

La Asociación entre los Sectores Público y Privado en la Argentina

Francisco M. Gutiérrez¹
Héctor Huici²

SUMARIO:

I. Introducción II. Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura del Decreto N° 1299/2000. III. El Régimen Nacional de Asociación Público Privada del Decreto N° 967/2005. IV. El funcionamiento de los regímenes de APP en la práctica. V. La construcción y explotación de depósitos fiscales. VI. El caso del Fondo para Inversiones Necesarias que Permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista (FONINMEM) VII. ENARSA y la construcción de fuentes de generación de energías renovables VIII. Reflexiones Finales.

PALABRAS CLAVE:

Asociación Público Privada. Contratos Administrativos. Concesión. Obra Pública. Infraestructura. Financiamiento Privado.

KEY WORDS:

Public Private Partnership. Administrative Contracts. Concession. Public Construction. Infrastructure. Private Financing.

RESUMEN:

Se ha señalado que antes que una institución jurídica, las Asociaciones Público-Privadas (APP) constituyen una estrategia del sector público y privado para llevar a cabo un proyecto de infraestructura determinado sobre la base de una relación estable fundada en una comunidad de intereses con adecuado reparto de los riesgos. Aún antes de que

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Es *Magister* en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Ha sido presidente de la Asociación Argentina de Derecho de las Telecomunicaciones. Dicta regularmente clases como profesor invitado en la materia Servicios Públicos del Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral y en la materia de Regulaciones Económicas Sectoriales en el curso de posgrado de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Es socio del estudio M. & M. Bomchil de la República Argentina, donde tiene a su cargo el área de telecomunicaciones de la firma. Su labor profesional se enfoca además en el área de derecho administrativo, regulación económica y arbitrajes internacionales.

² Abogado de la Universidad de Buenos Aires (1989) y *Magister* en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (1992). Es autor de diversos artículos sobre derecho administrativo y regulación de servicios públicos en revistas jurídicas de actualidad, nacionales y extranjeras, y docente en cursos de grado y posgrado en universidades públicas y privadas argentinas. Ha sido profesor invitado de las Universidades ESAN (Lima, Perú) y del Externado (Bogotá, Colombia). Es socio del estudio jurídico M & M Bomchil desarrollando su práctica en las áreas de Derecho Administrativo, Regulación Económica y Arbitraje Internacional y Telecomunicaciones.

se sancionaran dos regímenes de APP, existieron en Argentina proyectos de obras de infraestructura estructurados de forma similar. Paradójicamente, no hubo mayor desarrollo de proyectos al amparo de los dos regímenes sancionados en los años 2000 (derogado) y 2005 (vigente). Sin embargo, ello no significa que no sea posible reconocer la presencia de formas de asociación o colaboración en ciertos proyectos de infraestructura llevados adelante entre el sector público y privado que se analizan en el presente trabajo, aunque en base a un marco normativo establecido caso por caso.

ABSTRACT

As already pointed out, rather than a legal institution, Public-Private Partnerships (PPP) are a strategy carried out by both the public and the private sector aiming at developing an infrastructure project on the grounds of a stable partnership of joint interests with an appropriate distribution of risks. In Argentina, even before the two PPPs legal frameworks were enacted, there existed projects of infrastructure that were structured similarly. Curiously enough, there is no record of any major development of projects under the two aforementioned PPP regimes passed on 2000 (currently abolished) and 2005 (still in force). Nonetheless, this does not imply the impossibility of recognizing certain types of association or contribution in some projects of infrastructure carried out by both the public and the private sector, as analyzed herein, although they are based on a case by case legal regime.

I. Introducción

Uno de los problemas que la doctrina enfrenta al pretender describir el modelo de Asociación Público Privada (APP) es su definición. Para algunos éste solo comprende cierto tipo de proyectos mientras que para otros puede incluir todo el espectro de participación privada, desde la privatización propiamente dicha, la tercerización de servicios, la financiación compartida, los subsidios, la financiación íntegramente privada del desarrollo para proyectos individuales de infraestructura y hasta la prestación de servicios³.

En un sentido amplio se sostiene que comprende cualquier forma de colaboración entre los poderes públicos y el sector privado para la ejecución y operación de obras o servicios públicos. La noción de colaboración no resulta suficiente; sin embargo, para caracterizar a las APPs como un instituto con caracteres propios y diferenciales dentro de la categoría genérica de contratos administrativos. En los regímenes de derecho administrativo de inspiración continental europea –en especial, el francés y español- la noción de colaboración no es novedosa sino que, por el contrario, desde antiguo ha sido un rasgo común en la contratación administrativa, en la que se sitúa al administrado o gestor privado como un colaborador de la Administración en la ejecución de los fines públicos del Estado.

Acertadamente se ha señalado que antes que una institución jurídica, las APPs constituyen una estrategia del sector público y privado para llevar a cabo un proyecto de infraestructura determinado sobre la base de una relación estable fundada en una

³ LUJÁN, Mabel. Acerca de un nuevo régimen nacional de asociación público-privada del Decreto N° 967/2005, Revista de Derecho Administrativo N° 55, Buenos Aires, 2006, págs.

comunidad de intereses con adecuado reparto de los riesgos⁴. Este último aspecto, el reparto de riesgos entre lo contratantes, es clave pues de ello depende en gran medida la posibilidad de obtener financiamiento para el desarrollo del proyecto. Aquí reside la razón práctica por la cual consideramos que la figura de la APP ha adquirido durante los últimos años un interés especial como herramienta para la ejecución de grandes obras de infraestructura pública.

Existe coincidencia en la doctrina en situar el origen de lo que hoy se denomina genéricamente APP en el modelo inglés de 1992 sobre la Iniciativa de Financiación Privada (PFI), surgida como consecuencia de las limitaciones impuestas por el Tratado de Maastricht para el endeudamiento de los países de la Comunidad Económica Europea. En este sentido, los Estados, en lugar de contratar una obra de infraestructura, contratan la provisión de un servicio y pagan por recibir ese servicio sobre la base de una infraestructura construida, financiada y operada por el sector privado. En este esquema se distribuyen los riesgos asignándolos básicamente a aquel que está en mejores condiciones de afrontarlos y se generan los incentivos necesarios para el mejor cumplimiento del contrato. Por ejemplo, no solo se debe construir la obra sino operarla y mantenerla de forma tal de evitar que, por ejemplo, se ahorre dinero durante la etapa de construcción porque luego se gastará una suma mayor en mantenimiento. Del mismo modo y como en general no se empieza a percibir el precio sino desde que se comienza a prestar el servicio (y, por ende, la obra está concluida) existe un fuerte incentivo para su terminación en tiempo adecuado. También de este modo se pueden aprovechar normalmente la mejor capacidad del sector privado para administrar los costos eligiendo, en general, el modo de prestar el servicio requerido.

