe abonar al constructor en las épocas estipuladas o bien al hacerse la entrega de la obra. Esta última posibilidad no es utilizada mayormente, sino que lo más habitual resulta abonar la obra a medida que avanza, (previo control de lo construido) o bien por períodos de tiempo determinados, (generalmente mensuales). A dichos pagos parciales generalmente se agregan otros dos, uno antes de comenzar la obra (denominado “anticipo”) y otro a la entrega de la obra.

La razón para establecer esta forma de pago es evitar costos financieros para el contratista que luego serán recargados al comitente. Los costos financieros surgen de las importantes sumas de dinero que se necesitan inicialmente para llevar los equipos de construcción al sitio de la obra, instalar los obradores y depósitos y efectuar el acopio de material necesario para realizar comenzar la ejecución, todo lo cual constituye la denominada “movilización”. Es decir, que de no obrarse de esta forma, todos estos costos deberían ser soportados por el constructor, quien tendría que conseguir los fondos para ello en el mercado financiero. Distribuyendo el pago de la obra a lo largo de su ejecución, el constructor cuenta con fondos para realizar las inversiones correspondientes, disminuyendo así sus necesidades de financiamiento.

Sin embargo, los costos de la construcción no se comportan en forma lineal. Por ejemplo, si se está construyendo una central eléctrica, la compra del equipo correspondiente genera un gran costo que no se produce al momento del inicio de la obra, sino una vez que se encuentra bastante avanzada. Por ello, puede ocurrir que el constructor tenga una sobrecarga en alguna etapa de su flujo de fondos que deba ser compensada.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico los pagos parciales durante la ejecución de la obra revisten el carácter de anticipos. De esta forma, su integración no implica aceptación de la obra realizada ni por tanto, renuncia de la JVC a rechazar la obra o a dejar de pagar el precio total.

Los pagos parciales pueden pactarse de varias formas. Entre ellas se puede mencionar: (i) en cuotas y plazos fijos; (ii) a cuota variable y plazo fijo, de forma tal que en épocas determinadas se mide lo realizado y se paga; (iii) a cuotas fijas según el avance de obra, es decir se paga parte del precio al alcanzar determinados hitos; (iv) a cuota y plazo variable, en la cual se establece que según la mensura de determinadas etapas de obra, surgirá el monto a abonar(186).

3.4.3.5. Forma de pactar el precio de la construcción y de realizar los pagos en el sistema B.O.T.

Como se ha visto, la necesidad de financiamiento de la totalidad de la obra impone que de antemano se sepa cuál es su costo de realización. De otra forma, resulta muy difícil, por no decir imposible, obtener del mercado financiero o del mercado de capitales las sumas necesarias para solventar el costo de construcción. Además, una vez obtenidos los fondos por la JVC para la construcción, no podrá, en principio, acudir nuevamente al mercado financiero o el de capitales para obtener más dinero, ya que toda la garantía con la que cuenta el proyecto, es decir el flujo de fondos futuro, está comprometido con la financiación original. Dada esta restricción, es necesario entonces, no solo prever adecuadamente el costo de la construcción, sino que este no varíe en forma alguna durante la construcción. O mejor dicho, que la modificación del costo de la construcción recaiga sobre aquél que tiene más medios para su control y evaluación.

Siendo así, la única forma posible de contratar la construcción en el sistema B.O.T. es mediante un sistema de determinación de precios por ajuste alzado. De esta forma se disminuye el riesgo para los prestamistas y para la JVC, localizándolo en cabeza de quien está técnicamente más capacitado para soportarlo.

En lo que hace a la forma de pago, la habitual es que el precio se pague a medida que la misma se ejecuta. A fin de asegurar que los fondos obtenidos de la financiación no sean desviados hacia otros requerimientos de la JVC, resulta conveniente que los desembolsos para el pago de la construcción sean realizados directamente por los prestamistas al constructor a través del lead manager o del arrender.

A estos efectos, en los acuerdos financieros se pactan determinadas condiciones. Estas son: (a) que exista un requerimiento de la JVC, para desembolsar los fondos que indique fundamentalmente: (i) la identidad del beneficiario de los fondos; (ii) que el ítem cuyo pago se solicita no ha sido desembolsado; (iii) que no existe ningún gravamen sobre dichos montos y que de existir ha sido debidamente levantado; (iv) que los gastos han sido incurridos efectivamente por la JVC; (v) que los documentos que certifican la existencia de la acreencia se encuentran debidamente archivados por la JVC; (vi) que las manifestaciones y consideraciones en virtud de las cuales se ha otorgado la financiación siguen siendo válidas; (vii) que no se ha incurrido en ningún evento de incumplimiento; (viii) que los fondos remanentes en la cuenta contra la cual gira para efectuar el desembolso son suficientes para pagar los costos del proyecto; (ix) que la obra está siendo substancialmente construida de acuerdo a las especificaciones contenidas en el contrato base.

(b) que se acompañe un certificado confeccionado por un ingeniero independiente con las calificaciones adecuadas en el cual se certifique: (i) que a opinión del ingeniero no existen razones para interpretar que la información emitida por la JVC no sea completa y veraz; (ii) que los costos que se intentan solventar con los fondos solicitados han sido realmente efectuados y son exigibles; (iii) que no existe retraso en la ejecución de los trabajos.

(c) En caso que no se cumplan los requisitos establecidos, pero dicho incumplimiento sea técnico, solamente la JVC debe efectuar un requerimiento, confirmado por el ingeniero independiente en el cual: (i) se identifiquen los inconvenientes; (ii) se indique que no existe posibilidad de quiebra de la JVC; (iii) se señale que se cumple con el resto de los requisitos establecidos en (a) y (iv) se deje constancia

que encuentra en vigencia el contrato base, el de construcción y las habilitaciones y permisos gubernamentales.

En caso que el desembolso no fuera efectuado, el monto correspondiente debería ser satisfecho por la JVC, quien luego debería recuperarlo de los montos obtenidos de la financiación. Eventualmente, en caso que el banco administrador de los fondos hubiera procedido indebidamente, éste debería responder por los daños y perjuicios correspondientes.

3.4.4. Riesgos del constructor durante la ejecución de la obra.

Los riesgos que asume el constructor durante la ejecución son de diversa índole. Comenzando por la falta de pago por parte de la JVC cuyo único activo son los fondos que ha obtenido de la financiación, que incluso no administra.

No obstante ello, el principal riesgo que asume el constructor es la pérdida de la obra durante la ejecución.

De acuerdo a la regla establecida por el artículo 1630 del Cód. Civ. (187) la asunción de los costos que provoque la destrucción de la obra, incluso por caso fortuito o fuerza mayor, se encuentra a cargo del constructor. La razón para ello es que el contratista se ha comprometido a un determinado resultado y es su obtención lo que le da derecho a percibir el precio.

Nótese que no se aplica en este caso la regla res perit domino, por cuanto no siendo la locación de obra una venta, la propiedad de la obra es siempre, en este caso, de la JVC o del Estado concedente.

La transferencia de este riesgo se produce una vez entregada la instalación construida a la JVC. En consecuencia, el constructor no es responsable de la reconstrucción de la obra cuando: (i) se efectuó la recepción, como ya se dijo; (ii) la JVC se encuentre en mora respecto de su obligación de recibir la obra; (iii) cuando se deba a un vicio o a materiales inadecuados entregados por la JVC al constructor para la ejecución de los trabajos, siempre y cuando la existencia de dicho vicio o falta de adecuación haya sido oportunamente advertido a la JVC.

Ahora bien, la forma en que se mitiga este riesgo es mediante la contratación de un seguro contra todo riesgo derivado de la construcción, el cual es habitual en la industria.

3.4.5. Plazo de ejecución, retrasos y multas.

Además de la obra completa, el constructor debe entregarla en tiempo adecuado. Dentro de un proyecto B.O.T., el retraso en la entrega de la obra provocará serios inconvenientes para la JVC, por cuanto el Estado concedente le aplicará multas bajo el contrato base y, por otra parte, los prestamistas podrán hacer caducar los plazos tornando exigible la devolución de los fondos prestados.

El incumplimiento genera el derecho a solicitar el resarcimiento integral de los daños causados conforme lo establece el artículo 520 del Cód. Civ., debiendo responder el constructor así por todos aquellos que reconocen su causa adecuada en el

incumplimiento contractual, la cual revestirá tal carácter cuando es necesaria para la ocurrencia de dichos daños conforme el curso natural y ordinario de las cosas(188).

Dado que estos perjuicios en un proyecto B.O.T. pueden ser inmensos se trata de limitar la responsabilidad mediante cláusulas de limitación de responsabilidad genérica y la fijación de multas que tiendan a cubrir los perjuicios causados por los distintos incumplimientos.

Así, puede pactarse que en caso de retraso sea la constructora quien soporte las multas que el Estado imponga a la JVC, lo cual parece lógico ya que es el constructor quien ha causado el inconveniente.

Además de las multas, se deben pactar a favor de la JVC dos derechos adicionales para cubrir la lenta ejecución de los trabajos por parte del constructor. El primero de ellos debe ser el de exigir una mayor velocidad de ejecución y, el segundo, el de ejecutar la prestación por un tercero a costa del constructor.

Con relación a la posibilidad de exigir una mayor velocidad de ejecución, esta surge del derecho que tiene la JVC de recibir una prestación adecuada en tiempo útil ya que el retraso pone en serio riesgo al proyecto. De esta forma, para impedir mayores daños, la JVC puede y debe exigir un mayor compromiso del constructor en la ejecución de los trabajos cuyo costo, como es de suponer, deberá ser soportado por este último.

En cuanto al segundo de los derechos, viene a remediar la misma situación. Por su parte, el Cód. Civ., en su artículo 505 inciso 3, también acuden e ayuda de la JVC, en el caso que nada se haya pactado al respecto.

Ahora bien, para que la JVC cuente con estos derechos el constructor debe encontrarse en mora, para lo cual es necesario que los retrasos en la obra no se encuentren justificados. La justificación de estos retrasos pueden agruparse en dos categorías: (a) por el hecho del comitente y (b) caso fortuito o fuerza mayor.

En relación al primero de los casos, el principal del comitente o de la JVC que justifica el retraso es el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, de las cuales dependa el cumplimiento de las obligaciones del constructor(189), (v.gr. si la JVC debe obtener permisos gubernamentales, o de paso, o provee materiales que no llegan en tiempo y forma a la obra).

El segundo hecho que genera la justificación de un atraso es la realización de trabajos suplementarios o adicionales. Su ejecución trae aparejada no solo una modificación en el plazo sino también en el precio. Pero puede ocurrir que la JVC no cuente con un plazo adicional para la ejecución de la obra. En este caso, deberá requerirse al constructor que comprometa medios complementarios para la ejecución de los trabajos.

En caso que la alteración de los trabajos ocurra por un requerimiento del Estado concedente, éste deberá hacerse cargo del costo de la modificación, lo cual se traducirá en un aumento de la tarifa que está autorizada a cobrar la JVC, una prolongación del plazo de concesión o bien directamente el pago de la indemnización correspondiente.

Desde el punto de vista de los proveedores de fondos, la posibilidad de modificar la obra no se encuentra limitada. Sin embargo, los fondos adicionales no serán provistos por éstos sino que deberá recurrirse a fuentes adicionales, salvo que se haya constituido una reserva para este tipo de eventualidades. Además, debe tenerse en cuenta, en caso que los costos adicionales deban ser solventados por la JVC, que deberán respetarse los índices financieros previstos en los covenants de los acuerdos de financiación, por lo que cualquier modificación deberá efectuarse equilibradamente, so pena de exigibilidad inmediata de la deuda.

