

**LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO- PRIVADA (PPP) COMO MECANISMO
PARA LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES GENERALES DE LA
POBLACIÓN
(EN OCASIÓN DE LA RECIENTE LEY 27.328 DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA)¹**

*Public-private participation (ppp) as a mechanism for satisfying the general needs of
the population
(On the occasion of the recent law 27.328 of the argentine republic)*

POR: Javier D. Guiridlian Larosa

*Especialista en Derecho Administrativo- Económico por la Universidad Católica
Argentina Santa María de los Buenos Aires
Profesor regular de dicha carrera de Especialización
javierguiridlian@gmail.com*

RESUMEN: La participación público- privada (PPP), constituye un mecanismo por el cual los particulares pueden coadyuvar a la satisfacción de necesidades de interés general. Si bien se trata de una técnica que ha visto la luz antaño, registrando claros antecedentes desde la Edad Media y respecto de actividades de la más variada índole, es a partir del S. 20 que adquiere una particular vitalidad al unísono con la revolución tecnológica ocurrida en dicho interregno, sumado a la posibilidad que el sector privado no solo transfiera tecnología al público sino que aporte a su vez el flujo financiero necesario para la realización de prestaciones de interés general. A través del presente trabajo trataremos del desarrollo en derredor a dicha técnica, como así también los principios que la estructuran, todo ello analizado en ocasión de la reciente ley argentina dictada en la materia, nro. 27.328.

PALABRAS CLAVE: Participación público privada, contratos públicos, soft law, interés general, distribución de riesgos, inversión pública, República Argentina, Ley 27.328.

ABSTRACT: Public-private participation (PPP) is a mechanism by which individuals can contribute to the satisfaction of needs of general interest. Although it is a technique that has seen the light in the past, recording clear antecedents since the Middle Ages and regarding activities of the most varied nature, it is from the 20th century that it acquires a particular vitality in unison with the technological revolution that occurred. in this interregnum, added to the possibility that the private sector not only transfers technology to the public but also contributes the necessary financial flow for the realization of benefits of general interest. Through this work we will deal with the development around this technique, as well as the principles that structure it, all analyzed on the occasion of the recent Argentine law dictated in the matter, nro. 27.328.

¹ * Recibido para publicación: 13 de mayo de 2019.
Enviado para evaluación externa: 13 de mayo de 2019.
Recibida evaluación externa positiva: 18 de mayo de 2019.
Aceptado para publicación: 20 de mayo de 2019.

KEYWORDS: Public private participation, public contracts, soft law, general interest, risk distribution, public investment, Argentinian Republic, Law 27.328.

SUMARIO: I.- INTROITO. II.- LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONCRECIÓN DE EMPRENDIMIENTOS PÚBLICOS. 1.- EL ORIGEN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO- PRIVADA: LA RESPUESTA EMPÍRICA AL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS (REFERIDO A SU MAYOR COMPLEJIDAD TÉCNICA). 2.- PPP: ¿FILOSOFÍA O NUEVO TIPO CONTRACTUAL?. III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES A CONSIDERAR EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO PPP. IV.- LA PERSPECTIVA CLÁSICA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA. 1.- LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL MOLDE NORMATIVO TRADICIONAL. V.- NUEVOS MECANISMOS DE GESTIÓN Y FINANCIACIÓN DE OBRA PÚBLICA. SU INSERCIÓN EN EL ENTORNO DE LA LEY PPP ARGENTINA Y LAS PREVISIONES COMPLEMENTARIAS QUE LA MISMA ESTABLECE. 1.- CONSIDERACIONES LIMINARES. 2.- LOS ELEMENTOS A CONSIDERAR PARA LA CLASIFICACIÓN DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE OBRAS PÚBLICAS. 3.- LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE OBRA EN PARTICULAR. A) *La concesión de obra pública*. B) *Shadow toll (Peaje en la sombra)*. C) *Contratos “llave en mano”*. D) *El denominado “modelo Español”*. VI.- UN DATO DE LA REALIDAD ARGENTINA: LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS BAJO EL ESQUEMA PPP. VII.- COLOFÓN.

I.- INTROITO

La contratación pública constituye una de las exteriorizaciones que puede llegar a asumir el ejercicio de la función administrativa, la que a su vez se erige en una de las 3 que desenvuelve el Estado y que representan al fin de cuentas aquellas expresiones de base que integran la noción de bien común, fin último que justifica su existencia. La autoridad pública, junto con el poder que le es ínsito, son entelequias instrumentales por esencia, ya que su presencia no representa un fin en sí mismo sino una creación de la población en orden a hacer posible la vida en sociedad.

La antedicha, si bien es una idea que ya reinaba en la edad media² tomó nuevo impulso con el racional- naturalismo, cuyos representantes más encumbrados – Locke y Rousseau – sentaron las bases ideológicas del período revolucionario que acabó con la llamada edad moderna; quienes, al margen de las disimilitudes en sus doctrinas (que eran de matiz), tenían un núcleo duro en común y que partía de una doble premisa: a) que el hombre por su propia esencia era titular de una serie de derechos; y b) dado el riesgo de su inobservancia se hacía necesario generar una autoridad que nazca no por la

² Dichos pensamientos ya se hallaban contenidos en los desarrollos medioevales, siendo uno de sus exponentes más representativos John Fortescue, quien junto con Edward Coke forjaron los cimientos dogmáticos del *common law*. Ampliar en APARISI MIRALLES A., “La revolución norteamericana”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, ps. 137 y ss.

fuerza sino a través del consenso, y cuyo cometido central sea garantizar su efectiva vigencia.

Si bien lo que hasta aquí se expone no parecería tener a primera vista una vinculación directa con el tema central del presente ensayo (la participación de los particulares en la concreción de prestaciones de interés general), el rol que se espera de la autoridad deviene nuclear para entender la evolución que se ha sucedido en el desarrollo de actividades prestacionales en las que se encuentra involucrado el interés público. Esto ya que si bien por principio las antedichas integran, tal como se dejó expuesto, la noción de bien común, las distintas concepciones ideológicas de Estado que se sucedieron desde el interregno post- revolucionario fueron las que marcaron la necesidad de nuevas técnicas contractuales, habiendo sido ello la consecuencia de la ineficiente e ineficaz gestión estatal y los consecuentes crónicos déficits presupuestarios, los que hacían mella en la disponibilidad de recursos para afectar al desarrollo de infraestructuras y servicios.

Bajo la línea que se expone, el tan mentado bien común comprende no solo las manifestaciones funcionales de base a cargo del Estado y sin las cuales no sería factible la vida en sociedad (legislación, justicia y administración), sino también todas aquellas demandas ciudadanas que refieren a la satisfacción de necesidades de relevancia económico- social; las cuales son, a su turno, cada vez más intensas en cantidad, calidad y complejidad. Y es precisamente dicho escenario lo que hace imperioso para el Estado el incentivar la colaboración del sector privado en pos de facilitar su concreción, no solo dada la mayor capacidad técnica que el mismo puede aportar sino la superior eficiencia y eficacia que su actuar por regla reporta.

Esto último, por otra parte, constituye el corolario del modelo de Estado que impera en la actualidad, el cual a su vez representa la síntesis de la evolución ocurrida al efecto desde el plano histórico. Así las cosas, el mismo nació del decantamiento entre los dos polos que existieron entre los siglos XVIII y XX, como fueron el liberalismo y el estado de bienestar. Por el primero, se partía de considerar al individuo en su singularidad, tomando como estandarte de su doctrina el respeto a su esfera de libertad, lo que reconducía al reconocimiento y protección de los derechos que se identificaban con la persona de su titular, ya que a él y solamente a él podían ellos pertenecerle.

Tratábase, a los ojos de lo que vendría, de una concepción egoísta, en donde el foco de atención se hallaba puesto en el yo personal en tanto sujeto portador de derechos propios, los cuales debían ser respetados no sólo por el resto de la sociedad sino también por el Estado, como verdadero triunfo de las revoluciones que encarnaron la lucha contra los abusos cometidos por los absolutismos monárquicos. Se partía así de la no injerencia de la Autoridad en los asuntos de trascendencia social, lo cual tenía su télesis en las heridas que había marcado el advenimiento de la modernidad y con ello la sobre elevación de la figura del Monarca como sujeto sobre el cual residía todo el poder, e incluso la soberanía.

Tal fue la ideología de este sistema que se ha dicho que la sociedad posesiva del mercado dejaba librada la pobreza a la caridad o la beneficencia privada, y la salud a las prestaciones asistenciales provenientes de los hospitales públicos. En definitiva, el

desamparo, la miseria, la enfermedad, la desocupación y la ignorancia seguían los caminos del mercado, el modelo contractual y la contraprestación económica. La reacción contra la anterior concepción vino dada por el denominado Estado de Bienestar, cuyo fin declarado fue el de resolver las inequidades del sistema individualista y donde, en contraste con el modelo liberal, la preocupación del aparato gubernativo por lo público fue de una exageración tal que prácticamente nada escapaba a la mano tuitiva de aquél.

Como los extremos nunca son buenos, la evolución decantó la existencia de un punto intermedio dado en llamar Estado Social de Derecho; donde el ente superior, respetando la iniciativa individual, emerge como el garante de una igualdad real de oportunidades para todos quienes conviven en la sociedad. De otro modo, se toma bajo su ámbito conciencia que la invasión a la esfera de lo privado debía reconocer sus límites, el primero de los cuales es admitir la necesaria presencia del Estado y aceptar sus roles, pero más reducidos y con una mayor eficacia y racionalidad.

Bajo este contexto es donde se inserta precisamente el renacimiento de las técnicas de colaboración entre particulares y Estado, de modo que los primeros coadyuven al desarrollo de actividades en las que se encuentra involucrado el bienestar general. Dicho esquema, que parte de la posibilidad de homogeneizar los diferentes – aunque no antitéticos – intereses que existen entre el Estado y los particulares, supone la generación de un contexto propicio para fomentar la participación privada en emprendimientos públicos.

No otro es el fin perseguido por la reciente ley Argentina regulatoria del contrato de participación público-privada, aprobada bajo el número 27.328 y publicada en el boletín oficial el 30/11/16³, junto con su Decreto Reglamentario nro. 118 del 17/02/17, y sus modificatorios⁴ y complementarios⁵. A través de la misma y luego de un marcado lapso de anacronismo en materia de plexos referidos a la contratación estadual para el desarrollo de infraestructuras públicas⁶, se consagra en dicho país la *aggiornada* – aunque no nueva, conforme se verá a lo largo del presente artículo – técnica de colaboración de los particulares en la satisfacción de cometidos de interés general, tanto sea en materia de obras como de servicios públicos.

El mencionado hito es a su vez una buena excusa para repasar los desarrollos referidos a dicha temática, para lo cual intentaremos reflexionar acerca de si a través del nuevo régimen Argentino se receptan los principios nucleares de los que depende que la

³ En adelante Ley PPP.

⁴ Nros. 936/2017 y 987/18.

⁵ Decreto 944/2017, por el que se aprueba la Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta.

⁶ Téngase presente que las normas que regulaban la obra pública a nivel nacional databan, por aquella referida al “contrato de obra pública”, del año 1947 (ley 13.064); siendo que la de “concesión de obra pública” se remontaba al año 1967 (ley 17.520). Y no obstante las modificaciones de que habían sido objeto ellas en ningún caso alteraron su sustancia, donde los riesgos pesaban – conforme lo interpretaba la doctrina tradicional – por principio en cabeza del Estado, siendo que los intentos normativos ensayados por fuera de los marcos antedichos tuvieron de escasa a nula aplicación en los hechos (vid. lo que decimos *infra* en el punto IV).

intervención del sector privado en aquellas actividades prestacionales que tienden a satisfacer el bien común puedan concretarse, la que además se presenta como una condición para que las obras públicas (principalmente de gran envergadura) puedan ver la luz, esto analizado al amparo del principio *value for money*.

II.- LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONCRECIÓN DE EMPRENDIMIENTOS PÚBLICOS

1.- EL ORIGEN DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO- PRIVADA: LA RESPUESTA EMPÍRICA AL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS (REFERIDO A SU MAYOR COMPLEJIDAD TÉCNICA)

No se discute ya en la actualidad que el bien común cuya cobertura el Estado persigue no se erige en una entelequia ni se identifica sin más con el “interés” de la autoridad. Antes bien y como se adelantara en la introducción del presente trabajo, el mismo se desagrega en dos grandes parcelas: de un lado las manifestaciones de base que trascienden toda referencia espacio- temporal y sin las cuales no podría existir convivencia armoniosa⁷, y del otro la consecución de aquellos requerimientos básicos cuya dinámica es constante, los cuales consecuentemente van mutando al ritmo de evolución de la propia sociedad que los demanda.

En ese contexto, la participación privada en pos de lograr su efectiva plasmación no constituye algo en sí mismo novedoso, de lo cual da cuenta – para mencionar un ejemplo simbiótico con el objeto del presente trabajo – el clásico contrato de obra pública, donde las leyes que regulaban dicha especie contractual preveían la posibilidad de su materialización tanto por Administración cuanto por terceros⁸. De allí que también existió desde antaño la categoría de contratos administrativos de colaboración y de atribución, según que la prestación principal se hallase en cabeza de un particular o del Estado mismo⁹.

Sin embargo, la regla bajo dicha figura (contrato de obra pública) era que los riesgos se encontraban preponderantemente en cabeza del Estado¹⁰, lo cual era sostenido incluso por un basto sector de la doctrina como característico de la técnica concesional

⁷ Cuales son: a) la “legislación” o reglas de conducta; b) la “jurisdicción” o sujeto heterónimo que resuelva los conflictos derivados de su inobservancia, y c) la necesidad de generar una estructura orgánica que soporte las funciones antes mencionadas, lo que va a producir a su vez relaciones *ad intra* o domésticas (las que se dan en el seno del propio Estado), y *ad extra* o relacionales (las que se dan entre el Estado y la población a la que el mismo debe servir), comprensivo del rol de “administración”.

⁸ Art. 3 Ley 13.064 *a contrario*, con similar reflejo en las legislaciones provinciales.

⁹ Ampliar por el particular en CASSAGNE J.C., “Curso de Derecho Administrativo”, t. II, 10° edición actualizada y ampliada, La Ley, Bs. As., 2011, p. 379.