Al igual que lo demuestran las experiencias de Europa y Latinoamérica, el interés en explorar estos mecanismos en el caso argentino puede encontrarse en las dificultades para obtener financiamiento de proyectos de infraestructura pública y en la insuficiencia de los contratos administrativos típicos -en particular, el contrato de obra pública y la concesión de obras o servicios públicos- para satisfacer estas necesidades.

La crisis económica que hacia fines de la década del noventa adquirió suma gravedad en el país condicionó la realización de obras públicas de envergadura ante la insuficiencia de recursos fiscales y las restricciones para acceder a los mercados de deuda soberana. Adviértase en este sentido que la utilización del típico contrato de obra pública exige afectar recursos fiscales para pagar la obra durante su construcción, circunstancia que suele derivar en la decisión "política" de postergar el proyecto ante la necesidad de destinar esos recursos a cubrir necesidades fiscales o sociales coyunturales o inmediatas.

La concesión de obra o servicios públicos, en la que el costo de las obras -sea de expansión o de mantenimiento de infraestructura- es financiada total o mayoritariamente por la tarifa que paga el usuario, también se reveló insuficiente. Particularmente ilustrativo fue el caso de las concesiones otorgadas durante los noventa a empresas privadas para explotar el servicio de provisión de agua potable y para la construcción de rutas y

⁴ RUBIO, Luis A., Conceptualización y formas de financiamiento en seminario internacional Asociación Público-Privada PPP Prestación de Servicios de Infraestructura, Río de Janeiro, 2003, disponible en: http://www.federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0002379.pdf.

autopistas. Las grandes inversiones involucradas requerían, en un análisis exclusivamente económico, un nivel de tarifas de una magnitud considerada políticamente inviable⁵.

Como consecuencia de esta situación, desde hace poco más de una década abundante doctrina en Argentina ha profundizado el estudio de la figura de las APP. En forma contemporánea se dictaron dos regímenes jurídicos en particular –el Decreto delegado N° 1299/2000 y el del Decreto N° 967/2005- a los que habitualmente se cita como ejemplo de regulación normativa de dichas asociaciones⁶.

No es nuestro propósito describir en detalle y hacer un análisis crítico de dichos regímenes (el interesado en ello puede acudir a la bibliografía citada en la nota 4), sino desarrollar la tesis de que no es necesariamente la existencia de un régimen legal específico un requisito para la existencia y éxito de las APP.

II. Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura del Decreto N° 1299/2000.

Este régimen de alcance nacional se dictó con el objeto de promover la participación privada en aquellos proyectos que no podían ser financiados exclusivamente por sus usuarios y destinados al desarrollo de infraestructura económico-social (salud, educación y justicia entre otros)⁷.

Las asociaciones son de base contractual, la selección del contratista es por mecanismos en los cuales las ofertas son competitivas.

Los aportes son diferenciados, identificados para cada una de las partes bienes, derechos y potestades, financiamiento, etc. Hay una distribución clara de riesgos lo que permite otorgarle mayor previsibilidad a los proyectos y, por ende, disminuir el costo sobre todo el financiero.

⁵ La permanente pugna entre, por un lado, la necesidad de realizar millonarias inversiones a largo plazo y el objetivo político de mantener tarifas sociales acotadas, por el otro, derivó en conflictos entre el Estado concedente y los concesionarios privados que terminaron con la rescisión de la mayoría de las concesiones de agua potable y la re-asunción del servicio por parte del Estado. En el caso de las concesiones para construir, mantener y explotar corredores viales se buscaron alternativas como el otorgamiento de subsidios directos a los concesionarios y la creación de fondos fiduciarios estatales por medio de los cuales el Estado asumió la responsabilidad de ejecutar las obras, relegando en la práctica al concesionario al rol de un mero gerenciador.

⁶ Entre otros, Mairal, Héctor, La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP* (320); Buenos Aires, págs. 209-228; Bensedón, Pascual y Guglielminetti, Ana Patricia, Algunos Aspectos jurídico-económicos de la asociación público privada (a propósito del Decreto N° 967/2005), EDA, Buenos Aires, 2005, 638.; Cassagne, Juan Carlos, Sobre los contratos de Asociación Público-Privada (APP) en Argentina, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ-LXV-169); Luján, Mabel, Acerca de un nuevo régimen ..., op cit.; Rocha Pereyra, Gerónimo y Piccoli, Pablo J., La asociación público-privada para el desarrollo de infraestructura en la Argentina; JA 2006-III, Buenos Aires, pág. 1150; Guiridlian Larosa, Javier D., "Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido de promover el desarrollo infraestructural en la Argentina", JA 2005-III, Buenos Aires, pág. 1419.

⁷ Se estableció que quedaban expresamente excluidos del régimen los proyectos en los cuales el ingreso proveniente de terceros a través de canon de uso, peaje o sistemas similares fuera superior al 60% del costo total de la obra durante el período del contrato, como así también los proyectos que consistieran básicamente en la operación y mantenimiento de corredores viales y demás proyectos de servicios y/u obras afectadas a regímenes de concesión y/o privatización.

El régimen, se especulaba, permitiría atender a las necesidades públicas, aprovechando capacidades especiales del sector privado (i) sin castigar los presupuestos estatales ni aumentar los ratios de endeudamiento; (ii) acudiendo a mejores condiciones de crédito y gestión de parte del sector privado y (iii) obteniendo al final de la relación contractual la propiedad de la infraestructura.

El Decreto N° 1299/2000 fue ratificado por Ley del Congreso⁸ y obtuvo la adhesión de varias provincias, aunque luego la Ley que lo ratificó fue derogada⁹.

El llamado a licitación puede enunciar simplemente la necesidad pública de atender los servicios a prestar sin fijar de antemano los detalles de diseño del proyecto. En este caso, la solución es propuesta por el privado. Se puede establecer la prohibición para el Estado de rescindir anticipadamente el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia y de ejercer el *ius variandi*.

Asimismo se estableció la posibilidad de resolver las disputas que pudieran surgir entre las partes, incluido el Estado, a través de arbitraje.

Con el objeto de reducir la incertidumbre respecto de la capacidad estatal para pagar en todo o en parte las obras a ser realizadas bajo este régimen se creó el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura Federal. El citado fondo estaría dotado de un patrimonio inicial que aportarían el Estado nacional y las demás jurisdicciones que adhieran al régimen con el que se garantizarían y eventualmente satisfacerían los pagos comprometidos a favor de la persona jurídica encargada del proyecto una vez que éste ha sido construido y en aquellos casos que corresponda el servicio comience a ser prestado¹⁰.

