

**¿PÚBLICO-PRIVADO O NI PÚBLICO NI PRIVADO?
LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO NUEVA CATEGORÍA
CONTRACTUAL**

*Mariana Belén ROMANO**

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2019

Resumen

Este artículo analiza los principios y características de los contratos de participación público privada según la ley 27.328 de la República Argentina, a partir de la hipótesis que enuncia su naturaleza jurídica distinta a los tipos contemplados por el régimen tradicional de las contrataciones de la Administración Pública Nacional.

Palabras clave

Contratos públicos – contratos privados – participación público privada – prerrogativas – cláusulas exorbitantes – garantías

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires (UBA – Argentina) con Diploma de Honor. Es docente de Historia y Derecho Constitucional de la Universidad del Salvador (Argentina) y se desempeña como Secretaria General de la Asociación Civil Usina de Justicia. Correo electrónico de contacto: romano402@est.derecho.uba.ar

PUBLIC-PRIVATE OR NEITHER PUBLIC NOR PRIVATE? PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS AS A NEW CONTRACTUAL CATEGORY

Abstract

This paper analyzes the principles and characteristics of public-private partnership contracts under the Argentine Law No. 27.328. The authoress explores the hypothesis that establishes that those contracts comprehend a different legal status than mainstream contract regimes established by the Argentine's Public Administration.

Key words

Public contracts – private contracts – public-private partnership – State prerogatives – exorbitant rules - guarantees

1. Introducción

Las asociaciones público-privadas (en adelante, las “PPP”) comenzaron a utilizarse en Gran Bretaña a principios de 1990 con el objeto de permitir la inversión del sector privado en proyectos de infraestructura pública debido a las restricciones del presupuesto y endeudamiento estatales cada vez más crecientes, ante la permanente necesidad de realizar proyectos de obra pública. El Banco Mundial define esta modalidad de contratación como un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, con el propósito de construir un bien y/o prestar un servicio público, mediante la gestión de la primera y donde esta última asume el riesgo de la inversión con la remuneración vinculada al desempeño. El Fondo Monetario Internacional agrega que este tipo de proyectos involucra al sector privado en la provisión de bienes y servicios de infraestructura que han sido suministrados tradicionalmente por el sector público. Es decir, entendemos que, para el gobierno, el financiamiento privado puede dar lugar a una mayor inversión en infraestructura sin atravesar por un proceso de toma de deuda y, a su vez, ser una fuente de recursos. Para el sector privado, por su parte, ofrece oportunidades de negocios e inversión contribuyendo a su propio desarrollo.

En su costado más amplio, las PPP pueden cubrir todo tipo de colaboraciones a lo largo de la interfaz entre dichos sectores, involucrando trabajo colaborativo conjunto y

esquemas de asignación de riesgos con el propósito de llevar a cabo políticas, servicios e infraestructura. Asimismo, en Sudáfrica, otro país emergente que utiliza ampliamente este tipo de sistemas, las PPP son definidas como un contrato entre el sector público y privado, en la cual este último asume un nivel sustancial de riesgo financiero, técnico y operacional en el diseño, financiamiento y construcción de un proyecto (BRUNO y SANTAMARÍA, 2018).

En cuanto a la legislación argentina, el artículo 1º de la Ley de Contratos de Participación Público-Privada N° 27.328 (en adelante, la “**Ley de PPP**”) define a este tipo de contratos como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional (en carácter de contratante) y sujetos privados o públicos (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Luego, la Ley de PPP agrega 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 con las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Siguiendo a DIANA (2017), podemos afirmar que esta nueva herramienta contractual apunta a la adopción de un nuevo paradigma en el ámbito de las infraestructuras y servicios públicos sobre la base de superar la tradicional ineficiencia del Estado en el diseño, desarrollo y ejecución de obras y servicios que componen las infraestructuras económicas y sociales, por la interacción eficientemente esperable con el sector privado. Por otra parte, Juan Carlos CASSAGNE (2018) señala que el trasfondo de dicha política se sitúa en la fórmula anglosajona *value for money* que alude al valor agregado añadido al proyecto que, además de implicar una derivación del principio de subsidiariedad, supone que el contratista privado mejoraría las prestaciones esenciales y las externalidades del proyecto, acotando el riesgo estatal, propio de su natural ineficiencia, al no actuar el Estado como un dueño privado que procura no caer en quiebra o falencia por su negligencia, culpa u omisión. Podríamos decir que las empresas estatales, en consecuencia, carecen de dueño en el sentido privado patrimonial de la figura.

