

Contratación Administrativa y Financiamiento –La Relación entre el Financiamiento y los Mecanismos de Ejecución Contractual. El Caso de los Contratos de Construcción y Explotación de Infraestructuras Públicas–

Oscar Aguilar Valdez* **

“En el presente artículo, el autor presenta una minuciosa explicación acerca de las actuales modalidades de financiamiento para el desarrollo de obras públicas y de infraestructura, señalando que para el cese en el cual el sector privado tenga una participación más activa no debe de tenerse especial consideración con los recavels de financiamiento.”

I) Introducción

El objeto del presente trabajo consiste en efectuar un análisis –básicamente descriptivo– de la relación que existe entre los mecanismos de ejecución contractual administrativa y los mecanismos de financiamiento de las inversiones que resultan necesarias que sean realizadas para dar cabal cumplimiento al objeto contractual y, así, satisfacer las necesidades públicas comprometidas.

En la medida en que en el mundo económico –al que no escapa el de la contratación públicas siempre estamos en presencia de necesidades múltiples y de recursos escasos, intentaremos reflejar cómo las restricciones a las fuentes de financiamiento influyen decisivamente –cuando no se constituyen en verdaderos “condicionamientos”– en el diseño de la ejecución contractual pública¹.

Si bien dicha relación resulta aplicable para todo el universo de la contratación administrativa, nos parece

que la misma se muestra con mayor claridad en el campo de los contratos que tienen por fin la construcción y explotación de infraestructuras públicas; ámbito éste en donde, debido al carácter de capital intensivo que rodea a la inversión y a la paralela necesidad de que tales infraestructuras se maximicen con su racional explotación, una adecuada “sintonía” entre la modalidad de diseño de ejecución contractual y las exigencias que plantean las diversas formas de financiamiento, resulta de carácter esencial para garantizar el logro de los fines de interés general que persigue el Estado cuando recurre al Sector Privado. Por tal motivo, se ha dicho que la financiación es el principal instrumento que posibilita la realización del proceso de inversión en esta materia; motivo por el cual la determinación de las restricciones de financiamiento no puede ser ajena al proceso de evaluación, selección y ejecución de proyectos de infraestructura².

De allí que, especialmente en países con dificultades de acceso a fuentes de financiamiento, tal como ocurre en

* Abogado por la Universidad Católica de Argentina. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Profesor Extraordinario de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y Co-Director del Departamento de Derecho Administrativo en la misma Universidad.

** Se agradece al Doctor Ramón Huapaya Tapia por haber conseguido el permiso necesario del autor para la publicación del presente artículo.

1 La apuntada relación puede decirse que surge como respuesta al interrogante que se ha planteado en la doctrina comparada en los siguientes términos: “La pregunta que debemos responder para saber si hay una verdadera asignación de riesgos al concesionario es, desde nuestro punto de vista, la siguiente: ¿qué pasa si las cosas salen mal?, es decir, ¿quién paga?. Sólo hay dos opciones: por una parte, la Administración y, por otra, los acreedores y accionistas de la empresa concesionaria (...)”; RUIZ OJEDA, Alberto (Director), *Derecho de la Contratación Pública y Regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, ed. Thomson, Madrid, 2004, pág. 1119

2 Así, FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS (FIEL), *La Programación de la Inversión Pública en la Argentina*, Bs. As, 1996; págs. 16 y 17.

la Argentina, las modalidades contractuales de ejecución y explotación de infraestructuras públicas se encuentran sumamente restringidas por las posibilidades –y costos– del financiamiento, ya sea que éste sea provisto por el Sector Público o por el Sector Privado. De nada servirá diseñar un régimen de contratos de desarrollo de infraestructuras “perfecto” desde el punto de vista político y jurídico si el mismo no se adecua a dichas exigencias³.

Por tales motivos, aún cuando no nos anima la pretensión de agotar esta relevante temática, para sistematizar las principales líneas dentro de las que se desenvuelve el proceso del diseño de mecanismos contractuales cuyo objeto consiste en la construcción y explotación de infraestructuras públicas, hemos elegido hacerlo vinculándolo con sus formas elementales de costeo y financiamiento.

Para brindar un marco conceptual básico que nos permita aproximarnos a la temática del presente, cabe recordar que Adam SMITH en 1776, en *La Riqueza de las Naciones*⁴ sostenía que hay dos formas básicas de costear una obra pública. Así, por un lado, sostenía que: “La tercera y última obligación del soberano y del Estado es la de establecer y sostener aquellas instituciones y obras públicas que, aún siendo ventajosas en sumo grado a toda la sociedad son, no obstante, de tal naturaleza que la utilidad nunca podría recompensar su costo a un individuo o a un corto número de ellos y por lo mismo no debe esperarse que estos se aventuren a fundarlas ni a mantenerlas. La ejecución de este deber requiere diferentes grados de inversión en diferentes periodos de tiempo (...)”⁵. Por otro lado, agregaba que: “(...) No parece necesario que los gastos se costeen con cargo a las rentas de la nación; la mayor parte de estas obras públicas pueden ser administradas de tal forma que rindan una renta lo suficientemente amplia para enjugar sus propios gastos sin constituir una carga para la renta general de la sociedad (...)”⁶

De lo parcialmente transcrito se desprende que, en forma modélica, hay dos formas básicas de costear obras de infraestructura: por el Tesoro Público mediante los “impuestos” –a lo que cabría agregar los recursos obtenidos por vía de “empréstitos públicos”⁷– o por “precios” a cargo quienes utilizan la misma.

II) La Ejecución de Obras Públicas Costeadas por el Tesoro Público. Las Restricciones Presupuestarias como Condicionante.

La primera forma de costearlas se justifica –según la doctrina económica clásica de la que SMITH es su máximo exponente– en que tales infraestructuras revisten la naturaleza económica de “bienes públicos” en el sentido de no admitir la exclusión de su utilización a terceros⁸, de lo que se derivaría que el usuario no tendría incentivo alguno para admitir pagar un precio por su utilización, razón por la cual su costeo debería ser realizado con cargo al Tesoro⁹. Dicho de otra forma, esta modalidad de costeo vendría impuesta para aquellas infraestructuras que tienen una “baja rentabilidad económica” pero que al tener una “alta rentabilidad social”, el Estado está interesado en su provisión. En este campo, el criterio de inversión –amén que supone la aplicación del principio de subsidiariedad en tanto que se hace cargo de proyectos que no serán apetecibles para el sector privado– se inclina mayormente, hacia uno de naturaleza “redistributiva” en la medida en que se extraen recursos de la sociedad en su conjunto para destinarlos a infraestructuras que serán utilizadas en el futuro por otros sectores con independencia de su capacidad contributiva y, aún, con independencia de su efectiva utilización. Esta modalidad persigue fines de solidaridad “intergeneracional” en la medida en que redistribuye recursos de la actual generación –que las costea– hacia las futuras –que las utilizarán– así como también, “interregional” en la medida en que al extraer recursos con base exclusiva en la capacidad contributiva de los aportantes y no en función de su domicilio, permite redistribuirlos en infraestructura que será utilizada en otras zonas diferentes al asiento del conjunto de contribuyentes. Asimismo, permite perseguir fines macroeconómicos como la generación de empleo y de una red de proveedores del Estado que son comúnmente enunciados como ejemplos del llamado “efecto multiplicador” de la inversión pública. En nuestro país, en el orden nacional, las bases fundamentales de este proceso se encuentran legisladas en la Ley Nacional de Inversiones públicas N° 24.354 que regula lo relativo a la llamada “Inversión Pública Nacional”, es decir, a “la aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las

3 Sobre el particular, adviértase el déficit de inversión en infraestructura en la Argentina desde que nuestro país se desvinculó de los mercados de capitales y de financiamiento.

4 Tomamos el enfoque a partir de Adam SMITH de la presentación efectuada por CÁCERES, Julio, “Participación Público-Privada”, en “Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura” MREBID-BNDES; Rio de Janeiro, 13 y 14 de Noviembre de 2003, <http://www.bnades.gov.br/conhecimento/seminario/PPP8.pdf>

5 SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and causes of the Wealth of Nations*, Vol. II, Liberty Fund, Indianapolis, 1981, pág. 723

6 SMITH, op. cit; pág. 724

7 Sobre el particular, sostenía ALBERDI que no hay situación más extraordinaria que la de un País que se haya en la necesidad “(...) de construir caminos, puentes, muelles, edificios públicos (...)”, razón por la cual, concluía en que “(...) se admitirá que el crédito público, aún considerado como recurso extraordinario, entra en el número de los que pone la Constitución Argentina al servicio cotidiano del Gobierno Nacional de ese País (...)”, cfr. ALBERDI, Juan Bautista, “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Obras Selectas*, Tomo XIV, Librería La Facultad, Bs. As, 1920, pág. 382

8 Los “bienes públicos” son aquellos en los que el consumo o disfrute de uno por un determinado individuo no resta nada al de otros individuos –inexistencia de rivalidad en el consumo- y en los que un individuo no puede excluir de su goce y disfrute a otros individuos –inexistencia de poder de exclusión-. Cfr; SAMUELSON, Paul & NORDHAUS, William, *Economía*, 15° ed, ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 32. Para una crítica de la teoría de los bienes públicos –y de sus implicancias-, vid BENEAS LYNCH, Alberto (h); “Bienes Públicos, Externalidades y los Free-Riders: el argumento reconsiderado”, en *Estudios Públicos* N° 71, Santiago de Chile, invierno de 1998

9 Aplicando esta concepción en el caso argentino, vid FIEL, op. cit; pág. 41.

entidades que integran el sector público nacional, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios¹⁰.

Históricamente, la ejecución de la inversión en infraestructura ha sido llevada a cabo ya sea por el propio Estado¹¹ o bien recurriendo al Sector Privado por medio del contrato de obra pública que, si bien tiene como objetivo la entrega del "opus", como es sabido, su regulación le permite al Estado comitente ejercer un importante poder de "dirección" sobre el proceso de ejecución de la obra, poder éste que resulta, en lo sustancial, la contrapartida del pago periódico que la Administración efectúa al contratista en función del avance de la ejecución¹². Asimismo, en su formulación tradicional, la realización de la obra puede componerse, básicamente, de dos operaciones diferenciadas: el diseño y la construcción propiamente dicha¹³, esquema éste que, en el ámbito internacional, es conocido como "design then bid"¹⁴ o "design - bid - build"¹⁵. No obstante, este mecanismo de ejecución tiene como principal desventaja una amplia diversificación de las responsabilidades del proyecto –efecto lógico de la separación de sus etapas en contratos diferentes– que genera grandes costos para el erario público y que puede conspirar, en definitiva, contra la eficiencia del sistema de ejecución al resultar dificultoso atribuir las responsabilidades por los defectos o vicios que puedan tornar a la infraestructura en inutilizable¹⁶. De allí que desde el campo internacional –especialmente, en el ámbito de los grandes proyectos de infraestructura– se haya desarrollado el sistema de contratos "llave en mano" o "turnkey contract" que, en lo sustancial, está orientado a eliminar los costes de transacción propios de la diversificación de responsabilidades por medio de la transferencia a un único sujeto de la responsabilidad global del proyecto, de forma tal que éste queda obligado frente al comitente y a cambio del pago de

un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada¹⁷. Si bien esta modalidad de ejecución tiene, a su vez, diversas especies¹⁸, lo cierto es que, a la par de traslucir una notable disminución en el rol de la Administración comitente que reduce el riesgo de conflictividad –y por ende, el costo del financiamiento al que el contratista deberá recurrir para financiar la construcción en la medida en que sólo percibirá el precio una vez entregada la infraestructura en condiciones de operatividad¹⁹–, permite obtener un precio más beneficioso para el Estado fruto de la eficiencia asignativa que se le impone, implícitamente, al contratista²⁰. No obstante, la integración de diversas prestaciones dentro de un único contrato puede tener, como contrapartida, la posibilidad de constituirse en una restricción a la competencia si por vía de la licitación y contratación diversificada de algunas de dichas prestaciones se pueden generar mayores eficiencias que proveyendo su integración en un único contrato. De allí que resulte imperioso, como recaudo previo a disponer su contratación bajo el sistema "llave en mano", realizar un análisis de su procedencia desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia.