El patrimonio del fondo queda irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debido bajo los contratos y al vencimiento del plazo de duración del fondo del patrimonio remanente revierte el Estado nacional y jurisdicciones adheridas¹¹.

Una vez verificada la finalización de la obra según el método previsto en el contrato el encargado del proyecto¹² tendría derecho a percibir la contraprestación correspondiente.

Se estableció que en los pliegos licitatorios deberían proveer la asignación de los riesgos del proyecto, incluyendo los de índole técnica, económica y financiera. La reglamentación de este artículo realizada por Decreto N° 228/2001 en su artículo 40° dispuso: “al establecer la asignación de los riesgos del proyecto correspondientes a cada parte en sus distintas etapas, el contrato deberá tomar en cuenta la naturaleza de la obra, su plazo de construcción y de mantenimiento, las partes intervinientes, y las características

⁸ Ley N° 25.414.

⁹ Ley N° 25.556

¹⁰ Dicho fondo estaba constituido básicamente con los ingresos que percibiere el Estado proveniente de los bienes inmuebles que vendiera de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 22.423.

¹¹ El fondo tendría una duración de treinta años a partir del dictado del decreto más el plazo que resulte necesario para cumplir con las obligaciones emergentes de los contratos que tenga en principio de ejecución dentro de los diez años contados a partir de la constitución del fondo fiduciario de desarrollo de infraestructura.

¹² Una o más personas jurídicas adjudicatarias de los respectivos procesos de selección de cada proyecto que actúan por sí o en su carácter de fiduciarios del fideicomiso ordinarios, financieros o de otros tipos, a quien el ente contratante encomiende el diseño, construcción, financiamiento y, eventualmente el mantenimiento y operación, de obras de infraestructuras económico-social bajo el régimen establecido en el presente decreto.

de su financiación de modo de asignar los riesgos a las partes del contrato que, por su función se encuentran en mejores condiciones de asumirlos, respetando la normativa vigente. En ningún caso el encargado del proyecto tendrá a su cargo el riesgo ambiental o arqueológico derivado del diseño de la obra o de la correcta ejecución del contrato.”

Así, por ejemplo, se previó que cuando el costo del contrato depende en gran medida de aspectos naturales no conocidos, el pliego podría prever que todos los precalificados para el respectivo contrato tomen a su cargo, dividiéndolo entre ellos, el costo de los estudios necesarios para precisar dichos aspectos hasta un monto máximo determinado. De esta manera el riesgo se distribuye entre los oferentes precalificados.

Además de los riesgos ambientales y arqueológicos señalados que no están a cargo del encargado del proyecto tampoco se encontraba exclusivamente a cargo de éste las dificultades materiales imprevistas las que de existir daban lugar a una renegociación entre el ente contratante, el encargado del proyecto y eventualmente las entidades financiadoras, la que se debía realizar en un plazo mínimo de treinta días ni superior a noventa estableciéndose que a falta de acuerdo se rescindiría el contrato por razones de interés público, abonándose el monto total de las asignaciones realizadas a la fecha de acuerdo con el contrato y sin aplicarse un adicional del 1% de prima de pre-cancelación que estaba expresamente previsto para ese supuesto. A su vez el ente contratante debía hacerse cargo del costo de la rescisión de los subcontratos en curso de ejecución.

También se acotaron y distribuyeron los riesgos en materia de expropiaciones y fuerza mayor¹³.

A fin de limitar los riesgos políticos y regulatorios, el artículo 19º establece que los derechos y obligaciones contractuales de las partes serán solo aquellos expresamente vistos en el presente decreto en el respectivo pliego de la licitación y en el contrato correspondiente, en la reglamentación de fecha anterior a la celebración de aquel, incorporado por referencia, y en las normas del derecho privado, resulten inaplicables. Cuando no se prueba el derecho del ente contratante rescindir anticipadamente el contrato, o de modificarlo unilateralmente por razones de conveniencia o interés público, la contratación deberá ser autorizada por el Poder Ejecutivo Nacional, o en su caso la respectiva jurisdicción debería, con la previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación o del máximo organismo administrativo asesoramiento legal de aquélla.

¹³ Respecto de los primeros se preveía que las indemnizaciones de expropiación que fija el tribunal de tasaciones de la Nación más un 10% en caso de advenimiento deberían estar incluidas en el precio ofertado y serían abonadas por el encargado del proyecto a partir de la entrada en vigencia del contrato. Este precio debía discriminarse en el contrato. Oportunamente el encargado del proyecto presentaría una auditoría técnica con la liquidación de los montos pagados por indemnizaciones acompañados de los comprobantes respectivos para su conformidad. Obtenida esta conformidad si el monto total de indemnizaciones pagadas por el encargado del proyecto excediera el marco previsto en el contrato, el ente contratante pagará dichos excedentes al encargado del proyecto dentro de los 90 días de haberse presentado la liquidación conformada (Artículo 39 del decreto 228/2001). Respecto de la segunda el régimen variaba según la fuerza mayor ocasionara una demora en la terminación de la obra mayor o menor al 20% del plazo previsto para la ejecución de la obra en el contrato. En este último caso la administración compensa en su exacta incidencia el mayor costo ocasionado por esta demora. En caso de que sea mayor se abre un período de renegociación entre el ente contratante, el encargado del proyecto y eventualmente las entidades financiadoras y en caso de no arribar a un acuerdo al cabo de 90 días se aplican las reglas ya vistas para la rescisión por razones de interés público sin que se abone la prima de pre-cancelación.

Se previó en el régimen la cesión del contrato a los efectos de facilitar el financiamiento de los proyectos, así como sus garantías previa notificación y autorización del fondo y del ente contratante¹⁴.

III. El Régimen Nacional de Asociación Público Privada del Decreto N° 967/2005

Con el fin de encontrar una herramienta de mayor eficacia para el financiamiento de obras de infraestructura y servicios, en el año 2005 el Poder Ejecutivo Nacional aprobó un régimen orgánico de APP destinado a facilitar la asociación entre el sector público y privado. Diversas provincias y municipios adhirieron a este régimen dictando sus propias normas locales.

El Decreto N° 967/2005 define a la APP como un vínculo obligacional entre las partes a fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos u otra actividad, pero sin delegar funciones de regulación y poder de policía del Estado. Pueden ser objeto de asociaciones público privadas: a) la ejecución y/u operación y/o mantenimiento de obras y/o servicios públicos; b) ampliación de obras y/o servicios públicos existentes; c) proyectos llave en mano; d) prestación de un servicio público precedido o no de la ejecución de obra pública; e) actividades de competencia en administración pública que resulten delegables; f) obras públicas con o sin prestación del servicio público para la locación o arrendamiento por la administración pública.