Otra de las ventajas identificables es la posibilidad de trasladar el gasto a ejercicios futuros, logrando una mejor distribución de los impuestos y cargas públicas, considerando que las mejoras realizadas en torno a las obras de infraestructuras suelen quedar a cargo de generaciones actuales y futuras, por lo que es conveniente pensar en cierta solidaridad intergeneracional.

En el presente ensayo se expondrán los principios y características de las PPP, con el fin de analizarlos bajo la hipótesis de que constituyen una modalidad sustancialmente diferente a las contempladas por el régimen tradicional de las contrataciones públicas.

2. Los contratos PPP como nueva modalidad de contratación pública

El artículo 1º de la Ley de PPP, citado en el acápite anterior, hace alusión a dos principios fundamentales que regirán durante la vida del contrato, a saber: a) el principio de flexibilidad, que tiene su ámbito en la formación, interpretación y ejecución del contrato; y b) la determinación previa de que esta modalidad contractual permita cumplir con los objetivos de interés que se persiguen en cada PPP. Se trata de los objetivos concretos que "la contratación tiende a satisfacer", que están genéricamente enunciados en el artículo 4º de la ley.¹ En tanto, el artículo 2º de la Ley de PPP dispone que este tipo de contratos

1 El artículo 4º de la ley 27.328 prescribe: "[e]n la oportunidad de estructurarse proyectos de participación público-privada y teniendo en consideración las circunstancias y características de cada proyecto, la contratante deberá: a) Especificar con toda claridad los objetivos de interés público que la contratación tiende a satisfacer, y contemplar los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo, fijando los plazos que correspondan para cada etapa; b) Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos; c) Respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades mencionadas en el art. 1º y de los sujetos involucrados en los proyectos de participación público-privada; d) Propender a que el plazo del contrato se fije teniendo en cuenta las inversiones contractualmente comprometidas, el financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable, no pudiendo superar en ningún caso, los 35 (treinta y cinco) años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas; e) Ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos; f) Promover la inclusión social, en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructura y servicios básicos; g) Incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país, en el marco del desarrollo de proyectos de infraestructura, estableciéndose planes y programas de capacitación para los trabajadores, dando cumplimiento a las normas laborales y de la seguridad social vigentes; h) Incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intergeneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos; i) Fomentar la participación directa o indirecta de pequeñas y medianas empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado dentro del territorio nacional y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios; j) Facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional; k) Promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán, todo ello de

constituyen una modalidad alternativa a los regulados por la Ley de Obra Pública N° 13.064 y la Ley de Concesión de Obra Pública N° 17.520, y por el decreto delegado 1023/01 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional), encontrándose expresamente prohibida la aplicación de tales disposiciones, ya sea en forma directa, supletoria o analógica (art. 31, incs. a y b). En cambio, sí se aplican los marcos regulatorios de servicios públicos (como la Ley de Energía Eléctrica N° 24.065 y la Ley de Régimen del Gas N° 24.076) a los contratos que involucren la prestación de tales servicios.

La regla general de las PPP está dada en que el contratista privado financia todo o una parte significativa del proyecto, cuyas fuentes de financiamiento principales son el endeudamiento bancario, la colocación de bonos en los mercados de capitales y, en menor medida, los aportes de capital de sus accionistas, que son denominados *sponsors*. Por ello, decimos que las tareas a cargo del contratista —como el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento— pueden variar de acuerdo con los distintos contratos de PPP, pero la exigencia de financiamiento privado es esencial.²

En atención a que la ley 27.328 presenta a las PPP bajo un régimen especial, distinto al Derecho Público y al Privado, los problemas que se susciten en torno al funcionamiento de esta figura contractual no podrán resolverse acudiendo de forma exclusiva a estos bloques normativos; sino que, por el contrario, exigen acudir a la integración entre los principios y normas de la ley con los consagrados en el Derecho Público y las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyCN”).

