

El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada(*)

I

Liminar

La nueva regulación de los contratos de participación público-privada

La recepción del principio del equilibrio económico-financiero en la recientemente sancionada ley 27.328(1) sobre los Contratos de Participación Público-Privada (también denominados “contratos de PPP”) constituye, ciertamente, una de las novedades más relevantes en materia de contratos públicos.

Los contratos de PPP –que cuentan con la colaboración del ámbito público y privado– se hallan orientados a aprovechar los beneficios que cada sector puede aportar y se celebran con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica.

Si bien tanto la ley como su reglamentación –mediante el decreto 118/17(2)– contienen ribetes interesantes para destacar, nos referiremos en estas páginas a ciertos puntos salientes de la ecuación económico-financiera en cuanto se constituye como un principio rector en el ámbito de los contratos administrativos. Se advierte que la arquitectura de la ley ha sido edificada bajo determinados pilares tendentes a la protección del *sinalagma* contractual y se ha inspirado en la finalidad de asegurar el financiamiento y la construcción de infraestructuras públicas apartado de los modelos tradicionales de obra pública y concesión de obra pública.

Sin perjuicio de que en el ámbito patrimonial muchos de los conceptos utilizados por el derecho administrativo se moldearon bajo la sombra del derecho mercantil, subyace en esta tendencia normativa la autonomía que ha adquirido el derecho público –reflejada en la utilización de técnicas propias que no tienen parangón en el derecho privado–. Sin lugar a dudas, el principio del equilibrio económico-financiero se erige como un ejemplo paradigmático de lo expuesto.

El contexto circundante a la sanción de la ley 27.328

En primer lugar, cuadra apuntar que la ejecución de los contratos públicos –lejos de constituir solo una interesante temática de estudio para el mundo académico– representa, fundamentalmente, una herramienta esencial para satisfacer el interés público o bien común en el marco de la correcta administración de los recursos.

Como es sabido, el mundo económico –en el que se posicionan los contratos administrativos– se enfrenta al dilema de la existencia de necesidades ilimitadas y de recursos escasos(3).

En los tiempos que corren existen particulares dificultades a la hora de ejecutar los contratos en el ámbito público(4), lo que provoca perjuicios al contratista, al Estado y, en consecuencia, al bien común(5). Adviértase que frente a las sucesivas crisis económicas que ha sufrido el país, se constata la necesidad de cuidar los recursos ante las restricciones presupuestarias y la falta de financiación. En este escenario, bajo la aspiración de contar con un presupuesto eficiente, se tiende: (a) a procurar los precios más bajos posibles en las licitaciones(6) y (b) a limitar los mecanismos utilizados para minimizar los desequilibrios económicos –que frecuentemente sufren

los contratos durante su ejecución(7)–.

Con todo, la reducción de los precios y el coto a las técnicas para mantenerlo fijo e invariable no pueden convertirse en un fin en sí mismo porque ello obsta al cumplimiento real de los contratos, impacta en los derechos laborales y económicos de los particulares(8), menoscaba la calidad de las prestaciones y –indudablemente– conlleva el riesgo del deterioro a los intereses públicos que la Administración debe satisfacer(9).

Bien se ha dicho que cuando los contratos se celebran con su valor al límite y sin medidas ordinarias para paliar los desequilibrios que en su marco se provocan, en primer lugar, se pone en riesgo su ejecución. En el mejor de los casos, para asegurar el cumplimiento del contrato se recurre a técnicas especiales mucho más costosas que las ordinarias, que no solo no reducen el precio de los contratos, sino que socavan la calidad de las prestaciones que se intentan satisfacer(10). Como bien se ha señalado, “solo un contrato cuyo precio mantiene la equivalencia de prestaciones desde su origen puede presentar una ejecución eficaz”(11).

A modo de ejemplo (y aun cuando no nos referiremos a los contratos de concesión de servicios públicos) resulta innegable –desde la sanción de la ley 25.561(12) en 2002 hasta la actualidad– la incesante problemática que han atravesado los concesionarios de servicios públicos en lo que refiere al valor de sus tarifas y la insuficiente respuesta que han obtenido por parte de la Administración, el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Por cierto, la pesificación y el congelamiento de las tarifas importaron un fuerte impacto sobre la economía de los contratos de servicios públicos. Ello agravado, en especial, por la pasividad del Estado Nacional para renegociarlos, lo que empeoró progresivamente el desequilibrio de la ya frágil ecuación de las empresas concesionarias.

En este marco, cabe traer a colación la reciente regulación de los contratos de participación público-privada en cuanto hace especial mención a la necesidad de preservar la ecuación económico-financiera(13). La novedad que conlleva la aludida normativa es que instaura el equivalente económico-financiero como un principio independiente, “no acotado a supuestos concretos como el caso del hecho del príncipe, la fuerza mayor o el caso fortuito”(14).