Ahora bien, este modelo de costeo y ejecución de obras de infraestructura presenta, en lo sustancial y en lo que a este trabajo interesa, importantes objeciones e inconvenientes. En primer lugar, aunque la objeción tiene menor entidad en los contratos "llave en mano", el modelo de ejecución se asienta en la noción de "obra pública" como objetivo sin asegurar, por intermedio de su régimen, un reaseguro frente a su operatividad u explotación. Esta visión "estática" desnaturaliza uno de los principales caracteres de la infraestructura como lo es que ella sólo se justifica y maximiza desde el punto de vista político, económico y jurídico en función de su explotación. De allí que centrar la idea de ejecución de contratos de infraestructura sobre la base del de obra pública acarrea el riesgo de derivar en una visión

- 10 Conf. art. 2º. Para una descripción del funcionamiento del Sistema de Inversión Pública, vid IVANEGA, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2003, pág. 61 y sigs.
- 11 Para una visión histórica del rol del Estado en el desarrollo de la infraestructura, especialmente, la vial, vid ALVAREZ, Norberto, "Crisis y Caminos. La intervención del Estado y el Desarrollo Vial (1930-43)" y en CARRERA, Héctor José Inigo, "Aspectos del Desarrollo del Sistema Caminero entre 1930 y 1940", Separatas del V Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina celebrado en Resistencia y Corrientes del 1 al 5 de Septiembre de 1981
- 12 Cabe recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: "(...) resulta obvio que en los contratos de obras públicas no se puede exigir que un contratista disponga de antemano del capital necesario para afrontar la totalidad del presupuesto. Cuenta para ello, como es lógico y natural, con las sumas que va percibiendo durante el curso de los trabajos de acuerdo con las certificaciones pertinentes previstas en el reglamento y pliego de condiciones respectivas (...)", conf. in re "Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica S.A.", Fallos 283 : 345, en especial, considerando 12).
- 13 Sobre el particular, vid BARRA, Rodolfo, *Contrato de Obra Pública*, Tomo I, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs; As; 1984; pág. 68 y sigs; y sobre los diversos modos de ejecución de obras públicas, vid Capítulo V *in totum*
- 14 Así, vid HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los Contratos Internacionales de Construcción "Llave en Mano"*, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 52 y sigs.
- 15 Así, HUSE, Joseph A; *Understanding and Negotiating Turnkey Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1997, pág. 2 y sigs.
- 16 Para una visión general de esta temática en el campo de los contratos internacionales de construcción, vid GLAVINIS, Panayotis, *Le Contrat International de Construction*, GLN Joly Editions, Paris, 1993, pág. 268 y sigs.
- 17 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit; pág. 47; idem HUSE, op. cit; pág. 6. Por su parte, se tiene dicho –con acierto– que "(...) lo que caracteriza a un contrato llave en mano frente a un contrato de construcción, no es la obligación de resultado (...) sino el hecho de que el contratista asuma la responsabilidad por la realización y el buen funcionamiento del proyecto completo. Esa asunción de responsabilidad (...) tiene su causa en que el contratista quien ejecuta el proyecto con su know how, limitándose el cliente (dueño de la obra) a exigir una finalidad y no a guiar los pasos del contratista (...)", ARIÑO ORTIZ, Gaspar; ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael y VILLAR EZCURRA, José Luis, "Objeto de los Contratos", en ARIÑO y ASOCIADOS, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Tomo I, El Sistema Contractual Administrativo, ed. Comares, Granada, 2002, pág. 719
- 18 Sobre el particular, vid HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit; pág. 48 y sigs
- 19 Entre nosotros se ha dicho que en los contratos "llave en mano" el adjudicatario no sólo asume la obligación de construir la obra sino también, la de financiarla, cfr. GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de Gestión y Financiación)*, ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2004, pág. 51
- 20 Así, HUSE, op. cit; pág. 6

parcial e insuficiente de lo que se debe perseguir en este campo, lo que puede llevar a maximizar el gasto de construcción en desmedro de su explotación. En segundo lugar, condicionar un determinado proyecto de infraestructura al financiamiento de los presupuestos públicos importa sujetar a éste a las restricciones presupuestarias que, periódicamente, son impuestas por razones de índole política que sacrifica el largo plazo por las necesidades corrientes, derivando, entonces, en obras de infraestructura nunca terminadas ni explotadas o en extensiones de plazos de ejecución que terminan conspirando, precisamente, contra los tesoros públicos. En tercer lugar, hacer recaer el peso del costo de la infraestructura exclusivamente en el erario público importa trasladar al contratista –y por ende, a quienes lo financian– el costo de la insolvencia estatal, fenómeno ampliamente conocido en nuestro país, lo que redundará en mayores precios para el Estado y, por ende, en mayores cargas para los contribuyentes sin que se obtenga como contrapartida una mejor calidad de la infraestructura. En cuarto lugar, no cabe omitir que el gasto de inversión pública en materia de obras de infraestructura –en la medida en que debe distribuirse en varios ejercicios presupuestarios previa obtención de la partida plurianual²¹– constituye, técnicamente, “deuda pública”²² y, por ello, la decisión de llevar adelante un proyecto como los que analizamos supone someter el mismo a las limitaciones que, tanto en el orden interno²³ como en el orden internacional –en virtud de los acuerdos con organismos multilaterales de crédito que ha suscrito la Argentina²⁴– se han establecido para restringir el incremento de la deuda pública. En quinto lugar, se ha considerado que hacer pesar su costo sobre los contribuyentes actuales sin distinción de las posibilidades efectivas –o no– de utilización de la infraestructura por parte de ellos, importa generar inequidades “intergeneracionales” e “interregionales”²⁵.

III) El Costeo de Obras de Infraestructura por “Precios”. Los mecanismos “Bot” y Concesionales

Frente a la apuntada forma de costeo –siguiendo el esquema planteado por SMITH– aparece el otro “modelo” que se apoya, sustancialmente, en la percepción de un “precio” pagado por quienes utilizan la infraestructura y que tiende, como mínimo, a solventar los costos de la misma, ya sea los de construcción, como los de operación, expansión y mantenimiento. Al hacer hincapié en la idea de “precio”, resulta claro que esta

“(…) esta modalidad sólo resultaría aplicable, por un lado, a aquellas infraestructuras que no revistan la naturaleza de “bienes públicos” en sentido estricto (…)”

modalidad sólo resultaría aplicable, por un lado, a aquellas infraestructuras que no revistan la naturaleza de “bienes públicos” en sentido estricto en tanto que permiten admitir la exclusión de aquellos que se nieguen a pagar el precio en cuestión;²⁶ y, por otro lado, a aquellas infraestructuras que tengan “media” o “alta” rentabilidad económica, incluyendo –en determinados casos– la posibilidad que se contemplen subsidios cruzados entre diferentes clases de usuarios²⁷, puesto que de lo contrario su costeo deberá ser realizado con cargos al tesoro público, por ejemplo, por medio de subsidios explícitos²⁸. Esta modalidad presenta dos ventajas: por un lado, que es la que mejor se adecua al concepto de infraestructura pública que hemos dado en la medida en que el pago del

21 Del juego de las disposiciones contenidas en los artículos 7º, 15º y 5º segundo y cuarto párrafos de las leyes nros. 13.064, 24.156 y 24.629, respectivamente, surge la necesidad -bajo pena de nulidad- que todo contrato administrativo de obra que su ejecución insuma más de un ejercicio presupuestario debe contar con crédito legal previo –crédito establecido por la ley de presupuesto o por ley especial-, lo que implica la autorización legislativa para contratar tales obras y por el monto total que demande la ejecución de la misma en la totalidad de los ejercicios presupuestarios comprometidos.

22 La Ley 24.156, en su artículo 57, dispone que: “El endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública y puede originarse en: (...) d) La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de UN (1) ejercicio financiero posterior al vigente; siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente (...)”

23 Así, por ejemplo, Ley 25.152 que en su artículo 2, inciso f) dispone que: “(...) La deuda pública total del Estadonacional no podrá aumentar más que la suma del déficit del Sector Público Nacional No Financiero, la capitalización de intereses, el pase de monedas, los préstamos que el Estado nacional repase a las provincias y el pago establecido en las Leyes Nos. 23.982, 24.043, 24.070, 24.073, 24.130, 24.411, 25.192, 25.344, 25.471 y los artículos 41, 46, 61, 62 y 64 de la Ley Nº 25.565 y los artículos 38, 58 (primer párrafo) y 91 de la Ley Nº 25.725, cuyo límite anual de atención se establecerá en cada Ley de Presupuesto Nacional. Se podrá exceder esta restricción cuando el endeudamiento se destine a cancelar deuda pública con vencimientos en el año siguiente (...)”. Asimismo, su artículo 9º, luego de crear el Fondo Anticíclico Fiscal, dispuso que cuando los recursos alcancen en un ejercicio el monto máximo del tres por ciento (3%) del P.B.I., los excedentes acumulados durante ese ejercicio podrán aplicarse sólo a la cancelación de deuda externa, habiéndose vetado por el Poder Ejecutivo la posibilidad de aplicar dicho superávit a gastos de inversión pública, cfr Decreto 1017/99

24 El caso más prototípico es, para la Argentina, el acuerdo con el Fondo Monetario Internacional celebrado en el curso del año 2003 en donde la República se comprometió para el año 2004 a un superávit equivalente al 3% del PBI como base para atender los pagos de la deuda en estado de cumplimiento y de la que será objeto de reestructuración, así como también, el compromiso allí contraído de mantener al mínimo el nivel de endeudamiento, conf. <http://www.mecon.gov.ar/finanzas/download/memo.pdf>.

25 En este sentido, haciendo referencia a un documento de la OECD, vid, RUIZ OJEDA Alberto, “Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras”, en RUIZ OJEDA, Alberto (Coordinador), La Financiación Privada de Obras Públicas. Marco Institucional y técnicas aplicativas, ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 53.

26 Así, FIEL, op. cit; pág. 41

27 En este sentido, vid HARRIS, Clive, *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries. Trends, Impacts and Policy Lessons*, World Bank Working Paper Nº 5, 2003, pág. 35. No obstante, la posibilidad de subsidios cruzados será más restringida en aquellas infraestructuras con mayor apertura a la competencia (ej. telecomunicaciones, gas natural) que respecto a aquellas de naturaleza monopólica (ej. agua y saneamiento)

28 En este sentido, se ha dicho que la cobertura de los costos de la inversión y de la utilidad del inversor en infraestructura puede provenir de dos fuentes: del “mercado” o de alguna forma de subsidio público; cfr. CRAMPES, Claude & ESTACHE, Antonio, “Regulatory Trade –Offs in the design of concession contracts”, World Bank, 1997, pág. 5

precio está necesariamente asociado con la explotación que de la misma se haga y con el servicio que se presta con asiento en ella; por otro lado, al exigir su pago sólo a quienes utilizan la misma, permite limar las tachas de "inequidad" intergeneracional²⁹ e interregional de las que había sido objeto el anterior modelo.

En principio, este esquema admite tanto la participación pública como la privada en las tareas de creación y explotación de la infraestructura. No obstante, cuando se trata de incorporar nueva infraestructura aún no construida, resulta obvio que el precio de su utilización sólo podrá ser percibido de los usuarios una vez que la misma se encuentre construida y habilitada. Así, la percepción del precio tendrá la finalidad primordial de "repagar" la primitiva inversión. Esta circunstancia incide de modo diferente según sea el Sector Público o el Privado el que tenga a su cargo la construcción y explotación de la misma.

Así, en el supuesto en que la misma corresponda a la propiedad y gestión pública, para poder financiar su creación "ex novo" resultará necesaria la provisión de fondos públicos –ya sea por vía de aplicación de recaudación tributaria o por vía de endeudamiento– con la pertinente partida plurianual generadora de deuda pública, con lo cual no se logra –plenamente– excluir a esta clase de infraestructuras de las restricciones presupuestarias y financieras a las que hemos hecho referencia y que representan una limitación importante para la participación del Sector Público en esta materia.

Por tales motivos –sumados a otros de naturaleza económica³⁰ e ideológica³¹ cuyo tratamiento no es objeto del presente– resulta usual que los Gobiernos trasladen el costo y el riesgo de dicha financiación, y de su consecuente explotación, al sector privado mas asegurándose que luego de determinado plazo la infraestructura en condiciones de operatividad sea transferida al Sector Público. Por medio de este procedimiento se evita que las restricciones presupuestarias sean una limitante para

la provisión de infraestructura, a la par que, al restringir el gasto de inversión y no incrementar por tal motivo la deuda pública, se puedan aplicar los recursos públicos remanentes a otras finalidades de interés general³².

Esta transferencia de responsabilidades públicas en la financiación y gestión de infraestructuras es lo que, en un sentido amplio, se ha dado en denominar "privatización" y que tuvo su auge en el mundo y especialmente en Latinoamérica y en Argentina –como es sabido– en la década del noventa³³. En este proceso, el rol del Estado quedó –principalmente– restringido a las funciones de diseño de los marcos regulatorios y contratos, y a las de regulación y control³⁴.