En este punto se advierte la ventaja de contratar la obra “llave en mano”, ya que la posibilidad de modificaciones al proyecto disminuye sensiblemente porque la intervención del comitente en este tipo de contratos es mínima.

Otras posibilidades de justificación de retrasos son la existencia de errores en el plano entregado al constructor o la falta de coordinación de los distintas compañías constructoras que trabajen en la realización de la obra. Todos estos problemas virtualmente desaparecen en caso de la contratación “llave en mano”.

En lo que respecta al caso fortuito o fuerza mayor, cuando los eventos correspondientes no producen la destrucción de la obra lo autorizan a detener la construcción y a finalizar la ejecución del contrato, debiendo cada parte soportar sus costos. Sin embargo, si contractualmente se pacta que el constructor deba permanecer en el sitio de la obra o mantener la vigencia del contrato durante un período determinado, la JVC debe soportar los costos derivados de dichas circunstancias.

A fines de distribuir los riesgos entre la JVC y la empresa constructora, generalmente se pacta que los daños y perjuicios que se deriven de esta situación serán abonados por aquélla, en la medida que pueda recuperar los costos de las compañías de seguros que cubran los riesgos del proyecto o bien del Estado concedente con relación a los riesgos que este asume o genera.

3.4.6. Recepción de la Obra.

Como se señalara más arriba, la finalización de la obra es el momento clave del proyecto B.O.T., razón por la que seguidamente analizaremos brevemente los procedimientos y responsabilidades que surgen de la recepción de la obra. De acuerdo a la práctica habitual(190), la recepción de la obra se efectúa en tres pasos: (i) verificación; (ii) recepción provisoria; (iii) recepción definitiva.

3.4.6.1. Verificación.

La verificación de la obra consiste en la inspección final que realiza la JVC para determinar que se ha realizado conforme a las especificaciones dadas al constructor, debiendo añadirse que en el caso de los contratos “llave en mano”, debe establecerse si la instalación produce o se desempeña conforme lo solicitado, entregando las cantidades y calidad requeridas de acuerdo a las características técnicas del proyecto.

Para efectuar esta verificación, ocurre habitualmente que el constructor, cuando considerar que la instalación se encuentra en condiciones de ser probada, comunica esta circunstancia al comitente y la pone a su disposición la obra quien debe efectuar

su verificación que puede consistir en una inspección ocular o en el encendido y prueba de la maquinaria.

Siendo este último el caso, el constructor debe poner a disposición de la JVC toda la información necesaria para realizar dichas pruebas y, en ocasiones, proveer el combustible necesario(191). La ejecución de dichas pruebas son a riesgo y costo del constructor. El plazo puede ser extenso, pactándose un tiempo durante el cual la instalación debe funcionar sin fallas. De ocurrir algún tipo de inconveniente, se vuelve a reiniciar todo el proceso.

Si las obras se dañan durante la ejecución de las pruebas, está cargo del constructor su reconstrucción. Ello se sigue de la naturaleza de la obligación del constructor quien hasta que no ha entregado la obra no cumple su obligación frente al comitente.

Cuando las pruebas no son superadas, puede considerarse al contratista incurso en incumplimiento de sus obligaciones, debiendo abonar los perjuicios correspondientes.

También puede ocurrir que si bien la instalación funciona, la misma por razones no imputables al contratista no alcanza el rendimiento esperado. En estos casos, se pacta la aprobación de la obra y una reducción del precio a ser abonado al constructor.

3.4.6.2. Recepción provisoria.

Una vez probada la instalación, es recibida por la JVC, en forma provisoria. Los efectos que se siguen de esta son:

- (a) el traspaso del riesgo de forma tal que en caso de destrucción de la obra, es el comitente quien la soporta(192).
- (b) la JVC pierde el derecho de reclamar por los vicios aparentes, a menos que causen la ruina de la obra(193).
- (c) la JVC tiene el derecho de reclamar por los vicios ocultos de las obras, en cuyo caso deberán ser reparados por el constructor(194).

Con la recepción provisoria comienza la percepción de los fondos por parte de la JVC y, por ende, el repago de la deuda.

3.4.6.3. Recepción definitiva.

Esta recepción libera habitualmente al constructor de toda responsabilidad por vicios ocultos comenzando a correr el plazo decenal establecido en el artículo 1646 del Cód. Civ. con relación a la responsabilidad por ruina(195).

3.4.7. Rescisión del contrato de obra.

La rescisión del contrato de construcción dentro de un proyecto B.O.T. puede suceder por varios motivos. A continuación se enunciarán las principales causales que suelen pactarse y se expondrá sobre las consecuencias y los resarcimientos que las partes se deben en uno y otro caso.

3.4.7.1. Rescisión por culpa del contratista.

Las causales más habituales de rescisión del contrato de construcción por culpa del contratista son: (i) falta de iniciación de los trabajos en término; (ii) retraso en el ritmo de obra o incumplimiento del plazo; (iii) imposibilidad de superar las pruebas de performance; (iv) quiebra, concurso de acreedores, iniciación de procedimientos para la superación del estado de insolvencia o liquidación de la sociedad; (v) fraude o incumplimiento doloso de las obligaciones.

En cualquiera de estos casos, el resarcimiento conforme el Cód. Civ. deberá ser integral y deberá incluir el daño emergente y el lucro cesante. Sin embargo, en el caso de contratos de construcción de esta naturaleza, lo habitual, es la limitación de la responsabilidad. El primer límite que se establece es que no se abonará lucro cesante. El segundo límite es la ausencia de responsabilidad por daños indirectos, que son aquellos resultan como consecuencia mediata del incumplimiento. Es decir, que lo que se busca es reparar el daño efectivamente causado que en el caso de un proyecto B.O.T. será el mayor costo que se estima para la finalización de la obra.

En estos casos, se procede a retener cualquier crédito que tenga el constructor contra la JVC y luego se lo compensa con los daños y multas devengados. La finalización del contrato por culpa del contratista también traerá aparejada la ejecución de la denominada garantía de fiel cumplimiento. Esta garantía es constituida por el contratista y se puede constituir mediante una fianza, una carta de crédito o bien, como es de uso en el país, mediante un seguro de caución. Contra esta garantía puede ir la JVC para recuperar los montos que compensen los daños padecidos.

3.4.7.2. Rescisión originada en actos o la voluntad del comitente.

Los motivos por los cuales el constructor puede rescindir el contrato son generalmente los siguientes: (i) la falta de entrega del sitio de la obra; (ii) falta de entrega de la ingeniería básica o de los permisos; (iii) falta de pago; (iv) por decisión unilateral del comitente.

En forma refleja a los limitados resarcimientos que se pactan al favor de la JVC, su responsabilidad por rescisión tiene la misma característica: responsabilidad limitada en lo que hace al lucro cesante y a los daños a indemnizar. De esta forma los daños que se indemnizan incluye el pago de la obra realizada, de los materiales adquiridos, del costo de rescisión que tenga el constructor con terceros y la desmovilización de los equipos utilizados para la realización de la obra.

3.4.7.3. Rescisión sin culpa de las partes.

Esto puede ocurrir por: (i) acto del concedente; (ii) caso fortuito o fuerza mayor. En el primero de los casos a los efectos de una adecuada distribución del riesgo el constructor debería tener derecho únicamente a aquellas sumas que la JVC reciba del concedente. En el segundo caso, el contrato se resuelve sin responsabilidad para las partes, con excepción del pago de la obra ya construida y no abonada.

3.4.7.4. Aspectos a considerar respecto al contrato de construcción.

Recapitulando lo expuesto los aspectos a considerar en relación al contrato de construcción son:

- (a) el contrato “llave en mano” es el más conveniente porque deja en manos del constructor el diseño, la ingeniería, la construcción y, fundamentalmente, la coordinación de toda la obra.
- (b) debe contratarse mediante el sistema de ajuste alzado que asegura un precio fijo e inamovible, haciendo que el riesgo de cualquier exceso de costo recaiga sobre el constructor quien es el participante del proyecto que más conocimiento tiene para mitigar este riesgo.
- (c) las posibles modificaciones del proyecto deben ser soportadas por la JVC quien deberá resarcirse los mayores costos mediante recursos propios o bien mediante los reclamos correspondientes al Estado concedente cuando ello corresponda.
- (d) las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor son soportadas por la empresa constructora.
- (e) las multas y otros perjuicios que sufra la JVC relacionados con el incumplimiento del contrato de construcción deben ser soportados por el constructor.
- (f) todas las responsabilidades deben encontrarse limitadas.

3.5. Restantes Contratos relativos al B.O.T. [\[arriba\]](#)

3.5.1. Introducción.

En el presente capítulo se tratará de los restantes contratos necesarios para emprender un proyecto B.O.T. Dadas las múltiples variantes que hace que los contratos excedan el marco del presente trabajo, se expondrá sobre los principales, que son el contrato de joint venture, el de compraventa del equipo y el de operación y mantenimiento. La exposición no será extensiva limitándose a describir los efectos de algunas de las obligaciones con relación a un proyecto B.O.T.

3.5.2. Contrato de joint venture.

3.5.2.1. De la evolución del contrato de joint venture durante el proyecto.

No se hablará aquí de las diferentes acepciones que tiene un instituto de difícil delimitación incluso dentro del derecho norteamericano, (196) donde la figura habría en principio tenido su origen(197). A los efectos de este trabajo, joint venture, será entendido como el acuerdo entre las distintas empresas que llevan a cabo el emprendimiento conjunto para realizar el proyecto B.O.T(198).

De acuerdo a las distintas etapas del proyecto el joint venture se articula en dos figuras distintas. La primera que se instrumenta durante la preparación de la oferta, constituye el denominado joint venture agreement o acuerdo de oferta conjunta. La firma de este acuerdo puede implicar o no el compromiso de las partes para participar en el proyecto. En el segundo caso se deberá firmar un nuevo convenio que así lo disponga. Aquí ambos acuerdos se tratarán en forma conjunta.

La segunda figura a que se hace referencia es el acuerdo de joint venture definitivo, el cual se instrumenta a través de una sociedad específica cuyo objeto es llevar a cabo el proyecto. Esta sociedad a la cual se ha identificado como JVC también es denominada Special Purpose Vehicle (o SPV).

3.5.2.2. Acuerdo de oferta conjunta (joint bidding agreement).

Como se mencionara anteriormente, este contrato tiene por objeto regular la actividad de las partes durante la etapa de evaluación y preparación de la oferta. El mismo no puede considerarse en forma alguna como un acuerdo que encuadre dentro de las prescripciones de los artículos 21 a 26 de la LS, relativos a la sociedad irregular o de hecho(199). Si bien este contrato revela una particular relación asociativa, y muchas veces en el caso que no se firme un contrato de participación termina regulando como ultima ratio la relación de los socios de la JVC, la intención de las partes es preparar y armar el proyecto para presentar al Estado licitante y, en su caso, coordinar la negociación con éste. El hecho de que en este acuerdo se propongan modelos de contratos a ser firmados por los participantes e, incluso que se puedan pactar distintos porcentajes de participación que los promotores tendrán en la JVC, en nada modifica la situación. Ello no hace más que revelar una preparación para un negocio posterior que en forma alguna puede hacer nacer en los participantes las responsabilidades establecidas en la LS.

De esta forma, este acuerdo es un contrato innominado de los regidos por los artículos 1197 y 1143 del Cód. Civ., que no generará más responsabilidades que las que los contratantes pacten en el mismo y que generalmente consisten en responder frente a los restantes participantes y frente a terceros en forma simplemente mancomunada. En relación a los terceros, debe considerarse que es una práctica común en los pliegos licitatorios del Estado que los participantes deban asumir una responsabilidad solidaria frente al licitante y luego durante la ejecución(200).

