

Autor/es: De la Riva, Ignacio M. El Derecho Administrativo, [2017] - (03/05/2017, nro 14.173) [2017]

¿Es la "participación público-privada" (PPP) un nuevo contrato administrativo?(*)()**

1

Controversias en torno a la figura del contrato administrativo

La noción de contrato administrativo ha dado lugar a lo largo del tiempo a profundos debates que, aún hoy en día, impiden todo intento de llegar a un consenso sobre el preciso significado de este concepto medular del derecho administrativo, sembrando incluso dudas acerca de la pertinencia misma de la categoría. Tales desencuentros han dado ocasión a célebres disputas doctrinarias entre juristas locales(1), pero también han sido y continúan siendo motivo de miradas encontradas en el ámbito comparado, a punto tal que la propia existencia de una categoría contractual autónoma en el ámbito público no es siquiera admitida en países como, por ejemplo, Alemania, Gran Bretaña o Estados Unidos(2).

Escapa, desde luego, a las posibilidades y propósitos de este trabajo pretender hacer una síntesis de los circunloquios por los que discurren tales discusiones. Lejos siquiera de intentarlo, se optará aquí por reconocer la utilidad y plena vigencia en nuestro derecho de la noción de contrato administrativo y se procurará brindar un panorama de lo que podrían considerarse los rasgos esenciales que lo definen. Tan modesto esfuerzo se llevará adelante con la única

finalidad de poder luego contrastar el concepto resultante con el que refleja la figura del "contrato de participación público-privada" regulado por la ley 27.328 (en adelante, "contrato de PPP"), de modo de estar en condiciones de atisbar una respuesta frente a la pregunta planteada en el título del presente artículo.

La tesis que postula que el contrato administrativo comporta una figura autónoma se asienta sobre la identificación de una serie de elementos definitorios de tal modalidad de contratación, en función de los cuales se concluye que la relación nacida de aquel difiere sustancialmente de aquella surgida de cualquier acuerdo de voluntades sometido a las normas del derecho privado, justificando su sometimiento a un marco jurídico exorbitante que solo puede proporcionar el derecho público. Se trata de una creación del Consejo de Estado francés, que atiende a la idea de que los particulares puedan concurrir voluntariamente a prestar colaboración a la Administración pública en el ejercicio de su función específica bajo un estatuto jurídico que, al tiempo que preserva la responsabilidad primordial de aquella en dicha tarea, garantice la intangibilidad de los derechos económicos de sus eventuales colaboradores privados(3).

En tal sentido, y dejando a un lado los muchos matices y precisiones que un análisis más detenido de la cuestión requeriría, podría decirse que los caracteres que evidencian la naturaleza administrativa del contrato girarían en torno de los siguientes ejes centrales(4):

- a) la necesaria presencia del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones (Estado nacional, provincial o municipal, entidad descentralizada), como uno de los sujetos contratantes;
- b) la índole pública del objeto sobre el cual versa la contratación, resultante del interés público tenido en la mira de manera directa e inmediata como propósito del contrato; y
- c) la estipulación (en el plano legal, reglamentario o estrictamente contractual) de determinadas prerrogativas públicas en cabeza del ente estatal contratante (*ius variandi*, facultad de interpretación, potestad rescisoria, etc.) y de ciertas correlativas garantías en favor del particular

cocontratante (la más destacable, la referida al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato).

2

La asociación público-privada como técnica

de actuación colaborativa entre el sector

público y el privado

2.1. Origen histórico y evolución de la asociación público-privada en el derecho comparado

En los últimos años se ha impuesto la tendencia de buscar armonizar la participación de ambos sectores, el público y el privado, en la realización de proyectos de infraestructura, de modo de sumar las ventajas que la intervención de cada órbita pueda aportar en materia de financiamiento, capacidad de endeudamiento, acceso a los mercados de capitales, experiencia en el manejo de técnicas constructivas y capacidad de gestión. El propósito perseguido consiste en procurar identificar, en cada caso, el esquema de articulación de todos estos factores que resulte más apto para cada proyecto en particular, en orden a que la distribución de las cargas y riesgos inherentes a su ejecución resulte la más eficiente.

A partir de estas premisas surgió la figura de la *asociación público-privada*, conocida también por las siglas “APP”, o “PPP” a tenor de su denominación en inglés (*public private partnership*)(5), expresión que alberga una variedad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas destinadas a encarar de manera asociada el desarrollo de infraestructuras, la prestación de servicios públicos o la concreción de algún otro emprendimiento compartido(6).

La APP configura, en resumidas cuentas, un instrumento formal destinado a dar cabida al encuentro entre los intereses de los sectores público y privado, lo cual justifica plenamente que se aluda a ella como una verdadera *asociación*(7). Tanto el sector público como el privado tienen importantes aportaciones que hacer para la concreción de los grandes proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, resulta tan errado pensar que la participación del sector privado se debe limitar a brindar el financiamiento necesario para que el proyecto pueda concretarse como percibir a la APP como una suerte de velada “privatización por ósmosis” o “privatización *soft*”(8). Se trata, en suma, de una auténtica alianza en la que cada parte tiene un papel relevante y distinto que desempeñar(9).