Zanjada esta cuestión, puede decirse que los contratos de PPP son una alternativa a la regulación de los contratos administrativos clásicos (art. 2º, Ley de PPP) y tienen vedada la aplicación directa, subsidiaria o analógica de dichas regulaciones típicamente administrativas (art. 31, Ley de PPP), dando paso a la configuración de un nuevo modelo de

conformidad con la legislación y los acuerdos internacionales vigentes en la materia; l) Impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en el presente artículo”.

² Ver decreto reglamentario 936/18, modificatorio del decreto reglamentario 118/17 de la Ley de PPP.

contratación que procura incentivar la colaboración de los particulares y reafirmar el principio de la competencia.

El primer punto a considerar, a fin de establecer las diferencias centrales que presenta el régimen específico de la Ley de PPP, concierne al carácter expreso o implícito de las prerrogativas del poder público. Estas prerrogativas derivan de potestades que tienen su basamento en formulaciones expresas en el texto de la ley a la luz del principio de legalidad (art. 19, Constitución Nacional), y es por ello que en los contratos de PPP no se debe acudir a la idea de prerrogativas implícitas (art. 9º, Ley de PPP), , habida cuenta, como se dijo *supra*, de que no resulta aplicable a esta clase de contratos el régimen de contrataciones administrativas que prescribe el Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamentación, los que "no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica" (art. 31, inc. b). Entonces, corresponde acudir al régimen del Código Civil y Comercial de la Nación en el que las prerrogativas o derechos encuentran su raíz en la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 2651) y contiene la limitación del orden público indisponible para las partes. Ello es así en razón de que el legislador persigue, particularmente, en esta clase de contratos asegurar un grado máximo de seguridad jurídica que no dé lugar a interpretaciones discrecionales de la Administración Pública contratante (GUIRIDLIÁN LAROSA, 2016:855).

3. Las prerrogativas de la Administración en los contratos PPP

En atención a la caracterización desarrollada en el acápite anterior, enumeraremos las principales prerrogativas del régimen general de contratos administrativos con el objeto de analizar cómo se despliegan en el ámbito específico que estamos estudiando:

3.1. El *ius variandi* o prerrogativa modificatoria

En el derecho público, ya que hablamos de un procedimiento de selección de contratista, si la Administración Pública tuviera la prerrogativa de modificar el contrato sin límite alguno se violarían los principios de igualdad y concurrencia. Por ello, el principio en la materia buscará ser el de neutralidad de la razón que impulsa la necesidad de modificar el contrato, buscando responder a bases objetivas, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado.³ Otra limitación exigida es que no debe tratarse de una modificación

³ La CSJN ha dicho, en este sentido, que "la modificación unilateral de lo convenido entre las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede

sustancial del contrato (MARIENHOFF, 1994:401),⁴ especialmente, de las condiciones financieras.⁵ Ambas limitaciones se aplican tanto para la modificación bilateral del contrato de PPP, como para su modificación unilateral. En esta última variante, el contratista se halla obligado a aceptar las modificaciones que le imponga la contratante siempre que la respectiva facultad se circunscriba “a la ejecución del proyecto y ello hasta por un límite máximo, en más o en menos, del 20% del valor total del contrato”, a condición de que compense en forma adecuada la alteración y preserve “el equilibrio original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento” (art. 9º, inc. i, Ley de PPP).

Para corregir la mencionada alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, la reglamentación prevé que se compensará al contratista “mediante la modificación de algún factor del régimen económico del contrato de PPP” y que “el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el contrato de PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto” (art. 9º, inc. 8º, Anexo I, decreto reglamentario 118/17 [en adelante, el

justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Cód. Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria”, *in re* “Marocco y Cía. SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”, sentencia del 09.02.1995, *Fallos*: 312:89. La referencia del artículo 1197 del anterior Código Civil de la Nación hace alusión al *pacta sunt servanda* y la *lex inter partes*.

4 En la doctrina y jurisprudencia francesas la prerrogativa modificatoria no es ilimitada, no pudiendo afectar las condiciones o ventajas financieras de la ecuación contractual; al respecto véase: LAUBADÈRE (1984:412/413) y DEBBASCH (2002:342-343). En el derecho español la modificación se reputa excepcional y si no se encuentra prevista en el pliego no puede alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación (art. 107.1, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España); al respecto véase: PAREJO ALFONSO (2006:638-639).

5 RICHER (2004) señala que el Consejo de Estado exige el acuerdo entre las partes para efectuar las modificaciones tarifarias susceptibles de afectar la ecuación financiera del contrato (p. 243).