En resumen los términos habituales de este contrato son los siguientes:

- (a) determinación de la existencia de una empresa líder, que es la que generalmente tiene mayor participación y la última palabra en las decisiones.
- (b) identificación del responsable de obtener la financiación adecuada.
- (c) designación del responsable de la ingeniería y de la construcción: este deberá fundamentalmente determinar el diseño y, en su caso, el costo de la construcción y de los materiales. También suele acompañarse una minuta con las principales cláusulas que tendrá el contrato de ingeniería y construcción y un proyecto de cronograma de trabajos.
- (d) individualización del proveedor de equipos: se deberá indicar cuáles son los más indicados como así también los precios disponibles para la JVC.
- (e) evaluación por parte de los participantes de los trabajos a realizar de acuerdo al alcance de las respectivas tareas asignadas a cada uno de ellos y determinación del precio para cada una de ellas.
- (f) determinación de la forma de preparar el borrador de la oferta.
- (g) la manera en que se constituirá y abonará la garantía de oferta.
- (h) se pacta que para el caso que las condiciones en base a las cuales se decidió la participación en el proyecto cambien, la parte afectada pueda dejar de participar.
- (i) se establecen los futuros porcentajes de participación.
- (j) se acuerdan los términos en los cuales las partes revelarán a las otras información confidencial.
- (k) se establece la forma en que las partes responderán por los daños y perjuicios.
- (l) se determina el criterio a seguir durante la negociación del contrato con el concedente.
- (ll) finalmente, las partes asumen el compromiso en firme de participar en el proyecto.

3.5.2.3. Sociedad Ejecutora (Joint Venture Company - JVC).

Como se mencionara en la primera parte del presente trabajo, esta sociedad tiene a su cargo la ejecución del proyecto hasta su finalización. Puede tomar cualquier forma jurídica que sea conveniente(201), pero debe puntualizarse que para lograr la limitación de responsabilidad de los socios frente a terceros es la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima(202).

En esta compañía, además de los participantes iniciales, podrá intervenir el Estado como un socio más. Ello a los efectos de: (i) ejercer un mayor control de la sociedad concesionaria; (ii) lograr la transferencia de tecnología y del know how que la ejecución de estos contratos trae aparejada; (iii) familiarizar y entrenar a su personal en la gestión de la instalación a construir que luego le será transferida; (iv) participar en las eventuales ganancias.

Este contrato de sociedad debe prever además la forma y tiempo de realizar los aportes lo cual es conveniente que sea en un plazo menor al legal, debido a la necesidad de contar con fondos para la ejecución del proyecto. Como se mencionara más arriba, esos aportes serán el capital de trabajo de la sociedad hasta tanto se perciban los desembolsos por parte de los prestamistas.

Por otra parte, se establecen limitaciones a la transmisibilidad de las acciones de tipo temporario, como así también derechos de opción a compra a favor de los restantes socios. Ello por cuanto, transcurrido cierto tiempo, alguno de los participantes puede tener interés en retirarse de la sociedad, en especial el constructor y el proveedor de los equipos. El límite temporario se coloca para evitar que el constructor se desligue del proyecto una vez que su prestación específica ha sido concluida. La opción de compra es para que los participantes tengan la posibilidad de decidir sobre la identidad del nuevo socio, sin impedir la salida de aquél que desea retirarse.

Asimismo, se establecen reglas acerca de la política de dividendos, administración e inversiones de la JVC. La finalidad de estas pautas es que el flujo de fondos se encuentre claramente dirigido a repagar la deuda asumida y luego a retribuir la inversión de los promotores. Si este acuerdo no existe, será exigido por los prestamistas. Estos, más allá de la forma en que se abone el precio de la obra, buscan que la JVC no sea una cáscara vacía. De esta manera, se deberá implementar un convenio de sindicación de acciones que prevea todas estas circunstancias.

3.5.3. Contrato de provisión de equipos.

3.5.3.1. Importancia de este contrato.

El contrato de provisión de equipos que, en definitiva no es otra cosa que un contrato de compraventa, tiene importancia tanto financiera como legal. Desde el punto de vista financiero, debe considerarse la adquisición del equipo mediante créditos otorgados por las ECAs que generalmente resultan mucho más convenientes que cualquier financiación comercial que pueda obtenerse. Desde el punto de vista jurídico existen ciertas cuestiones que resulta de interés resaltar teniendo en cuenta la vinculación con los demás contratos del proyecto, fundamentalmente las relativas a la aplicación de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los distintos institutos allí incluidos que traen aparejadas diversas

soluciones que deben ser debidamente compaginadas con los restantes contratos para la implementación de un proyecto B.O.T.

3.5.3.2. Financiación a través de las ECAs.

Estas agencias que en ocasiones son bancos, comenzaron a surgir a comienzos del siglo XX para garantizar al exportador la percepción del precio cuando vendía bienes al exterior. La primera de estas agencias fue la Export Credit Guarantee Department o ECG, creada en Inglaterra en 1919(203). En nuestro país existe una organización similar, establecida en 1969 denominada Compañía Argentina de Seguros de Créditos a la Exportación(204).

La función actual de estas agencias es tanto otorgar garantías al exportador como financiarlo.

Los dos casos típicos de financiación son los denominados crédito al proveedor y crédito al comprador. En el primero de los casos, el proveedor establece los términos de la transacción con el comprador y este último emite títulos a favor de aquél que traen aparejado un plazo para el pago del precio. Luego, el proveedor busca la cobertura por parte de la ECA. Una vez obtenida, consigue un banco al cual le transfiere los títulos obtenidos del comprador juntamente con la garantía otorgada por la ECA.

En el segundo de los casos luego de acordarse los términos de la compraventa entre las partes el exportador debe conseguir un banco que otorgue financiamiento al importador. Una vez que la financiación se encuentra acordada, el banco se asegura con la contratación de una garantía o en su caso, con un subsidio de la ECA de su propio país.

Una tercera posibilidad son las líneas de crédito que revisten las mismas características un crédito al comprador, con la diferencia que se pactan para una serie de importaciones a realizarse. La línea se va utilizando en la medida que el cliente necesite financiación(205).

Con relación a los seguros que pueden otorgar estas agencias, es importante destacar que la mayoría de ellas emiten seguros que cubren el riesgo político(206).

3.5.3.3. La compraventa de los equipos.

Preliminarmente, debe destacarse que este contrato revestirá el carácter de compraventa internacional cuando se encuentren dados los requisitos para ello(207), lo cual generalmente ocurrirá porque lamentablemente nuestro país no es un gran productor de equipos de tecnología avanzada, aunque recientemente hemos tenido casos en que el país se ha destacado como proveedor tecnológico(208). Lo natural es que toda compraventa de equipos deba ser realizada al exterior.

En lo que se refiere a compraventa en sí, resultará de aplicación por un lado las normas del Cód. Civ., si es "interna" y las de la Convención de Viena de 1980 en los casos que resulte aplicable por tratarse de una compraventa internacional.

De tratarse de una compraventa internacional de mercaderías la jerarquía normativa sería la siguiente: (i) autonomía de la voluntad material; (ii) usos del comercio internacional, entre los que pueden mencionarse los INCOTERMS; (iii) las normas

materiales uniformes, como la Convención de Viena de 1980; (iv) la autonomía de la voluntad conflictual y (iv) las normas de derecho internacional privado(209).

Ahora bien, sobre el particular debe señalarse que la Convención de Viena de 1980, el primer punto a destacar que la misma puede resultar aplicable en casos que de acuerdo al derecho argentino serían considerados locaciones de obra.

En efecto el artículo 3.1. de la Convención establece cuando el comprador provea los materiales al vendedor en una parte no substancial o aún cuando las mercaderías hubiera que fabricarlas, ello no obstará para que el contrato se encuentre regido por aquella(210). Por otra parte, de acuerdo al artículo 3.2. cuando la parte principal de la obligación del vendedor sea suministrar mano de obra o prestar otros servicios, la Convención no se aplicará.

De esta forma puede ocurrir, como en el caso que la operación implique la venta de una planta “llave en mano”, que no resulte clara la distinción entre el valor de los servicios prestados y la provisión de la maquinaria. Es más, cuando la maquinaria supere el precio de la mano de obra, se aplicará la Convención de Viena de 1980(211).

Esta posibilidad, en principio, debe ser tenida particularmente en cuenta, cuando quien se encarga del montaje de la planta es el mismo proveedor del equipo ya que las principales consecuencias que tendría que soportar son la forma en que se transmiten los riesgos como la razón por la cual el contratista-vendedor debe responder.

En efecto, en lo que a la transmisión de los riesgos se refiere, en una compraventa corriente los riesgos se transfieren con el embarque(212). De esta forma, la pérdida de la mercadería durante el transporte será soportada por el comprador. En el caso que se trate de una planta “llave en mano”, el transporte y el riesgo deberá estar a cargo del vendedor, porque este no se libera de sus obligaciones hasta tanto dicha planta no se encuentre entregada, montada y funcionando. En este momento se deberán trasladar los riesgos, todo lo cual debe ser específicamente pactado y previsto en los contratos correspondientes.

En cuanto al fundamento legal por el cual el contratista debe responder, debe tenerse en cuenta que en el contrato de construcción aquél es responsable por la obligación de resultado asumida. En el caso de la compraventa, es la propiedad de la cosa lo que determina el traspaso del riesgo. Es decir, que por aplicación de la Convención de Viena de 1980, cuanto menos en lo relativo a la adquisición del equipo, prevalece el contrato de compraventa sobre la locación de obra.

También en caso que el contrato se considere una compraventa en vez de una locación de obra, el comitente/comprador podrá reclamar una disminución de precio cuando no se cumplan con las especificaciones requeridas a través de la acción estimatoria o quanti minoris, lo cual no es posible en una locación de obra, salvo que se pacte expresamente(213).

Ahora bien, cabría abocarse al caso de los incumplimientos del vendedor y sus consecuencias dentro de un proyecto B.O.T. a la luz de la Convención de Viena y del derecho argentino.

El incumplimiento que dará lugar a los derechos y acciones previstos en la Sección III de la Convención, debe revestir el carácter de esencial(214). Esto es, que prive sustancialmente al comprador de lo que tenía derecho a exigir de acuerdo a lo establecido en el contrato(215). Por ello, es claro que en caso de un proyecto B.O.T. el vendedor debe tener en cuenta que tanto el atraso en su entrega como la falta de cumplimiento de las especificaciones establecidas para la mercadería o el liso y llano incumplimiento traerá aparejadas serias consecuencias para el comprador, por lo que su deber de obrar con cuidado y prevención deberá ser mayor que en una compraventa internacional habitual(216). Por ello, dentro de un proyecto B.O.T., dicho incumplimiento será esencial y habilitará a la resolución del contrato, lo cual será visto más abajo. Si el incumplimiento no reviste las características exigidas por el artículo 25 de la Convención, el comprador podrá resarcirse mediante alguno de los recursos que se enuncian a continuación: (i) ejercitar las acciones conferidas con relación a la obligación de entrega de la mercadería, esto es: (a) exigir el cumplimiento de la obligación; (b) exigir la entrega de otras mercaderías; (c) reparación de las mercaderías(217) ; (ii) solicitar una indemnización pecuniaria(218).

Las acciones relativas a la mercadería son las establecidas en el artículo 46 de la Convención. En virtud de este artículo, el comprador puede exigir el cumplimiento específico de la prestación, conforme la tradición romanística que recogen los derechos continentales, como el nuestro(219). Con relación a la posibilidad de exigir el cumplimiento específico debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 28 de la Convención, según el cual, el juez no podrá ordenar este tipo de sanción cuando en el derecho del condenado, ello no sea posible, lo cual resultará de aplicación cuando la operación tenga algún contacto con un vendedor en cuyo país el derecho tenga su origen en el common law(220). Los otros recursos a disposición del comprador a este respecto son exigir que la mercadería sea sustituida o bien, en su caso, que sea reparada.