En el derecho comparado la cooperación entre ambos sectores que conlleva toda APP admite dos posibles modalidades: la contractual, cuando los vínculos generados son de orden exclusivamente convencional, preservándose la independencia de los sectores asociados, y la institucional, que implica la creación de una entidad integrada por socios pertenecientes a las dos órbitas, que será la encargada de llevar adelante el proyecto conjunto(10).

El fenómeno asociativo comentado, adecuadamente utilizado, puede traer consigo notables beneficios para las dos partes y, en definitiva, para la sociedad toda.

Entre las principales ventajas que la APP reporta al Estado cabe destacar la posibilidad de llevar a ejecución ciertos proyectos de infraestructura sin abultar la deuda pública –sorteando, así, eventuales restricciones presupuestarias–, o la de aprovechar desde el ámbito público la capacidad empresarial y de gestión de que goza el sector privado en determinados campos, con el consiguiente traslado al desarrollador privado de los riesgos inherentes a la construcción y operación del establecimiento. En este sentido, no ha de pasarse por alto que las entidades

privadas que brinden el financiamiento estarán particularmente interesadas en asegurarse el repago del crédito, por lo que pondrán especial esmero en examinar la viabilidad del proyecto(11).

En lo que concierne a sus ventajas para el sector privado, la APP brinda a los emprendedores privados la ocasión de estructurar iniciativas que no estarían a su alcance sin la concurrencia del sector público(12). Es, además, evidente que la participación del Estado en el proyecto contribuirá a acotar los riesgos políticos, en particular el relativo a una eventual expropiación de la obra o el vinculado al fenómeno de la confiscación por parte del gobierno del flujo de fondos necesario para recuperar la inversión y retribuir a quienes la hayan realizado.

No es menos cierto, sin embargo, que las APP pueden acarrear, también, ciertos inconvenientes o desventajas. Entre ellos suelen mencionarse los elevados costos de transacción que conllevan y el incremento de los costos financieros que, en principio, suponen para el Estado si se los compara con los derivados de la alternativa de financiar el proyecto con fondos públicos(13). Se asume, no obstante, que estos mayores costos deberían ser suficientemente compensados por la mejora en los niveles de eficiencia que ha de reportar la incorporación del socio privado al proyecto(14).

Como habitualmente se advierte, el éxito de toda APP se juega en el acertado reparto de incumbencias y responsabilidades entre los sectores público y privado(15). A tal fin, será imprescindible estipular con cuidado qué aspectos han de quedar a cargo de la órbita pública o sujetos a su regulación y qué tareas y decisiones deben descansar en cabeza del socio privado. Correlativamente, será decisivo establecer con la mayor precisión posible los riesgos asumidos por una y otra parte(16).

A este respecto, es obvio que la dosis de riesgos que se pretenda transferir al ámbito privado impactará, de manera directa, en el precio que el emprendedor aspirará a percibir por su participación en el proyecto(17). Una inadecuada (por excesiva) transferencia de riesgos al sector privado redundará en un mayor costo, que terminará siendo afrontado por el contribuyente o por el usuario(18).

La experiencia recogida mundialmente en lo que hace al desarrollo de infraestructuras bajo esquemas de APP ha dado lugar a un amplio muestrario de tipologías contractuales que han recibido su apelativo, en cada caso, a partir de las principales prestaciones abarcadas por el respectivo contrato.

BOT (sigla que proviene de su denominación en inglés *build, operate & transfer*) hace referencia a un contrato mediante el cual el Estado encomienda al privado (empresa o consorcio de empresas) la construcción (con fondos privados) de una infraestructura, su posterior operación por un período determinado con derecho al cobro de una tarifa y, al término de ese lapso, su transferencia a la órbita estatal. La obra debe desarrollarse de acuerdo a las especificaciones técnicas preestablecidas por la Administración, pero a riesgo y ventura del constructor.

La modalidad contractual señalada, que –como se advierte– exhibe una sustancial semejanza con la concesión de obra pública prevista como figura típica entre nosotros, admite, a su vez, una pluralidad de variantes en el marco comparado, entre las cuales se cuentan las siguientes: BOOT (*build, own, operate & transfer*), bajo la cual se acuerda la construcción, propiedad, operación y la transferencia de la obra al tiempo estipulado para su reversión; BOOST (*build, operate, own, subsidize & transfer*), que añade también cláusulas tendientes a subsidiar –total o parcialmente– el proyecto por parte del Estado; DBFO (*design, build, finance & operate*), por la cual se encomienda al contratista el diseño –elemento distintivo de esta modalidad–, la construcción, financiación y operación del establecimiento, y BOO (*build, own & operate*), que involucra su construcción, propiedad y operación por el privado(19).