¹⁰ Ver en este sentido, entre otros, a MARIENHOFF M., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III- B, p. 556 y ss; ESCOLA H., “Tratado integral de los Contratos Administrativos”, vol. II, Depalma. Bs. As., 1979, p. 192; DIEZ M., “Derecho Administrativo”, t. III, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, ps. 32 y ss; MO F., “Régimen Legal de las obras públicas”, 2° edición, Depalma, 1982, ps. 25 y ss; BARRA R., “Contrato de obra pública”, t. 1, Ábaco, ps. 56 y ss., especialmente p. 58; y GRANILLO OCAMPO R., “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”, Astrea. Bs. As., 1990, ps. 47 y ss.

(concesión de obra pública), a la que consideraban un contrato de obra pública calificado por el modo en que el contratista iba a obtener el repago (a través de los ingresos provenientes de la explotación de la cosa pública a construir) pero que bajo ningún aspecto alteraba la distribución de los riesgos, que por regla seguían considerándose reposados en la Administración¹¹.

La mayor demanda generada por el avance de la sociedad, con la consecuente complejización resultante¹², sumado a la probada ineficacia e ineficiencia del Estado en el desenvolvimiento de actividades prestacionales de contenido económico hizo necesario una agudización del ingenio de modo de adaptar la estructura legal clásica a ese nuevo escenario que veía la luz, lo cual se dio tanto en el ámbito de las relaciones sinalagmáticas de tipo privado¹³ cuanto públicas. Es entonces con el fracaso del Estado de Bienestar¹⁴ y la consecuente instauración de un modelo de Estado Subsidiario, que tomó nueva vida la necesidad de incentivar la participación privada en aquellos emprendimientos que por su vinculación con el interés general se esperaba sean satisfechos por el Gobierno.

Y ello partió no de un desarrollo dogmático sino de una necesidad concreta. En efecto, la primer experiencia de lo que luego iba a ser dogmáticamente ungido como PPP se dio a través de un proyecto en particular que expuso las carencias de la Administración para enfrentarlo, habiendo sido dicho “caso cero” el **Eurotúnel**: una obra que se entreveía como conveniente al interés general pero donde los Estados involucrados (Inglaterra y Francia) no estaban capacitados para desarrollar su ingeniería de detalle dado su alto grado de complejidad técnica, sumado a las grandes cantidades de recursos necesarios para sufragarla, lo que se contraponía con las limitaciones presupuestarias de base con las que los erarios públicos se enfrentaban.

Dicho escenario no dejaba otra alternativa, si lo que se pretendía era su efectiva realización, de echar mano del sector privado de modo de aprovechar de este último su *know how* (no ya solo para la construcción sino también para el diseño del proyecto) y el aporte financiero que podía realizar, lo que puesto en los números del Eurotúnel supuso una infraestructura de un costo final aproximado de 16 mil millones de euros, con un plazo de construcción superior a los 7 años, con la carga prestacional asociada de su mantenimiento y operación y con un prolongado lapso de amortización, consecuencia ello de la inversión financiera inicial que el sector privado debía afrontar.

No fue sino a partir de dicha experiencia práctica que se acuñó, a través del relevante aporte del derecho sajón¹⁵, la nomenclatura que iba a *aprehender* esta forma de gestión

¹¹ Ampliar en nuestra obra “Contratación Pública y desarrollo de infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)”, Abeledo- Perrot, Bs. As., 2004, p. 34.

¹² Lo cual tiene su punto de inicio en la revolución industrial, conforme exponemos más abajo.

¹³ ALEGRÍA H., “El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”, LL, diario del 29/05/13.

¹⁴ Que suponía, como se vio, una autoridad pública omnipresente y que hacía mucho y mal, dispendiando para ello una gran cantidad de recursos públicos, los que por definición resultan escasos.

¹⁵ Recordemos que fue en dicho ámbito donde se pergeñaron los primeros atisbos de “devolver” a los particulares el desarrollo de todas aquellas actividades prestacionales de contenido económico, técnica esta a la postre dada en llamar la “privatización” (Ampliar en ARIÑO ORTIZ G., “Economía y Estado”, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 443 y ss; DA SILVA OCHOA J. C., “El control jurídico de las

preexistente aunque necesitada de revalorización: los PPP (Public Private Partnership) o Participación Público Privada en su traducción castiza¹⁶, donde el particular intervenía con el Estado en la plasmación de proyectos asociados a la *prestación de servicios y desarrollo de infra y superestructuras de gran envergadura*. De lo que se trató, en realidad, fue no de la implementación de una nueva figura contractual sino de una verdadera *filosofía*¹⁷, que propendía a incentivar la intervención del sector privado para la realización de emprendimientos de importancia para el interés general, lo aparejaba ventajas mutuas en la interacción Estado/ sector privado.

Para el primero, dado que con las antedichas se generaba un reparto o compartición de aleas (comprendido de los denominados riesgos de ejecución y de demanda) así como la posibilidad de liberar las arcas públicas a través de transferir la carga de financiamiento total o parcialmente al particular (riesgo financiero), al punto de no tener que afectar inexorablemente recursos presupuestarios para costear el proyecto a realizar por el empresariado participante. Y para el segundo en tanto nacía a su favor una nueva fuente de negocio que, aunque de naturaleza jurídico- pública dado el fin al que se tendía a satisfacer por su intermedio, reportaba la eventualidad de obtener un lucro a su favor.

Vale remarcar que si bien el mencionado proyecto es tomado como el primer “caso de laboratorio” con base en el cual se desarrolla la dogmática del PPP, existen antecedentes más remotos de la ligazón sector privado- público, todas – o la mayoría – sindicables a la creatividad sajona. Y así pueden mencionarse desde las “patentes de corso” de la Edad Media (que era un documento entregado por los monarcas de las naciones o los alcaldes de las ciudades, por el cual el propietario de un navío tenía permiso de la autoridad para atacar barcos y poblaciones de naciones enemigas, de modo tal que el particular se convertía en parte de la marina del país o la ciudad expendedora¹⁸), hasta las tareas de conservación del patrimonio cultural en cabeza no del Estado sino de los particulares¹⁹.

privatizaciones de empresas”, Cuadernos Civitas, 2003, ps. 11 y ss; y ACERETE GIL J. B., “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público- privadas” (tesis doctoral, Universidad de Navarra), Instituto de Estudios Fiscales, 2004).

¹⁶ También denominado Asociación Público- Privada (APP) o Colaboración Público- Privada (CPP), expresiones ambas que serán utilizadas como sinónimos a lo largo del presente trabajo.

¹⁷ Ver en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AAVV Gimeno Feliu, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2012, ps. 435 y ss.

¹⁸ Lo que perseguía como fin, visto desde la óptica del Estado, ampliar su flota mercante sin necesidad de afectar recursos de la Corona, y para el propietario o armador del buque participar en las ganancias de las riquezas a confiscar del enemigo (Ampliar en CRUZ BARNEY O., “El régimen jurídico del corso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997).

¹⁹ Uno de cuyos primeros hitos vino dado por la National Trust, una entidad privada creada en 1895 para la conservación de lugares de valor histórico o natural en Inglaterra, Irlanda del Norte y Gales. Dicha tendencia fue seguida más contemporáneamente por la propia UNESCO, quien en su Manual de Referencia para la Gestión del Patrimonio Mundial Cultural (2014), ya deja en claro la posibilidad de proveer a su mantenimiento con modelos de co-gestión o patrocinio del sector privado, con los consiguientes beneficios que ello conlleva (ver en particular Cap. IV) (Ampliar en REEVES M., “Measuring the economic and social impact of the arts”, Arts Council of England, London, 2002).

Cabe hacer aquí una digresión, para que se entienda en su debido quicio que cual fue el quiebre ocurrido y que llevó a revitalizar la técnica que aquí se trata, lo que se emparenta directamente con el mencionado principio *value for money*. Ya se dijo que un punto de inflexión a nivel global y que constituyó un nuevo paradigma para la sociedad en general y para el Estado desde el punto de vista funcional fue el avance tecnológico que se sucedió sin solución de continuidad desde mediados del siglo 18, en coincidencia con el fenómeno dado en llamar “revolución industrial”, cuyo factor exógeno generador²⁰ produjo un cambio de paradigma productivo, ya que de la explotación agrícola-ganadera se pasó al establecimiento fabril.

Este nuevo fenómeno trajo consigo un doble hito: de un lado cualitativo, en virtud de la aparición de un cúmulo de necesidades nuevas a cuya satisfacción podía proveerse; y del otro cuantitativo, ya que las renovadas técnicas de producción que habían dado a luz generaban la posibilidad de proyectar las anteriores a un universo de personas sin parangón, lo que a su vez devino en la denominada “masificación” de la economía y con ello en el nacimiento de las grandes corporaciones, los monopolios y los sindicatos, con toda la regulación asociada que terminó resultando.

Piénsese que para esa época nace, en una relación de especie a género, la defensa de la competencia²¹ como germen de lo que luego terminó resultando la “regulación económica”, comprensiva de un espectro mucho más amplio y que ya no solo tendía a castigar las prácticas anticompetitivas que determinasen procesos de concentración económica sino también a evitar el poder de mercado (que es la aptitud de un agente, o un grupo actuando de manera coordinada, de influir en la determinación de los precios en desmedro del consumidor) y la asimetría informativa, promoviendo por su intermedio la distribución equitativa de la renta así como la eficiencia económica.

En ese contexto y con el marcado fracaso del Estado de Bienestar²², que dejó expuesta la ineptitud del Gobierno de concretar por sí de manera eficiente y eficaz actividades prestacionales tendientes a dar cobertura a necesidades de primera línea y de las que no podía desentenderse por integrar el mencionado concepto de bien común cuya gestión le cabía como cometido existencial, se hace presente la necesidad de revitalizar la intervención del sector privado para contribuir en dicho sentido; pero no ya solo en virtud del mayor orden económico- financiero que podía aportar (eficiencia), sino dado

²⁰ Se reitera, el progreso tecnológico.

²¹ Siendo uno de los primeros exponentes normativos de la nueva preocupación que aparecía la denominada “Sherman Act”, ley de defensa de la competencia de los EEUU, aprobada en el año 1890 y dirigida a castigar los conglomerados empresariales bajo una dirección común de los que resultasen prácticas lesivas al interés de los consumidores.

²² Y antes que este el del propio modelo liberal, lo que se advirtió – por paradójico que resulte – en el indicado avance regulatorio ocurrido a nivel global y cuyo primer y principal exponente fue Estados Unidos de Norteamérica, donde en línea con la mencionada intervención en la economía inaugurada a través de la ley antimonopolio se consintió doctrinaria y jurisprudencialmente la posibilidad de intervenir en ejercicio del poder de policía cuando razones de interés económico general lo hiciesen necesario. Ampliar en BIANCHI A., “La regulación económica”, t. 1, Ábaco, Bs. As., 2001, ps. 33 y ss.

el *expertise* técnico que por el mencionado progreso de la ciencia iba a encontrarse antes que en el sector público en el privado (eficacia)²³.

De allí que el principio *value for money* no debe reducirse al sentido de abaratamiento (eficiencia y economía) de los costes de realización de la obra o servicio de que se trate, sino lisa y llanamente a la posibilidad de su efectiva concreción (eficacia) aun cuando de ello derive la necesidad de oblar una remuneración al sector privado, ya que es en este último donde van a residir las aptitudes para que el emprendimiento del que deriva la satisfacción de un fin de interés general pueda realizarse²⁴. La explicitada es la causa por la que se entreveía como propio del modelo PPP sajón la transferencia de tecnología del sector privado al público, y con ello los contratos que incluían no ya la construcción de una obra modelada por el Estado sino además el trasvase al particular de su diseño, mantenimiento y hasta operación, siendo ello la consecuencia de tratarse de aspectos que hacían al conocimiento específico que iba a tener el privado por sobre la Administración pero que de por sí no implicaban – como lo exponemos seguidamente – nuevos tipos contractuales.

Es por ello que todo vínculo que suponga una PPP parte de los siguientes elementos estructurantes: a) una base negocial compleja, ya que de lo que se trata es de prestaciones de ingeniería que asumen dicha característica (lo intrincado de la obra y que en cuanto tal supera las aptitudes funcionales de la Administración), y de allí que presupongan la transferencia de tecnología del sector privado al público; b) el efectivo reparto o compartición de riesgos que la misma apareja, que por regla involucran el de ejecución y el financiero, pudiendo transferirse el de demanda dependiendo de si la obra genera rentabilidad económica, o solo social; y c) relaciones de largo plazo, ya que las cuantiosas inversiones asociadas hacen necesarios grandes períodos de amortización, lo cual dependerá en última instancia de la consecuente cantidad y calidad de la prestación contratada²⁵, junto con el tipo de riesgos que se hayan decidido transferir en su ámbito.

De allí que ha sido observado por un sector de la doctrina que no toda obra o servicio vale la pena ser encarado bajo un molde PPP, ya que lo embrollado del proyecto a desenvolverse se trasvasa a la instrumentación que formaliza la relación²⁶, en parte por la inclusión en estos tipos contractuales de las garantías necesarias para que el contratista

²³ Cabe recordar aquí que los conceptos de eficacia y eficiencia son unos de corte económico, con raigambre constitucional en la Argentina luego de la reforma del año 1994 (art. 42) y que suponen, por el primero, el logro del objetivo propuesto, y por el segundo que dicha consecución lo sea con la menor erogación de recursos posible. Ampliar en ARROYO L., en AAVV “La administración de la escasez”, Marcial Pons, 2015, ps. 47 y ss, esp. ps. 94/96.

²⁴ En igual sentido ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AAVV Gimeno Feliu, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, op. cit. p. 457/8.

²⁵ Diseño, construcción, mantenimiento y/u operación.

²⁶ Dicen en este sentido VASSALLO MAGRO e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, “...no toda relación en la que participen el sector público y el sector privado puede ser considerada como una PPP. Así, por ejemplo, un contrato convencional de obra pública por certificaciones en el que participan el sector público y el sector privado no puede ser considerado como una PPP ...”, ya que para que esto ocurra deben darse peculiares características y que pasan fundamentalmente por la existencia de un reparto en los riesgos entre el sector público y el privado (Ver en *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*”, op. cit. p. 105).

tenga acceso al financiamiento, lo que supone incluir previsiones que contemplen el “*step in*” de la banca de inversión, que sin ser parte directa en el contrato (“*third party*”) interviene en el negocio que del mismo nace, de modo de dejar tutelada su posición y con ello el recupero de los fondos aportados.