Dentro del derecho argentino estas tres posibilidades existen de acuerdo a lo previsto en los artículos 1412 a 1423, 505 inciso 2, 2173 del Cód. Civ. y los artículos 216 y 467 del Cód. Com., existiendo dudas con relación al artículo 2173 mencionado, en cuanto a si su extensión respecto de la obligación de saneamiento de los vicios ocultos es idéntica a las previstas en el artículo 46 inciso 3 de la Convención(221).

La segunda de las posibilidades mencionadas implica el resarcimiento monetario por parte del vendedor. Una primera opción que tiene el comprador es pedir la reducción de precio cuando las mercaderías no fueran conformes al contrato(222) de acuerdo a lo establecido en el artículo 35.1. de la Convención, es decir en calidad, cantidad o tipo(223). En caso que el contrato fuera "llave en mano", el vendedor asegura un comportamiento adecuado de maquinaria que, de no ocurrir, autorizará la reducción de precio. Si este último determina la sanción de la JVC bajo el contrato base o para el constructor bajo el contrato de construcción, el incumplimiento debe considerarse como esencial, quedando expedita la resolución de acuerdo al artículo 49 de la Convención.

En el derecho argentino, la reducción de precio a través de la acción estimatoria, está prevista en el artículo 2174 in fine. Aunque, a diferencia de lo establecido en la Convención esta posibilidad está limitada a los vicios ocultos al momento de la entrega de la cosa.

La segunda de las opciones posibles es requerir lisa y llanamente la indemnización de los daños y perjuicios causados, que no resulta excluyente de la exigencia de

cumplimiento específico que se explicara en párrafos anteriores(224). Conforme el artículo 74 de la Convención de Viena de 1980, el monto de la indemnización incluye la pérdida sufrida y la ganancia que el comprador ha dejado de percibir, lo cual no excederá la pérdida que la parte incumplidora hubiera previsto o pudiera haber previsto a la celebración del contrato.

Esta redacción un tanto inusual para nuestro derecho, resulta de la aplicación de principios existentes en el common law a partir del caso Hadley vs. Baxendale(225). Desde el punto de vista de un proyecto B.O.T., este tipo de limitación en el resarcimiento puede llegar a provocar la ruina del vendedor. Ello, por cuanto sea este un simple proveedor de equipos, uno de los participantes del proyecto o el mismo constructor de la instalación, no puede ignorar las gravosas consecuencias que su incumplimiento trae aparejado a los restantes participantes del proyecto. Por lo cual, de resultar de aplicación la Convención, debe considerarse alguna forma de limitación de la responsabilidad.

En cuanto a la legislación argentina, el resarcimiento y sus consecuencias están regidos por los artículos 508, 511, 519, 520, 901, 904 y concordantes del Cód. Civ.

Finalmente, más allá del límite de responsabilidad establecido por la Convención, esta también obliga al comprador a mitigar los perjuicios sufridos mediante las acciones que sean pertinentes, lo cual puede incluir la provisión de las mercaderías por un tercero a costa del vendedor.

Teniendo en cuenta lo visto puede decirse que:

- (a) La Convención de Viena puede llegar a regir la relación entre el constructor y el proveedor y entre el constructor y la JVC, según el tipo de instalación de que se trata;
- (b) si la provisión implica un contrato “llave en mano” debe pactarse que la entrega ocurra una vez montada la planta y que se encuentre en funcionamiento, debido a que se modifican las reglas y fundamentos del traspaso del riesgo de la cosa, respecto al contrato de construcción;
- (c) también en este último caso, el vendedor tendrá la obligación de obtener un resultado en cuanto a las especificaciones de los equipos provistos;
- (d) el límite de responsabilidad previsto en la Convención resulta inapropiado para un proyecto B.O.T., debiendo preverse límites adecuados a este tipo de operación.

3.5.4. Contrato de Operación y Mantenimiento.

Este contrato tendrá por objeto cumplir con aquella parte de las obligaciones de la JVC relativas a la operación y el mantenimiento de la obra, asumidas en el contrato base. Así, frente a la entidad concedente será un subcontrato. El mismo participa de la naturaleza de la locación de obra, toda vez que el contratista se compromete a obtener un resultado. En el caso de la operación consistirá en hacer funcionar la instalación de acuerdo a las especificaciones del fabricante, cumpliendo con los requerimientos de producción exigidos en el contrato base. De no obtenerse este resultado y tornase la operación insegura o defectuosa, el contratista incumplirá con sus obligaciones.

Con relación al mantenimiento, el carácter de locación de obra es más claro ya que la obra a realizar es material y consiste en ejecutar aquellas tareas cuya necesidad surge del desgaste normal de la instalación por su funcionamiento o utilización.

De esta forma el cumplimiento adecuado de las obligaciones de este contratista particular permite la percepción del flujo de fondos en tiempo y forma acorde con las exigencias del financiamiento. De aquí que cualquier inconveniente atribuible al contratista que genere incumplimientos, deberá ser soportado por éste, tanto sean multas del concedente como falta de pago de las amortizaciones del crédito percibido por la JVC.

3.5.5. Breve noticia sobre los seguros que cubren el riesgo político.

Se mencionó en la primera parte de este trabajo que una de los principales riesgos que debe ser cubierto en un proyecto B.O.T. es el político. A estos fines existen dos organismos que otorgan este tipo de cobertura.

Una de ellas la denominada Multilateral Investment Guarantee Agency, conocida por su sigla MIGA, que como se mencionara más arriba, forma parte del grupo del Banco Mundial.

Esta agencia otorga seguros por los siguientes riesgos: (i) inconvertibilidad de la moneda; (ii) expropiación; (iii) guerra y disturbios civiles (iv) incumplimientos de contrato. La Argentina se incorporó al convenio constitutivo de esta agencia mediante el Decreto 1963/90.

Por otra parte, se encuentra la Overseas Private Investment Corporation (OPIC), que es una agencia del gobierno de los Estados Unidos cuyo fin es otorgar soporte financiero a las inversiones norteamericanas en países en desarrollo. Los riesgos políticos que cubre esta agencia son los mismos que la MIGA, con excepción del incumplimiento de contrato.

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

A lo largo de presente trabajo se ha desarrollado desde el punto de vista de la legislación argentina los principales aspectos de los diversos contratos necesarios para la concreción de un proyecto B.O.T. Se ha visto que el principal factor a ser considerado es el riesgo y quien debe soportarlos de acuerdo a las diversas cláusulas contractuales.

Así los riesgos se distribuyen entre los promotores, las empresas constructoras, las compañías de seguros, las entidades financieras intervinientes, el Estado y los restantes participantes. Además, se ha visto también que la asunción del riesgo siempre tiene que tener un límite. En proyectos de la envergadura de los que llevan a cabo mediante el sistema B.O.T., no se puede ni siquiera pensar en asumir la totalidad de los daños y perjuicios que se derivan de la operación.

El riesgo, su distribución y limitación es la esencia de este sistema. Así se ha visto como cada uno de los acuerdos se encuentra unido a los demás y como los distintos incumplimientos tienen una suerte de efecto dominó que se intenta evitar mediante la distribución de responsabilidades.

Por otra parte también se ha visto que la concatenación de los distintos contratos tiene un único fin que es la protección del flujo de fondos única garantía de toda la operación que tiene su fuente de reservas en las responsabilidades asumidas por los participantes y en las garantías y seguros constituidos.

También se ha considerado la naturaleza esencialmente estatal del contrato base que en la Argentina tiene una especial importancia, atento a lo que dispone la normativa administrativa que lo rige.

Nadie puede asegurar si este tipo de operatoria tiene éxito o no. Ha habido fracasos estridentes como el caso del Eurotúnel y del Grupo Tribasa, pero también varios éxitos como el caso colombiano relacionado con la expansión del sistema de transporte de hidrocarburos fundado especialmente en contratos de transporte o el peruano también vinculado con el transporte de hidrocarburos.

De todo lo expuesto, puede concluirse que: (i) en todo sistema B.O.T. debe protegerse adecuadamente el flujo de fondos a fin que este sirva para el pago de la obra y su financiación; (ii) es necesaria el aislamiento de los activos del proyecto a estos fines; (iii) debe existir una adecuada distribución del riesgo y limitaciones de responsabilidad compatibles con los riesgos asumidos; (iv) debe efectuarse un profundo análisis del mercado para lograr que el proyecto se autosustente mediante los fondos que se perciban por la explotación de la obra; (v) debe evaluarse adecuadamente el costo de la obra, para evitar el riesgo de sobre costos en la ejecución; (vi) deben constituirse salvaguardas para poder paliar las eventualidades que surjan a lo largo del proyecto e impidan el comienzo en tiempo oportuno del pago de la financiación de la obra mediante su explotación; (vii) es necesario utilizar distintas fuentes de financiamiento para lograr la mejor combinación posible, entre desembolsos, costos y cancelaciones.

Notas:

(1) Esto significa “construir, operar y transferir”

(2) RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo: Privatización de la Empresa Pública y Post-Privatización, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.45 y sstes. CASSAGNE, Juan Carlos: Derecho Administrativo, 5ta. Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p.62 y sstes.

(3) FINNERTY, John D: Project Financing, Asset-Based Financial Engineering, John Wiley's and Sons, New York 1992, p. 4. El autor cita el ejemplo como un antecedente del sistema de financiamiento denominado “Project Financing” que será visto más adelante en estas líneas. Como antecedente de B.O.T. también es útil ya que muestra como la realización de un proyecto que se paga mediante su operación y que finalmente es transferido al Estado.

(4) AUGENBLICK, Marc y SCOTT, Custer Jr. B.: The Build, Operate and Transfer (B.O.T.) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries, Working Papers, Banco Mundial, New York, 1990, p.2, Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects, Organización para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Viena, 1996, p.5 y sstes. En adelante, este trabajo se citará como BOT Guidelines.

(5) P.ej. la ley nro. 9254 de la Provincia de Buenos Aires, la ley nro. 9645 de la misma provincia, la ley nro. 1444 de la Provincia de Río Negro o la ley nro. 3234 de la Provincia de Chubut.