De alguna manera, este mismo lenguaje ha sido incorporado a nuestra práctica local bajo las modalidades contractuales empleadas tanto en el ámbito de la concesión de servicios públicos como en la concesión de obra pública, identificadas mediante siglas tales como COM (“construcción, operación y mantenimiento”) o CREMA (“construcción, rehabilitación y mantenimiento”)(20).

3

Recepción de la asociación público-privada

en el derecho federal argentino

3.1. Antecedentes en el ordenamiento nacional

En el orden federal, el derecho argentino dispuso un primer marco para la celebración de contratos de asociación entre el Estado e inversores privados con ocasión del dictado del decreto 1299/00, de rango legal, específicamente dirigido a promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras(21).

Cinco años más tarde, a través del decreto 967/05 el Poder Ejecutivo nacional proporcionó un régimen general de APP, a la que calificó como “contrato” al servicio del desarrollo y ejecución de obras y servicios públicos u otras actividades de competencia de la Administración susceptibles de ser delegadas(22). Mediante este reglamento el país se atuvo al método más extendido en el derecho comparado, consistente en regular la figura de la APP con carácter “transversal”, de manera que su régimen viniera a atravesar y complementar las disposiciones preexistentes referidas a ciertos contratos típicos, que contaban ya con su propio marco jurídico especial(23). Este decreto 967/05 fue expresamente derogado por el Poder Ejecutivo nacional al reglamentar el reciente marco legal del contrato de participación público-privada, que será objeto de comentario en el apartado siguiente(24).

La experiencia argentina en el empleo de la figura de las APP bajo las normas referidas resultó muy modesta(25). No se registra ningún proyecto de infraestructura de cierta envergadura ejecutado bajo esa modalidad bajo ese régimen. Más allá de la indudable incidencia que pueda atribuirse a la escasa confianza generada por el contexto local en los últimos años, es probable que tal fracaso se deba también a las deficiencias de los regímenes apuntados, que desatendían por completo aspectos decisivos de la dinámica de las APP. Cabe hacer mención, a este respecto, a la ausencia de pautas para la adecuada asignación de riesgos, a la inexistencia de normas que confirieran algún grado de participación del sector privado en el diseño del proyecto (faltaba una instancia de intercambio bajo el procedimiento de “diálogo competitivo”; tampoco se preveía la posibilidad de conformar una APP a partir de la presentación de una iniciativa privada) y a la omisión de una fase destinada a la evaluación de la eficiencia económica de la propuesta(26).

3.2. El contrato de participación público-privada regido por la ley 27.328

La ley 27.328, sancionada el 16-11-16 y publicada en el Boletín Oficial el último día de ese mismo mes, incorporó al derecho federal argentino una nueva figura de indudable utilidad y relevancia para la gestión de ciertos asuntos públicos, a la que calificó como “contrato de participación público-privada”. El régimen legal fue reglamentado a través del decreto 118/17, dictado por el Poder Ejecutivo nacional el 17-2-17.

Estas breves líneas no aspiran, por cierto, a abordar un análisis general del citado régimen, sino que limitan su propósito a intentar profundizar en la categorización que cabe asignar al nuevo instituto, a partir de los rasgos y características impresas en los textos normativos que le dieron

origen.

El art. 1º de la ley 27.328 enuncia el objeto de los contratos de PPP en términos sumamente abarcadores: ellos pueden estar dirigidos a “desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”, y a esos efectos “podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos o bienes, explotación u operación y financiamiento”.

Esta descripción ya nos habla de una figura contractual de alcances muy dilatados, susceptible de ser empleada para una pluralidad de cometidos y para dar lugar a una diversidad de aplicaciones. El marco reglamentario proporcionado por el decreto 118/17, sin embargo, recorta en alguna medida esa amplitud de objetos posibles al vedar el empleo del contrato de PPP para casos en que la prestación requerida se circunscriba a la provisión de mano de obra, al suministro o provisión de bienes o a la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Tesoro Nacional(27).

En cuanto a los sujetos del contrato de PPP, exige la normativa que uno de ellos, calificado como “contratante”(28), sea un órgano o ente integrante del sector público nacional (es decir, perteneciente a la Administración pública nacional centralizada o descentralizada, incluyendo las entidades empresariales en las que el Estado tenga una participación mayoritaria, y los fondos fiduciarios estatales(29)). Su contraparte, el “contratista” a cargo de la ejecución del proyecto(30), puede provenir tanto del sector público como del sector privado y puede tanto consistir en un único sujeto como en una pluralidad de entidades(31). La relación entre ambas partes del contrato de PPP puede, incluso, articularse a través de la constitución de una sociedad de propósito específico, de un fideicomiso o de cualquier otro esquema asociativo al que se encomiende la ejecución del proyecto(32).