Este nuevo régimen hace especial hincapié en favorecer la obtención de financiamiento, a cuyos efectos no solo incluye principios de ineludible respeto -entre los que se destacan la sustentabilidad económica del proyecto y la asignación de riesgos con criterios de eficiencia y de acuerdo con la capacidad de gestión del sector privado- sino también la obligación de organizarse como sociedades anónimas, fideicomisos o cualquier otra modalidad que resulte apta para financiarse por medio de los mercados de valores bajo el régimen de oferta pública.

El aporte a realizar por el Estado puede consistir, entre otros medios, en pagos en efectivo, cesión de créditos tributarios u otorgamiento de beneficios impositivos, concesión de derechos especiales sobre bienes del dominio público o privado del Estado y, en el caso particular en que la APP se organice como una sociedad comercial, en prestaciones accesorias que no consistan en aportes de capital.

Aunque en menor medida que el Decreto N° 1299/2000, el Decreto N° 967/2005 también intentó otorgar previsibilidad y seguridad jurídica para facilitar la obtención de financiamiento mediante mecanismos que, en el alguna medida, limitan el riesgo regulatorio derivado de las típicas facultades exorbitantes, potestades implícitas o posición preeminente que usualmente ocupa el Estado en la contratación administrativa. Así se contempla la posibilidad de que las relaciones entre terceros y la APP (vbgr. agentes financieros, subcontratistas, etc.) se rijan por el derecho privado y se prevé que las partes

¹⁴ Una particularidad del régimen es que la cesión pueda tener lugar aún durante el concurso preventivo del encargado del proyecto o con posterioridad a su quiebra no requiriéndose para su efectivización la conformidad del juez o del síndico interviniente excluyendo de su aplicación al contrato las normas de la Ley de concursos y quiebras que se opongan a tal efectivización o a la continuación del contrato antes o después de la cesión, sin perjuicio de la rendición de cuentas de la cesionaria en el expediente judicial correspondiente.

de la APP pacten mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, lo que constituye una excepción a la jurisdicción judicial en lo contencioso-administrativo que, como regla general, aplica en la mayoría de los contratos administrativos¹⁵.

IV. El funcionamiento de los regímenes de APP en la práctica

La breve descripción de los regímenes instrumentados por los Decretos N° 1299/2000 y N° 967/2005 efectuada precedentemente permite advertir que, con sus virtudes y defectos, sus falencias y aciertos, no difieren en lo sustancial de otras regulaciones del derecho comparado.

Sin embargo, ninguno de ellos ha tenido mayor aplicación práctica en la República Argentina. Particularmente ilustrativo resulta el hecho de que no se han llevado a cabo proyectos de infraestructura o servicios de relevancia en el marco del Decreto N° 967/2005.

En nuestra opinión, la ausencia de resultados concretos se debe más a condiciones exógenas que al acierto de su regulación normativa. Coincidimos con aquellos que con agudeza sostienen que la clave del éxito de la APP en la práctica reside en factores de orden económico y político, tales como la *bankability* del proyecto, es decir, su adecuación a los requerimientos de la comunidad financiera, ya que la APP por sí no puede transformar un proyecto no financiable en una buena inversión. No menos relevante es que el sector público ostente una buena calificación de riesgo y tenga acceso a los mercados financieros. Ello por cuanto las estructuras financieras basadas en el flujo de fondos del negocio –*project finance*– dependen críticamente de los pagos que haga la Administración y de la posibilidad de que ésta otorgue suficientes garantías o contragarantías financieras¹⁶.

¿Significa entonces que en Argentina no existen proyectos de infraestructura o servicios mediante métodos asociativos o colaborativos entre el sector público y el sector privado? Entendemos que no es así, sin perjuicio de señalar que un régimen más preciso que el actual y un horizonte de mayor previsibilidad del sector público argentino podría potenciar su desarrollo.

De hecho, una de las variantes previstas en el Decreto N° 1299/2000, el *leasing*¹⁷, ya había sido prevista con anterioridad a la sanción de dicha norma para la construcción de la denominada ciudad judicial (a la que se mudarían todos los tribunales nacionales

¹⁵ Este criterio no ha sido mantenido en todos los casos por las provincias y municipios que adhirieron al régimen de APP. Por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires, al reglamentar el régimen mediante el Decreto Provincial N° 372/2010, previó la posibilidad de pactar mecanismos de conciliación extrajudicial para resolver las controversias contractuales, aunque con la condición de que ellas deben ser dirimidas en última instancia por el Poder Judicial de la provincia.

¹⁶ Ver al respecto de los destacados trabajos de Oscar Aguilar Valdéz (Contratación administrativa y financiamiento; en La contratación administrativa 1, obra colectiva dirigida por Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs. 561-596) y Héctor Mairal (La asignación de riesgos., *op cit.*).

¹⁷ El artículo 14° del Decreto 1299/2000 Régimen Federal de Infraestructura establece que el ente contratante podrá recurrir al contrato de leasing o de locación con opción de compra conforme a la Ley 25.248, o cualquier figura contractual prevista en el derecho público o privado; todo ello en tanto resulte compatible con el presente decreto y adecuado a la naturaleza de las obras y el proyecto específico de que se trate. El ente contratante podrá obligarse en los contratos a ejercer la respectiva opción de compra de la obra. Los contratos podrán ejecutarse según la modalidad llave en mano cuando resulte compatible con el proyecto.

y federales con asiento en la ciudad de Buenos Aires salvo unos pocos fueros y la Corte Suprema) y para la construcción de una cárcel. En este último caso, por medio del Decreto N° 1658/96 se convocó a una licitación pública para la contratación de la elaboración del proyecto y construcción del nuevo establecimiento carcelario por el sistema llave en mano, financiado íntegramente por el contratista a su solo riesgo, a ejecutarse en predios que a tal efecto el Estado nacional transmitiría en dominio fiduciario y el ulterior alquiler con opción de compra de dichos inmuebles a favor del Estado nacional para su afectación al uso del Servicio Penitenciario Federal.

Este ejemplo es una clara demostración de que la APP no depende en absoluto de la existencia de un régimen general previo que así lo establezca. Tampoco la existencia de dicho régimen asegura después que se desarrollen proyectos a su amparo¹⁸.

V. La construcción y explotación de depósitos fiscales

Describiremos brevemente en este acápite el caso de una asociación que vinculó al sector público y privado con resultado exitoso. El interés de este antecedente no radica en la envergadura del proyecto -de hecho se trató de una concesión de servicios de mediana envergadura con obligaciones de inversión para mejorar y expandir la infraestructura ya existente- sino en el hecho de que tiene su origen en tiempos anteriores a que se manifestara el actual interés de la figura en estudio y, por lo tanto, no fue instrumentado al amparo de un régimen orgánico de APP.