“Reglamento de PPP”]).

Ahora bien, en idéntico sentido, con lo sostenido por la doctrina del contrato administrativo, las modificaciones pueden referirse a diversos elementos del contrato, tales como: a) el plazo de duración; b) los volúmenes o cantidades de las prestaciones y c) las condiciones técnicas de ejecución de los respectivos contratos (MARIENHOFF, 1994:399).

3.2. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad

Este instrumento, consagrado en la Ley de PPP, suprimió las prerrogativas de suspender o extinguir el contrato administrativo por razones de ilegitimidad en sede administrativa y obliga a la Administración a acudir a los jueces (art. 9º). Como consecuencia, la Administración contratista está en la misma posición jurídica que el contratista privado, ya que no aplica el régimen de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 en sus artículos 17 y 18.

3.3. La extinción unilateral anticipada del contrato por razones de oportunidad

Esta prerrogativa es conocida en la teoría del contrato administrativo como “extinción del contrato por razones de interés público” y exhibe un tratamiento específico en los contratos de PPP de la ley 27.328 con el objeto de afianzar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de propiedad de los contratistas. Sus diferencias radican en: 1) el órgano que decreta la extinción anticipada por razones de interés público; 2) el alcance de la indemnización; y 3) el pago previo de la indemnización.

En cuanto al órgano competente, la reglamentación de la ley exige que “la extinción unilateral anticipada del contrato de PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional” (art. 9º, inc. 12, Reglamento de PPP). En este punto, Juan Carlos CASSAGNE (2012) considera que (pp. 419-421):

no habría obstáculo alguno para prescribir que, en los pliegos o en el contrato, la declaración de interés público sea dispuesta por el Congreso Nacional, como lo hemos propiciado con anterioridad al comentar el artículo 18 de la LNPA, ya que están en juego similares razones que fundamentan dicha exigencia para el ejercicio de la potestad expropiatoria prevista en el artículo 17 de la CN, y aun cuando se trata de instituciones diferentes, ello no empee a su

aplicación analógica por texto expreso prescripto en el Pliego y acordado con el contratista.

Además, CASSAGNE (2009) es crítico de la limitación normativa respecto al resarcimiento en cuanto al alcance de la indemnización, pues la Constitución Nacional prevé que la propiedad es inviolable y está protegida por la doble garantía de la ley previa que declare su sacrificio y la previa indemnización, no pudiendo basarse en un mero cambio de la Administración Pública acerca de la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades (pp. 122-123). Sin perjuicio de ello, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia, no encuentran reproches constitucionales a esta potestad ampliamente utilizada por la Administración Pública.⁶

El aspecto más controvertido aquí es lo relativo al alcance de la indemnización debida en estos casos. Al respecto, la CSJN, en varios precedentes relativos a materia contractual, se inclinó por la reparación integral y en otros, vinculados a revocación de actos administrativos, en cambio, limitó el resarcimiento, excluyendo el lucro cesante. En la doctrina las posiciones no son pacíficas.⁷ Por su parte, muchos autores sostienen que, dado que en la actualidad la exclusión del lucro cesante está establecida normativamente, la legitimidad de dicha exclusión no merece ser discutida, la que dan por hecho (LUQUI, 2013:14; VILLARRUEL, 2013:160).⁸

6 Ver CSJN *in re* "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/Dirección Nacional de Vialidad", sentencia del 20.09.1984, en *Fallos*: 306:1409. Similarmente, en *Fallos*: 297:252, 305:321 y 332:2801. Para MARIENHOFF (1981) esta potestad es irrenunciable y existe incluso aun si no estuviese regulada (p. 624).

7 En la posición que se inclina por la reparación amplia, podemos encontrar a Juan Carlos CASSAGNE (2009), quien sostiene que la reparación integral resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado por la revocación del contrato (conforme la garantía de la protección de la propiedad privada establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional), y protege contra la tentación en que muchas veces incurrir los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo íntegro del perjuicio que soporta el contratista (p. 123). En igual sentido véase: PERRINO (2007:1128-1129). En una posición contraria se ubicaban MARIENHOFF (1985:949) y COMADIRA (1995:435), quienes entendían que debía aplicarse en forma analógica la ley de expropiaciones, que excluía el lucro cesante.