A la luz de lo expuesto en el párrafo anterior, es dable advertir que también en el plano subjetivo el contrato de PPP admite múltiples alternativas de configuración, no solo por cuanto concierne a la calidad de las personas involucradas, sino también en lo relativo a la índole (meramente contractual, o bien asociativa) del vínculo que se haya de entablar entre ellas con vistas a llevar adelante el propósito del contrato.

El resto del extenso articulado del régimen legal y reglamentario comentado pone de manifiesto que, dentro de la flexibilidad de diseño contractual explícitamente postulada por el legislador(33), se ha contemplado la posibilidad de que las partes echen mano de una importante variedad de figuras y técnicas contractuales típicas suficientemente consolidadas en nuestro derecho. En el marco de los contratos de PPP puede estipularse el compromiso de prestar algún servicio público(34), la constitución de derechos de superficie(35), el otorgamiento de concesiones de uso de bienes del dominio estatal(36), la titularización de flujos de fondos(37), la constitución de fideicomisos(38), entre otras alternativas. El texto reglamentario hace explícita esta vocación del contrato de PPP a valerse de todo instrumento jurídico útil para alcanzar sus propósitos al señalar sin ambages que “el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado, (...) en tanto resulte compatible con el régimen de la ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate”(39).

4

¿Es la PPP un contrato administrativo típico?

Llegados a esta instancia, y a partir de las premisas y elementos volcados en las páginas precedentes, corresponde afrontar el interrogante planteado en el título del trabajo: ¿Estamos,

verdaderamente, ante un “nuevo contrato administrativo”, aquel designado por el propio legislador como “contrato de PPP”?

Se trata, pues, de un interrogante que ha surgido también en otros ámbitos del derecho comparado de cuño francés frente a la irrupción de la figura de la APP, que vio la luz en el contexto anglosajón y cuya incorporación a aquellos sistemas plantea un inevitable contraste con la técnica concesional, cauce emblemático para dar cabida a la financiación privada de proyectos públicos dentro de la tradición jurídica continental europea(40). No han sido pocos, en efecto, los autores que en otras latitudes se han mostrado abiertamente renuentes a admitir que se tratase verdaderamente de una nueva figura contractual, distinta de las existentes(41).

La pregunta propuesta en el subtítulo, en rigor, puede desdoblarse en tres cuestiones distintas, a saber: ¿Cabe, en sentido estricto, considerar a la PPP como un “contrato”? De ser así, ¿puede ser calificado como “contrato administrativo”? Finalmente, de darse una respuesta afirmativa a los dos problemas anteriores, ¿se trataría de un contrato típico o nominado, o de una modalidad contractual abierta, que no alcanza para hacer referencia a un formato contractual de perfiles precisos y definidos?

He de adelantar que, cualquiera sea la conclusión a la cual se arribe frente a los cuestionamientos propuestos, ello no irá en desmedro de la trascendencia del régimen aprobado. Ante el evidente fracaso de los intentos anteriores, y aun antes de que este nuevo marco haya empezado a brindar frutos concretos(42), considero que existen sobradas razones para confiar en que la buena técnica de la normativa aprobada permitirá superar las falencias e inconvenientes de sus antecesores y dar impulso a abundantes proyectos de PPP.

Aun así, la virtud más destacable de la iniciativa plasmada en la ley 27.328 resulta –a mi entender– en haber proporcionado a la Administración y a los administrados un cauce jurídico seguro para avanzar en la concreción de emprendimientos conjuntos, habilitándolos a tal efecto a apelar a un amplio abanico de herramientas disponibles, con plena libertad para escoger en cada caso la que estimen más idónea para la finalidad que se propongan. La indeterminación del contenido de los contratos de PPP llega, incluso, a tal extremo que ni siquiera su objeto resulta unívoco, ya que la figura puede dar lugar tanto al diseño, la construcción y la explotación de un establecimiento público como a la prestación de un servicio.

Esa es la propuesta del legislador, y es encomiable que se trate de un convite con menú a la carta, que haya procurado no limitar innecesariamente los caminos que, en ejercicio de su discrecionalidad, la entidad pública contratante pueda elegir para alcanzar sus metas, siempre dentro –desde luego– de los límites trazados por el propio régimen para evitar desbordes, tratos desigualitarios o la asunción por la Administración de riesgos injustificados.

En tanto se trata de un instrumento que no resulta en la imposición coactiva de conductas a los particulares, sino que requiere, por el contrario, del voluntario concurso del sector privado, es también digno de elogio el equilibrio que denota el régimen para delimitar el alcance de las prerrogativas públicas habituales en el terreno de la contratación pública(43) y dar al propio tiempo mayor dinamismo al tráfico jurídico de los derechos a ser incorporados por el contratista privado(44). Tales previsiones contribuyen, por otra parte, a reducir el costo del proyecto.

Las observaciones expuestas a partir del somero repaso del régimen previsto en la ley 27.328 y en el decreto que la reglamenta bastan, sin duda, para convenir que el contrato de PPP reúne los elementos necesarios para definirlo como “contrato”. Es innegable que tales acuerdos o asociaciones surgen a partir de la bilateralidad de las voluntades que concurren a constituirlos y se traducen en una relación sinalagmática (o, en ocasiones, plurilateral) configurada por prestaciones recíprocamente intercambiadas entre las partes.