Así, en lo que al objeto de este trabajo interesa, cabe señalar que en materia de infraestructura este proceso fue instrumentado, principalmente, por medio de mecanismos contractuales mediante los cuales se encomendó al Sector Privado la construcción, operación y ulterior transferencia al Sector Público de tales infraestructuras, mecanismos éstos conocidos como "B.O.T." por sus siglas anglosajonas ("*Build, Operate & Transfer*"), denominación ésta que reconoce sus orígenes a comienzos de la década del setenta para los emprendimientos de infraestructura desarrollados en Turquía³⁵. En lo sustancial, este sistema se caracteriza por una convención mediante la cual a una empresa particular o a un consorcio de empresas particulares se le encomienda la construcción de una infraestructura pública, para lo cual utilizará fondos privados y, ulteriormente, tendrá a su cargo su explotación o gestión durante un período de tiempo –generalmente, en la experiencia internacional, de treinta años– a cuyo término la propiedad de tales infraestructuras será transferida al Estado. Durante dicho período la sociedad explotadora se encuentra autorizada a percibir una tarifa a cambio de la prestación de un servicio a favor de los usuarios³⁶. Es dable destacar que este sistema reconoce modalidades contractuales diferentes según cuál sea la extensión y naturaleza de las tareas encomendadas

- 29 Así, RUIZ OJEDA, Alberto, "Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras", op. y pág. Cits.
- 30 Por ejemplo, la creación de mercados competitivos; el mejoramiento de la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios que se apoyan sobre ellas mediante la introducción de los aportes del sector privado en la gestión de infraestructuras, etc.
- 31 Por ejemplo, el retiro del Sector Público hacia funciones de regulación y control y de gestión exclusivamente subsidiarias respecto al Sector Privado
- 32 Se ha dicho que una de las finalidades perseguidas en la década del noventa al fomentar la participación privada en infraestructura fue evitar el "drenaje" de recursos que ocasionaba en los presupuestos públicos la inversión en infraestructura; conf. HARRIS, op. cit; pág. 5. En igual sentido, BETTINGER, Christian, *La Gestion Déléguée des Services Publics dans le Monde. Concession ou BOT*, ed. Berger – Levraut, París, 1997, pág 236
- 33 Sobre este proceso, vid MANZETTI, Luigi, *Privatization: South American Style*, Oxford University Press, New York, 1999. Este autor define al proceso de privatización como la "transferencia de activos y funciones de servicio desde el sector público hacia el privado", pág. 1. En un sentido similar, BARRA ha distinguido entre una privatización "absoluta" que implica la transferencia de activos del Estado a favor de los particulares, y una "relativa" donde solamente se transfiere la gestión del servicio; cfr. BARRA, Rodolfo C., "*Bases Jurídicas de las Privatizaciones: La Concesión de Obra y Servicio Público en el Proceso de Privatización*", en AAVV, *Privatizaciones en Argentina-Privatizations in Argentina-*, Bureau de Investigaciones Empresariales, Buenos Aires, 1991, Capítulo II.1; también publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Enero-Abril de 1991, pag.17 y sigs. Para una visión de las diferentes cuestiones jurídicas que, a comienzos de la década del noventa, presentaba el proceso de privatización, vid MITRANI, Christian, "*Privatización: métodos y cuestiones jurídicas (Primera y Segunda Partes)*", L.L. 1990-D-1069 y L.L. 1990-E-637.
- 34 Para una visión de conjunto del rol del Estado en este proceso, vid CASSAGNE, Juan Carlos, "*Evolución de los Principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*", L.L. revista del 27 de febrero de 2002; MAIRAL, Héctor A., "*La ideología del servicio público*", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, n° 14, Buenos Aires, 1993; COMADIRA, "*La experiencia regulatoria argentina*", en <http://www.eldial.com.ar/suplementos/administrativo/doctrina/ad041112-a.asp>; TAWIL, Guido S; "*Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*", Suplemento de Derecho Administrativo Revista El Derecho del 28 de Julio de 2000, *inter alia*
- 35 Se ha señalado que el sistema BOT fue erigido como sistema autónomo por el Primer Ministro Turco Turgut OZAL; cfr. BETTINGER, op. cit; pág. 97.
- 36 Así, BETTINGER, op. cit; pág. 98. En similar sentido, vid, FRESHFIELDS BUCKHAUS DERINGER, *A draft BOT Law*, <http://www.freshfields.com/practice/finance/publications/pdfs/2056.pdf>.

al Sector Privado. Así, por ejemplo, en la experiencia comparada se ha hecho referencia a los contratos de construcción, propiedad, operación y transferencia (“BOOT” o “Build, Own, Operate & Transfer”); a los contratos de construcción, propiedad, operación, subsidiarización y transferencia (“BOOST” o “Build, Operate, Own, Subsidize & Transfer”); a los de diseño, construcción, financiación y operación (“DBFO” o “Design, Build, Finance & Operate”) y a los de construcción, propiedad y operación (“BOO” o “Build, Own & Operate”)³⁷. En el mercado financiero internacional, el régimen del BOT es, generalmente, asimilado al régimen concesional, en la medida en que se hace apoyar la noción en el carácter de licencia para construir, operar y transferir que tiene la convención con el Estado³⁸. Esta circunstancia ha hecho que en nuestro país las especies paradigmáticas del contrato BOT hayan sido la concesión de servicios públicos y la concesión de obra pública, a la par que también revestirían esta modalidad otras denominadas de “construcción, operación y mantenimiento” (“COM”) o de “construcción, rehabilitación y mantenimiento” (“CREMA”) que pueden, o no, revestir naturaleza concesional³⁹, siendo lo relevante para que encuadren dentro de esta noción que el precio sea percibido en función de su explotación.

Tal como lo hemos expuesto en otra oportunidad⁴⁰ estos contratos pueden regularse, sustancialmente, bajo dos modelos diferentes. Así, en primer lugar, el Estado puede haber adoptado una regulación de “comando y control” por medio de la cual no sólo se regulan los “resultados” que se le exigen al contratista sino también los “medios” a través de los cuáles deberá arribarse a tales resultados, lo que tiene lugar por medio del establecimiento de “planes de inversión obligatoria” para el concesionario. Bajo este modelo, utilizado principalmente en el ámbito del agua potable para algunos contratos, los ferrocarriles y durante los primeros cinco años de vigencia de las licencias de transporte de gas natural, la Administración se asegura la instalación de nueva infraestructura y un mayor “dirigismo” en la gestión concesional que, como contrapartida, conlleva un régimen de retribución fundado en el denominado “costo plus” o “costo del servicio” destinado, principalmente, a asegurar el reembolso de los costos

de inversión y una utilidad razonable computada sobre capital invertido. No obstante, este modelo regulatorio tiene como inconveniente –entre muchos otros, básicamente derivados de las importantes asimetrías informativas que conllevan los contratos de larga duración– que no incentiva la eficiencia en la gestión, obligando muchas veces a la realización de obras e inversiones superfluas o que no son las necesarias para la prestación del servicio en las condiciones de calidad exigidas pero que, no obstante, su costo –al haber sido impuesto obligatoriamente por el Estado– es transferido a los usuarios. Frente a este modelo, existe otro que trata de superar las deficiencias del apuntado y, por lo tanto, en lugar de imponer la realización de inversiones obligatorias –tanto físicas como monetarias– se limita a imponer el logro de determinados resultados –básicamente, de calidad de servicio– dejando a la discreción del operador la determinación de los medios –inversiones– a través de los cuáles deberá arribar a tales resultados. Bajo este modelo –que en nuestro país ha sido diferenciado del anterior por la jurisprudencia⁴¹ y que ha tenido aplicación, especialmente, en materia de energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones– las facultades de dirección de la Administración se encuentran reducidas no obstante que cobran particular importancia las relativas al control de tales resultados de gestión, garantizado con un régimen de importantes penalidades de las que sólo puede liberarse si se acredita la fuerza mayor o el caso fortuito. La idea subyacente consiste en generar incentivos –de allí su denominación de “regulación por incentivos”– al operador para que, siendo eficiente en su gestión, pero con el objetivo del logro de los resultados impuestos, realice las inversiones en infraestructura que sean necesarias para la prestación adecuada y regular del servicio. Este mecanismo de incentivos tiene especial apoyo en el sistema de retribución que, en lugar de basarse, principalmente, en los costos y en la tasa de rentabilidad como variante regulatoria, se establece en un sistema de “precios tope” (“price cap”) que le permiten al concesionario, durante un determinado período de tiempo – generalmente quinquenal– apropiarse de las ganancias de eficiencia que vaya obteniendo por medio de su gestión, las que, en el siguiente período tarifario,

37 Así, BETTINGER, op. cit; pág. 102 y sigs.

38 Así, BETTINGER, op. cit; pág. 97; idem VINTER, Graham D; *Project Finance*, 2º ed; Sweet & Maxwell, London, 1998, pág. 36 y sigs.

39 Por ejemplo, en el caso de los contratos COM utilizados para la construcción y explotación de ampliaciones del sistema de transporte de energía que no constituyen, en sentido jurídico, concesiones de servicios públicos ni de obra pública; vid, así, *Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte de Energía en Alta Tensión*, Anexo 16 de *Los Procedimientos*, <http://memnet2.cammesa.com/inicio.nsf/marconormativa>. No obstante, entre nosotros, FANELLI EVANS tiene dicho sobre el particular que: “(...) Por de pronto conviene comenzar por despejar lo atinente a algunos llamados “sistemas alternativos de contratos” destinados a la realización de obras públicas, como los denominados BOT (o COT por Construir, Operar y Transferir) o CREMA (por Construcción Rehabilitación y Mantenimiento). Algunos funcionarios y empresarios han creído ver en ellos nuevos tipos contractuales. No es así. Dichos contratos no constituyen nuevas categorías distintas de las conocidas tradicionalmente: o son contratos de obra pública (de pago diferido o no), o son contratos de concesión de obra pública. Ello depende de quién los paga: el tesoro en el primer caso y los usuarios o beneficiarios en el segundo. No hay otra posibilidad. Lo que ocurre es que dichas atractivas siglas no pasan de hacer referencia al “objeto” del contrato, es decir, lo que se le exige al contratista. Pero ello no altera para nada la esencia del contrato, que seguirá siendo contrato de obra pública (quizá de pago diferido) o de concesión, dependiendo ello de quien lo paga. De esta suerte, pueden seguir inventándose denominaciones atractivas, como PIREMA (por Pintura, Revoque y Mantenimiento) o FREBAPI (por Fresado, Bacheo y Pintura) o cualquiera otra que indique o dé idea del contenido de las obligaciones que se le imponen al contratista. Pero ello en nada alterará la esencia del acuerdo de voluntades, el que no tendrá otra alternativa que ser contrato (a veces de pago diferido) o concesión, según la alternativa que se elija para su financiación. Por lo expuesto, tampoco constituyen concesiones ningún otro tipo de obras públicas en que los usuarios o beneficiarios no son los que las sufragan. Ello es de la esencia de la concesión. Por lo tanto no revisten el carácter de concesiones las obras públicas pagadas con impuestos (p. ej. a los combustibles), aun cuando sean de afectación específica. Tales acuerdos son lisa y llanamente contratos de obra pública de pago diferido o “falsa concesión”, como certeramente las denomina Barra (Barra, Rodolfo C., “Contrato de Obra Pública”, t. I, p. 385, Buenos Aires, 1984). (...)”, FANELLI EVANS, Guillermo, “La financiación de concesiones de obras y servicios públicos”, L.L. 1998-D-958.

40 Conf. AGUILAR VALDEZ, Oscar R; “Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios”, Lexisnexis, Fasc. N° 12, 23/03/2005

41 Así, vid CNFed. Cont. Adm; Sala IV, “Central Térmica Güemes S.A.”, del 9/12/2002

deberán ser trasladadas a los usuarios por vía de una disminución de las tarifas en términos reales⁴². Si bien, como principio, este modelo parece ser el que mejor se adecua a un régimen de infraestructuras públicas en la medida en que el objetivo, antes que su maximización como realidad física, es la obtención de los beneficios derivados de su racional y eficiente explotación por medio del servicio destinado al público, lo cierto es que, principalmente en nuestro país, ha sido objeto de críticas severas en la medida en que desinteresaría al Estado de la planificación de la infraestructura; así como también en que al limitar los controles estatales a los “resultados” de modo “*ex post*” no se aseguraría suficientemente la prestación⁴³ a lo que habría coadyuvado la inexistencia de efectiva capacidad de contralor de tales resultados por parte de los reguladores⁴⁴. Finalmente, también se ha dicho que los resultados de su aplicación habrían derivado en una reasignación de rentas a favor de los prestadores sin que la pretendida “eficiencia” se hubiese logrado⁴⁵. No obstante, debe señalarse, que los descriptos se tratan de dos modelos “puros” que en muchos casos aparecen entremezclados entre sí, generando sistemas mixtos o “híbridos”, tal como acontece, por ejemplo, en materia de agua y saneamiento, aeropuertos y concesiones viales⁴⁶.

IV) Mecanismos de Financiamiento de Proyectos

Ahora bien, bajo la antes apuntada modalidad de desarrollo de sistemas de infraestructura, tal como hemos visto, el financiamiento para la realización de las obras e inversiones que serán necesarias habilitarlas al uso público para así poder percibir los precios y tarifas pertinentes, se encuentra a cargo del explotador. No obstante, no puede escaparse que, debido a la magnitud de las inversiones iniciales que deben realizarse para construir y poner en estado de operación una infraestructura pública, difícilmente una empresa o un consorcio de ellas pueda hacerlo con capital propio o con endeudamiento en sus respectivos balances, debiéndose tener en cuenta –especialmente para este último supuesto– la existencia de restricciones al endeudamiento establecidas en función de la

capacidad prestable que cada empresa tiene para con el sector financiero, así como también las derivadas de la proporción que debe existir entre el nivel de endeudamiento y el de capital. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que, aún cuando existiese la posibilidad de recibir fondos –ya sea por vía de aporte de accionistas o provenientes del financiamiento bancario– la circunstancia que dicho financiamiento – corporativo o financiero– sea realizado contra el balance de la compañía supone estar afectado –en su capacidad de repago– por los riesgos derivados de los múltiples proyectos que la empresa deudora puede tener en ejecución en todo el mundo, lo que deriva, necesariamente, ya en una exigencia adicional de garantías, ya en un mayor costo financiero cuya traslación al precio del proyecto o a los usuarios podría resultar inviable desde el punto de vista político y comercial⁴⁷.