8 Para FARRANDO (2006), en cambio, dicha parte de la norma atenta contra los principios

En mi opinión, no abonar, en tales supuestos, el lucro cesante —tal como lo prescribe el artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación— implica permitir que se consume una verdadera confiscación de bienes prohibida por la Constitución —atento a violarse su artículo 17—, imponiéndole al contratista un sacrificio especial sin compensación y violando abiertamente el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional) (PERRINO, 2017:98).

Por lo apuntado *supra*, resulta loable el criterio legislativo adoptado, que prescribe que en materia de “extinción del contrato por razones de interés público no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad en especial aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias” (art. 9º, inc. p). De este modo, por más que estas leyes recibieran modificaciones a futuro y se mantuviera el criterio restrictivo donde se veda la posibilidad de resarcir el lucro cesante, prevalecerá la prescripción de la Ley de PPP por tratarse de una ley especial de imposible derogación por el dictado de una ley general. A fin de completar el cuadro garantístico, el artículo 11 de la Ley de PPP prevé: “[l]a responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato. Supletoriamente, se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Para ahondar aún más en lo hasta aquí expuesto, cabe referirnos al artículo 10 de la ley 27.328, donde se consagran dos pautas trascendentales para determinar el importe de la compensación a abonar por el Estado, estableciéndose que: a) ella no puede ser inferior a la inversión no amortizada hecha por el contratista; y b) debe asegurar el pago del crédito tomado para el financiamiento del desarrollo del proyecto objeto del contrato.

Finalmente, cuando la Administración decida extinguir anticipadamente un contrato de PPP por razones de interés público, debe proceder al pago previo de la indemnización, lo que guarda semejanza con el criterio constitucional que rige en materia expropiatoria (art. 17, Constitución Nacional).

constitucionales relacionados con la propiedad (arts. 14 y 17, CN) (p. 777).

3.4. La aplicación de sanciones

La prerrogativa sancionatoria, para el Derecho Público vigente en los países que han seguido el sistema francés (RICHER, 2004:248-249), reviste una facultad implícita en esta clase de contratos. No obstante, en Argentina, incluso la mismísima doctrina defensora de las prerrogativas implícitas ha expresado su rechazo ante la posibilidad de aplicar sanciones implícitas y no tipificadas en materia contractual. Esto fue recogido en la Ley de PPP que utiliza el término tradicional de sanciones en sentido amplio sin distinguir entre sanciones y penalidades como sí lo hace el decreto delegado 1023/01, criterio seguido por un sector de nuestra doctrina⁹ que requiere su regulación explícita en el pliego o en el contrato (art. 9, inc. d), Ley de PPP).

Además de la prohibición de aplicar sanciones no previstas en el Pliego o en el contrato, el Reglamento de PPP prescribe que “[e]n el análisis de los incumplimientos el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento ni tampoco podrá acumular las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho” (art. 9º, inc. 11), lo cual impide una práctica abusiva por la Administración contratante.

Por otra parte, en el mismo artículo 9, inciso 11, de la Reglamentación de PPP se consagran una serie de normas tendientes a resguardar el principio de la tutela administrativa efectiva: a) la exigencia de conceder al contratista un plazo razonable (no inferior a diez días para que pueda efectuar el correspondiente descargo y ofrecer y producir la prueba que hace a su derecho); b) la posibilidad de prorrogar dicho plazo junto a la exigencia que la denegatoria de la prórroga se le notifique con una antelación no menor a tres días del vencimiento de dicho plazo y c) el derecho del contratista sancionado a impugnar el acto aplicativo de la sanción por la vía que se hubiera previsto en el pliego o en el contrato, debiendo aquél establecer los supuestos en que la apelación tendrá efecto suspensivo así como el destino de las sanciones pecuniarias.

⁹ BALBÍN (2008) sostiene que el Estado no puede imponer otras sanciones o penalidades que las previstas en el régimen del decreto delegado 1023/01 (p. 66). Al respecto, Juan Carlos Cassagne considera que esa imposibilidad se funda en principios constitucionales —en el artículo 19 de la Constitución Nacional— y en el principio de tipicidad legal extensivo al derecho penal administrativo.