Los rasgos de que el legislador ha rodeado a este tipo de contratos permiten situarlo, asimismo, dentro de la estirpe de aquellos que revisten naturaleza “administrativa”. La calidad estatal que se exige de –al menos– uno de los contratantes, la naturaleza decididamente pública que revisten las materias previstas como objeto posible de la contratación y la abundante presencia de prerrogativas públicas que la normativa estipula en cabeza del sujeto público involucrado brindan sobrados argumentos para considerar que el contrato de PPP comporta, con absoluto rigor, un contrato administrativo. A ello puede, incluso, añadirse la exigencia impuesta por el mismo marco jurídico en cuanto a la necesidad de que el contratista resulte seleccionado a través del procedimiento de licitación o concurso públicos(45), lo cual –como se sabe– constituye la regla en materia de contratación administrativa.

Más dudoso resulta, sin embargo, que pueda considerarse el contrato de PPP como un tipo contractual definido, dotado de rasgos que le confieran un perfil uniforme. El diseño marcadamente abierto que surge de las normas comentadas hacen de él una figura que en los hechos puede adquirir significados muy variados y que deviene absolutamente disponible en manos de la Administración, quien puede desarrollar a partir de esa etiqueta modalidades contractuales sumamente dispares, lo cual hace precisamente al acierto del régimen dictado.

Semejante flexibilidad y diversidad de formatos, ¿supone descartar que se trate de un contrato “nominado” o “típico”? Los autores suelen identificar este concepto (la tipicidad) con aquellos contratos que responden a una configuración particular que ha sido objeto de especial regulación por parte del ordenamiento(46). El contrato de obra pública, el contrato de suministro, la concesión de obra pública son algunos ejemplos de contratos típicos o nominados en el campo del derecho administrativo.

Pues bien, la sola alusión a la intención de celebrar un contrato de PPP dista mucho de permitir conocer *a priori* el exacto propósito y alcance del vínculo que las partes se proponen establecer entre sí, no solo por la disparidad de objetos que puede perseguir el acuerdo, sino también por la complejidad del haz de prestaciones que puede llegar a encerrar. Podrán, eso sí, anticiparse algunas notas que deberán estar presentes, como su celebración en torno de alguna de las materias identificadas por el legislador como potenciales objetos de dicho contrato, el indispensable aporte de financiamiento privado (que no excluye la posibilidad de algún cofinanciamiento público), la asunción de ciertos riesgos o responsabilidades por parte de quien acude a contratar con el Estado (en pro de maximizar la eficiencia del proyecto) y el reconocimiento de las correlativas garantías a favor de aquel (algunas de ellas bajo la forma de atenuación de las clásicas prerrogativas públicas atribuidas a la Administración contratante).

En definitiva, entonces, cuando se hace referencia a la decisión de celebrar un contrato de PPP, no se estará afirmando más que la voluntad de la Administración (y del particular que eventualmente concurra a suscribirlo) de someterse a las previsiones del régimen contenido en la ley 27.328 y en el decreto 118/17, lo cual ciertamente dotará a lo pactado de una dosis suficiente de certeza, pero sin acotar más de lo indispensable la discrecionalidad con que habrá de diseñarse y conducirse ese tipo de acuerdos para el desarrollo de proyectos de largo aliento entre los sectores público y privado(47).

Puede decirse, en suma, que el legislador ha querido quedarse “a mitad de camino” (afortunadamente, porque es la técnica que más conviene y se ajusta a la índole de estos esquemas asociativos en los que consisten los contratos de PPP) al establecer un marco jurídico especial para estos contratos en el cual se describen las condiciones básicas que deben contemplar los acuerdos de este tipo, los procedimientos que han de seguirse para su celebración, las singularidades de las prerrogativas que conserva la Administración contratante y los demás aspectos esenciales a la figura, pero todo ello sin identificar de manera unitaria el objeto de la contratación de modo de evitar su encasillamiento bajo una sola prestación posible (como es propio

en el común de los contratos típicos). Tal definición, por el contrario, queda librada a las partes, quienes habrán de escoger en cada caso una o varias de las alternativas previstas dentro del círculo amplio de opciones enumeradas en el primer artículo del texto legal.

La flexibilidad aludida es propia, pues, de la tendencia imperante en los tiempos que corren, caracterizada por una atipicidad contractual que permite utilizar y combinar diferentes figuras contractuales en función de las necesidades de cada caso(48). Tal es el rasgo más destacable del contrato de colaboración público-privada: casi podría decirse que se trata de un contrato que exhibe como característica definitoria el dar curso, precisamente, a una modalidad de contratación *ab initio* completamente indefinida y multiforme(49). La doctrina española lo ha retratado de manera bien gráfica al señalar que el contrato de PPP configura, a la postre, un “modelo para armar”(50).