Por tales motivos, se ha dicho que los recursos para el financiamiento de esta clase de proyectos no hay que buscarlos prioritariamente en las empresas promotoras de los mismos sino allí donde éstos están: en los mercados de capitales, hoy favorecidos por su “globalización”⁴⁸. De esta forma –si bien puede rastrearse su origen en los mecanismos de financiación de proyectos petroleros “*off shore*” del Mar del Norte durante la década del setenta⁴⁹– durante los noventa se han ideado internacionalmente mecanismos conocidos como “*project finance*” orientados, precisamente, a suplir las restricciones que existen para su financiación por los sectores públicos y privados y a posibilitar que los mismos sean fondeados por los mercados de capitales a costos más bajos y razonables. Estos mecanismos, en lo sustancial, suponen que el repago del financiamiento obtenido en tales mercados sea realizado, no contra el balance de las empresas promotoras, sino contra el flujo de fondos que tales proyectos generan⁵⁰, asociándose, en gran parte, la suerte de dicho repago al éxito del proyecto, lo que no convierte al financiamiento en cuestión en uno de carácter corporativo puesto que al no existir en cabeza del financista un derecho a las mayores utilidades que, sobre el monto del endeudamiento, pudieran existir⁵¹ el financista no puede ser asimilado a un accionista⁵².

42 La fórmula RPI-X es la que expresa esta ecuación. Sobre el particular, vid TAWIL, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, op.cit; y SACRISTÁN, Estela B; “Eficiencia y Tarifas (Con especial referencia al Factor X)”, en Revista de Derecho Administrativo año 2001, Bs. As, 2001, pág. 188 y sigs y la completa bibliografía allí citada.

43 Señala que esta es la principal crítica formulada al sistema de control “*ex post*”, POZO GOWLAND, Héctor, “Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/8/2004, pág. 2. Sobre el particular, recuérdense las críticas que mereció el ENRE por no haber “controlado” las obras, el estado y el funcionamiento de la Sub Estación Azopardo que derivaron en el conocido corte de principios de 1999 que afectó a gran parte de los usuarios de la Capital Federal.

44 THWAITES REY, Mabel y LÓPEZ, Andrea, *Fuera de Control. La Regulación residual de los servicios privatizados*, ed. Temas, Bs.As, 2003; pág. 57.

45 Idem nota anterior

46 Para una visión de conjunto de los sistemas “híbridos”, vid ABDALA, Manuel A & SPILLER, Pablo T; *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Fundación Gobierno y Sociedad, ed. Temas, Bs. As, 1999, pág. 16 y sigs.

47 Para una visión de las restricciones apuntadas, vid VINTER, op. cit; págs. 2 y sigs.

48 Así, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “*Infraestructuras: nuevo marco legal*”, en ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (Edit.); *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, ed. Montecorvo, Madrid, 2000, pág. 37

49 Así, VINTER, op. cit; pág. vii

50 En un sentido amplio, se ha dicho que el “*project finance*” supone el financiamiento de un proyecto de infraestructura de gran envergadura (...) donde la mayor parte del financiamiento no es provista por ninguna forma de aporte de capital y que debe ser repagado, principalmente, con los fondos generados por el proyecto mismo”, VINTER, op. cit, pág. xxxi; en similar sentido, vid en nuestra literatura, MAIRAL, Héctor A; “*La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*”, en GORDILLO, Agustín (Director), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, ed. La Ley, Bs. As, 2004, pág. 5; GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 63; CORREA LUNA, Alejandro y ONETTO, Claudio Andrés, “*Estudio legal de la garantía y pago del financiamiento de proyectos petroleros (Su aplicación a contratos de locación de obras y servicios en general)*”, L.L. 1988-D-1074 y ARAMBURU, Pedro Eugenio, “*Conceptos básicos sobre el project finance*”, en L.L. 1999-B- 1041. Una referencia reciente a este mecanismo de financiación en materia de servicios públicos puede leerse en la Resolución ENARGAS 2877/2003, del 19/9/2003.

Por otra parte, en tanto que el financiamiento no recae como deuda en el balance de las empresas promotoras del proyecto sino sólo en el balance de la sociedad especialmente constituida para la ejecución del proyecto y con el fin de aislar a la misma de los riesgos derivados de otros proyectos que pudiesen estar simultáneamente desarrollando los promotores (sociedad de propósito especial)⁵³– el financista no es, técnicamente, acreedor de los accionistas o “promotores” sino del “proyecto” en sí mismo considerado⁵⁴. Por tales motivos, el “*project finance*” es, verdaderamente, un financiamiento “al proyecto” y no a personas jurídicas determinadas⁵⁵. Al ser un sistema de “recurso limitado” contra los promotores del proyecto –ello, en la medida en que, por lo general, salvo en lo tocante al riesgo de terminación y habilitación de la infraestructura⁵⁶– los promotores no deberán responder por la insuficiencia de fondos o de activos del proyecto, o en su caso, sólo responderán por hasta su participación en el capital de la sociedad de propósito especial⁵⁷. Por tales motivos, los financistas –en rigor, y en mayor parte, los mercados de capitales que adquirirán títulos de deuda cuyo pago estará garantizado con el flujo de fondos del proyecto⁵⁸– asumen, principalmente, el riesgo de ejecución del proyecto⁵⁹. Por tal motivo, y para que el proyecto pueda ser considerado “financiable”⁶⁰, resulta necesario comprender que la clave del “*project finance*” radica en una correcta distribución de riesgos, de modo tal de no trasladar al financista aquellos que no está en condiciones de asumir, pronosticar o garantizar o que sus efectos son potencialmente amplios o abiertos⁶¹. En tal sentido, un profesional con trayectoria internacional en esta clase de operaciones grafica la cuestión diciendo que un financista podrá asumir que un yacimiento petrolero carezca de reservas petroleras por que tal riesgo puede ser monitoreado por medio de auditorías e informes técnicos; podrá asumir que exista cierta demora en la terminación de la obra por que el contratista será pasible de multas por atrasos, pero, por ejemplo, no podrá asumir el riesgo de un cambio en el régimen jurídico aplicable al proyecto si el mismo no puede ser trasladado a los consumidores o a un tercero ajeno al proyecto. El riesgo de cambio de las reglas de juego constituye una especie de “cheque en blanco” por que no hay forma de conocer

si dicho riesgo realmente puede materializarse y, si dicho cambio tiene lugar, determinar la extensión que tendrán los mismos⁶². Asimismo, podrán asumir un incremento en la carga tributaria general en el país o región donde el proyecto se desarrolla mas no la sanción de un régimen tributario diferencial o discriminatorio para el mismo⁶³. Nótese que ya no se trata de una cuestión de “precio” sino,

“(…) en tanto que ya no se trata del interés del promotor del proyecto (…) sino del interés de quienes han decidido confiarle sus fondos entre una multiplicidad de proyectos alternativos en donde invertirlos.”

lisa y llanamente, de viabilidad del financiamiento⁶⁴. Así, puede juzgarse la importancia de la estabilidad de los compromisos asumidos por los gobiernos en los contratos de infraestructura, ello, en tanto que ya no se trata del interés del promotor del proyecto –quien estará, por múltiples razones, en mejores condiciones de “administrar” ese riesgo y quien, además, sólo responde limitadamente por el financiamiento– sino del interés de quienes han decidido confiarle sus fondos entre una multiplicidad de proyectos alternativos en donde invertirlos⁶⁵.

En adición a lo expuesto, uno de los principales riesgos que los financistas tratarán de evitar es el derivado de la rescisión anticipada del contrato celebrado con el gobierno. La razón es lógica si se advierte que con su terminación anticipada se frustrará la posibilidad de obtener, por vía del flujo de fondos que dicho contrato genera, el reembolso de sus acreencias, motivo por el cual ningún régimen contractual en materia de infraestructura puede desentenderse de la suerte de los préstamos conferidos para el desarrollo del proyecto, tal como lo

51 Denominado en el léxico financiero como “*upside*”

52 Así, VINTER, op. cit; pág. 4

53 Así, VINTER, op. cit; pág. 25, donde señala que la filosofía del *project finance* es apartar a la compañía de propósito especial de la mayor parte de los riesgos extraños al proyecto en cuestión. En similar sentido, entre nosotros, vid GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 64.

54 Así, MAIRAL, “*La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*”, op. cit; pág. 5

55 Así, CORREA LUNA y ONETTO, op. cit.

56 Llamada etapa de “*project completion*”. La que se desarrolla luego de su habilitación al uso público se denomina de “*project performance*”.

57 Así, VINTER, op. cit; págs. 111 y sigs. Por tal motivo, como bien se ha señalado, aún fracasando un determinado proyecto, el promotor no tiene por qué quebrar, cfr. ARAMBURU, op. cit; pág.

58 Ello, fruto de una operación de “titularización” o “securitización”, cfr. GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 70

59 cfr. FUCCI, Frederick, “*Strategies for risk management in international IPPs: terms of the projects documents*”, ponencia presentada en *Power-Gen International '99 Conference*, New Orleans, Louisiana, December 1, 1999, http://www.thelenreid.com/articles/article/art_51_idx.htm.

60 Esta circunstancia es conocida en la terminología financiera como “*bankability*”, cfr. VINTER, op. cit; págs. 85 y sigs.

61 Así, VINTER, op. cit; pág. 85

62 Así, VINTER, op. cit; págs. 85 y sigs.

63 Idem nota anterior.

64 Así, VINTER, op. cit; pág. 86, nota a pie de página # 1

65 Esta circunstancia ha sido resaltada por MAIRAL en “*La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*”, op. cit; pág. 6 y sigs. Por tal motivo, en países inestables desde el punto de vista del régimen jurídico, las inversiones de envergadura suelen venir acompañadas de instrumentos de “estabilización” que aíslan al proyecto de futuros cambios normativos. Tal lo que ocurre, por ejemplo, en Perú y en nuestro país con las inversiones mineras.

atestigua la experiencia internacional⁶⁶. En tanto que para un tratamiento más detallado del particular nos permitimos remitir a un trabajo nuestro anterior⁶⁷, sólo nos limitaremos a señalar que constituye un recaudo de “financiabilidad” del proyecto que, en caso de extinción del contrato, y en tanto que el financiamiento fue otorgado “al proyecto” y no a un determinado sujeto jurídico, se garantice la posibilidad de continuar afectando el flujo de fondos del mismo –ahora en manos públicas o de otros promotores– al repago de los créditos efectivamente invertidos en la infraestructura⁶⁸.

Lo crítico ocurre cuando el proyecto es “rescatado” por el Estado para ser cancelado o puesto fuera de operación, lo que impide la aplicación del mecanismo antedicho; lo que obliga a reducir, así, el derecho de los financistas a la percepción de las indemnizaciones que el contratista le pudo haber cedido contra el Gobierno. De allí que los regímenes de infraestructura sean, por este motivo, contrarios a tolerar las prerrogativas de rescate y revocatoria por razones de oportunidad. Así, el rescate se encuentra expresamente excluido en nuestro país en el caso de las licencias del gas natural⁶⁹, y, en los regímenes de la energía eléctrica, se encuentra interdicto en tanto existan particulares interesados en la prestación de tales servicios, ello, en tanto que en tales supuestos se prohíbe la reasunción de la explotación por el Estado⁷⁰. A su vez, en la concesión de aeropuertos su ejercicio se encuentra limitado temporalmente luego de haber transcurrido veinte años⁷¹. En Latinoamérica, el rescate no resulta contemplado en Chile⁷² ni en Perú⁷³ y en Brasil, en ausencia de pacto o regulación expresa, se dispone que la reasunción por el sector público sólo puede tener cabida por ley⁷⁴ expresa.

Asimismo, y como mecanismo para evitar que la conducta irregular de la sociedad que tiene a su cargo la ejecución del contrato pudiera causar su rescisión por caducidad, se ha exigido –y en algunos casos, como en

materia petrolera y vial en nuestro país, ha sido recogido como una posibilidad normativamente admitida⁷⁵– que ante la existencia de incumplimientos contractuales que también lo sean bajo los contratos de financiamiento, los financistas puedan reemplazar –con la conformidad de la Administración contratante– a la sociedad contratista por otra que esté en mejores condiciones de continuar con la ejecución satisfactoria del proyecto⁷⁶.