Sin embargo, esta conclusión no debe entenderse en términos absolutos, ya que se está abriendo camino en la praxis contractual la posibilidad de utilización de mecanismos que – en forma simbiótica con la esencial *modulabilidad* del derecho público – permiten la efectiva compartición de riesgos en obras de media a escasa complejidad técnica, lo que sin llegar a los niveles de complicación que suponen los contratos PPP (se insiste, pensados para obras de gran envergadura y con una ingeniería de detalle que supera el *expertise* del Estado) permiten a través de una documentación contractual relativamente accesible hacer partícipe a la obra pública tradicional de las ventajas de la nueva contratación administrativa²⁷.

2.- PPP: ¿FILOSOFÍA O NUEVO TIPO CONTRACTUAL?

Continuando con el análisis, hemos criticado en anterior oportunidad aquellas legislaciones que asumen a la PPP como un tipo contractual en sí mismo²⁸, tendencia que siguió la Argentina con el Dcto. 967/05²⁹ y que reitera la actual ley PPP en comentario. Y la crítica se fincaba en que, según nuestro mirador, antes que una nueva especie de contrato dicha modalidad representaba – conforme lo ya expuesto – una **filosofía o entorno propicio para incentivar la intervención del sector privado en emprendimientos públicos**. Más en esta oportunidad cabe realizar una reflexión adicional sobre este aspecto, ya que muchas veces las necesidades prácticas llevan a desechar – con atendible razón – cualesquier dogmatismo que pueda ensayarse sobre el particular.

Nos explicamos. La nueva filosofía PPP hizo necesario repensar los moldes contractuales clásicos que se utilizaban hasta ese momento, los que – como hemos dejado plasmado – no reportaban en principio ninguna traslación de riesgos del Estado al contratista particular. Y, en dicha línea, si bien la innovación jurídica debió acompañar los nuevos requerimientos de la sociedad, tampoco cabe extraer de ello una inexorable primicia en todo cuanto se utiliza hoy en día como práctica contractual

²⁷ Ver sobre este particular asimismo lo que decimos en el punto IV.1.

²⁸ Tal el caso de España, habiéndose introducido la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el privado a partir de la ley española de contratos 30/07. Ampliar por su desarrollo y las críticas que la doctrina ha ensayado respecto a dicho enfoque en el citado artículo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", en Gimeno Feliu, José M. (dir.), cit. anteriormente. Puede verse asimismo a ARIÑO G., "El contrato de colaboración público-privada", Ponencia preparada para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife. Puerto de la Cruz, 8 a 10 de octubre de 2008; y a PORTELL SALOM N., en "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", en Revista General de Derecho Administrativo 18 (2008), 1-33.

²⁹ El que parte de la siguiente definición: “**Los contratos de Asociación Público-Privada** constituyen un instrumento de cooperación entre el Sector Público y el Sector Privado destinado a establecer un vínculo obligacional entre las partes, a fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos, u otra actividad delegable ...” (el remarcado nos pertenece, art. 1 Anexo I del dcto. 967/05), lo que intenta encerrar toda una caracterización del sistema que implementa.

habitual. Esto ya que, para mencionar un ejemplo y como bien lo esboza Ezequiel Cassagne, el modelo internacionalmente denominado BOT (build, operate and transfer) no constituye ni más ni menos que la conocida concesión de obra pública³⁰.

En la misma línea se expide Valcárcel Fernández³¹, para quien y exponiendo los 2 esquemas básicos sobre los cuales una APP se puede montar, como son el contractual (donde el Estado se liga al particular a través de un contrato) y el institucional (donde la ligazón se encarna a través de una sociedad vehículo del proyecto que ambos integran, la que a su vez no descarta un sinalagma previo donde se fijen las condiciones para la creación de la SVP), manifiesta que mientras la “concesión” es el modelo contractual que encarna por antonomasia una APP contractual³², la “sociedad de economía mixta” es la que representa a la APP institucional³³.

Si bien esto último está en línea con la mencionada crítica ensayada por nosotros en cuanto a asumir a la PPP como un tipo contractual en sí mismo, la realidad marca que la figura de la concesión en muchos lugares fue concebida como una variante del contrato de obra pública tradicional calificada por la modalidad de repago, sin que en su ámbito se entienda concretado el efectivo trasvase de riesgos al contratista, concepción esta que incluso imperó en la Argentina³⁴. Con lo cual, si lo que se quiere es superar dicha concepción no quedan más que 2 alternativas: o reformar las normas que regulan la

³⁰ Ver en su artículo “Colaboración público-privada para la concreción de proyectos de generación de energía renovable en la Argentina”, RDA 2013-87-969.

³¹ Ha dicho así la destacada profesora española que “Al margen de las divergencias que puedan existir en lo que a concepción de sistemas normativos se refiere, lo cierto es que las últimamente tan valoradas fórmulas anglosajonas de ejecución de obras públicas que de alguna forma han servido de despunte al debate sobre la CPP al que luego nos referiremos descansan en un mecanismo equiparable a nuestra forma de entender las concesiones. No obstante, hay que reconocer que ciertamente las variantes anglosajonas son muchas, -por ejemplo, las conocidas por las siglas BOT (Build, Operate and Transfer) DBOT (Desing, Build, Operate and Transfer), BROT (Build, Rent, Operate, Transfer); BLOT (Build, Lease, Operate, Transfer); BOOT (Build, Own, Operate, Transfer), etc ...- y que quizás su aplicación en España, al menos hasta ahora, chocaba con las limitaciones existentes en la normativa de contratos públicos prevista para las concesiones, muy imbuida de las concepciones clásicas. Así las referentes al demanio público desde cuyos planteamientos resulta extraño oír hablar de leasing de obras públicas o de que en algún modo el particular puede llegar a tener la propiedad de una infraestructuras pública, tal y como sugiere alguna de as variantes anglosajonas. De todos modos, los buenos resultados asociados al empleo de las técnicas anglosajonas mencionadas, ha despertado el esfuerzo del legislador español por intentar, respetando nuestro propio sistema, introducir las bases necesarias para aplicarlas” (Ver en “Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada”, Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos, 8 y 9 de febrero de 2007. Universidad de Burgos, p. 13). En idéntica línea ver a VASSALLO MAGRO J. M. e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ R., “Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España”, CAF, 2010, p. 105.

³² Aún cuando ello no descarta, desde ya, la vigencia de otras figuras en tanto supongan compartición de riesgos (vg. Shadow toll o peaje en la sombra, llave en mano o modelo alemán, etc).

³³ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ P., "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", en AAVV Gimeno Feliu, José M. (dir.), *Observatorio de la contratación pública*, op. cit. p. 443/4.

³⁴ Donde más que base normativa encuentra una marcada corriente doctrinaria, cuanto menos la tradicional. Puede ampliarse sobre el particular en nuestro libro “Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)”, op. cit. ps. 31 y ss., esp. p. 34. Ver asimismo lo dicho en el punto II del presente trabajo.

figura de la concesión de obra pública, de modo de dejar indubitado que en su ámbito puede producirse la transferencia de determinados riesgos³⁵, o mantener el *status quo* respecto de dicha figura y crear un molde contractual nuevo: el contrato PPP³⁶.

Es esta última la tesitura por la que se ha optado a través de la reciente ley 27.328, al regular a la PPP como “contrato de participación público-privada”³⁷, siendo el mismo alternativo a los contemplados por las leyes 13.064 (contrato de obra pública), 17.520 (concesión de obra pública), así como los restantes previstos en el Reglamento Delegado 1023/01³⁸, dispositivos estos que ni siquiera se aplican al régimen PPP de manera supletoria y/o analógica por integración normativa³⁹. Ahora bien, para que una relación de la especie tenga éxito deviene esencial respetar una serie de principios básicos, a través de los cuales se logre el indispensable equilibrio que debe de mediar entre el tándem Estado/ particular.

Esto ya que mal puede pretenderse el trasbuzamiento de aleas al sector privado como modo de gestión conjunta de proyectos de interés general sin contemporizarla con ciertas garantías que la contrapesen, de modo de plasmar el mínimo de certidumbre necesaria para que la participación privada ocurra, consecuencia de ser la intervención empresaria en proyectos públicos una no de tipo altruista sino para obtener una ventaja económica en su favor. De allí que su implementación no puede prescindir de ciertos estándares que ayudan a su entendimiento y exitosa consumación, los cuales serán recordados en lo que sigue al efecto de meritar si la reciente Ley PPP los llega a aprehender.

III.- LOS PRINCIPIOS GENERALES A CONSIDERAR EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO PPP

³⁵ Esto es lo que ocurrió - por mencionar solo algunos casos - tanto en España a través de la ley 13/03, como en Chile a través del Decreto Supremo MOP N° 900/1996. Cabe aclarar en este último sentido que la nueva legislación contractual española (aprobada por ley 9/17) terminó por eliminar la figura del contrato de participación público-privada, modificando en simultáneo la de “concesión” para dejar aclarado como consustancial a esta última – en línea con la nueva normativa comunitaria que rige sobre el particular, aprobado por Directivas 2014/23/UE a 2014/25/UE – la inclusión en su ámbito del denominado “riesgo operacional”, comprensivo tanto del de ejecución (llamado por dicha normativa “de suministro”) así como el de “demanda”.

³⁶ Un caso paradójico es el de Brasil, donde – quizás sincerando la mencionada circunstancia de encarnar la concesión el modelo de PPP contractual – no obstante introducirse por ley 11.079 la figura del contrato de parceria público-privada lo fue como una especie dentro del régimen de concesión de obra pública que ya venía consagrado por ley 8987, y donde a la tipología que esta última preveía (que artía de la realización de obras públicas cuyo repago iba a resultar de las unidades de uso a abonar exclusivamente por los usuarios) se le sumaron otras 2, que la propia ley reconoce como especies PPP: la concesión patrocinada, donde el costeo de la obra va a ser mixto (con cargo a los usuarios y al Estado); y la concesión administrativa, donde el repago va a ser imputado en su totalidad al Erario Público.

³⁷ Art. 1°.

³⁸ Art. 2°.

³⁹ Art. 31.

Aclarado lo anterior, resulta conveniente puntualizar una serie de principios generales que se erigen en el basamento a tener en cuenta en todo régimen contractual que parta del modelo PPP:

a. En primer lugar no puede pasar inadvertido que toda obra que se pretenda realizar debe ser pagada por alguien, que no es otro que el particular, sea en su calidad de contribuyente sea en su calidad de usuario. Esto, aunque parezca una verdad de perogrullo debe ser tenido muy en cuenta, por cuanto muchas veces suele olvidarse que no existen obras cuya realización pueda efectuarse de manera gratuita.

b. La planificación para el desarrollo de infraestructuras debe estar a cargo de la Administración Pública⁴⁰. Esto no constituye sino el corolario de los diferentes – aunque no antitéticos – intereses que existen en el ámbito público y el privado⁴¹, por cuanto la realización de obras públicas trasciende el mero interés comercial para involucrar el general cuya gestión el Estado tiene a su cargo. El matiz que se expone, vale aclarar, bajo ningún aspecto hace mella a la posibilidad de articulación de la iniciativa privada, donde es el particular quien toma el impulso de proponer a la Administración la concreción de un proyecto que puede servir al interés general⁴².

Todo esto se encuentra receptado en el nuevo régimen PPP Argentino que se comenta, donde no solo se contempla el mecanismo de la iniciativa privada⁴³ sino que se deja explicitado que la selección deberá ser conforme los principios unánimemente aceptados de publicidad, concurrencia, y transparencia en el marco de procedimientos abiertos y competenciales⁴⁴, contemplando incluso la moderna técnica del “diálogo

⁴⁰ Ver en igual sentido a ARIÑO ORTIZ G., “¿Hacia dónde va el Estado?, Mercado e Iniciativa Privada en un mundo en transformación”, publicado en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública” (RAP) N° 230. Noviembre de 1997. Págs. 5 y ss; y a ITURRIAGA NIEVA R., en la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, Director Francisco Javier Romero Álvarez. Monografías Civitas. Primera Edición. 1999. Págs. 102 y ss. En este sentido, se ha dicho que el rol del Estado debe ser el de “dirigir, no competir”. Ver por ello a D. OSBORNE y T. GAEBLER, en “Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector”, Addison-Wesley, Reading- MASS, 1992, p. 405.

⁴¹ Como ya se dejara expuesto, mientras que el sector público busca asegurar la satisfacción del bien común el privado propende a la obtención de lucro comercial.

⁴² Sin embargo, aún en su ámbito la efectivización de este último queda a resultas de la valoración que el mismo haga el Estado, quien a la postre puede como no declararlo de interés público, premisa esta que es al fin de cuentas la que condiciona la sustanciación del procedimiento asociado a dicha técnica en pos de concretar el perfeccionamiento del vínculo. Por un tratamiento de la presente figura ver a MUÑOZ R. (h)., “Reglamentación de las contrataciones administrativas. Iniciativa privada”, LL, diario del 28/02/13.

⁴³ Art. 17°.

⁴⁴ Cap. II., arts. 12 y ss. Cabe manifestar sobre este aspecto que existe en la actualidad una franca tendencia a la generalización de los procedimientos abiertos y competenciales de selección como la regla que debe primar en la materia, de lo cual es un claro ejemplo la Unión Europea, en cuyo ámbito se han dictado en reciente época directivas por las cuales se establecen pautas estandarizadas en materia de escogimiento del contratista estatal, conforme Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Puede ampliarse por su desarrollo en GIMENO FELIU J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, en Jornada sobre el Impacto de las nuevas Directivas de Contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público”, 2 de mayo de 2016, Universidad de la Coruña, publicado en Observatorio de Contratación Pública, www.obcp.es

competitivo”, por la cual y utilizando el *expertise* del sector privado se prevé la posibilidad de que a través del intercambio de ideas se llegue a definir entre los privados precalificados la solución más conveniente al interés público respecto del “como” llevar adelante el emprendimiento pretendido⁴⁵.

c. En tercer lugar y como es de la esencia de la PPP, la mejor forma de gestionar la realización de infraestructuras es mediante la utilización de técnicas que permitan un reparto adecuado y equitativo de riesgos entre el sector público y el sector privado, lo cual en última instancia se halla en parte condicionado a la viabilidad del proyecto a realizar desde el punto de vista económico, ya que la capacidad de este para generar rentabilidad es determinante en orden a la selección de la modalidad de gestión contractual de obra pública que podrá utilizarse en uno u otro caso⁴⁶.