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONTRATOS - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LEY - EMPRESA - ECONOMÍA

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Regulación de las contrataciones públicas en el Mercosur, por Carmen Flavia La Valle, EDA, 2003-493; Contratos administrativos. La frontera entre el derecho administrativo y el derecho internacional, Miguel Ángel Díaz, EDCO, 2011-598; Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública, por José Antonio Moreno Molina, EDA, 2014-535; Incumplimiento de las formalidades de contratación. Revisión didáctica y propuestas, por Joaquín Villegas, EDA, 2014-698; Apuntes acerca de los contratos administrativos. En homenaje al profesor Julio R. Comadira, por Miriam Mabel Ivanega, EDA, 2015-724; El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea: principios y reglas generales, por Miguel Sánchez Morón, EDA, diario nº 14.108 del 26-12-16; Decreto 1030/16: sin brecha ni grieta en materia de contratación directa, por Alfredo Silverio Gusman, EDA, diario nº 14.134 del 3-3-17. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

** - El autor es Profesor titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1 - Es por todos conocido el intenso intercambio mantenido sobre el tema entre Juan Carlos Cassagne y Héctor Mairal a través de una sucesión de artículos publicados entre los años 1998 y 2001. El interesante debate al que se alude se desencadenó a partir de la postura crítica del segundo de dichos autores, volcada en sus trabajos De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED, 179-655 y El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED, 180-849. La respuesta del primero, a su vez, ha quedado expuesta a través de los siguientes artículos de su autoría: Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, ED, 180-773; La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico, ED, 181-942 y De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino, EDA, 2001/2002-493.

2 - Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, El enigma del contrato administrativo, en AA. VV., Tratado general de los contratos públicos, Juan C. Cassagne (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2014, t. I, págs. 59/61.

3 - Cfr. Cassagne, Juan C., La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su caracterización jurídica, en AA. VV., La contratación pública, dirigida por el mismo autor y Enrique Rivero Ysern, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. 1, pág. 63.

4 - Son muchos y muy rigurosos los trabajos que han abordado lo referente a los alcances de la noción de contrato administrativo. Sin pretender agotar, ni mucho menos, el elenco de fuentes disponibles sobre la materia, a quien desee profundizar en el tema aconsejo recurrir a los siguientes textos clásicos: Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1983, t. III-A, págs. 20/134; Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, págs. 1/41; Berçaitz, Miguel Á., Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed. corregida y actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 143/249; Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I, págs. 3/131. Para un análisis de la cuestión desde la

perspectiva jurisprudencial, es de cita obligada la pormenorizada investigación desarrollada por Coviello, Pedro J. J., en La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN, en AA. VV., La contratación pública, cit., págs. 89/135.

5 - Es esta última (public private partnership) la denominación que impera a escala mundial para aludir a este fenómeno asociativo de recursos públicos y privados, tan difundido en las dos últimas décadas, cuyo origen se sitúa en la experiencia vivida por el Reino Unido durante los años ochenta del siglo XX. En procura de mantener su identificación bajo el acrónimo PPP, se ha optado por traducirla al español como participación público-privada, de modo similar a lo ocurrido entre los franceses con el término partenariat, y entre los portugueses con parceria. Sin embargo, como acertadamente lo señala Juan Miguel de la Cuétara, la traducción correcta remite a la expresión asociación público-privada (ver su trabajo La participación público-privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público del 30/10/2007, en Revista Derecho Administrativo, nº 65, pág. 661).

6 - Cfr. Dorrego de Carlos, Alberto - Martínez Vázquez, Francisco, La colaboración público-privada, en AA. VV., La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público (Aspectos administrativos y financieros), dirigida por los mismos autores, Madrid, La Ley, 2009, págs. 36/41; y Baca Oneto, Víctor S. - Ortega Sarco, Eduardo, Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción en el derecho peruano, en Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, octubre 2013, págs. 41/44.

7 - De hecho, como alguna vez se ha señalado, el término más importante en la expresión asociación público-privada es, indudablemente, el sustantivo que la encabeza: asociación (cfr. De la Cruz Ferrer, Juan, Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras, en AA. VV., Nuevo derecho de las infraestructuras, Ariño & Almoguera Abogados [eds.], Madrid, Montecorvo, 2001, pág. 136). En esto estriba, se ha dicho, la especificidad de la figura y lo que la distingue del tradicional modelo concesional, que consiste más bien en un mero esquema de gestión indirecta, que no llega a plasmarse en una auténtica asociación (en este sentido, ver Fuertes Fernández, Adolfo, Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios, en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras [REDETI], mayo-agosto año X, nº 29, pág. 44).

8 - La doctrina se ha ocupado de marcar las claras diferencias que existen entre la figura de la APP y la técnica de la privatización, aun cuando ambas se inscriban dentro del proceso de reposicionamiento del Estado en la economía vivido en las últimas décadas del siglo pasado. Ver, al respecto, Guglielminetti, Ana P. - Bensadon, Pascual, Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada (A propósito del decreto 967/05), EDA, 2005-638, esp. pág. 653.