Para concluir con este punto, otra prerrogativa que debe incluirse en el pliego y en el contrato es la relativa al poder de establecer los mecanismos de control de cumplimiento (art. 9º, inc. d, Ley de PPP), lo cual no entraña atribuir el poder de dirección sino el de vigilancia o supervisión de la ejecución contractual en miras a los principios de razonabilidad y legalidad, inexorables guías en la acción administrativa de control.

4. Las garantías de los particulares en los contratos PPP

Más allá de que en el acápite anterior expusimos algunas de las garantías con las que cuenta el contratista para contrarrestar las prerrogativas de la Administración Pública, en este punto profundizaremos su análisis.

En los contratos de PPP resulta crucial la cuestión del mantenimiento de la ecuación económico-financiera, la cual es propia del Derecho Público. Particularmente, en este tipo de contratos "la necesidad de mantener el contrato frente a aleas económicas imprevisibles depende más de la autonomía de las partes y la resolución de los jueces que de las decisiones de la Administración contratante interesada en el cumplimiento del contrato, incluso cuando éste se ve alterado por aleas administrativas (v.gr. hechos del príncipe o extinción anticipada del contrato por razones de interés público), por causas ajenas al contratista" (CASSAGNE, 2018).

Esto encuentra sustento constitucional en la garantía de la protección del derecho a la propiedad privada (art. 17, Constitución Nacional) y en el principio de igualdad ante las cargas públicas; por lo que no resulta justo que el contratista sea instado a soportar un sacrificio especial al hallarse obligado al cumplimiento del contrato administrativo sin la debida compensación que iguale la ecuación originaria. Decimos, entonces, que "no se trata de una garantía de rentabilidad" a favor del contratista sino más bien "una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia" (CASSAGNE, E, 2016:923). Es por ello que, en el artículo 9º, inciso f), de la Ley de PPP se exige que en los pliegos y documentación contractual se prevean "los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato". La ley exige también que en los pliegos y en la documentación contractual se establezca (art. 9º, inc. b):

el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo 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.

A fin de lograr un raudo restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, la Reglamentación de PPP exige que los contratos tengan que prever mecanismos de resolución de conflictos suscitados entre las partes dentro de un plazo máximo; pudiendo, cualquiera de éstas, acudir ante el panel técnico, el arbitraje o el tribunal judicial competente (todo ello a la luz de lo previsto en el pliego y contrato de PPP con los parámetros normativos) (art. 9º, inc. 7, Reglamentación de PPP). La ley dispone que sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra los laudos arbitrales, y que en ningún caso podrán dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del artículo 1656 del CCyCN, que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico). Obviamente, en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

Por la habida conexidad con la garantía de estabilidad contractual que venimos desarrollando, la ley ha admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, debiendo ser regulada en el pliego o en el contrato, los que deberán contener “la facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia” (art. 9º, inc. s, Ley de PPP). Con acierto, la Ana Patricia GUGLIELMINETTI (2016) apunta que esta previsión reviste gran trascendencia social cuando se trata de la prestación de servicios públicos (p. 903).

La Ley de PPP establece también un límite general a las prerrogativas, ya que determina que deberán ser reguladas en los pliegos y en los contratos (art. 9º). Por lo tanto, si no se introdujeron en el plexo contractual en forma explícita corresponde interpretar que la Administración ha renunciado a su ejercicio, ya que la misma Ley de PPP excluye la aplicación de los regímenes legales públicos que las regulan (art. 32). En otras palabras, lo que está estrictamente vedado es regular las prerrogativas, reconociéndose facultades

implícitas y discrecionales, arbitrarias o irrazonables; aun cuando se enuncie —en forma genérica— un beneficio al interés público.

5. La transparencia en los contratos PPP

La Ley de PPP hace un especial énfasis en la transparencia respecto de este tipo de contrataciones. En cuanto al modo de selección del contratista, ésta debe hacerse, como indica la regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. La ley indica expresamente que deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada (art. 12).

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración Pública analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido FIORINI y MATA (1972), “asegurar la concurrencia significará promover la afluencia de ofertas pues, sin concurrencia, no hay puja ni posibilidades de competencia” (p. 43).

Para la etapa de adjudicación se deberá priorizar la oferta que sea considerada como la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la unidad PPP. A los fines de alcanzar los votos necesarios para su aprobación, en el Congreso de la Nación se agregó que (art. 15, Ley de PPP):

los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado,

justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto.