Y la compartición de riesgos debe plasmarse manteniendo el necesario equilibrio que debe existir en un vínculo PPP⁴⁷, ya que su imposición excesiva y/ o el desconocimiento de garantías estructurales (con el mantenimiento de la ecuación económica a la cabeza⁴⁸) puede llevar sino a frustrar su implementación a generar sobrecostos innecesarios, ya que – como pauta general – cuanto mayores son los riesgos trasladados superiores serán las expectativas de retorno por parte del sector privado⁴⁹.

d. La seguridad jurídica se erige en un factor preponderante a los fines de atraer la participación del sector privado en emprendimientos públicos⁵⁰, razón por la cual debería recurrirse a mecanismos que provean a los particulares de las garantías necesarias para incentivar su colaboración. La presente constituye la contracara del entorno colaborativo que la PPP busca promover, cual es el respeto y debida consideración a uno de los 2 factores centrales de los que depende la inversión privada: nos estamos refiriendo a la seguridad jurídica.

⁴⁵ Art. 14°.

⁴⁶ La propia Ley 27.328 toma este aspecto como uno central a evaluar a la hora de estructurarse proyectos APP, conforme lo que se extrae de su art. 4 inc. e).

⁴⁷ A este respecto establece la Ley 27.328 que los contratos de la especie deberán contener previsiones que contemplen un “equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” (art. 9° inc. b).

⁴⁸ El cual se encuentra expresamente receptado en el citado art. 9 inc. b), así como en el inc. j) del mismo dispositivo.

⁴⁹ Ver asimismo el desarrollo del punto V.1 del presente trabajo.

⁵⁰ Ver en este sentido, entre otros, a CASSAGNE J. C., “Regulación y servicios públicos (la seguridad jurídica después de las privatizaciones”, en “Fragmentos de Derecho Administrativo”, Hammurabi, Bs. As., 2003, ps. 201 y ss; TANDURELLA A., “Globalización: Su impacto en la evolución socioeconómica de las Naciones”, en Separatas Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. Universidad Católica Argentina. Año 7. N° 33, ps. 6 y ss.; y VANOSSI J., “Inversiones Extranjeras y Seguridad Jurídica”, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales: “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, ps. 27 y ss.

Tal como tuvimos oportunidad de manifestarlo antes de ahora⁵¹, los dos presupuestos de los que depende la participación privada en proyectos de inversión públicos viene dado por la eficiencia (factor endógeno), que involucra el rinde del capital invertido; lo que, principio de especialidad mediante, se supone que integra la específica incumbencia del agente privado en tanto conocedor del negocio en el que pretende participar.

Y el restante resulta ser la tan remanida seguridad jurídica (factor exógeno), la cual representa un verdadero principio que informa nuestro Estado de Derecho⁵² y que se desagrega en 3 manifestaciones elementalísimas aunque de vital importancia para el particular, las cuales – y de ahí su carácter exógeno – lo trascienden, al no depender de él: 1) nos estamos refiriendo a la estabilidad de los marcos normativos; 2) el respeto a las reglas de juego establecidas, tanto jurídicas como económicas; y 3) la no vulneración de los intereses que hubiesen podido nacer en su ámbito, lo cual supone al fin de cuentas ni mas ni menos que el respeto al derecho de propiedad.

De allí lo basal del mantenimiento de la ecuación económica, que representa la principal garantía con la que cuenta el contratista en el marco de un contrato público, la cual no obstante debe ser entendida en su justa medida, ya que así como su desconocimiento puede llevar a frustrar la participación privada en emprendimientos del tipo PPP o bien en su caso que un proyecto en particular culmine con éxito, su excesivo ahínco en favor del contratista (lo que además es siempre un anhelo de parte de estos) puede generar la neutralización de los riesgos trasvasados, aspecto este que es también de la esencia de la presente técnica negocial, revirtiendo de ese modo el efecto beneficioso que la APP trae para el Estado contratante.

e. Lo antes expuesto nos enfrenta con uno de los principales riesgos existentes en la contratación pública, como es el denominado “político”, el cual comporta una cuota de incertidumbre – la que se encuentra potenciada en los países latinoamericanos en general⁵³ – en lo relativo a la estabilidad de las relaciones que dimanen del contrato a celebrarse. De allí que uno de los cartabones indispensables para que la participación del sector privado pueda ser una realidad es que exista una regulación normativa dotada de principios lógicos y destinada a perdurar en el tiempo⁵⁴.

⁵¹ Ver en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 149 y ss.

⁵² Tal y como lo tiene reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el célebre caso “Winkler”, Fallos 305:1045, esp. cons. 3.

⁵³ Ver sobre esto lo que decimos en el punto VI.

⁵⁴ Se ha dicho en particular sobre el punto que “para que haya una entrada de financiación privada se requieren varias condiciones. Debe haber un marco regulatorio creíble y estable”. Ver por ello a UGARTE J., en “El Proyecto Finance ´ aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de Riesgos”, en la obra colectiva “La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas”, Alberto Ruiz Ojeda (Coordinador), Civitas, 1º Edición, 1997, pág. 72. Puede ampliarse en “Estudio sobre la posibilidad de promover la inversión extranjera en los PMDER, en particular en proyectos orientados al desarrollo de la oferta exportable, la infraestructura física y los servicios vinculados al comercio exterior”, preparado por el Consultor Dr. P. DA MOTTA VEIGA, en el ámbito del Departamento de Promoción Económica de la Secretaría General de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Publicación No. 1/00, esp. ps. 10 y ss.

Y es aquí donde se hace notar el aporte del régimen PPP en comentario, ya que su creación tiene justamente por finalidad central la de fijar un compendio que sienta las bases de todo programa APP de modo de dotar de previsibilidad a los vínculos que se entablen, donde la seguridad jurídica debe aparecer exacerbada ya que – como se dejó expuesto – este tipo de vínculos refieren a prestaciones de gran complejidad y magnitud cuali y cuantitativa, con ingentes cantidades de recursos a afectar y consecuentemente de larga duración en el tiempo, frente a lo cual se presenta como esencial para su consecución el otorgar la mayor cantidad de garantías posibles, entendido esto en sentido amplio y comprensivo no solo de las técnicas de afianzamiento *stricto sensu* sino además de la constancia en las reglas de juego.

f. Debe procurarse la utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos con los que cuenta el Estado⁵⁵, principio que en el ámbito del Derecho Argentino encuentra recepción normativa en el artículo 4 inciso a) de la Ley de Administración Financiera nro. 24.156. Asimismo y en esa línea, debería garantizarse que la erogación de recursos se realice con un criterio de justicia, para lo cual juegan un rol preponderante los principios de equidad intrageneracional, intergeneracional y regional⁵⁶.

Todo lo anterior no ha escapado a la consideración del Parlamento en la Ley 27.328 bajo ponderación, el que no solo los recepta⁵⁷ sino que además se encarga de estipular que las erogaciones y compromisos en el marco de proyectos APP deben ser consistentes con la programación financiera del Estado en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas⁵⁸, aspecto este que constituye uno de los grandes tópicos en el marco de la contratación pública en general y que ha motivado especial preocupación en el ámbito de la Unión Europea⁵⁹.

g. Para finalizar, no puede dejar de mencionarse que la utilización de aquellas modalidades que recurren a la financiación privada para la construcción de infraestructuras puede aparejar un mayor costo de realización de estas últimas, por las

⁵⁵ Ver en igual sentido a RUIZ OJEDA A., en AAVV “La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas”, Alberto Ruiz Ojeda (Coordinador), Civitas, 1° Edición, 1997, p. 48.

⁵⁶ Por el primero de ellos, se exige que sean los beneficiarios directos de las infraestructuras quienes participen, en la medida de su beneficio, en su financiación. La equidad intergeneracional, supone que los costes de desarrollo de una infraestructura, sean soportados por todas las generaciones a quienes ella pudiese llegar a beneficiar, tomando en consideración que la obra a construir constituye un activo de larga duración en el tiempo; máxime si se tiene en cuenta que el avance tecnológico, no posee a su respecto una incidencia tan marcada como en otros ámbitos, sin perjuicio que su vigencia es siempre un factor a considerar actualmente en toda contratación pública. Por último, la equidad interregional implica la destinación de los recursos presupuestarios a zonas del país en donde los niveles de renta sean menores, arbitrando en consecuencia mecanismos de inversión extrapresupuestaria en regiones más desarrolladas, en las que las inversiones privadas pueden tener mayores incentivos (Ver en RUIZ OJEDA A., op. cit. en nota anterior, ps. 52 y ss).

⁵⁷ Tal lo que resulta del art. 4° incs. b) y h).

⁵⁸ Art. 6°.

⁵⁹ Particularmente representativo resulta el Informe Especial del TCE (Tribunal de Cuentas Europeo), intitulado “Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión”, N° 10/2015.

cargas financieras que de la implementación de tales técnicas se derivan⁶⁰. No obstante ello, las mismas son factibles de reportar una gran utilidad en economías emergentes como la de Argentina, y esto por un doble orden de consideraciones.

De un lado por la crónica insuficiencia de recursos que permitan concretar la totalidad de la infraestructura necesaria para un desarrollo armónico tanto desde el punto de vista del crecimiento económico cuanto social, y por el otro a la luz de los actuales mecanismos que se están dando en la instrumentación de infraestructuras públicas; donde y aprovechando la superior capacidad técnica existente en el ámbito privado, el encargo no se limita ya a la concreción de una obra cuya ejecución viene trazada por la Administración sino que se deja deferido al contratista la determinación del “como” plasmar el proyecto que el Estado pretende implementar⁶¹.

IV.- LA PERSPECTIVA CLÁSICA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

1.- LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL MOLDE NORMATIVO TRADICIONAL

El molde contractual clásico de obra pública, tipificado como “contrato de obra pública” y regulado por vieja ley nacional 13.064, partía de los siguientes elementos estructurantes: a) un tipo de obra de escasa complejidad técnica, al punto que la misma por regla era diseñada por la Administración y podía ser ejecutada por sí o por terceros⁶²; b) con plazos de ejecución de escasos a moderados y que no comportaban ingentes cantidades de recursos públicos a afectar; c) siendo el financiamiento en todos los supuestos a cargo del tesoro; d) sobre quien recaía a su vez el costeo final de la obra, ya que su repago por los usuarios estaba asociado a otro tipo contractual, como era la concesión de obra pública.

Ello implicaba *la ausencia de una asignación efectiva de riesgos al particular*, los que recaían preponderantemente en el Estado⁶³, quien – y al margen del sistema de ejecución utilizado⁶⁴ – dada la metodología de certificación por grado de avance aplicable en todos los casos generaba, para lo que aquí interesa resaltar, una doble consecuencia:

⁶⁰ Ver en igual sentido a FANELLI EVANS G. E., en “La financiación de concesiones de obras y de servicios públicos”, publicado en LL., T. 1998- D, 958.

⁶¹ Esto en línea con la modalidad seleccional de los “diálogos competitivos” que la ley 27.328 prevé, a la cual se ha hecho referencia anteriormente en el punto III.2.b del presente trabajo.

⁶² Art. 3 Ley 13.064 *a contrario*.

⁶³ Ver en este sentido, entre otros, a MARIENHOFF M. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, p. 556 y ss; ESCOLA H. J., “Tratado integral de los Contratos Administrativos”, vol. II, Depalma. Bs. As., 1979, p. 192; DIEZ M., “Derecho Administrativo”, t. III, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, ps. 32 y ss; MÓ F., “Régimen Legal de las obras públicas”, 2º edición actualizada y aumentada, Depalma, 1982, ps. 25 y ss; BARRA R. C., “Contrato de obra pública”, t. 1, Ábaco, ps. 56 y ss., especialmente p. 58; y GRANILLO OCAMPO R. E., “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”, Astrea. Bs. As., 1990, ps. 47 y ss.

⁶⁴ Ajuste alzado, unidad de medida o coste y costas.

- a) que el financiamiento en la faz constructiva estuviese a cargo del erario público, ya que frente a cada porción de la obra ejecutada se liquidaba el correspondiente certificado (lo que excluía la traslación de la carga financiera); y
- b) al estar al tanto la Administración de lo efectivamente ejecutado frente a cada certificación realizada (y aun cuando prevenga en cada uno que su emisión no implica conformidad con la parcela de la prestación ejecutada) no poder alegar luego desconocimiento de aquello que verificó, lo que llevó a un importante sector de la doctrinaria clásica a postular que el contratista tenía un verdadero “derecho” a que la obra le sea recibida, circunstancia que diluía al fin de cuentas la transferencia del riesgo de ejecución.

Si bien el tipo de obra que encajaba en el molde contractual clásico no desapareció, este último se vio desbordado por alternativas contractuales que sin llegar a la complejidad que supone un proyecto PPP, cuanto menos permiten una efectiva compartición de riesgos con el particular. Y así, la esencial *modulabilidad* del derecho público en general y de la contratación administrativa como manifestación sustantiva del régimen exorbitante del derecho administrativo en particular, llevo a que se abriesen camino los nuevos mecanismos contractuales incluso respecto de las prestaciones constructivas de antaño, pero generando en su ámbito un traspaso de riesgos que aunque moderado rompe con el dogma clásico vigente en la materia, principalmente a través de la proyección tanto del riesgo de ejecución como del financiamiento en cabeza del particular⁶⁵.