9 - De la Cruz Ferrer, Juan, Nuevas perspectivas..., cit.

10 - Ver, al respecto, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, el 30-4-04, en particular sus puntos 20 y siguientes (se lo puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004DC0327>).

11 - Vassallo Magro, José M. - Izquierdo de Bartolomé, Rafael, Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España, Corporación Andina de Fomento, 2010, versión digital en www.caf.com/publicaciones, pág. 109.

12 - Piénsese, fundamentalmente, en el acceso a bienes o servicios publicados, esto es, reservados a la esfera estatal.

13 - Ruiz Ojeda, Alberto, Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras, en AA. VV., La financiación privada de obras públicas (Marco institucional y técnicas aplicativas), coordinada por el mismo autor, Madrid, Civitas, 1997, pág. 51. Ver, también, Vassallo Magro, Juan M. - Izquierdo de Bartolomé, Rafael, Infraestructura pública y participación..., cit., págs. 106/107. Estos autores ponen en cuestión, sin embargo, la afirmación según la cual la financiación privada vía APP sería más costosa que la financiación pública. Observan, al respecto, que la financiación pública parece más barata por el hecho de que no está garantizada por el proyecto que se acomete, sino por el conjunto de los ciudadanos del país que emite la deuda, quienes absorben –y no trasladan– el riesgo de la obra y el precio inherente a ese mismo riesgo (ibídem, págs. 108/109).

14 - Respecto de las ventajas y contras que la APP reporta a los sectores público y privado involucrados, puede ampliarse en Aguilar Valdéz, Oscar R., 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, en AA. VV., La contratación pública, cit., págs. 583/584; Mairal, Héctor, La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, nº 320, Buenos Aires, 2005, pág. 215.

15 - *Ibídem*, pág. 223.

16 - En este sentido, Vassallo Magro, Juan M. - Izquierdo de Bartolomé, Rafael, Infraestructura pública y participación..., cit., pág. 104 y Mairal, Héctor, La asignación de riesgos..., cit., pág. 213.

17 - Resulta interesante, a este respecto, la observación vertida por cierta doctrina que apunta a señalar que mientras en los países desarrollados el paradigma imperante en los contratos de concesión y de APP consiste en tender a la mayor transferencia de riesgos posible al sector privado, en los países emergentes la aplicación de tal criterio redundará en un incremento excesivo de los costos financieros, en razón de los elevados índices de riesgo país que suelen imperar, razón por la cual es aconsejable que en el caso de estos últimos países se reemplace el paradigma de la transferencia de riesgos por mecanismos que garanticen la vigencia del equilibrio económico financiero original a lo largo de la vida del contrato (cfr. Crivelli, Julio C., Leyes de concesión y PPP en países emergentes o cómo construir un "puente jurídico" que haga posible que los mercados de capitales desarrollados financien infraestructuras públicas en países emergentes, presentación realizada en el Ciclo Academia y Sociedad organizado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas el 25-8-16, texto escrito disponible en http://www.anceargentina.org/site/trabajos/Crivelli_Leyes_Concesion.pdf).

18 - Dorrego de Carlos, Alberto - Martínez Vázquez, Francisco, La colaboración público-privada, cit., pág. 59.

19 - La bibliografía que se ha ocupado de estudiar esta variedad de alternativas contractuales es vastísima. Ver, por todos, el trabajo de Vassallo Magro, Juan M. - Izquierdo de Bartolomé, Rafael, Infraestructura pública y participación..., cit., pág. 131.

20 - Guglielminetti y Bensadon identifican otras once modalidades contractuales de APP y aclaran que el listado no resulta en modo alguno taxativo (ver su trabajo Algunos aspectos jurídico-económicos..., cit., págs. 649/651).

21 - Cfr., en particular, los arts. 1º, 4º, 14 y sigs. del mencionado decreto 1299/00.

22 - Ver el reglamento aprobado como Anexo I del decreto 967/05 del Poder Ejecutivo nacional, en particular sus arts. 1º y 2º.

23 - Cfr. Aragone Rivoir, Ignacio - Perrino, Pablo E., Participación público-privada y desarrollo de infraestructuras (¿Las nuevas regulaciones solucionan los viejos problemas?), en AA. VV., Tendencias actuales de la contratación pública, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (dir.), Lima, Gaceta Jurídica, 2014, págs. 200/201.

24 - Ver el art. 7º del decreto 118/17.