Tal como se desprende del Mensaje de Elevación de lo que configuró el Proyecto de Ley(15), estos contratos se han previsto con la directriz de fomentar la creación de empleo en el país y el desarrollo económico mediante su materialización en la inversión en infraestructura.

Pese a las importantes consecuencias que acarrea el respeto al principio de la ecuación económico-financiera, no se ha abordado la cuestión de manera integral. En efecto, por su trascendencia y por ser un tema de “perenne actualidad”(16) resulta oportuno realizar un detenido análisis de él aunque –naturalmente– limitándonos a la nueva regulación de los contratos de PPP.

En nuestro país no existe una consagración genérica o sistemática del principio(17) por la legislación ni la reglamentación, sino, más bien, fue desarrollado por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica contractual(18). Lo anterior no obsta a que algunas normas contengan prescripciones que –en particular– tiendan a resguardar el equilibrio(19).

En este sentido, advertimos que la flamante regulación de los contratos de PPP marca la buena senda por seguir en lo que concierne a esta materia y que –a diferencia del decreto 967/05(20) que receptaba con anterioridad esta especie contractual– el nuevo régimen prevé una sistemática que aborda la problemática del contrato desde todos sus frentes. Es que la protección del equilibrio económico-financiero debe ser planteado como un objetivo en las contrataciones, regulado a título de principio en la normativa y no limitado a determinados casos particulares.

El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos administrativos

Concepto

Antes de adentrarnos en la recepción del equilibrio económico-financiero en la regulación de los contratos de PPP, realizaremos una breve aproximación a este principio capital de la contratación.

Si bien el equilibrio en las prestaciones –o la reciprocidad que debe existir entre las obligaciones de las partes– es un objetivo que se predica en todo tipo de contrato cualquiera sea el ámbito en el que se celebre(21) –lo que constituye su “nervio central”(22)–, el principio del equilibrio adquiere inusitada importancia en el terreno de los contratos administrativos. En el campo del derecho público juega un papel protagónico como mecanismo corrector de las desigualdades posicionales y funcionales entre las partes, privilegio fundado en la persecución del interés público(23).

En este sentido, en los contratos debe existir una reciprocidad entre las obligaciones y derechos de cada una de las partes a fin de que exista una correspondencia entre ambos. Dicha equivalencia debe mantenerse a lo largo de la vida del contrato hasta su finalización. De este modo, el estudio del principio del equilibrio económico-financiero se erige en el marco general del reconocimiento de la categoría de los contratos “administrativos” como una categoría autónoma o diferenciada de la del contrato de derecho privado.

La concepción del contrato administrativa adoptada por la Corte Suprema nacional(24) recoge, en esencia, la figura del *contrat administratif* francés, que recurre al criterio orgánico –la presencia de la Administración– junto con el material –las cláusulas exorbitantes– y el finalista –la persecución del fin público– a fin de delinear el concepto(25).

Por cierto, el principio del equivalente económico “singulariza”(26) o representa una manifestación –entre otras– del régimen exorbitante en el marco de los contratos administrativos. Es el contrapunto o “contrapeso necesario”(27) en virtud de la superioridad o, más bien, la posición de privilegio que en estos ostenta la Administración pública –que surge de la persecución del interés público que orienta su actuación y a la que sirve el contrato–. Es que, como han destacado los autores franceses, “los contratos administrativos, cualquiera sea su evolución, mantendrán siempre una singularidad”(28).

De esta forma, el principio del equilibrio económico-financiero es un fiel reflejo de la necesidad de mantener el equilibrio entre las prerrogativas públicas y las garantías del particular, régimen propio del derecho administrativo. En pocas palabras, el principio del equivalente económico-financiero es el reflejo más palmario del régimen exorbitante.

Se ha utilizado una metáfora(29) para describir la idea del equilibrio: al momento de celebrar el contrato se debe tomar una fotografía del precio estipulado y durante su vida –a pesar de las modificaciones que se realicen– el contrato debe mantener la economía de la fotografía inicial.

En este sentido, se admite uniformemente que el particular cocontratante celebra el contrato con el fin de obtener un beneficio económico(30) que surgirá de la diferencia entre el costo de las prestaciones y las obligaciones que deberá cumplir frente al precio que va a percibir.

Es un hecho que la ejecución del contrato administrativo trae consigo muchos riesgos. En numerosas ocasiones está sometido a un largo plazo(31) y tiene un gran volumen económico, razón por la cual las vicisitudes que pueden afectar el equilibrio son variadas(32): desde cambios ordenados por la propia Administración hasta circunstancias imprevisibles ajenas a las partes del

contrato que implican una verdadera alteración de lo pactado *ab initio*(33). Ante este escenario, pueden producirse desequilibrios que afecten la base de lo acordado en el contrato inicial o –en otras palabras– la ecuación económico-financiera del contrato.