Históricamente los depósitos fiscales para cargas aéreas de exportación e importación ubicados en las zonas aduaneras de los aeropuertos internacionales eran explotados por el Estado¹⁹.

En el año 1988, se decidió mancomunar esfuerzos entre el sector público y privado a fin de continuar con la explotación del servicio. Con el nombre de Empresa de Cargas Aéreas del Atlántico Sud S.A. - EDCADASSA se constituyó una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria²⁰, en la que el Estado adquirió el rol de accionista mayoritario con un 55% del capital social y votos, y una empresa privada el 45% restante.

El decreto de creación destacó en sus fundamentos que este tipo de asociación era la alternativa que mejor se conciliaba con la necesidad de ampliar y mejorar la cantidad y calidad de los servicios -y su infraestructura asociada- sin tener que recurrir a nuevas inversiones de recursos fiscales²¹.

A pesar de ser el accionista mayoritario, el Estado consideró esencial que la sociedad tuviera la dinámica propia de las organizaciones privadas y a esos efectos autolimitó sus

¹⁸ Ningún proyecto se ha desarrollado al amparo del régimen establecido por el Decreto N° 967/2005 del cual solo se constituyeron algunas comisiones de las que no se conoce actividad concreta alguna.

¹⁹ Mediante el Decreto N° 3509/1975 se había concedido a la Fuerza Aérea Argentina la explotación y administración de los servicios de almacenaje y operaciones conexas de los depósitos aduaneros para cargas aéreas internacionales. Posteriormente, ese servicio fue brindado por una empresa de capital estatal denominada Líneas Aéreas del Estado - LADE.

²⁰ Este tipo societario se encuentra expresamente contemplado en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (arts. 308 a 312).

²¹ Decreto N° 773/1989.

facultades y prerrogativas para otorgar al accionista privado el manejo sustancial de la operación comercial. Entre las disposiciones que mayor interés revisten en este sentido se pueden mencionar²²:

- a. El Estado, lógicamente, mantuvo su mayoría en el órgano de administración social, designando a tres de los cinco integrantes del directorio, mientras que el accionista privado designaba a los dos restantes. Sin embargo, se previó un mecanismo de control negativo consistente en que toda decisión debía adoptarse con el voto afirmativo de, por lo menos, cuatro directores; siendo, por lo tanto, imprescindible la concurrencia de los designados por el accionista privado.
- b. Se asignó a un comité ejecutivo la atención de la gestión operativa para el cumplimiento del objeto social y los negocios ordinarios de la sociedad. El comité estaba conformado por los dos directores designados por el sector privado y uno por el sector público.
- c. Estaba a cargo del comité ejecutivo la selección del gerente general y de los gerentes especiales, siendo necesario el voto favorable de los dos directores designados por el accionista privado para la designación, remoción, determinación de facultades y poderes del primero.

En la actualidad EDCADASSA se encuentra en estado de liquidación por haber vencido el plazo de veinte años por el cual fue constituida²³. El balance de su gestión puede considerarse positivo dado que funcionó adecuadamente, se mejoró e incrementó significativamente la infraestructura edilicia y operativa y fue superavitaria, lo que redundó en significativos ingresos para ambos accionistas en concepto de dividendos.

VI. El caso del Fondo para Inversiones Necesarias que Permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista (FONINVEMEM)

La salida de la convertibilidad del dólar con el peso en la Argentina produjo una desadaptación del Mercado Eléctrico y llevó a la Secretaría de Energía a adecuar al nuevo contexto macroeconómico las normas dictadas en el marco de los artículos 35° y 36° de la Ley N° 24.065²⁴. Así se dictaron una serie de normas transitorias tendientes a gestionar la crisis estableciendo como objetivo básico para esta nueva etapa, el de hacer sustentable la operación del sistema eléctrico en el corto plazo, priorizando el reconocimiento de los costos operativos en que incurrieran los Agentes Generadores. Como consecuencia de las medidas adoptadas, que no viene al caso analizar en detalle aquí por no ser el objeto de este trabajo, se desfinanció al mercado como consecuencia de precios abonados por la demanda insuficientes para remunerar a la oferta lo que

²² Estas previsiones surgen tanto de una carta intención firmada entre los accionistas en 1989 como del estatuto social de la sociedad.

²³ Al fin de la concesión de EDCADASSA el servicio a su cargo fue transferido a Aeropuertos Argentina 2000 S.A., actual concesionario privado de la mayoría de los aeropuertos argentinos.

²⁴ Tales normas están agrupadas en "Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios (LOS PROCEDIMIENTOS)" establecidos por Resolución de la ex-Secretaría de Energía ELECTRICA N° 61 del 29 de abril de 1992, sus modificatorias y complementarias.

además minimizó las señales de mercado que hacen posible la expansión de la oferta de generación²⁵.

Surgió entonces la necesidad de incrementar la infraestructura disponible para asegurar el abastecimiento de electricidad el que se encontraría en riesgo si la oferta de energía eléctrica no se incrementaba.

La Secretaría de Energía, dispuso la creación del “Fondo para Inversiones Necesarias que Permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista” (FONINMEM), como un vehículo creado para aportar el financiamiento requerido para la realización de dichas obras.

A través de la Resolución S.E. N° 826/04 se convocó a los Generadores del MEM con LVFVD a participar en la conformación del aludido Fondo y, por medio de la Resolución Secretaría de Energía N° 1.427/04, se definieron los compromisos que asumían los generadores privados del MEM para alcanzar el objetivo del proceso de readaptación del MEM, como también del Gobierno Nacional, a través de esta Secretaría de Energía. El acuerdo se plasmó al suscribir los primeros el “Acta de Adhesión para la Readaptación del MEM” (el “Acta”).

En virtud del Acta, los Generadores privados del MEM adherentes al FONINMEM se comprometieron a:

- a) Invertir en el FONINMEM un mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de parte de los ingresos a que tienen derecho²⁶ durante el período 2004-2006;
- b) aportar de financiación adicional para los proyectos de generación²⁷; y
- c) La gestión de la construcción de las instalaciones que lleven a la readaptación del Mercado.

A su vez, la Secretaría de Energía se comprometió²⁸, una vez alcanzado el objetivo buscado, a que:

- a) Los Precios en el Mercado “Spot” se sancionarán sin la aplicación de las restricciones establecidas mediante la Resolución Secretaría de Energía N° 240/03²⁹;
- b) Llevar los Precios Estacionales que abonan los Agentes Distribuidores a nivel suficiente para cubrir el costo económico de abastecer la demanda de los distribuidores del sistema;

²⁵ Ver al respecto, Huici, Héctor, “Contrastes de dos décadas de regulación eléctrica en la Argentina”, en Regulación comparada: energía eléctrica y gas, Ferney Moreno, Luis, compilador, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

²⁶ El 65% de la parte de sus ingresos identificada en la normativa del MEM como el ingreso marginal producido entre el precio de mercado y el costo de producción de la energía que generen, descontados los costos de transporte y las compras que pudieran realizar en el Spot para honrar contratos del MaT).