25 - Cfr. Azzarri, Juan C. - Vega Olmos, Jimena, Los contratos de participación público-privada (A propósito del nuevo proyecto de ley), publicado en La Ley del 28-6-16, pág. 5; Ymaz Cossio, Esteban R., Desarrollo de la infraestructura nacional: tres desafíos legales, LL, 2016-A- 1245, en esp. pág. 1246

26 - La técnica emblemática en los sistemas comparados a estos efectos consiste en ponderar el value for money, según la terminología y el procedimiento propuestos en Gran Bretaña a comienzos de los años ochenta del siglo pasado para hacer referencia a la economía, eficiencia y eficacia con las que deben emplearse los recursos públicos para alcanzar los objetivos perseguidos. Pese a la amplitud de su significado, se han desarrollado modelos específicos (como es el caso del Public Sector Comparator) para medir el grado de eficiencia de los proyectos que contemplan la participación del sector privado y cotejarla con los resultados que se obtendrían de encararse la obra con financiamiento público, de modo de poder hacer una evaluación concreta acerca de la conveniencia o no de contar con el aporte privado (cfr. Ruiz Ojeda, Alberto, La concesión de obra pública, Navarra, Thomson - Civitas, 2006, págs. 364/365; Fuertes Fernández, Adolfo,

Fundamentos de la colaboración..., cit., pág. 58, nota al pie 30).

27 - Ver el art. 1º del Anexo I del referido decreto 118/17.

28 - Ver el Título Preliminar del Anexo I del decreto 118/17.

29 - Ver los arts. 1º de la ley 27.328 y 8º de la ley 24.156.

30 - Ver el Título Preliminar del Anexo I del decreto 118/17.

31 - Ver los arts. 1º y 3º de la ley 27.328.

32 - Ver el art. 7º de la ley 27.328.

33 - Art. 1º, párr. 3º, de la ley 27.328.

34 - Art. 2º, párr. 2º, de la ley 27.328.

35 - Art. 9º, inc. g), de la ley 27.328.

36 - Ídem.

37 - Art. 9º, inc. q), de la ley 27.328.

38 - Arts. 7º de la ley 27.328 y del reglamento aprobado como Anexo I del decreto 118/17.

39 - Art. 1º del Anexo I del decreto 118/17.

40 - Ridao i Martín, Joan, La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España, en Revista Española de Ciencia Política, nº 34, marzo 2014, págs. 89/117.

41 - José Luis Villar Ezcurra ha sostenido, en ese sentido, que el contrato de colaboración público-privada no llega a configurar un nuevo tipo de contrato, sino un mero "envoltorio" para otros contratos tipos (ver su trabajo El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvías y trenes ligeros, en Revista de Obras Públicas, nº 3488, mayo 2008, disponible en

http://media.wix.com/ugd/a70530_aa7568bee4ec4b60b158685827b0a411.pdf. Ver, también, Ariño Ortiz, Gaspar, El contrato de colaboración público-privada, ponencia preparada para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife, 8 a 10 de octubre de 2008, disponible en

http://www.cositalfe.es/img/eventos/GASPAR_ARINO.pdf.

42 - De más está decir que el breve lapso transcurrido desde el dictado del texto reglamentario es, desde todo punto de vista, insuficiente para pretender que ya se hubiera concretado algún proyecto.

43 - A título ilustrativo, ver los arts. 9º, inc. i), y 10 de la ley 27.328, y el art. 9º, apart. 12), del Anexo I del decreto 118/17.

44 - Ver el art. 9º, inc. t), y el art. 19 de la ley 27.328.

45 - Art. 12 de la ley 27.328.

46 - Berçaitz, Miguel Á., Teoría general de los contratos..., cit., págs. 252/253; Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos..., cit., vol. I, págs. 232/233; Cassagne, Juan C., El contrato administrativo..., cit., pág. 28. Este último autor introduce una leve distinción entre ambos conceptos, en tanto vincula a la tipicidad con aquellas situaciones en las que la figura contractual pertinente recibe un tratamiento específico en el derecho, mientras que reserva la noción de nominación para hacer referencia a moldes contractuales claramente definidos, con prescindencia de que sean o no materia de un régimen especial.

47 - Con toda razón observa Juan Carlos Cassagne que "como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no solo porque este es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras" (cfr. Curso de derecho administrativo, 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. II, págs. 537/538).

48 - Cassagne, Juan C., Curso de derecho administrativo, cit., pág. 538.

49 - La amplitud y la naturaleza multiforme de la figura de la APP ha sido reiteradamente subrayada por la doctrina local. Ver, entre otros, Aguilar Valdéz, Oscar, Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas, en AA. VV., Organización administrativa, función pública y

dominio público, Buenos Aires, RAP, 2005, págs. 424/426; Guglielminetti, Ana P. - Bensadon, Pascual, Algunos aspectos jurídico-económicos..., cit., págs. 647 y 650/651; Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público-privadas en la Argentina, en Revista de Derecho Administrativo, nº 107, págs. 925 y 931/932; Guiridlián Larosa, Javier D., Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público-privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley, en Revista de Derecho Administrativo, nº 107, págs. 856/860.

50 - González García, Julio V., Contrato de colaboración público-privada, en Revista de Administración Pública, nº 170, Madrid, mayo-agosto 2006, pág. 21.