V) Las Limitaciones del Sistema de Costeo por “Precios” y su Incidencia en el Acceso a Fuentes de Financiamiento.

Ahora bien, el modelo de explotación de infraestructuras por parte del Sector Privado y costeadas con precios percibidos de los usuarios, amén de las críticas de orden ideológico de las que pudiera ser pasible, tiene la restricción de sólo ser útil para proyectos de “mediana” o “alta” rentabilidad económica, lo que excluye su utilidad en segmentos donde tal rentabilidad no existe o es “baja”. Si bien se ha pretendido hacer frente a tales *déficits* por vía de la imposición de obligaciones o cargas de “servicio universal”, lo cierto es que ello no quita, *per se*, la dificultad de encontrar financiamiento en los mercados de capitales para costear tales emprendimientos económicamente poco rentables. Por otro lado, acudir a los subsidios cruzados para posibilitar el aseguramiento de un servicio mínimo a un precio razonable y asequible no está exento de problemas de índole competitiva y suele generar, además, enfrentamientos entre aquellos sectores llamados a costear tales facilidades y aquellos otros que se benefician con las mismas⁷⁷. En adición, en países que, como el nuestro, se encuentran excluidos –cuando menos, temporariamente– de los mercados de capitales, la situación descrita se agudiza severamente, ya no solamente para proyectos de “baja” rentabilidad económica, sino para cualquier proyecto de infraestructura que no cuente con garantías de que no será afectado por decisiones públicas⁷⁸. En este sentido,

66 Así, RUIZ OJEDA, Alberto, “EL Eurotunel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión”, en Revista de Administración Pública N° 132, Septiembre-Diciembre de 1993, Madrid, pág. 496; en igual sentido, “Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas sobre proyectos de infraestructura con inversión privada” elaborada por la UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

67 AGUILAR VALDEZ, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos” (en prensa), op. cit.

68 Así, VINTER, op. cit; págs. 159 y sigs

69 Reglamento de la Ley 24.076, art. 45 y Licencias de transporte y distribución, Numeral 11.5.

70 Ley 24.065, art. 3°. No obstante, sobre el particular, COMADIRA ha señalado que la posible asunción por el Estado del servicio en el caso en que no hubiesen interesados del sector privado en prestarlo constituye una manifestación de lo que denomina el “rescate impropio”, cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, “El servicio público como título jurídico exorbitante”, en E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/12/2003.

71 Así, Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, Numeral 25.1

72 Así, Decreto 900 del 31/10/1996 que sólo contempla al vencimiento del plazo, el mutuo acuerdo, el incumplimiento grave del concesionario y las causales que expresamente se pacten en las bases de la licitación.

73 Así, Decreto Ley N° 25844 de 1992, de Marco General Regulatorio del Subsector Electricidad, art. 35 que dispone que las concesiones eléctricas se extinguen sólo por caducidad o renuncia.

74 Así, Ley 8.897, del 13/2/1995, art. 37

75 Así, en materia de hidrocarburos, Ley 17.319, art. 73; y en materia vial, Contrato de Concesión para la Conexión Vial Rosario-Victoria, Numeral 23.

76 Este mecanismo es conocido como “pararse en los zapatos” del ejecutor del proyecto o “*step in shoes*”, cfr. VINTER, op. cit; pág. 159 o “*step in rights*”; cfr. FUCCI, op. cit. Por lo general, el reemplazo, en una primera etapa se lo hace con una sociedad controlada por los financistas, la que tiene por objeto principal, reestructurar la gestión del proyecto y sus deudas para, ulteriormente, transferirse a otra de gestión en infraestructura. Para un análisis del tema en nuestro derecho, vid las interesantes consideraciones respecto a su colisión o compatibilidad con el principio de igualdad de trato de los oferentes que formula GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 69.

77 Recordemos lo ocurrido en nuestro país en materia de agua potable y saneamiento o en materia de “rebalanceo telefónico”.

78 De allí que en la actualidad las principales inversiones privadas en materia de infraestructura para el desarrollo de nuevos proyectos provengan del sector minero que cuenta, gracias a la Ley de Inversiones Mineras, con un régimen de estabilización impositiva y cambiaria que ha permitido excluir a estos proyectos de las modificaciones normativas sufridas desde fines del año 2001.

no puede obviarse que un régimen de transferencia al Sector Privado de las responsabilidades atinentes a la construcción y operación de largo plazo de proyectos de infraestructura de envergadura incrementa el riesgo denominado de “expropiación” o de “oportunisto gubernamental” en tanto que, una vez construida la infraestructura y habilitada al uso público, los Gobiernos pueden estar tentados de “apropiarse” de los beneficios económicos de dicha explotación y, de esa manera, afectar la amortización de la inversión realizada por el Sector Privado⁷⁹. Finalmente, la traslación casi entera del riesgo de financiamiento al Sector Privado ha demostrado ser, cuando menos en nuestro país, peligroso ante situaciones de crisis o de emergencia económica⁸⁰.

VI) El Costeo Conjunto de Obras por el Tesoro Público y por “Precios”. El Financiamiento “Mixto” y las Asociaciones Público-Privadas.

Ante los problemas y ventajas que plantean los dos sistemas básicos de construcción y ejecución, se ha intentado en los últimos años lograr una “sinergia” entre ambos modelos y así, minimizar los riesgos y potenciar las ventajas de ambos sistemas. Entonces, será al costeo de la infraestructura “por precio y por impuestos” a la modalidad a la que habrá que recurrir allí donde la rentabilidad social sea “alta” y la rentabilidad económica sea “media” y/o “baja”.

Pensemos, por ejemplo, en infraestructura de carácter “social” (obras de saneamiento, hospitales, etc), de carácter “regalístico” (cárceles, infraestructura militar, etc) o de carácter “cultural” (escuelas, centros de información pública, etc). En todos estos supuestos, y debido a su baja rentabilidad económica, difícilmente mecanismos como los contratos BOT podrán tener cabida. A su vez, su financiación *ex ante* por medio de los presupuestos públicos –en razón de la naturaleza y envergadura de los montos de inversión que suponen, unido a la necesaria simultaneidad y pluralidad de proyectos que los ámbitos donde éstos tienen lugar exigen parece muy dificultosa, en lo sustancial, debido al incremento de la deuda pública que la inversión pública trasluce y a las restricciones de disposición de fondos públicos que de ello se deriva. Por otra parte, en materia de infraestructura “económica”, especialmente, en países que, como el nuestro, existe la necesidad de su desarrollo para proveer de servicios a sectores de muy

bajos recursos, las restricciones apuntadas para aquellas otras especies de infraestructuras públicas también tornan desaconsejable dejar librado su costeo, en forma exclusiva, a alguno de los dos modelos antedichos. Pero, por otra parte, las ventajas de la participación del Sector Privado en tales proyectos –especialmente las vinculadas a la eficiencia en la gestión y aprovechamiento de experiencias internacionales así como de su acceso al mercado de capitales– no pueden ser omitidas por ningún gobierno que realmente pretenda el desarrollo de la infraestructura.

Dentro de este contexto, en el ámbito internacional, se ha pretendido idear mecanismos que permitan asignar a los Sectores Público y Privado, dentro de un mismo proyecto, el rol que cada uno de ellos está en mejores condiciones de cumplir.

Uno de los primeros países que –ante las limitaciones impuestas al endeudamiento público emanadas del régimen comunitario– intentó modelar esquemas como el enunciado fue Gran Bretaña. Así, en 1992 lanzó la denominada “Iniciativa de Financiación Pública” (o “*Public Finance Initiative*”, “PFI”) que, en lo sustancial y diseñado para el campo de las infraestructuras sociales, culturales y regalísticas, importó un cambio relevante en la provisión de infraestructura pública al Gobierno en tanto que cambió el rol del Estado de “adquirente de infraestructura” por el de “adquirente de un servicio”. De esta forma, de un régimen de contratación donde era necesario el incremento de la deuda pública para atender el gasto de inversión en varios ejercicios, se pasó a uno donde el Estado sólo “paga un precio” (gasto de operación) a cambio del servicio que, en base a infraestructura construida, financiada y operada por el Sector Privado, éste le suministra periódicamente⁸¹. Mediante este mecanismo el Sector Público persigue el objetivo de lograr, mediante el empleo de fondos públicos, el recaudo de “valor por dinero”, el que se logra, básicamente, mediante una mejor distribución de los riesgos según quien –Sector Público o Privado– se encuentre en mejores condiciones de afrontarlos; proveyendo incentivos más adecuados para mejorar la ejecución del proyecto en tanto que el contratista sólo recibirá pagos del Estado en la medida en que el servicio prestado sea satisfactorio; asegurándose que no existirá una “sobre inversión” en activos físicos que exceda lo necesario para proveer un servicio de calidad; aprovechando las capacidades y experiencias del Sector

79 Sobre el particular, vid SPILLER, Pablo T; “A positive political theory of regulatory instruments: contracts, administrative law or regulatory specificity?”, 69 Southern California Law Review 477 (1996); idem COOK, Jacques, “Regulation by Contract: a lender’s perspective on Concession Regimes” y SPILLER, Pablo T. & SAVEDOFF, William, “Commitment and Governance in Infrastructure” ambos en BASAÑES, Federico, URIBE, Evamaría & WILLIG, Robert, Can Privatization Deliver? Infrastructure for Latinamerica, Inter American Development Bank, 1999; idem ABDALA & SPILLER, op. cit, págs. 17 y sigs; GÓMEZ IBÁÑEZ, José A; Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets; 2003; págs. 1 a 17; NEWBERY, David M; Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities, The Walras – Pareto Lectures, The MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2000, págs. 27 y sigs.

80 Sobre la naturaleza “privada” del riesgo vinculado al financiamiento, vid CNFed. Cont. Adm, Sala II,

“Transportadora de Gas del Norte”, del 12/11/2002 con nota de CAPLÁN, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley del 14/2/2003, págs. 1/10. De todas maneras, ello no quita que su situación deba ser considerada en casos donde, por ejemplo con lo ocurrido con la pesificación de tarifas dispuesta por la Ley 25.561, ha sido el propio Estado quien ha “encarecido” notoriamente el costo de endeudamientos ya asumidos comprometiendo sus posibilidades de repago; sobre el particular vid, ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “Endeudamiento y Riesgo Empresario”, ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Servicios Públicos, Mendoza, Abril de 2004.

81 Sobre los fundamentos macro económicos de la PFI, vid GROUT, Paul A; “The Economics of the Private Finance Initiative”, en Oxford Review of Economic Policy, Vol. 13, N° 4 (1997), págs. 53 y sigs; en igual sentido, vid SMITH, op. cit; págs. 2 y sigs.

Privado, etc.⁸². No obstante, la PFI no llega a convertirse en un modo de “privatización” en tanto que el Sector Público no se convierte en un mero “regulador” externo del servicio sino en su “adquirente” o “cliente”, con lo cual media una distribución de riesgos entre el Estado y el Sector Privado ausente –cuando menos, explícitamente– en los mecanismos de “privatización”⁸³.

Basada en el modelo británico, internacionalmente fue cobrando fuerza la idea de lograr, en este campo, una suerte de asociación entre los Sectores Público y Privado que mediante una adecuada intervención de cada uno de ellos en el proceso de desarrollo de infraestructura permitiese lograr las “sinergias” necesarias para el logro de fines de interés general. Así, surgió una nueva modalidad de desarrollo de infraestructura denominada “Asociación Público-Privada” (“APP” o “PPP” en sus siglas en inglés⁸⁴). Si bien se trata, como se ha dicho, de un término con múltiples significados⁸⁵, en un sentido amplio, se ha dicho que comprende cualquier forma de colaboración entre, una parte, los poderes públicos y, de otra, las empresas privadas⁸⁶. En un sentido más preciso, las APPS según las Naciones Unidas constituyen una forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta; lo que supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte⁸⁷. En esta línea –y delimitando aún más el concepto las APPs constituirían aquellas relaciones en las cuáles el Gobierno suscribe un contrato con el Sector Privado para que éste le provea servicios en un proyecto de infraestructura con una adecuada distribución de riesgos y beneficios para las partes asociadas⁸⁸. Finalmente, se ha dicho que, antes que una institución jurídica, las APPs constituyen, a la vez, una estrategia de acción de los Sectores Público y Privado y una relación estable fundada sobre una comunidad de intereses entre la colectividad pública y sus “socios” privados sobre la base de un proyecto determinado⁸⁹. Lo apuntado en último término resulta sumamente adecuado para lograr una cabal comprensión del significado de las APP, puesto que bajo diversas manifestaciones jurídicas, las APPs

constituyen el punto de encuentro de los intereses y expectativas de los Sectores Público y Privado respecto de un mismo proyecto de infraestructura. De allí el recurso a la noción de “asociación” aún cuando, desde el punto de vista jurídico, no necesariamente ambos sectores deban estructurar la relación bajo una forma societaria o consorcial.