Es así que autores como Valcárcel Fernández advierten, por caso y en la construcción de un tipo de obra tan elemental como las carreteras, que estas no solo pueden ser concretadas bajo los moldes contractuales históricos sino también a través de las más modernas técnicas sinalagmáticas que ingresan bajo el género PPP (vg. shadow toll), debiendo siempre – claro está – ser utilizadas a conciencia y con el *due diligence* necesario⁶⁶. Como puede advertirse, la perspectiva tradicional seguida para la realización de estas últimas (la cual suponía la utilización del contrato de obra pública con las peculiaridades que el mismo presenta en cuanto a la naturaleza de los fondos utilizados y al reparto en los riesgos⁶⁷), terminó cediendo en pos de mecanismos que responden más acabadamente a las características que presenta la distribución de

⁶⁵ Como lo ha expresado acertadamente Gordillo, las constantes dificultades económicas y fiscales han hecho que “...se deba abandonar en parte la figura del contrato de obra pública como construcción hecha con fondos del tesoro de la Nación...” (Ver en GORDILLO A., op. cit. Cap. II, pto. 1.5. Ver en similar sentido a DRUETTA R., “El contrato de obra pública”, en AAVV “El Derecho Administrativo Argentino, Hoy”, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 316 y ss). En similar sentido ha manifestado ARIÑO ORTIZ en relación al caso español que existen en dicha nación “tal cúmulo de gastos sociales y asistenciales que queda poco dinero para ser invertido en capital fijo de la Nación, que eso son las carreteras, los puentes, los túneles, los puertos, los aeropuertos, los canales, los pantanos, las presas, las instalaciones eléctricas, los ferrocarriles, etc.” (Ver en “La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas”, pp. cit. p. 21).

⁶⁶ Ver en “Las Infraestructuras del transporte terrestre (I): las carreteras”, en AAVV Libro Régimen jurídico de los transportes terrestres, (Dir. Prof. Pablo Menéndez García), Aranzadi Thomson- Reuters (Colección Grandes Tratados Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 999-1080. ISBN: 978-84-9059-482-7.

⁶⁷ Ver por ello lo dicho *supra*.

capacidades así como de recursos en la estructura presupuestaria de los Estados en la actualidad.

Y esto último se presenta como imperioso cuando la consideración se centra en países emergentes, donde la falta de medios para atender al desarrollo infraestructural resulta potenciada debido a la necesidad de destinar una mayor cantidad de fondos para paliar las necesidades sociales básicas, generalmente relacionadas con la subsistencia misma de la persona. Es en esa línea que, aun cuando sin suprimir los tipos contractuales clásicos (vg. contrato de obra pública y concesión de obra pública), la nueva ley 27.328 deja abierta la posibilidad de realizar contratos *Taylor Made*, circunstancia que permite adaptar la premisa de base de la que parte (la efectiva compartición de riesgos) a proyectos de la más variada índole⁶⁸, lo que de así ocurrir impactará – por lógica consecuencia – en la aplicación modulada de la Ley PPP, la que en tal caso regirá en lo que sea necesario ponderando las menores exigencias resultantes por el tipo de prestación a realizar.

V.- NUEVOS MECANISMOS DE GESTIÓN Y FINANCIACIÓN DE OBRA PÚBLICA. SU INSERCIÓN EN EL ENTORNO DE LA LEY PPP ARGENTINA Y LAS PREVISIONES COMPLEMENTARIAS QUE LA MISMA ESTABLECE

1.- CONSIDERACIONES LIMINARES

Por lo expuesto hasta el momento se presentaba como imperioso recurrir a nuevas fórmulas en materia de gestión y financiación de infraestructuras públicas, las cuales pueden llegar a permitir su realización no solo desde el punto de vista técnico sino además sin hacer cargar al erario público sus costes⁶⁹, o bien difiriendo su pago para un momento ulterior al de su realización. En este sentido son múltiples las técnicas jurídico- económicas de las cuales puede echarse mano, siendo que de su utilización ya ha dado cuenta – en la generalidad de los casos – la experiencia comparada. No obstante lo cual y antes de ensayar una caracterización de las mismas varias aclaraciones se imponen.

Primeramente que mientras no existan obstáculos impuestos por el ordenamiento jurídico el límite para la creación y utilización de fórmulas de gestión y financiación de obras públicas viene dado por la propia imaginación, lo que – se insiste – la propia Ley PPP deja abierto como posibilidad en virtud de la previsión contenida en el anteúltimo párrafo de su art. 1°. Además y en tanto la naturaleza de los institutos a utilizar lo permita, nada impide que las fórmulas que seguidamente se desarrollarán sean combinadas entre sí, para lo cual deberá tenerse en cuenta asimismo el tipo de

⁶⁸ Esto es lo que se colige de su mismísimo artículo 1°, que en su anteúltimo párrafo se encarga de aclarar que “El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia”.

⁶⁹ No debe perderse de vista aquí lo dicho antes en el sentido que no existen obras gratuitas, siendo que ellas en última instancia siempre van a ser pagadas por los particulares, ya sea en su carácter de usuarios o contribuyentes.

infraestructura a realizar, en cuanto a si la misma es factible de generar rentabilidad económica o solamente social.

Es aquí donde surge la posibilidad de aplicar técnicas que si bien son habituales en las relaciones de derecho privado nada obsta a que puedan ser traspoladas a los vínculos regidos por el derecho público, aunque llevando a cabo las adaptaciones que sean necesarias⁷⁰, ya que con las mismas se puede coadyuvar a la generación de una mayor previsibilidad, con la consecuente reducción de costes asociada⁷¹.

Ello en tanto constituye un axioma en materia de inversión que a mayor incertidumbre superior es el rinde esperado en el inversor; lo que, trasvasado al ámbito de la APP, supone un consecuente encarecimiento del emprendimiento cuando no lisa y llanamente la imposibilidad de su concreción, por falta de interés del sector privado en participar dada la escasa y/ o nula confianza que le genera el Estado que intenta llevarlo a cabo. De allí que también devenga esencial la búsqueda de un adecuado equilibrio en torno a los riesgos que pretenden endilgarse al ámbito privado, ya que un exceso en dicho trasvase importa socavar las bases mismas de la filosofía APP, tal y como se dejara expuesto⁷².

Respecto de lo antes manifestado, si bien es cierto que la Administración se halla supeditada – en lo que a su obrar respecta – a la observancia del principio de la vinculación positiva al ordenamiento jurídico, no pudiendo como regla actuar en tanto no exista norma que le atribuya competencia en forma expresa o razonablemente implícita, en la actualidad y como ya lo habían anticipado oportunamente Linares⁷³ y Cassagne⁷⁴ y más recientemente Comadira⁷⁵, existe una tendencia a admitir en el ámbito del derecho público que los organismos gubernamentales realicen todo cuanto no se encuentre expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, siempre que el obrar se vincule con la administración organizacional y/ o prestacional.

Y esto que se expone constituye uno de los grandes tópicos no lo suficientemente tratado y cuya centralidad es vital. En esta línea, se ha debatido y mucho acerca de la influencia del *soft law* en la contratación privada⁷⁶ como proyección de los principios

⁷⁰ Lo que puede reportar aquello que hemos dado en llamar contratos de naturaleza mixta. Ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 21/22.

⁷¹ Ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 63 y ss.

⁷² En igual línea VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, cit. anteriormente. Ver asimismo lo dicho anteriormente en el punto III.2.c.

⁷³ Puede verse su “Derecho Administrativo”, 1ª reimpression, Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 228 y ss.

⁷⁴ Ver en su “Curso de Derecho Administrativo”, t. 1, 10 edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2011, ps. 206 y ss.

⁷⁵ COMADIRA J., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida de control judicial”. ED. Suplemento de Dcho. Administrativo de fecha 29/3/2000, ps. 1 y ss.

⁷⁶ El denominado *soft law* en su vocablo inglés, supone aquél derecho amplio, flexible y no necesariamente vinculante, que involucra aquellas reglas de conducta o guías que son forjadas generalmente por Organismos Internacionales y que pueden ser tomadas como referencia o aceptadas específicamente por los sujetos interesados, las cuales coadyuvan a la estandarización de las condiciones de base a regir en los diferentes modelos contractuales, con el consiguiente valor agregado que ello aporta

del derecho internacional, pero muy poco de esa influencia se ha plasmado en la eventual incidencia que puede llegar a tener ese derecho referencial en la contratación pública. Sobre este menester cabe mencionar que de un tiempo a esta parte se produjo un movimiento dado en llamar como “Gobernanza” o “buen gobierno”, que parte de generar una interacción simplificada entre el Estado y los particulares de modo de lograr la prestación de un servicio más eficiente, eficaz y económico⁷⁷.

Se trata al fin de cuentas de una derivación del “Gobierno”, entendido este en el sentido de fijación del norte o dirección que se le da a una estructura estadual que pretende servir de la mejor manera a la población, fijando en dicho sentido las líneas de impulso en pos de lograrlo, pero aplicando en su ámbito de manera estricta las tres “E” de la economía para alcanzar un resultado que curse los más altos estándares de calidad y cantidad de cara a satisfacer las necesidades generales de la población, lo que inexorablemente conlleva adaptaciones desde el punto de vista regulatorio⁷⁸.

Lo que se expone es así muy en particular en materia de obras públicas, las cuales son los bienes físicos que sirven de manera directa e inmediata para la mejora en la calidad de vida de persona como centro de la gestión estadual⁷⁹, circunstancia que ha llevado a la doctrina a afirmar que toda obra pública genera rentabilidad social, sirviendo incluso como mecanismo de igualación de los derechos de la ciudadanía a través de generalizar el acceso a las prestaciones básicas⁸⁰.

Fue en ese marco que la CEPAL manifestó como uno de los principales desafíos en materia de obras públicas a la correcta gestión de las mismas, que en los casos de una respuesta inconveniente origina una escasez conocida en la literatura como la brecha de infraestructura, manifestando en esa línea la citada Comisión de la ONU que cerrar dicha brecha constituye uno de los grandes desafíos de América Latina y el Caribe, siendo que los efectos positivos de la adecuada gestión de infraestructura se maximizan cuando son acompañados de los arreglos regulatorios, organizacionales e institucionales adecuados para su desempeño⁸¹.

La gobernanza ha sido objeto de aplicación – tal la recomendación de la CEPAL – al ámbito de la contratación pública, conforme dan cuenta múltiples desarrollos a nivel comparado y que han abierto camino a través del ya mencionado *soft law*, que es el derecho referencial extraído de los organismos internacionales y/ o comunitarios

a la certidumbre en las relaciones que se rigen por las mismas (Ampliar en ALEGRÍA H., “El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”, op. cit. p. 2).

⁷⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ J. J., “Gestión pública y governance”, 2a. ed., Toluca, Instituto de Administración Pública del Estado de México, 2006.

⁷⁸ GARCÍA VILLARREAL J. P. (2010), “Prácticas y Políticas Exitosas para Promover la Mejora Regulatoria y el Emprendimiento a Nivel Subnacional”, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Gobernanza Pública, 2010/18, Publicación de la OCDE.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J., “El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, RAP N° 408, ps. 11 y ss.

⁸⁰ VILLEGAS- SOUZA- SUCAPUCA, “El desarrollo de infraestructura como indicador de crecimiento de un país”, FLAE, Nov. 2013.

⁸¹ CEPAL, “Aportes para un diagnóstico sobre las restricciones al desarrollo y a una integración económica más profunda”, Boletín Fal N° 287, 2010, Santiago, Chile.

dispuesto para estandarizar procedimientos de modo de generar eficiencia, transparencia y seguridad jurídica⁸², pudiendo citarse como ejemplos recientes las normas estandarizadas en materia de selección de contratistas estatales de la OMC (Acuerdo sobre Contratación Pública, del 30/03/12 y modificatorios) así como de la Unión Europea, esta última conforme las directivas 2014-23, 2014-24 y 2014-25⁸³.

La doctrina brega en la actualidad por la aplicación de las buenas prácticas a la faz de la seleccionabilidad pública, estableciendo procedimientos simples, efectivos y económicos que se correspondan con idénticos principios que imperan en los derroteros administrativos, de modo de asegurar la contratación con el oferente que habiendo acreditado idoneidad técnica y económica realice la oferta más conveniente, pero sin que ello vaya en desmedro de los plazos de contratación ni acotando la cantidad de interesados que puedan participar de los mismos en competencia.

Esas buenas prácticas, en el contexto del derecho referencial antes indicado, han tenido clara recepción en el derecho comparado y muy especialmente en el viejo continente, donde las administraciones públicas europeas están replanteándose cómo deben usar los criterios sociales en los procesos de licitación al objeto de definir su aplicación de manera más efectiva, de modo de alcanzar la implementación de la contratación pública socialmente responsable (CPSR), que parte de la mentada centralidad humana como fin en derredor al cual deben pensarse los procedimientos, ya que al fin de cuentas a partir de estos últimos se satisfacen parte de las necesidades de mayor vitalidad de la población⁸⁴.

La aplicación de las buenas prácticas a la contratación administrativa no solo tiene - conforme lo expuesto - un claro reflejo a nivel comparado sino en los países de América, donde ha empezado a abrirse camino la recepción del derecho global de la Administración para lograr una actuación más racional, eficiente, transparente, contestable, sujeta a la Ley, como condiciones básicas para el intercambio de bienes y servicios y – fundamentalmente – para facilitar las inversiones extranjeras⁸⁵, experiencia que ya comenzó a tener andamiaje en la Argentina conforme dan cuenta los Decretos PEN nros. 434/2016, 27/2018 y normativa complementaria y concordante⁸⁶.

⁸² AGUILAR VALDEZ O., en su artículo “Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas”, en *Summa de Derecho Administrativo*, t. 1, La Ley, Bs. As., 2013, ps. 87 y ss.

⁸³ Ver por todo a MORENO MOLINA J., “El Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva de la Unión Europea 2014/24”, en *Contratación Administrativa Práctica*, N° 140, Sección Reflexiones, La Ley, Nov. 2015.

⁸⁴ LANDMARK y World Economy, Ecology & Development, *Buenas Prácticas en Contratación Pública Responsable*, (WEED e.V.), 2012.

⁸⁵ GALLI M., “La buena administración en la contratación pública Argentina”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica Universidad Castilla La Mancha*, Wolters Kluwer, 2018, nro. 158.

⁸⁶ Lo que para el ámbito de la obra pública resultó en la implementación del régimen CONTRAT.AR, que constituye un sistema electrónico destinado a la contratación de infraestructuras y cuyo objeto esencial es – entre otros - aumentar la transparencia y eficiencia en la gestión de las obras públicas, generando mayor competitividad entre los constructores y proyectando una mayor transparencia e información a la ciudadanía.