Frente a dicho supuesto, a diferencia de los contratos privados, el administrado que contrate con el poder público tendrá derecho al restablecimiento –salvo cuando sea por causas que le sean imputables–. He aquí una de las mayores distinciones(34) que exhiben los contratos administrativos frente a los mercantiles. Sobre tales circunstancias pivotean las técnicas correctoras que se utilizan en el derecho público tendentes a mantener inalterada la ecuación del contrato y a evitar su resolución o extinción(35).

Tal como se describió precedentemente, el principio del equilibrio económico-financiero nace como una derivación y contrapunto necesario del reconocimiento de las prerrogativas en cabeza de la Administración. Es por ello que estamos frente a un principio típico o “dogma capital”(36) de los contratos administrativos que resulta completamente extraño en el ámbito civil(37). Se invierte de este modo la regla del riesgo y ventura propia de los contratos privados: la Administración genera una especie de “indemnidad”(38) a favor del particular –excepto en los supuestos de obrar culposos o dolosos–.

De cualquier modo, se advierte: “No debe confundirse el derecho al equilibrio económico-financiero del contrato con un supuesto derecho a recibir determinados beneficios; al contrario, se trata simplemente de un derecho a que se mantenga el curso de la ejecución del contrato, una equivalencia entre las ventajas y cargas que el mismo conlleva para el cocontratante, en la misma forma o medida como había sido calculada, exactamente o no, en el momento de la conclusión del contrato”(39).

En definitiva, “no se trata de una garantía de rentabilidad por parte del contratista. Por el contrario, el restablecimiento de una ecuación económica contractual es una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia”(40).

El profesor español Ariño Ortiz –en un estudio profundizado del principio– ha indicado que “el principio del equivalente económico viene a ser así como el contrapunto necesario, en el orden financiero, a una situación de flexibilidad contractual en el objeto y contenido de las prestaciones. Con él se afirma la inmutabilidad a lo largo de la vida del contrato del equilibrio económico inicial, lo cual se conseguirá precisamente mediante el pago del equivalente económico necesario para restablecerlo cuando aquel se haya visto alterado”(41).

En el ámbito nacional, Marienhoff lo ha definido como “la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ‘ecuación’ (equivalencia-igualdad); esta última no puede ser alterada”(42).

De este modo, formalmente, se ha dicho que el contrato administrativo coincide con el del derecho civil aunque con “energías y líneas de fuerzas diferentes”(43). El estudio de las diferencias entre ambas clases de contratos no estriba solamente en los distinguos relativos a la competencia contenciosa para conocer en la controversia que se pueda suscitar, sino “en las reglas de fondo que se pueden aplicar, ya que el régimen jurídico de los contratos administrativos en muchos puntos es muy diferente al derecho privado contractual”(44). Es precisamente en este principio en el que trasunta una diferencia esencial entre ambas órbitas.

El origen del principio del equivalente económico-financiero

Se ha admitido que el derecho, como toda creación social, tiene una existencia histórica y no puede

ser analizado estáticamente(45).

Ya los griegos preveían que del mantenimiento del equilibrio de los patrimonios dependía la paz de la ciudad(46). Por ende, en el mundo antiguo, la idea de equivalencia surgía de entender que lo que salía de un patrimonio debía ser parejo con lo que entraba(47).

Por otra parte, si bien el derecho romano no prescribía soluciones genéricas(48) a los problemas jurídicos, sino que formulaba *a posteriori* las técnicas jurídicas frente al problema en concreto, a partir de los comentaristas modernos se puede deducir una serie de reglas generales que aplicaban en el mundo antiguo para resolver los conflictos. Ahora bien, el principio del equilibrio económico-financiero no fue formulado por los romanos(49).

En la Edad Media se vislumbra la importante influencia que el derecho canónico(50) ha tenido sobre la temática. En el siglo de oro de las instituciones de la equidad, el derecho recibe un fuerte influjo desde la cristiandad(51). De este modo, los contratos se ven alumbrados por la buena fe –“que lleva a cumplir todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales”(52)– y la *honestas christiana*, considerada como “la base moral del sistema de obligaciones del derecho canónico”(53).