Bajo este prisma, las APPs resultan (i) un vehículo para que el Estado pueda ver plasmados sus intereses relativos a mantener su presencia activa dentro de los proyectos de infraestructura, en especial, en aquellos vinculados con funciones regalísticas, sociales y culturales; (ii) para asegurarse, mediante el recurso a las capacidades de gestión del Sector Privado, la obtención de la premisa de “valor por dinero” para así obtener la provisión de mejores servicios a la par de optimizar la aplicación de recursos públicos; (iii) para limitar el incremento de la deuda pública por medio de la mutación del gasto de inversión en gasto de operación; (iv) para racionalizar la actividad pública en aquello que el Sector Público está en mejores condiciones de aportar y (v) para trasladar los riesgos derivados de la construcción y operación de infraestructuras –especialmente, los riesgos de naturaleza comercial y financiera– al Sector Privado. Por su parte, el Sector Privado puede ver satisfecho, por medio de su participación en APPs, sus intereses vinculados a (i) participar en nuevos emprendimientos que, en forma exclusiva o aislada, no estaría en condiciones de afrontar y, de esa forma, aplicar a éstos sus capacidades y experiencias en este campo; (ii) reducir el riesgo político y de “expropiación” en tanto que, al estar “asociado” con el Sector Público, los efectos y costos derivados del mismo serán también soportados por aquél y (iii) para poder reducir, por esta vía, el costo del financiamiento en los mercados de capitales⁹⁰.

En línea con lo expuesto y respecto a las ventajas globales del recurso a las APPs, se ha dicho que éstas permiten –a la par de una mejora en los gastos públicos por vía del logro del objetivo del “valor por dinero” y de la transformación del gasto de inversión en gasto de operación– (i) optimizar los costos y riesgos de ejecución de estos proyectos –especialmente los asociados con

82 Así, SMITH, op. cit; págs. 9 y sigs.

83 Conf. SMITH; op. cit; pág. 8. Asimismo, se ha señalado que la PFI constituyó la “tercera etapa” del proceso de reforma del Sector Público en Gran Bretaña en la medida en que el mismo fue posible luego de haberse transitado los otros dos, la privatización de empresas públicas y la apertura a la competencia; cfr. HARRIS, Stephen, “Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services”, Working Paper Inter American Development Bank, Washington D.C., 2003, pág. 5

84 *Public-Private Partnership*

85 Así, se han dado seis posibles significados del término, cfr. LINDER, Stephen, “Coming to terms with the Public Private Partnership. A grammar of multiple meanings”, en ROSENAU, Pauline (Editor), *Public-Private –Policy - Partnerships*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2002, págs. 19 y sigs.

86 Así, LIGNIÈRES, Paul, *Partenariats Publics Privés*, LITEC, París, 2001, pág. 1; idem PLUMMER, Janelle, “Definiciones”, en PLUMMER, Janelle (Ed.), *Partenariados en Foco. Construyendo capacidades para la gestión público-privada*, IIED America Latina, Bs As, 2004, pág. 6; idem RUBIO, Luis A; “Conceptualización y Formas de Financiamiento”, trabajo presentado en “Seminário Internacional Parceria Público-Privada (PPP) na Prestação de Serviços de Infra-estrutura” MRE-BID-BNDES; Rio de Janeiro, 13 y 14 de Noviembre de 2003, pág. 3.

87 cfr. ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, UNITED NATIONS, “Public-Private Partnerships A new concept for infrastructure development”, New York and Geneva, 1998

88 Así, RUBIO, op. cit; pág. 4

89 MARCOU, Gérard, “Le partenariat public-privé: retrait ou renouveau de l’intervention publique? ”, en AAVV, *Partenariat Public-Privé et Collectivités Territoriales*, La Documentation Française, París, 2002, pág. 49.

90 Para una visión de los diferentes intereses en juego en las APPs, vid LIGNIÈRES, *Partenariats Publics Privés*, op. cit; págs. 54 y sigs; idem PLUMMER, op. cit; págs. 15 y sigs; idem DANIELS, Ronald J & TREBILOCK, Michael J; “An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure”, en ROSENAU, op. cit; págs. 93 y sigs; *inter alia*

la demora en la terminación de las obras— por vía de la creación de incentivos al Sector Privado que sólo percibirá el precio una vez que se encuentre prestando un servicio satisfactorio; (ii) maximizar la utilidad de la infraestructura en función de su explotación mediante la provisión de servicios de calidad, lo que redundará, además, en una mejor planificación de la misma; (iii) crear incentivos para la innovación técnica; (iv) permitir el desarrollo de finalidades de interés social y (v) fomentar el desarrollo de un nuevo sector de negocios antes excluido de la participación privada⁹¹. En definitiva, el esquema de APP —desde el punto de vista del costeo de la infraestructura— resulta la materialización de lo que constituye una integración del costeo “por impuestos”—la fuente de pago a la que acude el Estado— pero con el criterio del costeo “por precios”—el pago procede sólo por un servicio suministrado efectivamente—. Los mecanismos de APP, al igual que lo que ocurre con su modelo inglés de PFI, se diferencian de los esquemas de “privatización” en tanto que en aquellos el Sector Público aparece involucrado directamente —y no sólo como regulador de la actividad— ya sea como adquirente del servicio suministrado por el Sector Privado o bien, como “parte” integrante de la estructura del proyecto. Bajo estas premisas es usual sostener que las APP no comprenden a modalidades contractuales como, por ejemplo, las concesiones cuyo pago es percibido exclusiva y directamente del público usuario por el prestador. Asimismo, otra diferenciación respecto a tales mecanismos radicaría en que mientras que en aquellos “(...) el factor comercial tiene un papel preponderante, los servicios públicos que se conciben a través de la APP tienen una directa relación con la obligación que asume el Estado de proveerlos a la población en cantidad, calidad y oportunidad compatibles con las necesidades de la población, pagando al sector privado por los servicios que éste proporcione en el respectivo contrato de APP (...)”⁹².

Si bien la experiencia internacional reconoce múltiples formas de instrumentar y llevar adelante proyectos de APP⁹³—lo cual resulta lógico en la medida en que recordemos que, antes que una realidad jurídica la APP, es un instrumento de acción pública y privada— podemos decir —aún asumiendo que pecamos de generalizaciones impropias— que dos son los modelos básicos según los cuáles las APPs pueden instrumentarse, respondiendo cada uno de dichos modelos al concepto estricto o amplio de APP que hemos mencionado.

Así, por un lado, el modelo mayormente asociado al concepto de APP en sentido estricto, es aquel por medio

del cual el Sector Público contrata con el Sector Privado la provisión para sí —o para la población— de un servicio de infraestructura o, dicho de otra forma, el “uso” de la infraestructura. Entre nosotros MAIRAL, refiriéndose al régimen del “Plan Federal de Infraestructura”, ha hecho mención a este modelo como tributario del sistema inglés de “*Public-Private Partnership*”, afirmando que. “(...) Este sistema se caracteriza por poner a cargo del contratista no sólo la construcción sino también, muchas veces, las tareas previas de diseño y el mantenimiento posterior de la obra. La Administración, por su parte, sólo paga por el uso de la misma y a partir de que dicho uso comienza (...)”⁹⁴. Como se puede observar, bajo este sistema, se combinan, por un lado, los mecanismos contractuales típicos de la construcción de obras públicas (“*design then bid*” o “*design – bid – build*”; “llave en mano”, etc.) y, por el otro, los propios de un modelo fundado en la operación de la infraestructura, tipificantes del sistema BOT (“COM”; “DBFO”; “BOOT”; “BOOST”, etc.) o del sistema que finca en la traslación al Sector Privado de las tareas, exclusivas, de operación y mantenimiento (“O & M”). Un ejemplo usado en forma recurrente para ejemplificar al modelo de APP es el del llamado “peaje en la sombra” o “*Shadow Toll*” que, también de origen inglés, se asimila a la tradicional concesión de obra pública pero el precio, en lugar de ser recibido de los usuarios mediante la percepción del peaje, lo es de la Administración y su valor se encuentra determinado en función de los registros de tránsito efectivo —o de otras variables vinculadas a la utilización de la infraestructura—⁹⁵, pudiendo servir, en algunos supuestos, como un mecanismo para garantizar al explotador un pago mínimo para aislarlo del riesgo de una inesperada merma en las estimaciones de tránsito.

Se ha dicho que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real a lo largo de la concesión, puesto que de esa forma se incentiva al prestador para velar por que las obras de reparación perturbe lo menos posible la utilización de la carretera⁹⁶. Relacionada con esta modalidad también se ha recurrido —especialmente en nuestro país en forma reciente— a contratar del Sector Privado exclusivamente la operación y mantenimiento de infraestructuras, quedando reservadas para el Sector Público las tareas vinculadas con la construcción de obras nuevas y su respectivo financiamiento⁹⁷. Finalmente, otra modalidad contractual que ha signado los proyectos de APP —especialmente en Francia por medio de la celebración del contrato del “*credit bail*”⁹⁸— está constituida por la realización de operaciones de

91 Conf. HARRIS, op. cit; págs. 10 y sigs; idem PLUMMER, op. y págs. Cits.

92 Conf. RUBIO, op. cit; pág. 5. En este sentido, el régimen del denominado “Plan Federal de Infraestructura” aprobado por Decreto 1299/2000, en su artículo 2° expresamente excluye de su aplicación a “(...) los proyectos en los cuales el ingreso proveniente de terceros, a través de canon de uso, peaje o sistemas similares sea superior al SESENTA POR CIENTO (60%) del costo total de la obra durante el periodo del Contrato, como así también los proyectos que consistan básicamente en la operación y mantenimiento de corredores viales y demás proyectos, servicios y/u obras afectadas a regimenes de concesión y/o privatización (...)”.

93 Así, LIGNIÉRES, *Partenariats Publics Privés*, op. cit; págs. 36 y sigs.

94 MAIRAL, “*La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*”, op. cit; pág. 5

95 Sobre el particular, vid LIGNIÉRES, *Partenariats Publics Privés*, op. cit; págs. 53 y sigs; idem VINTER, op. cit; pág. 39 y sigs

96 *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, op. cit; pág. 127

97 Por ejemplo, Contratos de Concesión de Obra Pública regulados por el Decreto 425/2003

98 Sobre el particular, vid LIGNIÉRES, *Partenariats Publics Privés*, op. cit; págs. 67 y sigs.

“leasing” mediante las cuáles el Sector Público procede a contratar el “alquiler” de una infraestructura a los fines de su utilización mediante un determinado período de tiempo y a cambio del pago de un canon, de forma tal que, una vez vencido el plazo en cuestión, podrá proceder a su adquisición por medio del pago del valor residual si lo hubiese⁹⁹. El recurso a esta modalidad también admitiría –con provecho para este campo– la figura del “*sale & lease back*” mediante la cual el Sector Público cedería a favor del privado el uso de una determinada infraestructura bajo la condición de que éste realice obras nuevas o amplíe las ya construidas a cambio del pago de un canon y con reversión final, a favor del Estado, de tales bienes¹⁰⁰. En nuestro país, por ejemplo, esta modalidad se encuentra prevista normativamente para proyectos de infraestructura¹⁰¹ y ha sido de utilización en proyectos de construcción de instalaciones carcelarias¹⁰² y también fue previsto para la construcción de la llamada “Ciudad Judicial”¹⁰³.

“(...) resulta decisivo para el éxito de estos proyectos una adecuada regulación de la distribución entre las partes de los efectos derivados de la “fuerza mayor” (...)”

Al fincar la percepción del precio de parte del Estado en la efectiva prestación de un servicio a la Administración o al público, resulta evidente que dos son los principales riesgos que el Sector Privado tendrá presente al momento de decidir su intervención en el proyecto y que influirán, decisivamente, en las condiciones de la financiación que éste deberá obtener para encarar el mismo.

El primer riesgo se vincula con la posibilidad de que la construcción y habilitación al uso de la respectiva

infraestructura se demore respecto a la fecha originalmente prevista o bien, directamente, que nunca tenga lugar. Lo primero puede ocurrir por múltiples motivos ajenos a las partes y constitutivos de “fuerza mayor”. Sobre el particular cabe resaltar que resulta decisivo para el éxito de estos proyectos una adecuada regulación de la distribución entre las partes de los efectos derivados de la “fuerza mayor”, a cuyos fines debe ameritarse que los efectos de la aplicación de dicho instituto no pueden analizarse bajo el prisma de su regulación en el tradicional contrato de obra pública puesto que su impacto resultará claramente diferente en el caso de la APP en tanto que repercutirá, ya no respecto a la mera obligación de “entrega” de la obra, sino con la de prestación del servicio que el Sector Público contrató y que constituye el núcleo de la ecuación contractual¹⁰⁴. Por otra parte, y conforme al principio que impone repartir los riesgos sobre aquella parte que está en mejores condiciones de evitarlos y, en su caso, de afrontarlos, todos aquellos riesgos derivados de conductas públicas de específica y directa incidencia en el proyecto –ej, permisos y habilitaciones, servidumbres, etc– que pueden constituirse en obstáculos para la habilitación temporánea de la infraestructura deben ser asumidos por el Sector Público a fin de crear incentivos para generar la auténtica “colaboración” que una relación “asociativa” como la APP exige¹⁰⁵. Vinculado con lo expuesto, un supuesto crítico en esta etapa radica en el riesgo derivado de modificaciones unilaterales al proyecto o en su terminación anticipada por la Administración. Desde el punto de vista del financiamiento se ha dicho, al respecto, que los bancos esperan que el proyecto se cumpla según los términos del acuerdo y que, por lo tanto, no esté sujeto a términos implícitos que puedan alterar la distribución de los riesgos que surge de la documentación del proyecto¹⁰⁶. Si bien se ha dicho que no se trata –desde esta perspectiva– de una “vaca sagrada” sino sólo de una “fuerte preferencia”¹⁰⁷, lo cierto es que si el objetivo del Sector Público es contar con un servicio adecuado, nada quita que el ejercicio del “*ius variandi*” sea limitado en la documentación contractual a modo de una autorrestricción convencional, ello, con mayor razón, si el diseño del proyecto fue encomendado

99 Sobre el recurso a esta figura en materia de infraestructura, vid FANELLI EVANS, op. cit; GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; págs. 100 y sigs y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “Contratos Administrativos y Financiamiento Privado”, en *Actualidad en el Derecho Público* N°11, Septiembre – Diciembre de 1999.