Continuando con el análisis, en sentido conteste con los principios que informan el *soft law* antes mencionado se propone de un tiempo a esta parte para la administración prestacional – principalmente a través de los aportes de la dogmática alemana – una atadura negativa con el bloque normativo aplicable⁸⁷, lo que permite introducir en la contratación pública esas guías referenciales creadas por Organizaciones Internacionales; ya que dicha estandarización, sumada a la racionalidad de los principios que contienen, contribuye a la generación de seguridad jurídica, *factotum* determinante – como se vio – cuando se intenta promover la participación privada en emprendimientos públicos de gran envergadura, con la consecuente complejidad técnica asociada y la necesidad de aporte financiero paraestatal.

Como bien lo pone de manifiesto Cassagne, “Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no sólo porque éste es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras”⁸⁸.

2. -LOS ELEMENTOS A CONSIDERAR PARA LA CLASIFICACIÓN DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Entrando ya a las diferentes modalidades contractuales para la concreción de obras públicas, hemos ensayado una clasificación que intenta aprehender dos de los aspectos más importantes que la APP involucra, como son los riesgos a asumir por el contratista privado y vinculado a esto la eventual carga financiera que puede llegar a imponérsele; lo que nos llevó a efectuar un deslinde siguiendo un doble criterio: la naturaleza de los fondos aportados y la compartición de riesgos que la técnica utilizada represente.

Por virtud del primero las formas se dividen en:

- Extra- presupuestarias: refiere a aquellas obras que se realizan con fondos que no provienen del erario público. Dentro de la presente categoría se adscribe la paradigmática figura de la concesión.
- Presupuestarias: son aquellas cuyo desarrollo supone la afectación de recursos públicos, la que a su vez admite una sub-clasificación según la temporalidad de la erogación. Así, debemos distinguir entre las que importan una disposición de fondos actual, de aquellas que suponen una disposición diferida. Dentro de esta última tipología encontramos al “shadow toll” (o peaje en la sombra), los contratos “llave en mano”, y la concesión con financiación compartida (subvención).

⁸⁷ Lo que implica que la Administración quedaría habilitada a hacer todo lo que las normas no prohíban, aún cuando ello lleve a inaplicar las disposiciones contenidas en las legislaciones regulatorias del tipo de prestación a ejecutar, las cuales – y al igual que lo que acontece en el derecho privado – pasarían a ser de aplicación subsidiaria para todo lo no previsto en el contrato.

⁸⁸ Ver en su “Curso de Derecho Administrativo”, t. I, op. cit. ps. 537/8.

Por su parte y desde el punto de vista de la compartición de riesgos, las figuras admiten la siguiente clasificación:

- Pura: por virtud de la presente los riesgos son asumidos preponderantemente, bien por la Administración Pública (a este tipo responde el tradicional contrato de obra pública⁸⁹, así como el denominado “modelo Español”⁹⁰), bien por el particular (concesión)⁹¹.
- Mixta: la que supone un reparto entre el sector público y el privado de los principales riesgos que pueden identificarse en tipologías contractuales de la especie, a los cuales seguidamente haremos referencia. Bajo la presente categoría quedan incluidas la concesión con riesgos compartidos (garantía de rentabilidad mínima), el “shadow toll” (o peaje en la sombra) y los contratos “llave en mano”.

Ahora, la primera aclaración que cabe es que la APP no resulta excluyente de esta última sub-especie (mixta), sino que también puede encontrarse en la primera (pura) a través de la figura de la concesión⁹². No obstante lo cual, la última categoría clasificatoria ensayada⁹³ nos enfrenta ante otra problemática cuya dilucidación es relevante si se quiere aprehender de manera adecuada las bases de las que se parte en la APP.

En efecto, en tanto dijimos que a través de esta última lo que se busca es obtener del sector privado una participación en pos de concretar emprendimientos de relevancia para el interés general, proyectando para eso riesgos que en el contrato de obra pública tradicional se encontraban en cabeza de la Administración, una adecuada identificación

⁸⁹ No se nos escapa que un sector de la doctrina clásica consideró, en forma sostenida, que la obra pública suponía un contrato administrativo que el particular realizaba a su riesgo y ventura (Se expiden en este sentido, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R., “Curso de Derecho Administrativo”, t. I, Civitas, Madrid, 1997, ps. 738 y ss). Sin embargo, estamos con aquellos que sostienen que tal carácter no existe bajo el formato del contrato de obra pública tradicional (Ver en este sentido, entre otros, a MARIENHOFF M. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, op. cit. T. III- B, p. 556 y ss.; ESCOLA H. J., “Tratado integral de los Contratos Administrativos”, vol. II, Depalma, Buenos Aires, p. 192; DIEZ M. M., “Derecho Administrativo”, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, ps. 32 y ss.; MÓ F., “Régimen Legal de las obras públicas”, 2ª edición actualizada y aumentada, Depalma, 1982, ps. 25 y ss; BARRA R. C., “Contrato de obra pública”, t. I, Ábaco, ps. 56 y ss., especialmente p. 58; y GRANILLO OCAMPO R. E., “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”, Astrea, Buenos Aires, 1990, ps. 47 y ss).

⁹⁰ Sin perjuicio de incluirla en la presente categoría, dejamos hecha la salvedad que – tal como se verá mas abajo – por virtud de dicha técnica puede disponerse la participación de capital privado, lo cual nos dejaría en tal caso ante un supuesto de participación público- privada.

⁹¹ Ello tomando en consideración la posición que asumimos en cuanto a la presente técnica contractual y que dejamos plasmada a lo largo del presente, que parte de imprimirle a dicha técnica una visión “actual”.

⁹² Con esa mención dejamos bien precisada la clasificación ensayada y con ello lo oportunamente expuesto en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras” citada, dada la confusión que en esta última se podía ocasionar al mencionarse que la compartición de riesgos (o APP) existía en la especie “mixta”, no quedando allí lo suficientemente claro – lo que aprovechamos para despejar en el presente - que dicha compartición puede ser también encontrada en las técnicas que integran la forma “pura” (vr. en particular la concesión), diferenciándose ambas especies según el volumen de aleas que se proyectan al sector privado.

⁹³ Nos referimos a aquella que deslinda según los riesgos a asumir por el contratista en el contrato público respectivo.

de los antedichos deviene central para que los particulares que pretendan intervenir sepan a que tendrán que atenerse, lo que a su vez se impone por razones de seguridad jurídica.

De allí la utilidad de identificar los principales aleas que pueden presentarse y que son factibles de ser trasvasados al contratista en un marco de “razonabilidad negocial”, los cuales pueden agruparse en 3 grandes categorías: a) riesgo de ejecución; b) riesgo de demanda; y c) riesgo financiero. Tal como se verá, el alcance de cada uno de ellos puede llegar a depender a su vez del tipo de tarea que se encomienda al particular, debiendo considerarse en su caso la cantidad y calidad del requerimiento prestacional que se ponga en cabeza del mismo.

Por el primero, se comprende el alea técnica de desenvolver aquello que se contrata conforme los estándares dispuestos en la documentación contractual, los cuales a su vez podrán cubrir un amplio espectro en lo que hace al alcance de la tarea encargada. Así, bien podría requerirse del privado no solo la concreción de un proyecto desenvuelto *ex ante* por la Administración, sino también que el diseño del bien a construir sea llevado a cabo por el contratista, pudiendo incluso asignársele su posterior mantenimiento y operación.

El segundo (de demanda), que involucra precisamente esta última hipótesis a la que se ha hecho referencia (explotación de la infraestructura construida), refiere al riesgo resultante de que se den las cantidades de uso proyectadas para la obra a los fines de obtener el repago de lo invertido, lo que a su vez dependerá de la rentabilidad que la misma sea capaz de generar. Y por el tercero (financiero), se produce la traslación de la carga de solventar el coste de realización de la obra, con todo lo que ello supone en cuanto a la liberación de las arcas públicas, aunque más no sea por el interregno que dure su construcción, dependiendo de la técnica de gestión utilizada.

Antes de ingresar al tratamiento de estas últimas y a modo de aclaración final de lo hasta aquí desarrollado corresponde dejar efectuadas tres salvedades: en primer término que las diferentes formas que se han dejado expuestas al ensayar la clasificación intentada no constituyen compartimientos estancos sino que admiten combinaciones recíprocas, de modo que puede darse el caso de existir compartición de riesgos aún cuando el repago final de la infraestructura percute contra el Fisco. En línea con esto, no debe confundirse modalidades contractuales de gestión de obra con financiación, ya que esta constituye una carga factible de ser asumida en su ámbito y que a su vez hace necesario discurrir por técnicas específicas (vr. la titulización y/ o el Project Finance, entre otras)⁹⁴.

Lo dicho no empece a que existan instrumentos que puedan llegar a cumplir un rol complementario de tipo asegurativo⁹⁵, cuando por su utilización en la faz instrumental se culmina dotando de una mayor certidumbre a la relación, lo que coadyuva a la

⁹⁴ Ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 63 y ss.

⁹⁵ O hasta incluso uno dual, no ya solo asegurativo sino financiero, al permitir un afianzamiento de la seguridad jurídica al sector privado interviniente a la vez que la obtención anticipada de los fondos necesarios para realizar la obra, cuando se hubiere endilgado este último álea al particular contratista.

disminución de los costes de financiamiento del emprendimiento respectivo; tal lo que acontece con figuras como los derechos reales administrativos, el leasing, el fideicomiso, la cesión del contrato por el contratista como técnica de afianzamiento respecto de quienes adelantan los fondos para su concreción (generalmente vinculados al sector financiero), y hasta la constitución de seguros⁹⁶.

3.- LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN DE OBRA EN PARTICULAR

Sin bien no es del caso explayarse aquí acabadamente por las características que puede presentar las técnicas de gestión de obra pública que la práctica internacional ha impuesto, ni mucho menos agotar las variadas alternativas que en el ámbito comparado se han ensayado, intentaremos cuanto menos en lo que sigue dejar expuestas aquellas más representativas y que se corresponden con los criterios de distinción a los que antes hemos hecho referencia, con la única intención de reflejar las posibilidades que pueden insertarse en el entorno de la APP.

Partiendo de dicha premisa nos referiremos someramente a la concesión de obra pública (vista esta desde un enfoque actual), el shadow toll, el modelo alemán (o llave en mano) y el denominado modelo español, con el único afán de dejar identificados en su ámbito cuales son – de las tipologías de riesgos factibles de ser traspolados en el entorno comercial de la colaboración o asociación público privada – aquellos que efectivamente se proyectan al contratista en cada una de esas modalidades, para luego hacer una referencia en cuanto a la posibilidad de su aprehensión al amparo del nuevo contrato APP que la ley 27.328 aprueba.

A) La concesión de obra pública

Por virtud de la presente el contratista asume la obligación no solo de construir y mantener una obra determinada (riesgo de ejecución) sino también la carga de financiar los costes que tales trabajos insuman (riesgo financiero), siendo la contraprestación recibida por las tareas efectuadas el peaje que a su respecto abonan los usuarios de la obra respectiva o la contribución de mejoras por parte de los beneficiarios de las mismas luego de concluida su realización, quedando consecuentemente la explotación de la infraestructura a cargo del particular (riesgo de demanda). De allí que la viabilidad de este mecanismo quede sujeta a las características de la obra a realizar, la cual debe ser una con capacidad para generar rentabilidad económica y no solo social.

Esta modalidad, prevista y utilizada en regímenes comparados, se halla regulada en el orden nacional por la Ley N° 17.520⁹⁷, la cual no obstante en la visión dada por la doctrina tradicional local fue concebida – conforme ya se hiciera referencia – como una mera variante del contrato de obra pública calificada por la modalidad de repago pero dentro de cuyo ámbito no existía transferencia efectiva de riesgos, al punto de haberse

⁹⁶ Ver lo que decimos en el punto V.4 del presente trabajo.

⁹⁷ Norma esta que contempla diversas modalidades: a) onerosa, en donde el concesionario se obliga a efectuar una contribución en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado; b) gratuita; y c) subvencionada, ya sea con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el período de la explotación, reintegrables o no al Estado.

entendido que existía un deber de garantía tácito por parte del Estado para el supuesto que no se cumplieran con las proyecciones de uso de la infraestructura, de modo que quede el contratista impedido de reparar la inversión realizada⁹⁸.

La presente técnica constituye - en lo que a su naturaleza jurídica respecta - un verdadero contrato administrativo, de conformidad con lo sostenido tanto por la doctrina⁹⁹ cuanto por la CSJN¹⁰⁰, temperamento este que por otra parte resulta asimismo del Reglamento delegado N° 1023/01¹⁰¹. Esta técnica no trae aparejada, en principio¹⁰², utilización de fondos presupuestarios ni supone compartición de riesgos con el sector público; asumiendo el concesionario los riesgos técnicos y económicos tanto en la fase de construcción de la obra cuanto en la de ejecución, así como también aquellos relativos a la viabilidad comercial del proyecto en la faz de explotación¹⁰³, siendo incluso simbiótico con la misma la posibilidad de endilgarle al contratista el diseño de la obra a construir¹⁰⁴.

Lo expuesto constituye una de las características propias que derivan de la presente modalidad contractual, por cuanto y dado que la asunción de los riesgos recae preponderantemente en el contratista, tal circunstancia impide - a nuestro juicio - considerarla como una mera variante del contrato de obra pública tradicional particularizada por la forma en que se abona el precio, ya que en este último, como se ha dejado visto, los riesgos son asumidos principalmente por la Administración comitente.

⁹⁸ Ampliar en nuestra obra “Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)”, op. cit. ps. 31 y ss., esp. ps. 33/34. En la misma línea que hemos propiciado, la ley 27.328, si bien contempla la posibilidad de fijar contractualmente una garantía de ingresos mínimos deja bien en claro que ello constituye una alternativa por la que el Estado puede optar, al quedar deferida dicha posibilidad a la volición del ente contratante al momento de elaborar la documentación contractual (art. 9 inc. k).

⁹⁹ Por la naturaleza contractual de la concesión se expiden, entre otros, CASSAGNE J. C., en “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis Abeledo- Perrot, 7° edición. T. II, ps. 338 y ss.; MARIENHOFF M., “Tratado de Derecho Administrativo”, op. cit. T. III- B, ps. 538 y ss; DIEZ M. M., en “Derecho Administrativo”, Tomo III, op. cit. págs. 126 y ss.; BARRA R. C., “Contrato de Obra Pública, T. 1., op. cit. ps. 305 y ss y BANDEIRA DE MELLO C. A., en “Curso de Derecho Administrativo”. 4ª edición revisada y ampliada. Editorial Malheiros. Págs. 327 y ss.