²⁷ Aporte del que luego fueron relevados.

²⁸ Los compromisos descritos no se cumplieron o solo han sido cumplidos parcialmente. El gobierno anunció en agosto de 2012 una reforma regulatoria que implicaría abandonar definitivamente el sistema marginalista de fijación de precios (abandonado en la práctica) y reemplazarlo por uno de costo plus.

²⁹ Esta resolución asume la existencia de gas para todas las máquinas térmicas.

- c) Las medianas y grandes demandas que hoy se encuentran bajo jurisdicción de los Agentes Distribuidores, deberán abastecerse bajo contratos del Mercado a Término por un volumen mínimo del setenta y cinco por ciento (75%) de su consumo;
- d) Licitación del cubrimiento de las pequeñas demandas abastecidas por los Agentes Distribuidores con contratos de nueva generación cuya duración mínima será de cuatro (4) años; y
- e) Generar los instrumentos regulatorios necesarios que permitan la contratación de transporte firme y gas natural adicional contratado a la fecha del Acta, procurando la adaptación del suministro de gas a los requerimientos de la generación térmica.

El Acta definió la realización por CAMMESA³⁰ de los estudios necesarios para determinar los incrementos de oferta de generación requeridos para la readaptación del MEM en el año 2007, como así también la conformación, por parte de los generadores privados suscriptores, de Grupos de Trabajo especializados para: (i) la evaluación de los proyectos posibles de ejecutar, (ii) la confección de los Pliegos Generales para la contratación de la construcción de los mismos, (iii) el análisis de las posibles fuentes y alternativas de financiamiento para aquellos y, (iv) Los aspectos impositivos y societarios que deberían establecerse para la actuación de los nuevos grupos generadores en el Mercado Eléctrico.

Como resultado de la convocatoria se obtuvo una respuesta afirmativa de alrededor del noventa y dos por ciento (92%) del capital total posible de comprometer mediante LVFVD³¹

Los Generadores titulares de LVFVD que aceptaron el Acta, de común acuerdo en los Grupos de Trabajo presentaron un informe en donde se detallaron las conclusiones alcanzadas que permitieron estructurar el "Acuerdo Definitivo para la Gestión y Operación de los Proyectos para la Readaptación del MEM en el Marco de la Resolución SE 1427/2004"³² (en adelante el "Acuerdo Definitivo").

En éste se contempló:

- (i) La instalación de dos (2) centrales de ochocientos megavatios (800 MW) de potencia;
- (ii) La determinación de una configuración básica de dos (2) unidades Turbogas (TG) y una Turbovapor (TV), que permite la máxima eficiencia en el consumo de combustible para generación de energía eléctrica;
- (iii) se definieron los tópicos a ser tenidos en cuenta para el funcionamiento comercial de esta nueva generación requiriéndose, en atención al funcionamiento prioritario con gas natural, diferentes condiciones contractuales para el transporte y suministro de gas natural, como así también para la venta de la energía eléctrica generada en el Mercado Eléctrico Mayorista.

³⁰ La Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima constituida conforme Decreto 1192/92 reglamentario del artículo 35° de la Ley N° 24065

³¹ Alcanzándose con ésta un volumen total aproximado a los pesos mil doscientos millones (\$1.200.000.000) para el trienio 2004-2006 según las estimaciones efectuadas por CAMMESA. A esto hay que sumar los aportes mediante LVFVD 2007 que no dan derechos adicionales a participación accionaria pero reconocen un interés diferencial para la devolución de LIBOR + 2.

³² Como anexo, forma parte de la Resolución SE N° 1193 del 7 de octubre de 2005.

En el Acuerdo Definitivo, artículo 6°, la Secretaría de Energía asume el compromiso de Propiciar la instrumentación de un régimen transitorio mediante el cual se otorgue un tratamiento fiscal orientado a estimular la inversión en las Centrales a realizar: (i) un régimen de importación “Planta llave en mano” para los equipos, bienes y materiales necesarios para la construcción de las Centrales, con exención de derechos y tasas de importación, similar al establecido mediante las resoluciones MEyOySP N° 857/94 y 502/95 (derogado y modificado por resolución ME N° 256/2000); (ii) la asignación de un cupo de devolución de IVA computable durante la construcción de las Centrales conforme la Ley 25.924, y (iii) un régimen fiscal de amortización acelerada de capital, sin que ello implique la aplicación del impuesto de igualación establecido en el artículo 69.1 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

El 4 de abril de 2006 se suscriben sendos fideicomisos denominados respectivamente “Fideicomiso Central Termoeléctrica Manuel Belgrano” y “Fideicomiso Central Termoeléctrica Timbúes” con el objeto de llevar adelante la construcción de las dos centrales del Acuerdo Definitivo del Foninvemem y su operación y mantenimiento por un plazo de 10 años desde la habilitación comercial, plazo destinado al repago del financiamiento y de capital invertido y de vigencia del Contrato de Abastecimiento con la energía eléctrica de las nuevas centrales a celebrar en el MEM.

El Fiduciario (Banco de Inversión y Comercio Exterior) designó en cada fideicomiso a la respectiva Sociedad Generadora (Termoeléctrica Manuel Belgrano o Termoeléctrica José de San Martín) como Sociedad Gerente responsable del proyecto de la Obra, de la gestión de compra del equipamiento, la construcción, la puesta en marcha, la operación y el mantenimiento de la Central y a tal fin la facultó a efectuar, por cuenta y orden del Fideicomiso los actos previstos en los Contratos de Gerenciamiento de Construcción y de Gerenciamiento de Operación a celebrar entre el Fiduciario como fiduciario del fideicomiso y las Sociedades Generadoras. Los Contratos de Gerenciamiento de Operación tienen una vigencia de diez años contados desde la habilitación comercial de las Centrales período durante el cual las Centrales continuarán íntegramente de propiedad del Fideicomiso.

La Sociedad Generadora por su actuación como Sociedad Gerente en el Contrato de Gerenciamiento de Construcción podrá ser titular de la Central una vez terminado de pagar el financiamiento y finalizado el contrato de abastecimiento en el MEM (diez años desde la habilitación comercial) y tiene derecho a ser reembolsada de los gastos en que incurra en el cumplimiento de obligaciones bajo tal Contrato lo que constituye un Gasto del Fideicomiso.