100 Así, GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 103

101 Así, Decreto 1299/2000, artículo 14° que, en lo pertinente, dispone que:“(...) El Ente Contratante podrá recurrir al contrato de leasing o locación con opción de compra conforme la Ley N° 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 al 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 (...)”

102 Así, por ejemplo, Licitación Pública Nacional e Internacional N° 01/97, convocada por Decreto N° 1658 del 27 de diciembre de 1996 para la contratación de la elaboración del proyecto y la construcción de un establecimiento carcelario por el sistema “llave en mano”, financiados íntegramente por el contratista a su solo riesgo, a ejecutar en predios que a tal efecto, el Estado Nacional transmitirá en dominio fiduciario en la localidad de Ezeiza, Provincia de Buenos Aires; 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; adjudicada en favor de la Unión Transitoria de Empresas conformada por “TECHINT S.A.C.I., HOCHTIEF A.G., IMPREGILO S.p.A., IGLYS S.A.”, dispuesta por Resolución M.D. N° 211 del 11 de febrero de 1998 y aprobada por Decreto 203/1998.

103 Ley 24.624, artículo 9°. Sobre el particular, vid GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; pág. 144 y GUGLIELMINETTI, op. cit.

104 Para un análisis pormenorizado de la importancia para el financiamiento privado de proyectos de una adecuada regulación de la fuerza mayor, vid VINTER, op. cit; págs. 88 y sigs.

105 Refiriéndose a las APPs, en el derecho francés una autoridad como RICHER hace alusión a la traslación de la noción de “*affectio societatis*”, cfr. RICHER, Laurent, “La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit”, en AAVV, *Partenariat Public-Privé et Collectivités Territoriales*, op. cit; pág. 197

106 Así, VINTER, op. cit; pág. 87

107 Idem nota anterior.

al Sector Privado. En este sentido, en nuestro país, se ha establecido normativamente para proyectos de esta naturaleza que “los derechos y obligaciones contractuales de las partes serán sólo aquellos expresamente previstos en el presente decreto, en el respectivo pliego de licitación y en el Contrato correspondiente, en la reglamentación de fecha anterior a la celebración de aquél, incorporada por referencia, y en las normas del derecho privado que resulten aplicables (...)”¹⁰⁸. También resulta conveniente, por similares razones, modular el ejercicio de la facultad revocatoria de la Administración por razones de oportunidad, tasando en el contrato los principales supuestos que podrán dar lugar a dicha terminación anticipada¹⁰⁹. En nuestro país, el régimen de infraestructura parece haber dado un paso mayor al contemplar la posibilidad de una autorrestricción del Sector Público en el ejercicio de dicha competencia –al igual que respecto a la facultad modificatoria–, a cuyos efectos –y como garantía de legalidad– se ha exigido la aprobación de la documentación por el Poder Ejecutivo Nacional previo dictamen favorable de la Procuración del Tesoro de la Nación¹¹⁰. En esta línea, conviene retener que ha dicho recientemente CASSAGNE que “(...) la prerrogativa puede concebirse como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad, que autoriza a declarar, incluso, inaplicable una determinada prerrogativa o limitar su alcance y efectos, en la medida en que no se contravenga el orden público administrativo ni el fin de interés público relevante que la Administración persigue al celebrar el contrato”¹¹¹.

Superada la etapa de construcción de la infraestructura, y aplicable especialmente a los casos en los que sólo se haya contratado la operación y mantenimiento de la infraestructura, el segundo riesgo apuntado se vincula con la capacidad de pago del Sector Público de la remuneración convenida a cambio de la prestación del servicio. Desde la perspectiva del financiamiento del proyecto se trata de un riesgo determinante en tanto que el mismo reposa en el flujo de fondos producido por la explotación de la infraestructura¹¹². Por tales motivos, y ante el riesgo que entrañan las restricciones presupuestarias a las que están sujetos los gastos

corrientes o de operación que se devengan anualmente, en esta clase de emprendimientos se ha intentado encontrar mecanismos que sirvan para reducir dicho riesgo de forma tal de “aislar” los fondos destinados a satisfacer tales pagos de las políticas presupuestarias generales del Sector Público. Para el logro del tal objetivo, en lo sustancial, dos han sido los mecanismos a los que se ha recurrido.

Por un lado, se ha propugnado la afectación de ingresos públicos específicos –ej, impuestos, tasas, etc– de forma tal que el Sector Privado pueda acceder al mercado financiero utilizando el bloque de tales recursos como parte del “paquete de garantías” a otorgar a los financistas¹¹³. Si bien en nuestro derecho se trata de una solución de antigua data en materia de obra pública, la posibilidad que dicha afectación específica pueda ser modificada por una ley posterior, en la medida en que la afectación no produce *per se* la transferencia patrimonial de los recursos en cuestión, hace que se trate de una solución que no garantiza satisfactoriamente los objetivos perseguidos, especialmente, en épocas de emergencia económica y financiera.

Por otro lado, y para paliar dicho *déficit*, el otro mecanismo al que se ha recurrido, especialmente en nuestro país en los últimos años¹¹⁴, es a la realización de transferencias fiduciarias, de forma tal de provocar, *ex ante*, una transferencia de recursos desde el patrimonio público hacia un patrimonio de afectación diferenciado de aquél¹¹⁵. Si bien la transferencia fiduciaria presenta ciertas peculiaridades cuando es el Estado quien actúa como fiduciante¹¹⁶, dos son los aspectos que nos interesa resaltar en tanto que constituyen puntos críticos para su utilidad en estos proyectos, especialmente, cuando la transferencia fiduciaria es realizada a favor de los denominados “Fondos Fiduciarios” y/o “fideicomisos públicos”. El primer aspecto a considerar radica en determinar si dicha transferencia fiduciaria es invocable frente al principio de “comunicabilidad de los patrimonios” que se predica del Sector Público más allá de las descentralizaciones que pudieran existir¹¹⁷. La normativa que regula el accionar financiero del Estado

108 Decreto 1299/2000, artículo 19°; en este sentido, MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, op. cit; pág. 5. No obstante, nos parece criticable que se haya previsto la aplicación del derecho privado aún cuando las “normas aplicables” fuesen posteriores a la celebración del contrato.

109 En este sentido, vid VINTER, op. y pág. Cit.

110 Decreto 1299/2000, artículo 19°

111 CASSAGNE, Juan Carlos, “La caracterización legal de las contrataciones de la Administración Nacional”, en Revista de Derecho Administrativo año 2004, Lexis Nexis, pág. 709

112 En este sentido, se ha dicho que “(...) la viabilidad financiera última descansa en la percepción del mercado sobre los pagos que hará el gobierno al inversionista privado (...)”; cfr. RUBIO, op. cit; pág. 10

113 Así, RUBIO, op. cit; pág. 11 y RUIZ OJEDA, Alberto, “Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras”, op.cit; pág. 55. En el mercado de capitales suele emitirse títulos de deuda garantizados con tales recursos de afectación específica (“revenue bonds”).

114 Así, por ejemplo, en materia vial, ferroviaria, energética, de telecomunicaciones, etc.

115 En este sentido, el artículo 14° de la ley 24.441 de Fideicomiso dispone –en lo que aquí interesa– que: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (...)”;

116 Especialmente en orden a la competencia para habilitar dicha transferencia patrimonial y a los recaudos que deben guiar la misma, sobre el particular, vid GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “El Estado Fiduciante”, L.L. 2003-E-1311; idem PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Fideicomiso Público”, en Revista Actualidad en el Derecho Público N° 12, Enero-Abril 2000, págs. 141 y sigs; idem LÓPEZ RUFF, Pablo, “Una visión del fideicomiso como herramienta de gestión de la obra pública en la Provincia de Buenos Aires”, en Régimen de la Administración Pública Provincia de Buenos Aires (RAP Bs As) N° 23; idem GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit, págs. 105 y sigs

117 Sobre este principio, vid BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2004, págs. 178 y sigs; idem CSJN, in re “Gerardo Gómez v. Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS82 TV Canal 7”, Fallos 273 : 111.

Nacional parecería aportar una solución contraria, en tanto que –si bien por su carácter “extrapresupuestario”, las leyes de presupuesto general sólo aprueban los “flujos financieros y uso de fondos” y no los contabilizan como recursos¹¹⁸– colocan a los “Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional” dentro del ámbito de aplicación de sus disposiciones¹¹⁹. A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación tuvo ocasión de afirmar que resultaban de aplicación a los Fondos Fiduciarios del Sector Público las políticas de restricciones y transferencias de fondos a favor del Tesoro Nacional impuestas por la ley de presupuesto del año 2002¹²⁰.

El segundo aspecto que presenta el recurso a transferencias fiduciarias se vincula, en especial, cuando se trata de los apuntados fideicomisos públicos y/o “Fondos Fiduciarios”, con la posibilidad de que el Sector Público pueda ejercer algún grado de control o de dirección sobre el ejercicio que el Fiduciario haga de sus deberes como tal. En este sentido, no cabe omitir que, en materia de infraestructura, se ha dispuesto la creación del “Consejo Consultivo de Inversiones de los Fondos Fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios”, quien deberá instruir a los respectivos fiduciarios sobre la inversión de las disponibilidades líquidas sin aplicación temporaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional¹²¹. Si bien dicha instrucción no afectaría la disposición de los recursos con afectación actual, lo cierto es que revela una intención de mantener la intervención pública respecto a recursos que, en principio, habrían salido del patrimonio público y respecto a un sujeto de la relación que, por su naturaleza, debería guardar cierta independencia respecto del Estado fiduciante¹²².

No obstante, en la medida en que en ambos casos las apuntadas restricciones se derivan de normativa de carácter legislativo y no constitucional, la regulación por normas de idéntica naturaleza de las transferencias fiduciarias y de la organización de tales “Fondos Fiduciarios” podría poner a resguardo a los recursos fideicomitados tanto de las políticas presupuestarias como de su desvío por medio de la intervención administrativa en las labores del fiduciario. No obstante, ante los apuntados riesgos, parecería más beneficioso

para el éxito del proyecto y para el del financiamiento que los fondos en cuestión fueran transferidos a fideicomisos particulares y no a “Fondos Fiduciarios” cuya situación jurídica, a la luz de la normativa expuesta, no resulta demasiado precisa.

El segundo modelo de instrumentación de APPs –que en parte se aleja del concepto estricto de APP– radica en potencializar la naturaleza “asociativa” de estas modalidades, ello, de forma tal que el Sector Público ya no sea, únicamente, un “adquirente” de servicios de infraestructura sino, directamente, un “socio” o “consorciado” del Sector Privado. Con ello se persigue que el Estado tenga una mayor ingerencia en la suerte del proyecto y, en especial, en las decisiones de gestión, en el régimen de inversiones y en la provisión y administración del financiamiento. La estructura usual suele consistir en la formación, en conjunto con el Sector Privado, de un consorcio o de una sociedad constituidos según el régimen común cuyo objeto especial será el desarrollo del proyecto. Bajo un prisma ideal, el Sector Público aportará, además de los activos de su titularidad que afectará al desarrollo del proyecto –aporte de relevancia cuando se trata de infraestructuras a ser construidas sobre inmuebles dominiales o cuando se trata de proyectos de explotación de recursos naturales–, su capacidad de acceso, en términos menos onerosos que los que pueden resultar de aplicación para el Sector Privado, a las fuentes de financiamiento –ya sea, mediante la afectación de recursos públicos como también por medio del acceso a préstamos otorgados por organismos multilaterales de crédito– así como, por vía de su participación como parte activa del proyecto, en un mayor involucramiento en la suerte del mismo, creando así incentivos más fuertes que los que ya existen cuando éste se limita a adquirir un servicio, para disminuir el riesgo de “expropiación”. Por su parte, el Sector Privado aportará, principalmente, su capacidad y experiencia en la operación de esta clase de proyectos, una mayor cultura de eficiencia y gestión empresarial y, en algunos casos, un mayor conocimiento y capacidades en los mecanismos de acceso al financiamiento proveniente del mercado de capitales. Además de ser un “socio” o “consorciado”, el Sector Privado también podrá ser un contratista de la sociedad vehículo del proyecto por medio de la suscripción de un contrato de operación en virtud del cual tendrá a su cargo la gestión

118 En este sentido, la Ley 25.827 de Presupuesto para el año 2004, dispone en su artículo 29: “Apruébanse para el presente ejercicio de acuerdo con el detalle obrante en la planilla anexa al presente artículo, los flujos financieros y el uso de los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente por bienes y/o fondos del Estado nacional, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 2º inciso a) de la Ley 25.152. El señor Jefe de Gabinete de Ministros deberá presentar informes cuatrimestrales a ambas Cámaras del Honorable Congreso de la Nación, sobre el flujo y uso de los fondos fiduciarios, detallando en su caso las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas”. Sobre el particular, vid SCOCCO, Mónica, “Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano. El Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (La importancia de que el Estado Nacional se mantenga en pie de igualdad con las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)”, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley, Julio 2004 y GAVEGLIO, Adrián Javier, “Financiamiento de servicios públicos en la emergencia. Fideicomisos públicos. El caso del Decreto N° 976/01”, en AHE, Dafne Soledad (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia II*, ed. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Bs. As, 2002, págs. 127 y sigs.