¹⁰⁰ Tal postura fue sostenida por la CSJN, bien que para la concesión de servicio público. Ver autos “Meridiano” Fallos 301: 292 y “Almacenes del Plata” Fallos 311: 2386.

¹⁰¹ Esto así, en tanto dicho plexo establece en su art. 4 como *contratos comprendidos* en el régimen que la norma en cuestión dispone a la concesión de uso de bienes del dominio público (inc a) y a las concesiones de obras y de servicios públicos (inc. b).

¹⁰² Salvedad esta que se deja efectuada ya que puede ocurrir que el coste sea sufragado en parte por el Estado, conforme las alternativas que se exponen seguidamente en el presente punto y que implican, bien el aporte de recursos públicos (subvención), o la fijación de una garantía de rentabilidad mínima por parte del Concedente.

¹⁰³ Ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 33 y ss.

¹⁰⁴ En igual sentido ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., “Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada”, op. cit. p. 13; y VASSALLO MAGRO J. M. y IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ R., “Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España”, op. cit. p. 105.

Cierto es reconocer que un importante sector de la doctrina tradicional ya calificaba al contrato de concesión de obra pública como aleatorio¹⁰⁵. Sin embargo, dicha consideración se hallaba reducida a la contraprestación a percibir por el contratista en virtud del uso que de la infraestructura hagan los particulares (riesgo de demanda), sin tomar en cuenta las restantes contingencias que bajo la modalidad en trato asume el particular con relación al proyecto cuyo desarrollo se pretende (riesgos financiero y de ejecución), aún cuando ellas puedan llegar a repercutir en la retribución por la tarea efectuada.

El éxito del emprendimiento dependerá pues del flujo de usuarios estimado, siendo en consecuencia necesaria la realización - por parte del concesionario - de un estudio concienzudo (*due diligence*) acerca de la futura rentabilidad que el proyecto a desarrollar será capaz de generar, ya que a esta última circunstancia va a quedar sujeta tanto la cobertura de los costes incurridos en la ejecución de la obra como la obtención del margen de utilidad en su favor por la labor desempeñada.

Si bien la característica expuesta en materia de asunción de riesgos es dable de ser morigerada, pudiendo establecerse – entre otras formas – la aportación de fondos por la Administración Pública (subvención) o bien el establecimiento de una garantía de rentabilidad mínima, para que tal circunstancia ocurra se requiere una previsión expresa formulada por la Administración en la documentación contractual¹⁰⁶. De lo contrario, es el particular quien cargará con el riesgo que la proyección hipotética de potenciales usuarios de la infraestructura efectivamente se produzca. Y si bien la estimación de estos últimos otorga cierta previsibilidad inicial que viabiliza la participación de los particulares en la contratación intentada, existen múltiples factores integrantes del riesgo comercial a asumir que hacen factible – pero no seguro – que la previsión realizada ocurra.

No obstante lo expuesto debe reconocerse que el concesionario no se encuentra absolutamente desprotegido, esto por la ya mencionada garantía de mantenimiento de la ecuación económica- financiera, que deja al contratista a cubierto de ciertas contingencias ya sea imputables a la Administración concedente (vg. *ius variandi*, hechos del príncipe, etc.), o bien derivadas de la economía en general (vg. teoría de la imprevisión, mayores costos y dificultades materiales imprevistas). Más, como también se ha dejado visto antes de ahora, su vigencia no es irrestricta sino con el alcance que resulta de las propias características de la modalidad contractual bajo análisis¹⁰⁷.

Respecto de la presente tipología contractual y para finalizar, dado lo ya mencionado en el sentido que muchas legislaciones comparadas – y que sirven en el marco del derecho referencial o *soft law* – adoptan el modelo PPP a través de la figura de la concesión, que no ha sido el caso Argentino, donde como se expuso se mantuvo la anterior (concesión)

¹⁰⁵ Entre otros DIEZ M., “Manual de derecho administrativo”, Plus Ultra, Bs. As., 1977, T. I, ps. 436/7, citado por BEZZI, quien se expide en igual sentido (Ver en “El contrato de obra pública”, op. cit. págs. 383 y ss).

¹⁰⁶ Esta línea es la que sigue a su vez ley APP objeto de comentario, conforme lo manifestado anteriormente en el presente punto y sin perjuicio de lo exponemos en el punto V.4.

¹⁰⁷ Ver en “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 36 y ss.

a la par que se generó el contrato de PPP para dejar bien en claro que en su ámbito sí iba a producirse la efectiva transferencia de riesgos, deberá tenerse ello presente por cuanto será en la Argentina este último molde (el del contrato PPP) aquél bajo el cual se podrán proyectar riesgos sin más límite que el de la razonabilidad comercial a partir de la prestación que pretenda estructurarse en su ámbito, lo que implicará la posibilidad de volcar en su ámbito no solo a la concesión (entendida en sentido actual) sino las restantes tipologías que a continuación se mencionarán, ello a partir del principio de flexibilidad (Taylor made) que la ley 27.328 consagra en su art. 1.

B) Shadow toll (Peaje en la sombra)

Esta técnica, también llamada modelo inglés¹⁰⁸, si bien coincide en lo sustancial con la anterior difiere en el sujeto obligado al pago de la contraprestación a favor del concesionario, ya que el mismo no recaerá – en principio – en los usuarios de la obra proyectada sino sobre la Administración comitente, ya sea total o parcialmente. El canon a pagar por el Estado dependerá, a su vez y en coincidencia con el modelo concesional, de la cantidad de usuarios que utilicen la respectiva infraestructura.

A la luz de la clasificación ensayada la presente técnica¹⁰⁹ supone – desde el punto de vista de la naturaleza de los fondos aportados – la utilización de recursos presupuestarios, bien que su erogación se encuentra diferida en el tiempo. Ello por cuanto los costos que la construcción y mantenimiento de la obra genera recaen, en última instancia¹¹⁰, en el erario público. Sin perjuicio de lo expuesto nada impide que las unidades de uso a abonar sean compartidas por la Administración y los usuarios de la obra respectiva¹¹¹, supuesto en el cual la presente forma de contratación se confunde con la concesión de obra pública con financiación compartida.

¹⁰⁸ Por ser este el país en cuyo ámbito la misma vio la luz. Ver en la obra colectiva “La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)”, op. cit.; “La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas”. op. cit.; la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, op. cit. y a AZOFRA VEGAS F., op. cit. p. 561 y ss.

¹⁰⁹ Utilizada generalmente en la construcción de autopistas.

¹¹⁰ Dejamos hecha esa salvedad ya que, tal como acontece en la concesión, la financiación inicial para la construcción de la obra pesa sobre el contratista.

¹¹¹ Ver en este sentido a RUIZ OJEDA A., en la obra colectiva “La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)”, op. cit. p. 201. Esta posibilidad se encuentra expresamente prevista en la Ley de Carreteras de la Comunidad Española de Madrid, por virtud de la cual y de conformidad con lo que resulta de su artículo 25 bis, “la Comunidad de Madrid podrá subvencionar en todo o en parte las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público”. Ver por ello a DE ÁGUEDA MARTÍN F. J., en la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, op. cit. p. 141. A su turno, dicha alternativa se encuentra asimismo establecida en la Ley N° 4/1997 de la Región de Murcia, España, por la que se regula la construcción y explotación de infraestructuras, de conformidad con lo que resulta de su artículo 10. Puede verse por un desarrollo de dicha normativa a RUIZ OJEDA A., en “Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española”, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 120 y ss.

Por el contrario, esta modalidad trae aparejada una compartición de riesgos¹¹² en tanto, por un lado, el particular asume los derivados de la financiación y ejecución de la obra durante la etapa constructiva, y por el otro la remuneración a percibir por el mismo se halla supeditada al efectivo uso de la obra construida. Esto último implica que a mayor cantidad de usuarios superior será la contraprestación que se devengará en favor del contratista, al margen que nada obsta a que se establezca contractualmente que el valor del peaje a abonar por unidad de uso decrecerá a medida que aumente el número de usuarios¹¹³.

Es por lo expuesto anteriormente con relación al modo en que se reparten los riesgos que, tal como sucede con la técnica concesional, la aplicación de los institutos previstos a los fines de garantizar el mantenimiento de la ecuación económico- financiera del contrato deberá ser efectuada con las salvedades ya mencionadas en dicha oportunidad. Asimismo, el particular tendrá que realizar una adecuada previsión tanto de costes como de usuarios potenciales de la infraestructura a construir¹¹⁴; ya que, de lo contrario, una proyección demasiado optimista traerá aparejado en la generalidad de los casos el fracaso del emprendimiento intentado, con las consecuencias ya vistas al tratar el instituto de la concesión¹¹⁵.

A más de la mentada compartición de riesgos otra de las ventajas de este mecanismo radica en que la Administración se desentiende – al igual que lo que acontece con la concesión – del mantenimiento de la infraestructura respectiva, el cual va estar a cargo del contratista. Igualmente es de aclarar que la presente figura – tal y como sucede con la concesión - no puede ser utilizada sino para aquellos emprendimientos cuya explotación posterior represente una rentabilidad adecuada para el sector privado¹¹⁶, debiendo anotarse en el lado de las desventajas que esta modalidad – y en forma similar a lo que acontece con todas las que suponen financiación de la obra a cargo del contratista – ocasiona un mayor coste de realización por las cargas financieras que de ella se derivan.

¹¹² Encuadrando, por ende, dentro de la tipología mixta según el criterio de clasificación ensayado en segundo término.

¹¹³ Posibilidad ésta que se encuentra prevista en la Ley 4/1997 de la Asamblea Regional de Murcia (España), conforme lo que resulta de su artículo 10.2. Puede verse por su desarrollo a RUIZ OJEDA A., en “Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española”, op. cit. p. 122.

¹¹⁴ Lo cual deberá ser también planificado en forma estimativa por la Administración; por cuanto de ello dependerá no solo el éxito de la contratación bajo la presente modalidad, sino también la cantidad de unidades de uso que la misma tendrá que abonar al contratista y a los fines de su previsión presupuestaria, en cuyo caso deberá darse cumplimiento eventualmente a lo normado en el artículo 15 de la Ley 24.156. Esto último aparece expresamente reflejado en la ley PPP, donde su artículo 13 dispone que previo a efectuar el llamado a licitación y/ o concurso deberá el Estado – entre otras cosas – verificar en general la factibilidad de inclusión del proyecto pretendido bajo el régimen APP, así como el impacto fiscal que eventualmente ocasionará el mismo dependiendo de si el repago se realizará o no con recursos estatales.

¹¹⁵ Por el presente aspecto ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 43 y ss.

¹¹⁶ Ver en igual sentido a DE AGUEDA MARTÍN F. J., en la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, op. cit. págs. 143 y ss.

Aún con los mayores costes que signifique el empleo de los modelos de gestión que importen una transferencia de la carga financiera al sector privado¹¹⁷, para economías como la Argentina en donde existen notables problemas de caja, la utilización de la presente tipología puede representar un alivio – al menos inicial – para el erario público, por cuanto el repago de la obra recién se efectuará luego de concluida la misma y supeditado – para el caso de la concesión y del shadow toll – a la utilización que de ella hagan los particulares.

Con relación a esto último, resulta interesante mencionar otra alternativa que podría darse en cuanto a la forma de pago, de conformidad con la experiencia que se registra en el derecho comparado, en donde el peaje abonado regularmente por la Administración y por cada unidad de uso puede ser sustituido por una cuota anual, pagadera durante todo el lapso de tiempo por el que se hubiere atribuido la explotación de la infraestructura¹¹⁸; cuota esta última supeditada en su cuantía, claro está, a la cantidad de usuarios totales contabilizados para el año en cuestión.

Ello aporta un desahogo mayor a las arcas públicas, sin perjuicio que la posibilidad expuesta sólo resulta utilizable cuando el obligado al pago es exclusivamente la Administración. Asimismo, debe aclararse con relación a la hipótesis esbozada que ella de ninguna manera debe ser confundida con el modelo alemán o llave en mano, cuya descripción seguidamente efectuaremos, y en donde si bien el repago de la obra se formaliza en una o varias cuotas anuales luego de concluida su construcción el contratista no va a tener a su cargo su explotación, como sí acontece en el marco de la presente técnica.

C) Contratos “llave en mano”

Bajo esta modalidad de contratación el particular que resulte adjudicatario asume no solo la obligación de construir la obra, lo que por regla involucrará su diseño, sino también la carga de financiar su realización; la cual, una vez concluida, es transferida al Estado comitente contra el pago del precio, cuya satisfacción puede realizarse mediante un abono único o bien en varios pagos diferidos en el tiempo¹¹⁹.

¹¹⁷ Tal como acontece no solo bajo la presente modalidad, sino también bajo la técnica concesional y de contratos llave en mano.

¹¹⁸ Esta posibilidad se encuentra prevista en el derecho español, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.4 de la Ley 4/1997, de la Asamblea Regional de Murcia.

¹¹⁹ Una definición de esta forma contractual en el ámbito de nuestra legislación, puede ser encontrada en el Decreto 870 del 6/10/03, por virtud del cual se regula el régimen de exportaciones que se comercialicen bajo la modalidad “Contratos llave en mano”. Según dicha normativa y tal como resulta de su artículo 2º, “Se considera ‘Contrato de Exportación Llave en Mano’ a las plantas industriales u obras de ingeniería destinadas a la prestación de servicios, que se vendan al exterior bajo la forma de una unidad completa y concluida con la finalidad de cumplir el objeto de un contrato que exija la transmisión del dominio del bien final a cambio del pago de un precio total”. Un análisis detallado de las diferentes definiciones existentes a nivel comparado y local puede encontrarse en GARCÍA S., en su trabajo inédito para optar como especialista en derecho administrativo- económico de la Carrera de Posgrado homónima de la UCA Bs. As., intitulado “Evolución de las modalidades de contratación y mecanismos de financiamiento de obras públicas, con especial consideración de la modalidad Llave en Mano”, año 2012.