- (6) LACAT, Overview of BOT Projects Proposed in Turkey, p.1, trabajo agregado como anexo al informe de Augenblick y Scott arriba citado.
- (7) Así las variantes serían “BOO” (Build, Own and Operate) que implica construir, ser propietario y operar, “BOOT” (Build, Own, Operate and Transfer), que describe la misma idea pero con transferencia a favor del Estado al final del contrato, BOMT (Build, Operate, Mantain and Transfer), no hay propiedad de la instalación concedida al concesionario pero si existe la obligación de mantenimiento de la instalación, BOST (Build, Operate, Subsidize and Transfer), en este caso hay un subsidio a favor de la empresa que lleva a cabo el proyecto, BLT (Build, Lease and Transfer), aquí hay un contrato de leasing de las instalaciones, etc.
- (8) Ver LACAT, ob.cit. passim. Cabe destacar que la experiencia con el gobierno turco ha dejado una huella de desaliento en los autores consultados cuyos trabajos fueron escritos previamente o a comienzos de la década del '90 que destacan las serias dificultades que surgen para cerrar un financiamiento como el analizado en este trabajo.
- (9) Estación Eléctrica Shajiao en China, Estación Eléctrica Navotas I y Metro Manila, en Filipinas, Tate's Cairn Tunnel, en Hong Kong, Túnel del Puerto de Sydney en Australia y el famoso Eurotúnel entre Francia e Inglaterra. Cabe en América del Sur el prácticamente desconocido pero exitoso plan elaborado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia para instalar la infraestructura necesaria para proveer gas natural más pobladas de este país, como así también más recientemente, el Proyecto Camisea en Perú.
- (10) AUGENBLICK y SCOTT, ob.cit., p.1, BOT Guidelines, p.33. Aquí se menciona que la inexistente o pobre infraestructura es la principal causa de un lento crecimiento industrial.
- (11) HALEY: Geoff: Negotiation and Contracting of BOT projects, trabajo preparado para el 1º Encuentro de Expertos en las Lineas Generales de la ONUDI para el desarrollo, negociación y contratación de proyectos BOT, Viena, diciembre de 1992, p. 3. AUGENBLICK y SCOTT: ob.cit. p. 1. Téngase en cuenta que en la época en que estos proyectos surgieron se produjo la denominada crisis de la deuda de los países en desarrollos.
- (12) HALEY: ob.cit. p. 3, AUGENBLICK y SCOTT, ob.cit. p. 1. Un informe de la SIGEP (Sindicatura General de Empresas Públicas) en la Argentina indica que la gestión de las empresas públicas había arrojado una pérdida de 12307 millones de dólares entre 1965 y 1987. Ver O'FARREL, Uriel Federico: Privatization in Argentina: Legal Overview and Update, challenges and opportunities en Private Investment Abroad, The Southwestern Legal Foundation, 1993, p.1 citado por RODRÍGUEZ CHIRILLO, ob.cit. p. 81
- (13) HALEY: ob.cit. p. 4.
- (14) AUGENBLICK y SCOTT: ob .cit. p. 1.
- (15) HALEY: ob.cit. p. 4.
- (16) BOT Guidelines: ob.cit. p. 12
- (17) Puede decirse en un sentido amplio que este nace cuando una de las personas intervinientes en la operación puede modificar el ordenamiento jurídico o contar con ciertas inmunidades o también prerrogativas.
- (18) Esta peculiaridad determine que se denomine a este tipo de financiación como off balance sheet finance o financiación fuera de balance. El hecho que la deuda se encuentre en cabeza de una compañía controlada que llevará a cabo el proyecto hace que esta deuda no se encuentre registrada dentro del balance de la compañía madre o del promotor sino más bien en sus anexos y notas. De esta forma, no se afectan los índices financieros de las empresas promotoras, permitiendo tener mayor capacidad de endeudamiento para otros proyectos o bien para la financiación del capital de trabajo de la compañía. Ver en este sentido, NEVITT, Peter y FABOZZI, Frank J.: Project Financing, 7ta. Ed. Euromoney, Londres, 1989,

p. 4. Como bien indica FINNERTY, ob.cit. p. 31, si bien la deuda no aparece inmediatamente en el balance no por ello, el riesgo deja de existir y por lo tanto teniendo en cuenta las reglas de contabilidad vigentes en los Estados Unidos los beneficios de esta supuesta ventaja son más bien ilusorios. Además, en la Argentina si nos atenemos a la letra del artículo 54 de la ley de sociedades N° 19.550 (LS), cualquier limitación de responsabilidad que se efectúen en detrimento de los acreedores no hará más que hacer nacer responsabilidad en los promotores.

(19) En BOT Guidelines: ob.cit. p. 11 se aconseja que conforme parte del consorcio alguna empresa local, lo cual puede otorgar contactos a la compañía ejecutora en el país en donde se desarrolla el proyecto.

(20) Las cuestiones relativas a la forma de ejecución de la obra y al precio serán tratadas más abajo.

(21) NEVITT: ob.cit. p. 3. De hecho este autor indica que la clave para arribar a un esquema de P.F. adecuado es estructurar el proyecto de forma tal que el recurso con el promotor sea el mínimo posible en tanto y en cuanto esta garantía sea aceptable por los colocadores de fondos.

(22) JACABSON, Martín y CARROLL: Charles, Project Finance Overview, en Latin Finance, Supl. Abr. 1995, p. 9.

(23) Project Finance, documento preparado por el estudio de abogados Clifford Chance, 1991, citado por PAOLANTONIO, Martín Estaban: Operaciones Financieras Internacionales, Rubinzal - Culzoni, Rosario, 1997, p. 262. También citado este estudio por ARAMBURU, Pedro Eugenio: Conceptos Básicos sobre "project finance", LL 1999 - B, p. 1041.

(24) ROWE, Michael: Trade and Project Finance in Emerging Markets, Euromoney, Londres, 1995, p.111

(25) Presentación efectuada por la firma de abogados Morrison & Foerster denominada Project Finance Special Risks and Security Arrangements en el seminario "Project Finance and Securitization", organizado por ADEBA, Buenos Aires, marzo de 1994, citado por PAOLANTONIO: ob.cit. p. 263.

(26) GERSCOVICH, Carlos y TAVARONE, Marcelo: Financiación de Proyectos, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1. Siguiendo a WOOD, Philip: Project finance, subordinated debt and state loans, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p. 3

(27) PAOLANTONIO, ob.cit. ps. 263/264.

(28) GERSCOVICH y TAVARONE, ob.cit, sostienen que usualmente el P.F. involucrará una concesión del Estado. En este trabajo se considera que el término es más.

En contra ver, KLEIN, Michael: Risk, taxpayers and the role of government in Project Finance, Policy Research Paper, Banco Mundial, Washington, 1996.

(30) Una de las principales razones que motivaron el fracaso del proyecto B.O.T. de autopistas mejicanas conocida como proyecto TRIBASA, radicó en que los automovilistas no consideran esencialmente necesario para su vida diaria la utilización de las mismas. Lo cual sumado al alto precio del peaje ha hecho fracasar el proyecto actualmente en manos el estado mejicano. Ver el diario Ambito Financiero en su edición del 8 de agosto 1997, suplemento de comercio exterior, p. VII. Ver también el desastre financiero generado por el Eurotúnel, el cual fracasó en todos sus aspectos (conclusión de la construcción del proyecto, riesgos, costos, comerciales, etc.). Uno de los aspectos en los cuales falló fue que no pudo competir con los ferrys del Canal de la Mancha que permiten el pasaje de vehículos, pasajeros y mercaderías entre ambas costas. Ver, NEVITT y FABOZZI, ob.cit. p. 7.

(31) FINNERTY, ob.cit. p. 188 y BOT Guidelines, ob.cit. p. 36.

(32) NEVITT y FABOZZI, ob.cit. p.14. En el caso mejicano se cometió un error en el segmento de mercado al cual apuntaba la concesión. HALEY: ob.cit. p.9. Este autor indica que lo primero que debe hacerse en un proyecto de recurso limitado o

sin recurso es identificar al comprador del producto o servicio cuya solvencia es la que en realidad sostiene toda la estructura. Como se mencionara en el punto 1 el proyecto a realizar mediante este tipo de proyecto no puede estar sustentado en la mera voluntad del gobernante, sino que debe tener un fuerte soporte económico porque es éste lo que permite efectuar este tipo de operación.

(33) NEVITT y FABOZZI: ob.cit. p. 26. Este autor menciona la necesidad de que los prestamistas (a los que puede agregarse la totalidad de los participantes) se aseguren que exista una adecuada tasa de retorno sobre el capital y la inversión involucradas.

(34) En el caso del Eurotúnel, una baja en los precios de los ferries y las tarifas aéreas en el tramo Londres - París, produjo una sensible merma en el flujo de fondos esperado, lo cual, sumado a los tremendos sobrecostos surgidos durante la construcción ha llevado a que el proyecto desde el punto de vista financiero haya sido un completo fracaso. Ver FINNERTY: ob.cit. p. 312 y sstes.

(35) FINNERTY: ob.cit. p.37.

(36) Nuevamente, el caso Tribasa. El error en el precio que los automovilistas deben pagar determina el fracaso de la operación.

(37) FINNERTY: ob.cit. p.37, NEVITT y FABOZZI: ob.cit. p.18, HUDSON, Sarah: Commercial Banking Experience of BOT Projects, Trabajo preparado para la primera reunión de expertos en las UNIDO Guidelines for the Development, Negotiation and Contracting of BOT Projects, Viena, 1992, BOT Guidelines, ob.cit p.79

(38) Las Normas para Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF y del Banco Mundial en su edición de 1995, indican que en el caso del sistema B.O.T. es conveniente efectuar licitaciones públicas o privadas.

(39) DROMI, Roberto: La Licitación Pública, 2da. Ed. Actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 76 y sstes y 114 a 134.

(40) Para un desarrollo de esta forma de privatización, ver Rodríguez Chirillo, ob.cit. p.243 a 268. Puede implementarse un sistema B.O.T. a través de esta modalidad, si para prestar el servicio público es necesario construir o mejorar substancialmente las entregadas por el Estado siempre que dichas instalaciones sean propiedad de una empresa estatal.

(41) Para ampliar el tema ver MERTHIKIAN, Eduardo: La Iniciativa Privada en la Concesión de Obra y de Servicios Públicos, Abaco, Buenos Aires, 1992.

(42) Recientemente, se ha hablado mucho de un proyecto de este tenor implementado mediante iniciativa privada para la construcción de un extenso gasoducto en el Noreste y la Mesopotamia argentina, como así también del proyecto de rehabilitación de infraestructura ferroviaria para el cruce de la cordillera de los Andes.

(43) Existe una gran confusión en cuanto a lo que el término "llave en mano" significa. Más adelante se efectuarán las precisiones del caso.

(44) En el derecho anglosajón, la concepción de contrato administrativo no se encuentran tan desarrollada como en el continental. Sin embargo, la concepción imperante es que todo contrato firmado por la administración debería ser administrativo. Ver KEYES: W. Noel: Government Contracts in a Nutshell, 2da. Ed. St. Paul, West Publishing, 1990, p.1 y sstes; WHELAN, John: Federal Government Contracts, Cases and Materials, The Foundation Press Inc. New York,1995, p. 1 y sstes. Autores citados por GORDILLO, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, 3ra. Ed., Ediciones Macchi, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1995 p.XI-12.

(45) Estos criterios son fundamentalmente tres: la presencia del Estado como una de las partes contratantes, la finalidad tendiente a satisfacer una necesidad pública y del denominado régimen exorbitante del derecho privado.

(46) Ver MARIENHOFF, ob.cit. Tomo III-A, p.20 y sstes, BERCAITZ, Miguel Angel: Teoría general de los contratos administrativos", 2da. Ed. Depalma, Buenos Aires,

1980, p.184, MURATORIO. Jorge: Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta, LL-1995-D, p.1205. En contra, GORDILLO, Agustín, Los contratos administrativos, en la obra colectiva, Contratos administrativos, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977; BARRA, Rodolfo: Contrato de obra pública, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 1, p.37. Para estos autores utilizan la denominación contratos de la administración para indicar que existe un régimen jurídico único, que comprende ambas categorías. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CJSN), no se ha pronunciado expresamente sobre el punto aunque pareciera inclinarse por la primera de las posturas, a lo cual se puede llegar interpretando a contrario los fallos que seguidamente se citan en el texto, COVIELLO, Pedro José: La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 130 años de la Procuración General del Tesoro, 1863 - 1993, Buenos Aires, 1994.

(47) MAIRAL, Héctor: La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 3, *passim*.

(48) COVIELLO: *ob.cit.* p.118.

(49) CASSAGNE, Juan Carlos, La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas, en Revista de Derecho Administrativo, Nro. 15/16, Buenos Aires, p.147.

(50) Ver en este sentido “Dulcamara S.A. c/ENTel”, Fallos 313:376, “Y.P.F. c/Prov. de Corrientes s/Cobro de australes” LL 1992-C-214 y “Cinplast I.A.P.S.A. c/ENTel s/ordinario”, Causa C 111 XXII, Sentencia del 2 de marzo de 1993.