En cumplimiento del Acuerdo Definitivo, los generadores privados del MEM que lo suscribieron aceptaron que el pago de las LVFVD de su titularidad quede en cabeza del fideicomiso y se efectivice en 120 cuotas iguales mensuales y consecutivas a partir de la habilitación comercial de las centrales con un interés equivalente a la Libor más uno y de Libor más dos por las acreencias del año 2007 (estas no dan derecho a la participación en el capital accionario de las sociedades generadoras titulares de las centrales).

A su vez, CAMMESA, en cuanto administradora del Fondo de Estabilización del MEM, recibirá por el aporte proveniente del Cargo Transitorio del MEM, Certificados de Participación que se amortizarán en las mismas condiciones y generarán en beneficio del Fondo de Estabilización del MEM, un interés equivalente al de las LVFVD.

Además se seleccionó al consorcio integrado por el Banco de Valores y el BNA para la contratación de un préstamo puente y la estructuración y colocación de títulos de deuda en el mercado de capitales a fin de obtener el financiamiento faltante. El principal suscriptor de estos títulos (aproximadamente se emitieron títulos por unos 300 millones de dólares) fue la Administración Nacional de Seguridad Social, en menor medida el Banco Nación y solamente alrededor de un 5% de los títulos fueron suscriptos por inversores privados.

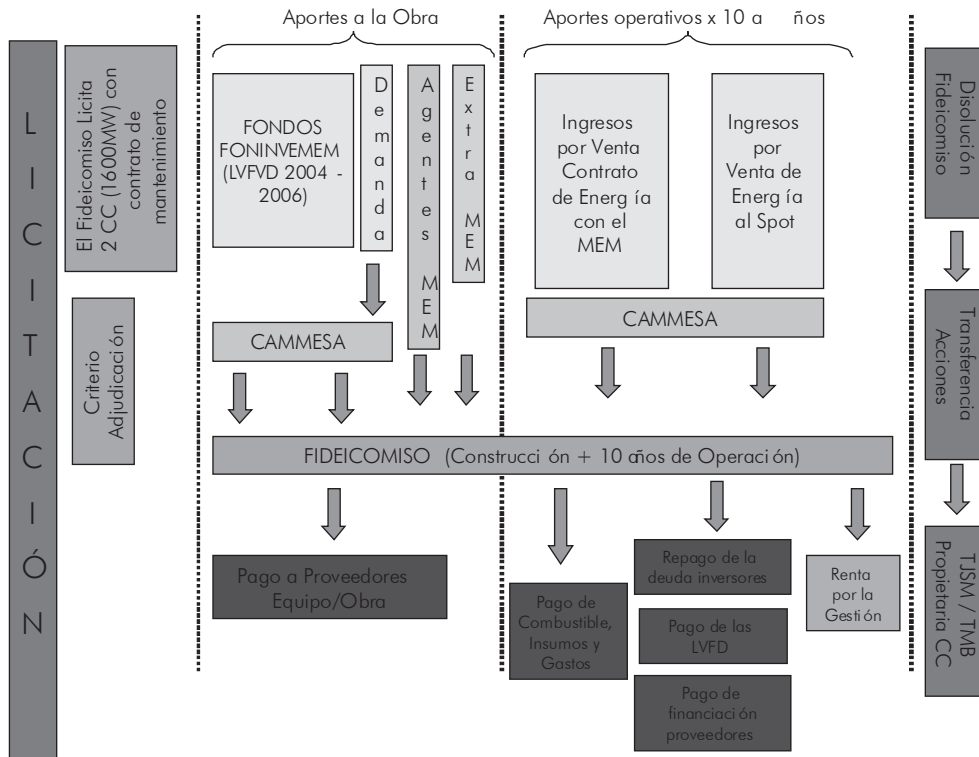
El Contrato de Abastecimiento aprobado por la Secretaría de Energía estableció que el precio de los Contratos de Abastecimiento incluye los costos de combustibles y demás costos variables y fijos de operación y mantenimiento de las Centrales, una remuneración por gestión de cada Sociedad Gerente y los montos necesarios para hacer frente al pago de los valores negociables emitidos los Fideicomisos Fiduciantes y el Fideicomiso MBT. Dichos costos tendrán la misma prioridad de pago en el MEM que el aprovisionamiento de combustible para operar las centrales de generación térmica, esto es, la más alta prioridad de pago en el Mercado Eléctrico Argentino a la fecha de emisión del presente. Asimismo, el Contrato prevé la conformación de un 'Fondo de Contingencia del Contrato de Abastecimiento' que acumulará los recursos necesarios para el pago de la totalidad de los costos de las Centrales -incluidos los financieros- para el caso de indisponibilidad de las Centrales para el MEM por un plazo de hasta tres meses. Asimismo, cada una de las Centrales es titular de un contrato de abastecimiento de gas por diez años y el transporte asociado lo proveerá CAMMESA con prioridad de uso. Si el contrato no estuviere vigente o no tuviere operatividad por cualquier causa CAMMESA redireccionará y asignará prioritariamente gas a estas centrales conforme está expresamente previsto en las Resoluciones S.E. N° 1886 /06 y N° 599 /07, o bien proveerá el combustible alternativo necesario (Gas Oil Destilado 2).

El gráfico adjunto ilustra cómo fue la ingeniería financiera-regulatoria para la construcción de estas dos centrales de ciclo combinado (Central Termoeléctrica San Martín y Central Termoeléctrica General Belgrano).

En síntesis, para la etapa de construcción, se constituyeron dos fideicomisos que tuvieron a su cargo la construcción de estas centrales y los aportes durante la obra provinieron, del pago del cargo específico de la tarifa por parte de la demanda, de acreencias de los agentes generadores y aportes hechos básicamente por proveedores.

Durante la etapa operativa, que ya se ha iniciado, existe un contrato a diez años por la venta de energía en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) celebrado con CAMMESA y por ventas al mercado spot (horario). Aquel contrato está calculado para que se repague a todos los inversores los aportes que se han hecho (a la tasa LIBO más 1 % o más 2% según el caso), el *management fee* a las sociedades que gerencian estas empresas, y por supuesto los costos de operación y mantenimiento. Una vez vencido el plazo de diez años, se transferirán las acciones de estas sociedades a los inversores que aportaron sus acreencias y al Estado Nacional por la parte que se financió con cargos específicos a la demanda, disolviéndose los fideicomisos.