119 Así, Ley 24.156, artículo 8; inciso d). Por su parte, el Capítulo II de dicha ley se refiere a al “régimen presupuestario de Empresas Públicas, Fondos Fiduciarios y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional” (la cursiva nos pertenece).

120 Así, Dictámenes 243 : 291. Ley 25.565, artículos 32, 33 y 51, respectivamente. En este sentido, debe tenerse presente que la inclusión de los Fondos Fiduciarios dentro del concepto hacendal de “Sector Público Nacional” puede derivar en similares consecuencias a la luz de lo normado en el artículo 10 de la Ley 11.672 que dispone que: “Todas las jurisdicciones y entidades del SECTOR PÚBLICO NACIONAL que obtengan utilidades en su gestión económica, deberán aportar con cargo a tales beneficios las sumas que determine el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS, con el fin de cubrir el déficit de otras jurisdicciones y entidades de dicho sector en la proporción que al respecto se establezca

121 Decreto 906/2004, en especial, artículo 2º.

122 Para el tratamiento de esta cuestión, vid GUIRIDLIAN LAROSA, op. cit; págs. 125 y sigs.

del proyecto de acuerdo a las inversiones que decida la sociedad. En el orden internacional, esta clase de APP ha sido utilizada en materia de proyectos de infraestructura urbana en Francia¹²³ e Inglaterra¹²⁴ y en proyectos de exploración y explotación de recursos naturales tanto en Europa como en Latinoamérica¹²⁵. En nuestro país, en donde puede encontrarse un antecedente moderno en las modalidades asociativas o consorciales usualmente utilizadas para desarrollar proyectos con la ex YPF en materia petrolera o con diversas sociedades del estado provinciales en materia de exploración y explotación de recursos mineros¹²⁶, estos esquemas parecen haber sido los últimamente seleccionados para el desarrollo de proyectos de infraestructura tanto en el orden provincial¹²⁷ como federal. En este último ámbito sobresale la reciente Energía Argentina S.A. ("ENARSA") cuya ley de creación le permite por sí, por intermedio de terceros o *asociada a terceros* generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica¹²⁸.

No obstante su pretendido atractivo, estas modalidades asociativas en nuestro país pueden involucrar el riesgo de estar sometidas a dificultades en el gobierno corporativo de la sociedad o del consorcio, así como también a los vaivenes de la política coyuntural, materializándose en permanentes cambios de dirección de parte de los representantes del accionista público, de forma tal que flaco apoyo redituaria para el desarrollo de proyectos de largo plazo en los que se pretenda la intervención del capital privado. Por otra parte, tampoco puede dejarse de lado la circunstancia que una asociación de esta índole puede generar, en mercados abiertos a la competencia, una peligrosa superposición de roles entre el Estado como "regulador" y como "promotor" del proyecto que puede derivar en distorsiones en la competencia y en posibles desviaciones de poder¹²⁹.

VII) Requisitos para la Viabilidad y Financiabilidad de Proyectos a Ejecutarse bajo la Modalidad de Asociaciones Público-Privadas. Riesgos

Analizadas globalmente las líneas fundamentales de una APP, puede decirse que resultan elementos clave para su

éxito y para que éstas despierten un genuino interés en el Sector Privado que provea a su efectiva participación, los siguientes:

Primero, que exista una clara delimitación de los riesgos que se le transfieren así como de las cargas que asume el Sector Público. Sin esta clarificación, no hay APP posible puesto que es de su esencia el razonable reparto de riesgos. Segundo, que el proyecto sea adecuado a los requerimientos de la comunidad financiera ("*bankability*") para este tipo de proyectos. Como bien se ha dicho, una APP, por sí, no puede transformar un proyecto no financiable en una buena inversión¹³⁰. Es fundamental, por ello, una correcta "selección" del proyecto a ser ejecutado bajo APP. Recordemos que APP sólo es un mecanismo para obtener las ventajas – entre ellas, las financieras – derivadas de los aportes públicos y privados, pero no para proveer infraestructura gratis¹³¹. Tercero, que el Sector Público ostente una buena calificación crediticia. Este recaudo resulta esencial a más que se advierta que, al hacerse descansar el financiamiento en el flujo de fondos proveniente principalmente de los pagos que haga la Administración, para los mercados de capitales la operación equivale a una de naturaleza financiera y pública lo que deriva en que las tasas de interés que gravarán dicho financiamiento serán más reducidas que las que correspondería aplicar si se tratase de una operación de financiamiento exclusivamente privada¹³². Cuarto, e íntimamente vinculado con lo anterior, que al percibirse a la APP como un mecanismo que permite un mejor acceso a un financiamiento que descansa en el flujo de fondos del proyecto, los pagos adeudados por el Sector Público al amparo de una APP debieran ser equiparados, en lo que hace a su grado de cumplimiento, a los pagos que el Estado hace del servicio de su deuda pública, de forma tal de otorgarle a dicho flujo de fondos la garantía implícita de que no será desviado hacia otras necesidades¹³³. Por otra parte, esta solución es la más lógica y coherente con el carácter de deuda pública que, a pesar del recurso a esquemas de APP, los organismos multilaterales persisten en calificar a los montos comprometidos

123 Así, LIGNIÉRES, *Partenariats Publics Privés*, op. cit; págs. 82 y sigs.

124 Así, SMITH, op. cit; pág. 7. El ejemplo clásico son las Docklands Light Railway Extension y la Manchester's Metrolink and Business Park developments.

125 Así, VALLEJO SERRANO, Francisco, "Alternativas de Colaboración Público-Privada y de Financiación No Presupuestaria de Proyectos de Infraestructuras", en ROMERO ALVAREZ, Francisco Javier (Director), *Nuevas Formas de Financiación de Proyectos Públicos*, ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 178. Un caso prototípico es la explotación de la provisión de agua potable en Cartagena, Colombia, donde la misma es provista por un "joint venture" formado entre el Municipio y un operador privado agrupación ésta que, además, suscribió un contrato de leasing con el operador privado; cfr. PLUMMER, op. cit; pág. 189.

126 Para una visión de conjunto, vid BUNGE GUERRICO, Hugo, *Minería y Petróleo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1984, págs. 411 y sigs.

127 Así, por ejemplo, noticias periodísticas daban cuenta de una virtual asociación entre Fomicruz (sociedad del estado de la Provincia de Santa Cruz dedicada a la explotación de recursos naturales) y Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. (empresa dedicada a la producción de materiales de construcción y explotación de hidrocarburos) para explotar, en conjunto, el proyecto cementero Pico Truncado, cfr. *La Nación* del 29/12/2004

128 Conf. Ley 25.943, artículo 1°

129 En este sentido, resulta criticable lo previsto para ENARSA en el sentido que ésta "(...) podrá intervenir en el mercado a efectos de evitar situaciones de abuso de posición dominante originadas en la conformación de monopolios u oligopolios. En su actuación observará las políticas del Estado nacional y bajo ningún procedimiento las modificaciones estatutarias podrán dejar a éste en situación minoritaria", cfr. Ley 25.943, artículo 4°.

130 Así, HARRIS, op. cit, pág. 19

131 Así, HARRIS, op. cit; págs. 3 y 19

132 Así, HARRIS, op y págs cits; idem RUBIO, op. cit, pág. 14

133 Así, RUBIO, op. cit; pág. 9. Sobre el particular, cabe señalar que, en caso de dificultades en las finanzas públicas, es una costumbre—de dudosa validez constitucional de cara al principio de igualdad ante las cargas públicas— que los Gobiernos privilegien el pago de su deuda pública de naturaleza financiera respecto a la deuda no financiera. Así, recordemos que las leyes de consolidación no resultaron de aplicación a la deuda financiera sino sólo a proveedores y demás acreedores no financieros del Estado. De allí que se proponga la apuntada equiparación

por los Gobiernos en estas modalidades¹³⁴. Quinto, para despertar el interés internacional el diseño de la estructura del proyecto debe resultar familiar con aquella que el mercado internacional está habituado a considerar. Una acción conjunta y de largo plazo con el Sector Público puede llegar a resultar demasiado conflictiva y riesgosa para el Sector Privado si no se basa en esquemas que ya han sido probados¹³⁵. Sexto, para que el Sector Público realmente se comprometa en la relación de larga duración que supone una APP y no se siente a sucumbir ante las exigencias del corto plazo, debe existir un marco institucional que fije reglas claras de juego y mecanismos aptos y eficaces para resolver las controversias que pudieran surgir y para imponer a las partes el respeto de lo acordado¹³⁶.


Finalmente, en nuestro país, se han expresado fundadas opiniones que formulan críticas severas a la viabilidad de un régimen de APP, ello, en función de la entidad y calidad de los requerimientos necesarios para que tales emprendimientos resulten exitosos. Así, se ha entendido que en nuestro país no están dadas las condiciones institucionales para que exista una verdadera “cogestión” entre los Sectores Público y Privado, considerándose las un posible foco de corrupción. Por tales motivos, se ha señalado que la verdadera “alianza público-privada” parte de una idea inversa a la que predomina internacionalmente respecto a la APP. La misma consistiría en separar los roles del Estado y del Sector Privado por etapas, de forma tal que no exista superposición de intervenciones y de riesgos. Así “(...) el mercado ejecuta y financia por

su cuenta y riesgo; el gobierno, separadamente, hace intervenciones subsidiarias”¹³⁷

Por lo expuesto, si bien el recurso a las APPs es uno válido y, en muchos casos, el más adecuado para el logro del desarrollo de ciertas infraestructuras, deben extremarse los recaudos para evitar que por su intermedio el Estado no pretenda “renacionalizar” obras o servicios de infraestructura sin respetar el rol subsidiario que le cabe según nuestro régimen constitucional

VIII) Epílogo

La técnica contractual pública –basada primordialmente en la figura del contrato administrativo– ha demostrado ser capaz de amalgamar la búsqueda de fines de interés general –incluyendo la redistribución de la riqueza– con la promoción de inversiones¹³⁸.

Las consideraciones hasta aquí expuestas nos demuestran que existe un tercer elemento, los recaudos del financiamiento, a considerar cuando las Administraciones Públicas pretendan llevar adelante, por medio de la técnica contractual administrativa, proyectos de envergadura con participación del Sector Privado. No se trata, claro está, de priorizar este elemento por sobre los demás sino de considerarlo en toda su extensión a los fines de armonizarlo con los restantes para obtener una mejor satisfacción de aquello que, en definitiva, justifica la actuación de los Poderes Públicos en general y de la institución de la contratación pública en particular: el Bien Común 

134 En este sentido, vid INTERNATIONAL MONETARY FUND, “Public Private Partnerships”, 12/3/2004, pág. 22 y sigs.

135 Así, HARRIS, op. y pag. Cit.

136 Así, RUBIO, op. cit, pág. 7 y sigs.

137 Conf. LAURA, Guillermo y STURZENEGGER, Adolfo, *Abundancia de lo indispensable para todos. Gobierno + Mercado: sustentar el desarrollo y derrotar el desempleo*, Prentice Hall, Bs. As, 2004, pág. 129.

138 Tiene dicho CASSAGNE que “(...) La figura del contrato administrativo no es el Minotauro del derecho que hay que liquidar por ser el culpable de los males que durante tantos años han afligido a los argentinos, y, en cualquier caso, más que otras instituciones (especialmente más que el contrato privado dominado por el principio de autonomía de la voluntad), garantizó a la seguridad jurídica, como se demuestra con las significativas inversiones llevadas a cabo por las empresas privadas en el proceso de transformación del Estado, quizás uno de los más exitosos y extraordinarios que han ocurrido en los últimos tiempos”; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1999, pág. 227.