(51) Así serían personas públicas las entidades autárquicas del artículo 33 del Cód.Civ. y las empresas del Estado de la ley 13.653. Las sociedades de economía mixta previstas en la ley 15.349, lo serán según la finalidad de su constitución. No lo serían las sociedades del Estado de la ley 20.705, ni las sociedades con participación estatal mayoritaria por su finalidad comercial. Cfr. CASSAGNE: Derecho ... Tomo 1, ps. 422 y 428. Este autor también niega la calidad de personas jurídicas públicas a las sociedades de economía mixta.

(52) Caso Y.P.F. arriba citado.

(53) COVIELLO, *ob.cit.* p. 106.

(54) VEDEL, George: Droit Administratif, 6ta. Ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1975, p.223, WALINE, Marcel : Precis de Droit Administratif, Tomo 1, Editorial Montcrestain, Paris, 1969, p. 394, citados por COVIELLO : *ob.cit.* p. 106.

(55) El *ius variandi* es la facultad del Estado de modificar unilateralmente el contenido y extensión de las prestaciones a cargo del contratista.

(56) Si bien se menciona esta característica como una de aquéllas que forma parte del régimen exorbitante debe tenerse en cuenta que el mismo juega a favor del contratista del Estado, a quien no puede modificársele el conjunto de derechos y obligaciones de su contrato sin la contraprestación correspondiente a cargo del Estado.

(57) COVIELLO: *ob.cit.* p. 107.

(58) MARIENHOFF: *ob.cit.* Tomo III-A, p. 80. En contra, Cassagne, quien indica que no existen tales prerrogativas porque lo que existe son facultades de la Administración pública que se derivan del ordenamiento jurídico general y conforman el “régimen exorbitante” de la Administración pública cuyas facultades serían: (i) la posibilidad de crear unilateralmente deberes y vínculos obligacionales; (ii) la presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos; (iii) el principio de ejecutoriedad de dichos actos; (iv) las prerrogativas vinculadas a la ejecución del contrato y (v) las prerrogativas procesales. Ver de este autor, Derecho ...*ob.cit.* Tomo II, p. 21.

(59) Implica la posibilidad de disponer la realización del acto sin intervención judicial apelante incluso a la coacción dentro de los límites dispuestos por el

- ordenamiento jurídico. Ver CASSAGNE: Derecho ... ob.cit. Tomo II, p. 21.
- (60) Como se mencionaba más arriba en esto consiste el *ius variandi*.
- (61) MARIENHOFF, ob.cit. Tomo III-A, p.81.
- (62) Ver nota 50.
- (63) COVIELLO: ob.cit. p.115.
- (64) Mairal, hace una crítica de la existencia de esta diferencia en el derecho administrativo argentino actual en el artículo arriba citado en nota 47. Si bien compartimos esta postura, consideramos necesario explicar la diferencia entre un contrato privado y uno público ya que existe la posibilidad -al menos teórica- de realizar un contrato de naturaleza privada por la Administración o sus entes.
- (65) La ley 17.520 fue modificada parcialmente por la ley 23.696, (LRE) a través de lo dispuesto por sus artículos 57 y 58.
- (66) DIEZ, Manuel Derecho administrativo, Tomo III, p. 126. Por su parte, MARIENHOFF la define como “un contrato entre el Estado y un tercero (administrado, generalmente) donde éste se obliga a realizar una obra (trabajo público), cuyo pago no le será efectuado directamente por el Estado sino por ciertos administrados”, MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-B, p. 528.
- (67) CINCUNEGUI, Juan Bautista: El peaje, C.A.I.E.S., Buenos Aires, 1968, citado por BARRA: ob.cit. p. 348, nota 11.
- (68) BIANCHI, Alberto: La tarifa en los servicios públicos, en Contratos Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 503 y 504.
- (69) BARRA: ob.cit. p. 370, GIULIANI FONROUGE, C. Acerca de la denominada parafiscalidad, LL, 126-910. También ver los fallos citados por BARRA en nota 23, en la misma página.
- (70) La autorización para cobrar tarifa o peaje se encuentra incluida en el artículo 1 de la LCOP, que legisla la ejecución de obras públicas por concesión.
- (71) BARRA: ob.cit. Tomo I, p.289.
- (72) Estos principios son: (i) de continuidad; (ii) de regularidad; (iii) de igualdad; (iv) obligatoriedad. Cfr. Cassagne, “Derecho ...” op. cit. Tomo II, p. 431 y sstes.
- (73) Ver p.ej. los licenciatarios de distribución de gas natural que en virtud de lo dispuesto en la ley 24.076 son propietarios de las redes.
- (74) Igualmente este carácter se encuentra sensiblemente disminuido en la actual concepción de la concesión de servicio público por la aplicación de las teorías de la imprevisión y del hecho de príncipe. Ver RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo: ob.cit. p. 490 y 491. También ver MARIAL, Héctor: Ideología del servicio público, en Revista de Derecho Administrativo, Septiembre-Diciembre 1994, Año 5, Nro. 14.
- (75) FANELLI EVANS, Guillermo, La Concesión de obra pública, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989, p. 23 y 24.
- (76) Barra, ob.cit. Tomo I, p. 332.
- (77) BARRA: ob.cit. Tomo I, p. 338.
- (78) BEZZI, El Contrato de obra pública, 2da. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 383. DIEZ, Manuel y GONZÁLEZ DE RECA, Florencia, Manual de derecho administrativo, Plus Ultra, Tomo III, Buenos Aires, 1976, p. 126.
- (79) En contra, MABROMATA, Enrique: Concesiones viales - Reflexiones críticas sobre el Decreto 489/95” en R.A.P. N°. 207, diciembre 1995, p. 1. Este autor, al contrario que Barra, parte de la base que el contrato de concesión de obra pública es un contrato a riesgo y ventura del concesionario y que por tanto no existe garantía alguna por parte del Estado.
- (80) MERTEHIKIAN: ob.cit. p. 127.
- (81) RODRÍGUEZ CHIRILLO: ob.cit. p. 492.
- (82) GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, Contratación pública y desarrollo de infraestructuras, (Nuevas Formas de Gestión y Financiación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 43 y sstes.
- (83) En el derecho administrativo argentino surgido a partir de la creación de los

marcos regulatorios del gas y de la energía eléctrica debe incluirse dentro de esta categoría a la denominada licencia, ver CASSAGNE, Juan Carlos: El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 130.

(84) MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-B, p. 577.

(85) Como ejemplo de lo expuesto puede verse el capítulo V de la ley 24.065, régimen regulatorio de la energía eléctrica (LE) que regula como deben efectuarse las construcciones y del artículo 40 del mismo cuerpo legal en donde se menciona que dentro de la tarifa deben incluirse las amortizaciones de las instalaciones. Asimismo, ver en la reglamentación a este artículo como se traslada al usuario dicha amortización. Cfr. Decreto 1398/92. En el modelo de licencia de transporte de gas creado por el decreto 2255/92 se menciona el régimen de inversiones obligatorias a realizar por el concesionario.

(86) Dromi, José Roberto: Manual de derecho administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1987, Tomo 2, ps.7 y 8.

(87) MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-B, p.583, 584.

(88) Ver artículo 5.4. y 5.5. del Modelo de Licencia de Transporte de Gas, Anexo A, del decreto 2255/92.

(89) MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-B, p. 624 y sstes. La aplicación de esta excepción por parte del concesionario no puede afectar la prestación del servicio. Hoy el régimen previsto por el Decreto 1023/01 establece que el contratista del Estado podrá ejercer la excepción de cumplimiento cuando los incumplimientos del estado “tornen imposible la ejecución del contrato”. Según MAIRAL, en La teoría ... ob.cit. p. 12 esta redacción ha tornado imposible su aplicación.

(90) El texto del contrato puede verse en DROMI, José: Reforma del estado y privatizaciones, Astrea, 1991, Tomo III, Buenos Aires, p. 85 y sstes.

(91) El lector interesado en estos temas puede ver una aproximación al tema en CASSAGNE, Derecho ..., ob.cit. p. 514 y sstes y ahondar en la bibliografía allí citada.

(92) BIANCHI: ob.cit. p.509.

(93) BIANCHI, ob.cit., loc.cit.

(94) MARIENHOFF, ob.cit. Tomo III-A, p. 355. LLAMBÍAS, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, 4ta. Ed. Actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio, Abeledo Perrot, 1983, Tomo I, Buenos Aires p. 251 y sstes. Cfr artículo 513 y 514 del Cód.Civ. Ver artículo 39 y 53 inc. d) Ley 13.064, Ley de Obras Públicas (LOP).

(95) MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-A, p. 490 y sstes.

(96) BERCAITZ, ob.cit. p. 391.

(97) PÉREZ HUALDE, Alejandro: Renegociación de contratos públicos, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 47.

(98) MARIENHOFF, ob.cit. Tomo III-A, p.424.

(99) Si bien se puede rastrear el origen de este instituto hasta la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, ver LLAMBÍAS: ob.cit. Tomo 1, p. 259 y sstes., fue en el ámbito administrativo donde primero se la aplicó. En este sentido los autores mencionan al caso promovido por el Ministerio de Obras Públicas francés contra la Compañía Francesa del Tranvías en 1910 y resuelto por el Consejo de Estado de Francia.

(100) FANELLI EVANS, Guillermo: La ecuación económico financiera del contrato en las concesiones de obra y de servicios públicos, LL 1996-E, p. 1043 y sstes.

MARIENHOFF: ob.cit. Tomo III-A, p. 470.

(101) Estos requisitos son: (i) que el hecho imprevisible sea actual; (ii) que aquél sea sobreviniente; (iii) inevitable; (iv) ajeno al contratista; (v) no corresponder a un rubro excluido expresamente en los pliegos. Cfr. BARRA: ob.cit. Tomo III, p. 1155 y 1156.

(102) MERTEHIKIAN, Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos, en Contratos Administrativos, ob.cit. p.277

(103) BERCAITZ, ob.cit. p.413. Recientemente, la CSJN ha reconocido este derecho al contratista en caso de rescisión del contrato por voluntad unilateral del Estado en “Sanchez Granel, Eduardo c/Dirección Nacional de Vialidad” Fallos 306:1409. Esta cuestión ha sido muy discutida en entre los tratadistas ver por caso HUTCHINSON, Tomás, La responsabilidad del Estado por revocación del contrato administrativo por razones de interés público y FONROUGE, M, La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público, en Contratos Administrativos, ob.cit. ps. 535 y 554. También ver COMADIRA, Julio: Derecho administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 439 y stes.

(104) BOT Guidelines, p.186. Aquí se sostiene que actualmente los promotores de proyectos de infraestructura están dejando de lado este tipo de financiación por cuanto los mismos resultan más apropiados para financiar proyectos menos riesgosos y por plazos menores.

(105) BOT Guidelines, p. 186.

(106) Siguiendo BOT, Guidelines, p. 187.

(107) FINNERTY: ob.cit. p.171. La S.E.C. es una agencia federal de los Estados Unidos creada por la Securities Exchange Act de 1934, que tiene a su cargo de un modo similar a la Comisión Nacional de Valores (CNV) el ejercicio del poder de policía en lo que a la oferta pública de valores se refiere. En virtud de las facultades atribuidas por la ley mencionada, dicta Rules, término que en este trabajo ha sido traducido como Reglas y Regulations, que ha sido traducido aquí como Regulaciones. Tanto uno como otro tipo de normas son equivalentes a las resoluciones de la CNV. Ver SODERQUIST, Larry: Securities regulations, 2 ed., The Foundation Press, New York, 1988, p. 12-14.