En cuanto al cumplimiento de los contratos de PPP, éstos están sujetos al control de la contratante, que tiene amplias facultades de inspección y control. Puede requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, de la cual debe garantizar la confidencialidad con respecto a la información de índole comercial o industrial en los términos de la legislación vigente (art. 21, Ley de PPP). A fin de reforzar el control de los contratos de PPP, la Cámara de Senadores agregó el artículo 22 al proyecto del Poder Ejecutivo, donde se establece que la Auditoría General de la Nación deberá incluir, en cada plan de acción anual, la auditoría de la totalidad de los contratos de PPP existentes, su desarrollo y resultado.

Por otra parte, la entonces Subsecretaría de Participación Público Privada dictó, en noviembre de 2017, la “Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas” en el marco de los proyectos de PPP. El cumplimiento de esta guía, aprobada por su disposición 1/2017, será un factor determinante para el óptimo funcionamiento de las PPP en Argentina.

6. Conclusión

A lo largo de estas páginas se esbozó una caracterización de los contratos de PPP en la que incluimos referencias al régimen legislativo especial que se les ha dado; cómo es que éste afecta a las tradicionales prerrogativas públicas; el especial énfasis que se pone en las garantías del contratista, fundamentalmente respecto a aquellas que apuntan a la preservación de la ecuación económico-financiera; y la importancia de asegurar la transparencia en este tipo de contrataciones.

Como se vio a lo largo del ensayo, la Ley de PPP excluye la aplicación de numerosas normas tradicionales del Derecho administrativo, no sólo de las contrataciones públicas, sino de otras materias como la responsabilidad del Estado, al mismo tiempo que prevé la aplicación del derecho privado en forma supletoria.

Para concluir, diremos que el régimen consagrado en la ley 27.328 es una alternativa a todo tipo de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico. Como es alternativo, es asimismo autónomo; posee su propio marco regulatorio. En otras palabras, los contratos de

PPP son contratos público-privados y —paradójicamente— no son ni públicos ni privados.

Bibliografía

BALBÍN, C. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires, La Ley.

BRUNO, E. y SANTAMARÍA, G. (2018) "Proyecto de Participación Público-Privada de Transmisión Eléctrica. Consideraciones estructurales, marco regulatorio y matriz de riesgos", en *Diario La Ley* del 25.09.2018.

CASSAGNE, J. (2009) *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

— (2012) *Acto administrativo*. Buenos Aires, La Ley.

— (2018) "Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328", en *La Ley Online*, AP/DOC/264/2018.

CASSAGNE, E. (1996) "Las asociaciones público-privadas en Argentina", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107. Buenos Aires, Thomson Reuters.

COMADIRA, J. (1996) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

DEBBASCH, C. (2002) *Droit Administratif*. París, Economica.

DIANA, N. (2017) "Cuestiones generales del contrato de participación público-privada (PPP)", en *Diario La Ley* del 26.04.2017.

FARRANDO, I. (2006) "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en AA. VV. *La contratación pública*, tomo II. Buenos Aires, Hammurabi.

FIORINI, B. y MATA, I. (1972) "La Licitación Pública", en AA.VV. *Selección del Contratista Estatal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

GUGLIELMINETTI, A. (2016) "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107, pp. 903 y ss. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GUIRIDLIÁN LAROSA, J. (2016) "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público-privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 107. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LAUBADÈRE, A. (1984) *Traité de Droit Administratif*, tomo I. París, LGDJ, París, 1984.

- LUQUI, R. (2013) "La modificación (Ius Variandi) del Contrato Administrativo", en CASSAGNE, J. (dir.) *Tratado General de los Contratos Públicos*, tomo III. Buenos Aires, La Ley.
- MARIENHOFF, M. (1981) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- (1985) "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad)", en *El Derecho* (ED) 114-949.
- (1994) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- PAREJO ALFONSO, L. (2006) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- PERRINO, P. (2007) "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público", en AA.VV. *La contratación administrativa*. Buenos Aires, Hammurabi.
- (2017) "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino", en AA.VV. *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral. Buenos Aires, RAP.
- RICHER, L. (2004) *Droit des contrats administratifs*, París, LGDJ.
- VILLARRUEL, M. (2013) "El rescate en los contratos administrativos", en CASSAGNE, J. (dir.) *Tratado General de los Contratos Públicos*, tomo III. Buenos Aires, La Ley.