TSM / TMB



Como se puede apreciar en la descripción anterior, la construcción de las centrales no se realizó en el marco de los regímenes antes descritos aunque sin dudas se encuentran presentes ciertas características de ellos y la colaboración entre el sector público y privado en la realización de la obra. Así, por ejemplo, el sector público participó dictando normas que aseguraban una mejor prioridad de pagos al contrato de abastecimiento, ordenó la suscripción de dicho contrato, asumió el compromiso de asegurar el combustible para su funcionamiento, contribuyó dictando normas para hacer posible su financiamiento y otorgó beneficios fiscales. El sector privado por su parte financió parte de la obra y puso su capacidad de gerenciamiento al servicio del proyecto. Finalmente la obra fue construida a través de un fideicomiso, en el marco de un régimen de derecho privado y a su disolución estado y privados serán accionistas de las nuevas centrales.

VII. ENARSA y la construcción de fuentes de generación de energías renovables

Es un hecho notorio que, luego de la etapa de privatizaciones y desregulación económica de los noventa, la Argentina viene transitando durante la última década una etapa de mayor intervención gubernamental en la economía. Entre las diversas medidas adoptadas en este plano se encuentra la creación de empresas estatales y la nacionalización de empresa privadas, lo que no ha estado desprovisto de significativas críticas.

En ese contexto en el año 2004 el Congreso de la Nación creó Energía Argentina S.A. – ENARSA. Su objeto social comprende las actividades relacionadas con el estudio, exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, la comercialización e industrialización de esos productos y sus derivados, así como la generación, transporte, distribución y prestación de los servicios de energía eléctrica³³.

A diferencia del caso de EDCADASSA, la conjunción de esfuerzos públicos y privados no se reflejó en ENARSA en la estructura de su capital social³⁴, sino en la circunstancia de que puede ejercer sus actividades por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros.

En 2009 el gobierno nacional anunció el lanzamiento del programa GENREN con el objeto de desarrollar nuevas fuentes de energías renovables³⁵. Implementado a través de licitaciones convocadas por ENARSA. El programa consiste en la compra de energía eléctrica a partir de fuentes de origen renovables por 1.000 Mw, incluyendo energía eólica, térmica a partir del uso de biocombustibles y del uso de residuos urbanos, biomasa, biogas, pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, geotermia y energía de origen solar.

Las empresas privadas adjudicatarias asumen la obligación de construir las fuentes de generación energéticas y explotarlas por el plazo de 15 años. Como contrapartida de esta inversión, ENARSA asume la obligación de comprar la energía eléctrica producida por todo el plazo contractual a un valor fijado en dólares, la que a su vez como agente del Mercado Eléctrico Mayorista suministra a CAMMESA la energía producida.

Entre los proyectos que ya se encuentran en operación se destaca el Parque Eólico Rawson I y II, compuesto por 43 turbinas eólicas de 80 mts de altura cada una, con una capacidad de producción de energía eléctrica anual de 300 Gwh, equivalente al consumo de 100.000 hogares. Este proyecto demandó una inversión cercana a 145 millones de dólares y fue financiado parcialmente por el contratante privado mediante la emisión de obligaciones negociables colocadas en el mercado bursátil argentino.

Las garantías otorgadas por el Estado resultaron críticas para garantizar, a su vez, las obligaciones negociables y lograr su colocación en el mercado.

³³ Creada por Ley 25.943. Su artículo 1 establece: "Créase ENERGIA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA bajo el régimen del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, y las disposiciones de la presente Ley, la que tendrá por objeto llevar a cabo por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, el estudio, exploración y explotación de los Yacimientos de Hidrocarburos sólidos, líquidos y/o gaseosos, el estudio, exploración y explotación de los Yacimientos de Hidrocarburos sólidos, líquidos y/o gaseosos, el transporte, el almacenaje, la distribución, la comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados directos e indirectos, así como de la prestación del servicio público de transporte y distribución de gas natural, a cuyo efecto podrá elaborarlos, procesarlos, refinarlos, comprarlos, venderlos, permutarlos, importarlos, o exportarlos y realizar cualquier otra operación complementaria de su actividad industrial y comercial o que resulte necesaria para facilitar la consecución de su objeto. Asimismo, la Sociedad podrá por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica. La Sociedad podrá realizar actividades de comercio vinculadas con bienes energéticos y desarrollar cualquiera de las actividades previstas en su objeto, tanto en el país como en el extranjero."

³⁴ Si bien ENARSA está organizada bajo las normas de las sociedades anónimas comunes, el 100% de su capital social pertenece, de hecho, al Estado nacional.

³⁵ En 2006 el Congreso de la nación sancionó la Ley de Fomento de Generación Eléctrica a partir de Fuentes Renovables 26.190 que establece como objetivo lograr una contribución de las fuentes de energía renovable hasta alcanzar el 8% del consumo de energía eléctrica nacional en el plazo de 10 años.

En primer término, ENARSA cedió al contratante privado los créditos derivados del contrato de abastecimiento de energía eléctrica firmado con CAMMESA. En segundo lugar, se constituyó un fideicomiso entre ENARSA, CAMMESA y el Banco de Inversión y Comercio exterior (BICE) con el objeto de garantizar el pago de los importes que CAMMESA debe a ENARSA y ésta a su contratista, integrado por la garantía que CAMMESA debe constituir en forma mensual por el 5% de los montos abonados por el suministro energía eléctrica. En tercer lugar, el Tesoro de la Nación otorgó un aval a ENARSA de 800 millones dólares por el proyecto GENREN, el que fue cedido por esta última en la proporción correspondiente a sus contratistas³⁶.

VIII. Reflexiones Finales

Como señalamos al principio, desde el punto de vista estrictamente normativo los regímenes de APP no han tenido aplicación efectiva en la República Argentina. Sin embargo, ello no ha significado que en la práctica no existan obras de infraestructura realizadas de acuerdo a lo que son las principales características de dichos regímenes. Son obras que se ejecutaron en base a soluciones jurídicas diseñadas caso por caso y no exentas -en algunos casos- de incumplimientos de obligaciones asumidas por el Estado. El largo plazo de repago de estas obras todavía deja algún interrogante sobre la seguridad jurídica para inversores y financistas de estos proyectos. Además, algunas de las obras fueron realizadas en ámbitos de la economía en los cuales, en un pasado no muy lejano, con adecuadas reglas el sector privado por sí solo habría tenido los incentivos para invertir. La mayor certeza que podría brindar un régimen legal como el del Decreto N° 1299/2000 en un contexto de un país más amigable con la inversión privada y los mercados financieros internacionales podría, sin duda, potenciar el uso de las APP para satisfacer las ingentes inversiones en infraestructura que Argentina sigue necesitando.

Recibido: 25/03/2013
Aprobado: 15/05/2013

³⁶ Los términos y condiciones de las obligaciones negociables se pueden consultar en <http://www.cnv.gob.ar/InfoFinan/emisoras.asp?Lang=0&CodiSoc=30288&DescriSoc=GENNEIA S.A.&Letra=G>.