(108) BENOIT, Philippe, Project finance at the World Bank, , World Bank Technical Paper Nro.312, Washington 1995, p. 19. La República Argentina adhirió al Fondo Monetario Internacional y con ello al Banco Mundial mediante la ley Nro. 15.970.

(109) Para una aproximación al tema ver DE GIOVAN, Ileana, Derecho internacional económico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992 y la bibliografía allí citada.

(110) En los artículos relevantes de su estatuto se establece que entre los propósitos del BIRF se encuentra la asistencia para el desarrollo de los países miembros mediante inversiones de capital, ver BIRF, Estatuto, Artículo 1.

(111) Así el Estatuto del BIRF dispone que: The bank may guarantee, participate in, or make loans to any member or any political subdivision thereof and any business, industrial, agricultural enterprise in the territories of the member, artículo III, Benoit, ob.cit. cita número 40, p.22.

(112) Ibidem.

(113) BENOIT, ob.cit. ps. 24-26.

(114) BENOIT, ob.cit. ps. 32-34. Este autor ejemplifica en este aspecto con los países subsaharianos.

(115) “El propósito de la Corporación será la promoción del desarrollo económico mediante el estímulo de empresas privadas productivas en los países miembros, en las áreas menos desarrolladas ... Para la prosecución de este objeto la Corporación: I) ayudará asociada a inversionistas privados, al financiamiento de la organización, mejoramiento y expansión de empresas privadas productivas que contribuyan al desarrollo de los países miembros mediante inversiones sin la garantía de pago del gobierno miembro en cuestión, en los casos que el capital privado necesario suficiente no se encuentre disponible en condiciones razonables”. Artículo 1, Estatuto de la CFI.

(116) BENOIT, ob.cit. p. 70.

(117) International Finance Corporation, Annual Report, 1994, p.5.

(118) Ver artículos III, Sección 3 (iv) y IV Sección 4 de los Estatutos de la Corporación Financiera Internacional.

(119) BENOIT, ob.cit. p. 71. En nuestro país esta enumeración incluye las obligaciones negociables convertibles previstas en el artículo 5 de la Ley de Obligaciones Negociables Nro. 23.576 (L.O.N.). En cuanto a la naturaleza de las acciones preferidas, entendidas éstas como un derecho de participación o bien directamente como una deuda de la sociedad, ver ALEGRÍA, Héctor, El titular de acciones preferidas sin derecho a voto y rescatables, es accionista?, LL 1981-D, p. 822, RICHARD, Efraín - BISIO DE VIANO, María I. Precisiones acerca de las acciones preferidas, en II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, Comisión III, sin datos, p. 391-394, VERÓN, Alberto Víctor: Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y modificatorias, Comentada, Anotada y Concordada, Astrea, Buenos Aires 1993, Tomo III, p. 436 y 437.

(120) KAYALOFF, Isabelle: Import and export project finance, Euromoney, Londres, 1988, p.3.

(121) FINNERTY, ob.cit. p. 185.

(122) DE GIOVAN: ob.cit. p. 215-216.

(123) BOT Guidelines, Corroborando esta afirmación debe considerarse que la CFI ha financiado a través de sus B loans que como se dijera son préstamos sindicados la nada despreciable suma de 2.6 miles de millones de dólares en proyectos de infraestructura en 1995, Ver Benoit, ob.cit. p. 70.

(124) PAOLANTONIO: ob.cit. p. 208 y sstes.

(125) WOOD, Philip: International loans, bonds and securities regulations, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p.90. "A syndicated credit (this term rather than loan is used because the syndicated banking market offers products other than loans) is one in which two or more banks (the syndicate of lenders) contract with a borrower to provide ... credit on common terms and conditions govern by a common document" RHODES, Tony, Syndicate lending, practice and documentation, 3er, Ed. Euromoney, Londres, 2000, p. 13. Ver también, FERNÁNDEZ, Raimundo y GÓMEZ LEO, Osvaldo: Tratado teórico práctico de derecho comercial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, Tomo IV, p. 411.

(126) Artículo 674 del Cód.Civ. donde se establece que "... la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiere convenido ..."

(127) Artículo 691 del Cód.Civ.

(128) LLAMBÍAS: ob.cit. Tomo II-A, p. 208.

(129) PAOLANTONIO: ob.cit. p. 208.

(130) "Bajo el nombre de corredor ... se comprende a la persona que se interpone profesionalmente entre la oferta y la demanda para facilitar o promover la celebración de contratos". FONTANARROSA, Rodolfo, Derecho Comercial Argentino, Parte General, 6 Ed., Zavallía, 1986, p 514. En términos similares, calificándolo como "agente de comercio sin representación" se pronuncian FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: ob.cit. p.421, refiriéndose a la relación entre solicitante del crédito y banco arrenger. Negando la naturaleza de mandatario del banco arrenger, ver fallo "Republic Nacional Bank of New York France v.CIC", Corte de París, Tercera Cámara, Sección B, citado por FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: ob.cit. p.425. En contra, GERSCOVICH y TAVARONE, ob.cit. p.41. y FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: ob.cit. p.425 con respecto a la relación del banco arrenger y el sindicato bancario.

(131) WOOD, P. "International ..." ob.cit. p. 98 y 99, Ver también, RHODES, ob.cit. p. 13 y p. 140.

(132) THALER, Syndicats financiers d'émission, A.D.Com, 1911, p. 15 y sstes. También, ANAYA, Jaime, L. Sociedades Accidentales o en Participación, Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1970, p. 14, menciona que se ha explicado el sindicato de colocación a través de ese instituto. Sin embargo, pone en duda dicha explicación por cuanto no hay participación en las ganancias, citando a ASCARELLI, Tullio, Studi in Tema di Societtá, Milán, 1952, A. Giuffré, p. 403, nota 5. También ver en

este sentido, FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: ob.cit. p 416-418. Según estos autores constituye un contrato de colaboración o de cooperación atípico, plurilateral y funcional.

(133) FERRONIERE, Jacques: Las Operaciones Bancarias, La Ley, Buenos Aires 1975, p. 300.

(134) CACIO, Claudio: El Contrato de Underwriting”, en “Universidad Austral, Anuario I”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 91 y sstes y p. 153.

(135) FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO: ob.cit. p.430.

(136) PAOLANTONIO: ob.cit. p. 206. Siguiendo a AMESTI MENDIZÁBAL, El Préstamo Sindicado y el Crédito Subasta, en GARCÍA VILLAVERDE, Rafael (dir), Contratos Bancarios, Civitas, Madrid, 1992, p. 230. Ver también, RHODES: ob. cit. p.16.

(137) “El préstamo es el contrato real que se realiza con la remesa de fondos al beneficiario que se compromete en contrapartida a pagar el interés convenido y a reembolsarlo en las condiciones previstas en el contrato”, Ferroniere, ob.cit. p.296

(138) “Es aquél contrato por el cual el banco se obliga, dentro de un límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero”, GARRIGUES: ob.cit. p. 188.

(139) WOOD: International ... ob.cit. p.15

(140) PAOLANTONIO: ob.cit. p. 206, Rhodes, ob.cit. p. 16

(141) RHODES: ob.cit. p.17.

(142) DE GIOVAN: ob.cit. p. 217.

(143) WOOD, Philip: Comparative financial law, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p. 10.

(144) JACQUEMONT, André : L’emission des emprunts euroobligationaires, Librairies Techniques, Paris, 1986, Citado por DE GIOVAN: ob.cit. p. 225.

(145) MARZORATTI, ob.cit. p. 274 y sstes. PAOLANTONIO, ob.cit. p. 207, RHODES, ob.cit. p. 17.

(146) Ibidem.

(147) MARZORATTI, ob.cit. p. 274 y sstes. PAOLANTONIO, ob.cit. p. 207.

(148) Ver JENNINGS, Richard; MARSH, Harold; COFFEE, John: Federal securities laws, selected statutes, rules and forms, New York, The Foundation Press, 1992. También, MONTES DE OCA, Angel M.: Ciertos aspectos básicos sobre el acceso al mercado de capitales en los Estados Unidos de América y Europa, en Revista de Derecho Bancario y la Actividad Financiera, Enero - Junio de 1993, Buenos Aires, 1993, p. 93.

(149) Ver JENNINGS et alter : ob.cit. p. 8.

(150) Ibidem p. 52.

(151) Ibidem, ver Preliminary Notes, efectuadas por los compiladores p. 51.

(152) Ibidem p.7.

(153) Ibidem p.159.

(154) Ibidem p. 164, Punto (o) (l) de la norma citada.

(155) Este contrato no tiene relación alguna con el contrato de fideicomiso previsto en la ley 24.441.

(156) CACIO, Claudio: ob.cit. p. 142. Para ampliar este tema ver la bibliografía citada por este autor en las notas 16, 17, 18 y 19. Ver también SONDERQUIST: ob.cit. p. 26 y 27.

(157) Ver PAOLANTONIO: ob.cit. p. 181. También KENNY, Mario: Obligaciones Negociables, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 127 y sstes.

(158) Los fondos son generalmente depositados en una cuenta a cargo del banco organizador. Contra dicha cuenta girará la empresa ejecutora cuando necesite fondos para la ejecución del proyecto. Las condiciones para que dichos fondos sean girados se establecen más abajo en la etapa dedicada al contrato de construcción.

(159) Word, comentando jocosamente estas particularidades a las que se hace

referencia, indica que alrededor de estos contratos se han sacramentalizado ciertos ritos como así también una liturgia de que ninguna forma puede ser considerada breve en la que oficia de sumo sacerdote el banco agente. Cfr. WOOD: Comparative, ..."ob.cit. p.9.

(160) A fin de no abusar de la paciencia del lector remitimos para la descripción de las cláusulas habituales a las obras de Wood, Rhodes, Paolantonio, de De Giovan, de Fernández y Gómez Leo y de Gerscovich y Tavarone. Tanto en la obra de Wood, como en la de Rhodes y en la de Gerscovich y Tavarone, se pueden encontrar modelos de instrumentos financieros, los cuales se han seguido en parte para la redacción de las líneas que siguen.

(161) events of default.

Ver MANTILLA, Fernando: El Fideicomiso Financiero, LL 1995-D, p.1112-115. También ver también, CARREGAL, Mario: El fideicomiso de garantía, lícito y necesario LL 2000-E, p.948, KIPER, Claudio; LISOPRAWSKI, Silvio: Tratado de Fideicomiso, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p.201, FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, ob.cit. p. 335 y sstes.

WOOD, "International ...", ob.cit. p.25 y 26 y en p. 62. También ver WOOD, "Comparative ..."p. 179 y sstes.

Acrónimo de General Accepted Accounting Principles, es decir, principios contables generalmente aceptados.

(165) A este respecto debe tenerse en cuenta que esta cláusula no puede tener prevalencia sobre los privilegios legales.

(166) PAOLANTONIO, ob.cit. p. 187 y 188. Ver también, TAVARONE, Marcelo, Contratos financieros: problemas planteados bajo derecho argentino, LL 2001-A, p. 1004.

(167) Ver, "Etchegaray, Ernesto c/Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble", Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, ED 36-761.

(168) Goldschmidt, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6 ed. Buenos Aires, Depalma, 1988, p.180. Artículos 10 y 11 del Cód.Civ.

(169) Ese se refiere a las condiciones tenidas en cuenta para el otorgamiento del crédito o bien sobre la expectativa de repago del mismo de acuerdo a la performance de la compañía. En realidad, es una especie de cláusula rebus sic stantibus particular.

(170) Debe recordarse que el auge del sistema B.O.T. tuvo su origen en la necesidad de conseguir negocios para las empresas constructoras y que, por ende, es dable imaginar que una constructora forma parte de la JVC y que ella será la que llevará adelante la construcción de la obra de infraestructura correspondiente.