La presente técnica trae aparejada la utilización de fondos públicos, con la salvedad que los mismos se aportarán luego de concluida la infraestructura encomendada; encuadrando – desde el punto de vista de la segunda de las clasificaciones intentadas – en la modalidad mixta, en tanto supone el traspaso parcial de riesgos al contratista (financiación y ejecución de la obra), no siendo de la partida aquí el riesgo de demanda, ya que el repago lo será en la forma pactada y sin depender de la cantidad de unidades de uso de que la infraestructura sea objeto.

Esta última circunstancia es relevante para ser tenida en cuenta, dado que las obras a concretarse bajo la presente modalidad no requieren tener aptitud para generar lucro a través de su posterior explotación. Por su parte y vinculado a la compartición de riesgos que esta modalidad involucra, ello tiene a su vez concreción en un doble orden de consideraciones: en la aplicación de los institutos tendientes a garantizar la estabilidad en la economía del contrato, la que deberá efectuarse con las salvedades que caben para la técnica concesional; y en que, como bien lo pone de manifiesto González Marín, “la Administración no estará obligada a hacer efectivos sus compromisos de pago en tanto las obras no se hayan finalizado de forma satisfactoria”¹²⁰, lo que patentiza la efectiva transferencia del riesgo de ejecución en contra de lo que sucede bajo el clásico “contrato de obra pública”, donde al estar al tanto la Administración del efectivo discurrir del *iter* constructivo¹²¹ se genera en favor del contratista un verdadero derecho a la recepción, lo que no ocurre bajo la modalidad llave en mano.

Para finalizar, cabe mencionar que si bien la utilización de la presente variante ha sido calificada por un sector de la doctrina europea como un mero “maquillaje financiero” destinado a evitar las restricciones que para los déficit presupuestarios impone la normativa comunitaria¹²², en el ámbito de países como la Argentina su implementación puede presentarse como una alternativa interesante debido no solo a la ya referida compartición de riesgos que la misma supone sino también, y fundamentalmente, a que el pago de la obra por parte de la Administración queda diferido en el tiempo y supeditado a su entrega en forma satisfactoria por el particular encargado de su realización.

D) El denominado “modelo Español”

Dicha modalidad se erige en una técnica de gestión instrumental, por virtud de la cual – y como bien lo expresa Barea Tejeiro – se constituye una sociedad “con la finalidad de

¹²⁰ El mismo principio rige, según la posición esbozada en el presente trabajo y compartida por el citado autor, bajo el ámbito del modelo “shadow toll”. Ver en la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, op. cit. págs. 25 y ss. En este último sentido se expiden asimismo, entre otros, VALLEJO SERRANO F., en la obra citada, págs. 183 y ss.; y UGARTE J., en “El ‘Proyecto Finance’ aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de Riesgos”, obra colectiva “La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas”, op. cit. ps. 74 y ss.

¹²¹ Consecuencia de la certificación por grado de avance y tal lo ya expuesto *supra*. Ver lo dicho en el punto IV.1.

¹²² Ver en este sentido a RUIZ OJEDA A., en la obra colectiva “La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate”, op. cit. ps. 209 y ss.

desarrollar un proyecto concreto, vinculándose con la Administración¹²³ mediante un convenio en el que se fije el procedimiento a seguir y en el cual la Administración se compromete a hacer frente anualmente al pago del principal e intereses de los préstamos concedidos por entidades financieras a la sociedad”¹²⁴.

Este modelo supone utilización de recursos presupuestarios, sin que exista – en principio –¹²⁵ compartición de riesgos de ninguna especie. El presente mecanismo no constituye sino un supuesto de descentralización, utilizado instrumentalmente a los fines de mejorar la eficacia y la eficiencia en la asignación de los recursos públicos dispuestos para la realización de una infraestructura. Y si bien inicialmente la presente modalidad vio la luz como forma de superar las restricciones que en materia de gasto público establecían los tratados fundacionales de la UE, dicho modelo se expandió luego para abarcar la posibilidad no ya solo de que el ente instrumental contrate, sino sea contratado para la gestión y/ o mantenimiento de una determinada obra¹²⁶.

De allí que se haya previsto, tanto en el derecho comparado como en el local, la alternativa de dar – en los entes o SVP¹²⁷ que se creaban - participación al capital privado, supuesto en el cual nos hallaríamos ante un caso de modalidad mixta en lo que al reparto de riesgos respecta; cuya mayor o menor extensión a su vez dependerá de la técnica contractual con la que la presente modalidad se combine, ya que sus característica es la de ser – tal lo ya adelantado – esencialmente instrumental¹²⁸.

La posibilidad de creación de entes con participación público- privada fue anticipada en el Régimen Nacional de Asociación Público Privada, aprobado por el Dcto. PEN 967/05, de conformidad con lo previsto en sus arts. 1, 6 y concordantes del Anexo I; aún cuando, como lo pusimos de manifiesto antes de ahora, no era el mismo claro en si por su intermedio se llegan a aprehender las dos hipótesis que este modelo de gestión de obra admite (creación de ente instrumental para actuar como contratante de la obra, o bien como ejecutor de la misma)¹²⁹.

¹²³ O las Administraciones, debido a que existe la posibilidad que la obra sea cofinanciada en su realización por diferentes órganos integrantes de una misma esfera de gobierno, o bien por diferentes Administraciones Públicas. Ver en tal sentido a CRESPO PÉREZ J., en “Órgano de contratación y cofinanciación de contratos públicos”, en el Boletín E- DeA de la Universidad de Salamanca, España, N° 7, julio- septiembre de 2002. Dicha práctica de financiación compartida entre diferentes esferas de gobierno ha sido utilizada en España para el desarrollo de obras hidráulicas. Puede verse en tal sentido a EMBID IRUJO A. (Director), en “Las obras hidráulicas”, 1° edición, Monografías Civitas, 1995, ps. 116 y ss.

¹²⁴ Ver en la obra colectiva “Nuevas formas de financiación de proyectos públicos”, op. cit. p. 132.

¹²⁵ Ver la salvedad que efectuamos *infra*.

¹²⁶ Ampliar en nuestra obra “Contratación pública y desarrollo de infraestructuras”, op. cit. ps. 58 y ss; y en nuestro artículo “Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido por promover el desarrollo infraestructural en la Argentina”, JA, Suplemento de Derecho Administrativo del 28/09/05.

¹²⁷ Sociedad Vehículo de Proyecto, ya que la presente técnica apareja la creación de un ente *ex novo* que va a tener a su cargo la concreción del emprendimiento, sea en su carácter de contratante o contratista. Ampliar en los trabajos citados en la nota anterior.

¹²⁸ Ver en nuestro artículo “Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido por promover el desarrollo infraestructural en la Argentina”, cit. anteriormente.

¹²⁹ Ampliar por este tópico en nuestro artículo “Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido por promover el desarrollo infraestructural en la Argentina”, cit. anteriormente.

Como sea, a poco que se consideren los ya mencionados fines que persigue una y otra parte en la APP (interés general en el caso del Estado, y obtención del lucro por el sector privado), los cuales aunque disímiles son susceptibles de compatibilización o ensamble, se verá que la única de las 2 hipótesis mencionadas que deviene simbiótica con la APP es aquella donde el ente que se crea con participación del empresariado tendrá a su cargo no la contratación sino la realización del proyecto, ya que es a través de esta tarea que va a surgir la posibilidad tanto del aporte del *know how* técnico y financiero del particular, cuanto la eventualidad de obtener un rédito por dicha participación.

Esta modalidad, que encarna la especie APP denominada institucional, se encuentra expresamente receptada en la reciente Ley PPP nro. 27.328, que contempla la posibilidad para las empresas o sociedades con participación estatal de celebrar contratos APP en carácter de contratistas¹³⁰, lo que incluye la posibilidad de crear una SVP¹³¹ y en particular bajo el tipo de las sociedades anónimas, en cuyo caso la participación estatal deberá alentar y ser compatible con la participación que el sector privado tenga en las mismas¹³². Ello sin perjuicio de introducir como novedad adicional la posibilidad de utilizar el fideicomiso como técnica en derredor a la cual se puede estructurar el negocio PPP en reemplazo de la SVP¹³³, lo que a su vez va en línea con la naturaleza instrumental que el fideicomiso presenta como técnica negocial indirecta¹³⁴.

VI.- UN DATO DE LA REALIDAD ARGENTINA: LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS BAJO EL ESQUEMA PPP

La Argentina es uno de aquellos países donde existe una clara disociación entre el deber ser y el ser, entre las expectativas y la realidad. Quizás se trate de un problema a esta altura cultural, muy probablemente inducido por la mala experiencia pasada de décadas, donde la incertidumbre es la reina, lo que influye negativamente en las “expectativas”, concepto muy caro a los economistas y que tiene una gran incidencia en la proyección

¹³⁰ Art. 3°.

¹³¹ Art. 7°.

¹³² Art. 8°. Francamente no nos termina de convencer esta forma de materialización de un negocio bajo el esquema PPP, por las contradicciones que se derivan en relación a las ventajas que su utilización apareja. En primer lugar dado que si el entorno PPP supone aprovechar los aportes que pueda realizar el particular en el marco de la prestación colaborativa que intenta realizarse, lo que ocurre precisamente por la “incapacidad” del Estado en dicho sentido (por falta de *know how* y/o bien de recursos presupuestarios), faltará en tal caso la “afectio” que debe existir en toda SVP, ya que poco o nada podrá aportar el Estado en su ámbito. Además, si de lo que se trata es de proyectar riesgos, se da la paradoja que el Estado Comiteante transfiera por un lado lo que vuelve a resumir por el otro a través de su participación en la SVP, lo que también genera el riesgo que el contrato respectivo sea considerado como inter-administrativo, con el demérito que ello supone a las prerrogativas de autoridad propias de los contratos públicos en su faz de ejecución (vg. la posibilidad de imponer sanciones, la estabilidad resultante del vínculo, etc).

¹³³ Art. 7, párrafo primero.

¹³⁴ Puede ampliarse por esto último en nuestro artículo “Procedimiento administrativo y fideicomiso público”, en AAVV Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. 40 Aniversario, Editorial La Ley, Bs. As., 2012.

de la actividad económica de un país, estando claro en la actualidad las repercusiones socio y psicológicas en la materia, sobre todo en lo relativo a la evaluación de riesgos¹³⁵.

Precisamente a cuento de esto último, promediando el año 2018 y por una conjunción de factores, tanto externos como internos, se produjo una modificación de las variables macro-económicas que supuso, entre otras consecuencias, la suba del valor del dólar estadounidense así como del riesgo país, lo que en buen romance generó un encarecimiento del acceso al crédito (ya de por sí excesivamente oneroso en la Argentina, incluso para toma de deuda en moneda extranjera) que hizo imposible continuar con las contrataciones que habían sido adjudicadas en el primer “paquete” de obras a ejecutar bajo el régimen PPP¹³⁶, las cuales referían en su mayoría a corredores viales y donde consecuentemente se intentaba proyectar en cabeza del particular tanto los riesgos de ejecución, cuanto financieros y de demanda.

VII.- COLOFÓN

Uno de los axiomas para el crecimiento económico y social de todo país es el desarrollo de infraestructuras, el cual en la actualidad se haya en gran parte condicionado a la necesaria participación privada, dado el aporte técnico y económico que estos pueden llevar a cabo. A su vez, para que ello ocurra se necesita imperiosamente de dos factores, como son la eficiencia y la seguridad jurídica, elemento este último que depende a su vez del Estado y sin el cual difícilmente se logre hacer atractiva la intervención privada en emprendimientos públicos. Como bien se ha manifestado, “la incertidumbre reduce la inversión”¹³⁷, consecuencia lógica que deriva del temor fundado no sólo de no poder recuperar las ganancias esperadas y que hubieren sido obtenidas en consecuencia, sino hasta incluso lo aportado en concepto de capital.

La Argentina ha sido un ejemplo de inseguridad legal, dada la vorágine e inestabilidad que se registra desde el plano normativo. Para salir del *status quo* se necesita antes que nada respeto a la Constitución así como al resto de las normas que integran el denominado bloque de legalidad, sumado a la creatividad para romper los rígidos moldes que muchas veces funcionan – prejuicio mediante – a modo de valladar que impide el progreso. Si bien con el nuevo régimen legal que regula el contrato de participación público privada en la Argentina se da una señal positiva en dicho sentido, ello no termina siendo suficiente para romper décadas de desconfianza de los inversores.

¹³⁵ Ampliar en RODRÍGUEZ KAUTH A., “Algunas relaciones entre la psicología y la economía”, en *Psicología Política*, N° 25, 2002, 37-48, Universidad de Valencia.

¹³⁶ Con lo que eso conlleva a partir del nacimiento de derechos en favor del contratista a raíz del contrato perfeccionado, tal como lo tiene reconocido nuestra Corte Suprema Nacional desde antigua data (Fallos: 145:307), lo que deja abierta la posibilidad a la reclamación por las ganancias dejadas de percibir (Fallos 332:1367) para el supuesto que se termine frustrando su ejecución, máxime que la ley que regula el contrato PPP no establece limitación alguna en cuanto a la indemnización debida al contratista (arts. 9 inc. p, 11 y concordantes Ley 27.328).

¹³⁷ DRIVER C.- MORETON D., “Inversión, Expectativas e Incertidumbre”, Colegio de Economistas de Madrid- Celeste Ediciones, p. 163.

Por ello y tal como se dijera, si uno de los bastiones sin los cuales no hay inversión es la seguridad jurídica con sus múltiples manifestaciones, en países con magra experiencia en la materia la evaluación del riesgo asociado a la inversión – sobre todo el político – toma carices extremos y hace muy difícil no ya solo que la implementación de un régimen PPP pueda funcionar, sino en general todo tipo de inversión, sea esta privada y – peor aún – pública. Por ello tenemos los Argentinos que hacer un mea culpa y sincerarnos de cual es el país que queremos, y a partir de allí – al estilo del Pacto de la Moncloa Español – generar consenso de premisas básicas a ser cumplidas más allá del signo político del gobierno de turno, que es al fin de cuentas lo que acontece en cualquier Estado primermundista, donde ya sea que gobierne la izquierda o la derecha existen políticas comunes que continúan en el tiempo para el bien de la sociedad a la que la autoridad pública debe servir.