(171) PAOLANTONIO, ob.cit. p.250.

(172) Ibidem. Téngase en cuenta que estos proyectos ser efectúan con un alto índice de deuda y relativamente poca capitalización. Por ende, el vencimiento anticipado de la deuda, especialmente si ocurre durante la construcción de la obra, puede transformarse una victoria a lo Pirro para los prestamistas al no tener a quien ejecutar.

(173) "waiver".

(174) Con respecto a los efectos de la subcontratación ver, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. Locación de Obra, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 150-151.

(175) GERSCOVICH, Carlos y TAVARONE, Marcelo, ob.cit., p. 2. También ver, PODETTI, Humberto, Contrato de Construcción, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 261.

(176) La locación de obra es un contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso, profesional liberal, autor, artista) se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra partes denominada locatario de obra (dueño, propietario, comitente,

patrocinado, cliente) se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero. SPOTA, Alberto: Tratado de Locación de Obra, 3 ed. Ampliada y actualizada con la reforma del Código Civil, Ley 17.711. Reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1977, Tomo I, p. 8. En cuanto a definición y caracteres también ver GREGORINI CLUSELLAS: ob.cit. p. 1 y sstes, y PODETTI, Humberto: ob.cit. p. 51 y 52.

(177) Dice SPOTA que esta obligación de resultado es el “alma” del contrato. El resultado puede ser una obra material o inmaterial. Spota: ob.cit. p.23. También ver, p. 48. Asimismo, ver GREGORINI CLUSELLAS, ob.cit. p. 11 y PODETTI: ob.cit. p.53.

(178) Viene de concebir metafóricamente que la instalación cuya ejecución se contrata funcionará “at the turn of the key”, es decir al girar la llave de encendido de la instalación. Cfr. “Conditions for the Contract Design-build and turnkey” Federation International de Ingenieurs Conseils, Lausana, 1995.

(179) Alguno ha dicho que se trata de contratos en los cuales el pago de la obra se realiza al final de la misma, ver, GUIRIDILIAN LAROSA, ob.cit. p.51. También es notoria la confusión en la definición normativa del decreto citado en la nota 116, en esa página.

(180) Cfr. PODETTI: ob.cit. p. 248 y 249. Este autor además establece distinciones entre el concepto “llave en mano”, “rendimiento garantizado” y “producto en mano” que resultan sumamente clarificadoras del concepto a las cuales nos remitimos en honor a la brevedad. También ver, GREGORINI CLUSELLAS: ob.cit. p. 225.

(181) SPOTA: ob.cit. Tomo I, p. 530. PODETTI: ob.cit. p. 251, GREGORINI CLUSELLAS: ob.cit. p. 34.

(182) Así se encuentra previsto en la cláusula pertinente del modelo de contrato “Desing-build Turnkey”, de la FIDIC.

(183) Ver PODETTI: ob.cit. p. 251.

(184) SPOTA: ob.cit. Tomo I, p. 535, PODETTI: ob.cit. p. 254. GREGORINI CLUSELLAS: ob.cit. p. 40

(185) Cfr. PODETTI: ob.cit. 255, GREGORINI CLUSELLAS: ob.cit. p.43

(186) SPOTA: ob.cit. Tomo II p.387.

(187) Este artículo reza: “El que se ha obligado a poner su trabajo o industria no puede reclamar ningún estipendio, si se destruye por caso fortuito antes de ser entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales con que haya advertido esta circunstancia oportunamente al dueño. Si el material no era a propósito para el empleo que le destinaban, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, si la obra resultó mala o se destruyó por esta causa”.

(188) Cfr. Artículos 901 a 906 del Cód.Civ.

(189) Cfr. Artículos 1644 y 1201 del Cód.Civ.

(190) SPOTA, ob.cit. Tomo II, p. 667, BORDA, Guillermo; Tratado de derecho civil, contratos. 5º Edición Actualizada, Perrot, Buenos Aires Tomo II, p. 185, 1983. Ver también el contrato modelo FIDIC, ya mencionado.

(191) En esta descripción se han seguido los pasos establecidos esencialmente en el modelo de contrato FIDIC.

(192) Cabe destacar que la recepción provisoria es recepción al fin porque el comitente tiene la posesión de la obra. En ese sentido ver BORDA: ob.cit. Tomo II, p. 190. SPOTA: ob.cit. Tomo II, p. 668. PODETTI: ob.cit. p.447.

(193) BORDA: ob.cit. Tomo II, p.187, SPOTA: ob.cit. Tomo II, p. 670.

PODETTI: ob.cit. p. 447. Cfr. Artículos 1646 y 1647 bis del Cód.Civ.

(194) BORDA: ibidem, SPOTA: ob.cit. Tomo II, p.671.

(195) En el modelo de contrato FIDIC se señala que el contratista no será responsable de ningún daño luego de transcurridos tres años de la recepción de la

planta. Cabe destacar con relación a los daños que en el derecho argentino ello no es posible en razón de lo establecido en el artículo 1646. En cuanto a la responsabilidad por vicios ocultos que no causen ruina de la obra ello debe pactarse expresamente por cuanto no se desprende del juego de los artículos 1646 y 1647 bis. En contra SPOTA: ob.cit. Tomo II, p. 129.

(196) La jurisprudencia norteamericana ha llegado a decir que “el [concepto de] joint venture es en el mejor de los casos nebuloso, “Backus Plywood Co. Vs. Commercial Decla Inc. (208 F.Supp. 687, 690 [S.D.N.Y.]) Citado por ASTOLFI, Andrea: El Contrato Internacional de Joint Venture, Separata de la R.D.C.O. Nro. 83, Octubre de 1981, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 34 nota 61.

(197) Tanto es así que también se discute el origen de la figura, reptándose que ha nacido en Inglaterra, en Escocia o en Francia. Ver los autores citados en ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo: Contratos de Colaboración Empresaria, 2da. Ed. Actualizada reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 19 y 20, autores y trabajos citados en Capítulo 1, nota 4. Ver también LE PERA, Sergio, Joint Venture y Sociedad, Astrea, Buenos Aires, 1989, *passim*.

(198) De ser especial interés del lector, ampliar estos temas ver las obras citadas en la nota anterior y la bibliografía mencionada, en especial ZALDÍVAR y otros: ob.cit. *passim* y también VERÓN: ob.cit. Tomo I, p. 242 y *sstes* y Tomo 4, p. 847 y *sstes*.

(199) Estos artículos establecen graves responsabilidades para los socios de este tipo de sociedades. Así tanto en las sociedades irregulares como en las de hecho se les aplica las sanciones de inoponibilidad del contrato frente a terceros como entre los mismos socios, conforme lo establecido en el artículo 23 de la LS. En el caso que estos contratos se consideren como Uniones Transitorias de Empresas en los términos de los artículos 377 y *sstes*, de la LS, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a aplicarles el régimen de sociedades de hecho e irregulares (Cfr. VERÓN: ob.cit. Tomo IV p. 897 y OTAEGUI: De los contratos de colaboración empresaria, R.D.C.O., Cuadernos Nro. 3. Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 872 y 873) o de tratarlos como contratos innominados (ZALDIVAR y otros: ob.cit. p.93)

(200) Generalmente en los pliegos de licitación para las contrataciones públicas se establece que la solidaridad de todos los participantes frente al Estado debe mantenerse durante toda la ejecución del contrato. Ello no resulta necesario cuando se constituye una sociedad anónima para la ejecución del mismo, dada la vinculación directa de cada uno de los participantes en la compañía ejecutora.

(201) En este aspecto, ver NEVITT y FABOZZI, op.cit. p. 265 y *sstes*.

(202) De acuerdo a lo establecido en el artículo 146 y en el artículo 163 de la LS los socios limitan en dichas sociedades su responsabilidad a la participación suscripta e integrada. Ello en la medida que no se vean incursos en los hechos que sanciona el artículo 54 del mismo cuerpo legal por abuso de la personalidad jurídica.

(203) KAYALOFF, Isabelle: ob.cit. p. 1

(204) *Ibidem*, ob.cit. p.3.

(205) *Ibidem*, ob.cit. p. 10 a 11.

(206) *Ibidem*, ob.cit. p.16 y 17.

(207) Al efecto de distinguir entre una compraventa internacional de una compraventa interna, se puede utilizar el criterio establecido por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Así será compraventa internacional cuando “los establecimientos del vendedor y del comprador están ubicados en diferentes estados” (artículo 1.1. de la citada Convención). Desde el punto de vista de la doctrina jurídica argentina se debe calificar en base a los artículos 1205, 1209 y 1210 del Cód.Civ. según que el lugar de celebración o el de ejecución se encontrara en distintos países (Cfr. NOODT TAQUELA, María Blanca: Compraventa Internacional de Mercaderías en

Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice VII, Driskill, Buenos Aires, 1996, ps. 161-165 y autores citados en la nota 15 de dicho trabajo).

(208) Recuérdese la licitación ganada por nuestro país para la provisión de un reactor atómico a Australia.

(209) NOODT TAQUELA: ob.cit. p.161 y sstes. Esta autora con relación a la prevalencia de las normas materiales uniformes respecto a la autonomía de la voluntad conflictual menciona que en contra de su postura puede verse la opinión de CIURO CALDANI, Miguel Angel: 7mo. Congreso Argentino de Derecho Internacional.

(210) NOODT TAQUELA: ob.cit. p.170.

(211) Ibidem, p.171. GARRO, Alejandro: La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: su Incorporación al Derecho Argentino, Segunda Parte, LL 1985-A, ps. 931 y 932.

(212) Cfr. Artículo 31, inciso a) de la Convención, en donde se dispone como primer caso para determinar el lugar de entrega de la mercadería en ausencia de convención de partes, el poner las mismas en el primer porteador, que las pueda transportar al comprador.

(213) SPOTA: ob.cit. Tomo II, p.147.

(214) Artículo 49.1. de la Convención de Viena de 1980: “El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato...”

(215) Artículo 25 de la Convención de Viena de 1980: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.”

(216) Ello siempre y cuando el vendedor se encuentre al tanto de esta situación.

(217) Ver artículos 45, 46 y concordantes.

(218) Ver artículos 45, 74 y concordantes

(219) GARRO: ob.cit. Cuarta Parte, LL 1985-C, p. 928 y sstes.

(220) Ibidem, p. 917 y 918. Artículo 28 de la Convención de Viena de 1980: “Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención una parte tiene derecho a exigir de la otra, el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto a contratos de compraventa no regidos por la presente Convención.”

(221) Ibidem, p.930 y 931. Artículo 46.3. de la Convención de Viena de 1980: “Si las mercaderías no fueran conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias...”

(222) Artículo 50 de la Convención de Viena de 1980: “Si las mercaderías no fueran conforme al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento las mercaderías conforme al contrato.”

(223) Según Garro, las no conformidades relativas a derechos de terceros sobre la cosa no autorizan a una reducción de precio (ver este autor, ob.cit. Cuarta Parte, p. 935). Artículo 35.1. de la Convención de Viena de 1980: “El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan con los estipulados en el contrato...”

(224) Ver artículo 45, inciso 2, de la Convención.

(225) GARRO: ob.cit. p. 936 y 937. Esta regla de limitación al daño contractual ha

sido criticada por CUETO RÚA, La Previsibilidad del Daño Contractual (la Regla Hadley v. Baxendale), en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Volumen I, Buenos Aires, p. 34-63, y por BARRERA GRAF, J. La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Derecho Mexicano” R.D.C.O., Volumen 15, Depalma, p.333, nota VI,39, citados por GARRO: ob.cit. p. 937, nota 71.

© Copyright: Universidad Austral