El contrato administrativo originariamente se nutrió de las estipulaciones del derecho privado. De tal modo, se regía por el principio de riesgo y ventura, el cual provenía, naturalmente, del derecho común de los contratos. No obstante lo expuesto, el modelo –tal como estaba diseñado– presentaba inconvenientes en razón de que implicaba incrementos en el precio que la Administración debía pagar(54) y obstaba a que se promoviera la riqueza económica y la prosperidad(55). Ello hizo necesario que la Administración ofreciera alicientes a los cocontratantes, compartiendo los riesgos, a costa de flexibilizar el principio de riesgo y ventura(56). En esta primigenia transformación una de las primeras técnicas utilizadas fueron las consignaciones de imprevistos y los créditos extraordinarios(57).

Sin embargo, la principal mutación se gestó bajo la figura del contrato de concesión de servicios públicos en el que se priorizó la noción del contratista como un colaborador, la mutabilidad del contrato y la idea de su ecuación financiera con el fin de hacer viable el servicio público(58). Dicha concepción se tradujo en la máxima: “Rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”(59).

Con el surgimiento de la teoría del servicio público, la necesidad de contrapesar las prerrogativas de la Administración y de lograr la prestación efectiva y continua de los contratos generó que se comenzara a aceptar la idea del equilibrio económico-financiero(60). De ahí que se afirme que fue en Francia donde surgió y se consolidó el principio aquí comentado(61).

Tal como se conoce en la actualidad, el principio se remonta al 11 de marzo de 1910 en un *arrêt* del Consejo de Estado Francés caratulado “Cie. General Française des Tramways”(62). En aquella oportunidad se sentó la siguiente doctrina: es de la esencia misma de todo contrato el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se le acuerdan al cocontratante y las obligaciones que le son impuestas, las cuales “deben balancearse de manera que formen la contrapartida entre los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige”(63).

Sus fundamentos

Son diversas las razones que se han utilizado para justificar la existencia del referido principio. En sentido amplio, se ha reconocido que radica en los fines de interés público(64): que inspiran toda contratación pública, justifican la necesidad de prerrogativas en manos de la Administración y

obligan al particular a soportar determinadas cargas que en el ámbito del derecho privado serían inusuales o poco comunes. De ahí que este principio se extienda a las alteraciones contractuales generadas por la propia Administración como a aquellos supuestos en que las alteraciones son causadas por hechos ajenos a las partes contratantes. Va de suyo que el interés público “es el interés general, consiste en el cumplimiento del derecho”(65).

Se añade que la fundamentación de compensar los desequilibrios contractuales en esta órbita se origina en la circunstancia de que el particular es un colaborador de la Administración cuya actuación tiende al bien común(66).

Sumado a esto, se ha destacado que otra razón para su reconocimiento es el derecho de propiedad(67)(68).

Por su parte, Cassagne indica que existe una “fundamentación unitaria” que justifica la existencia del principio y que encuentra su apoyo en los principios generales del derecho administrativo, entre los cuales destaca el de igualdad ante las cargas públicas(69), reconocido positivamente en el art. 16 de la CN(70).

Si el contratista tuviera que soportar una modificación contractual o bien sufrir las consecuencias del cambio de las circunstancias originalmente pactadas producto del alea administrativa provocada por hechos de la autoridad contratante (*factum principis*) o de un alea económico proveniente de la economía en general (teoría de la imprevisión) sin una debida contraprestación, el contratista del Estado sufriría una carga desmedida, un sacrificio especial en relación con los demás particulares(71).

Los requisitos exigidos para su aplicación

Desde una perspectiva genérica, existe consenso en los requisitos necesarios para admitir la aplicación del principio del equilibrio económico-financiero. En primer lugar, la alteración de las condiciones contractuales debe producirse por acontecimientos ocurridos con posterioridad a la celebración(72) del contrato.

A su vez, el hecho invocado no puede ser imputable a la parte que reclama(73) el restablecimiento. Esto surge del antiguo adagio latino *nemo audiatur propiam turpitudinem allegans*(74). Una interpretación distinta premiaría la conducta del negligente que, en virtud de su propio comportamiento, alteró las condiciones originales contractuales(75).

En concreto, en el ámbito de los contratos administrativos se consagra el deber de diligencia agravado(76) y se considera la especial versación del particular. Cabe apuntar que la jurisprudencia ha remarcado que “al formular la propuesta, la contratista debió obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902, C.C.) pues la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona tiempo y lugar (art. 512 del C.C.), (Fallos: 300:723 y 316:385)”(77).

Además, la alteración debe ser causada por un alea anormal o extraordinaria: un acontecimiento que excede los cálculos que las partes pudieron realizar al momento de formalizar el contrato(78). A *contrario sensu*, el alea normal deberá ser soportado por las partes del contrato(79). Por último, “los hechos deben afectar en forma cierta, directa y especial la economía del contrato administrativo, en razón de lo cual la ejecución del mismo se torna más gravosa u onerosa”(80). Ello implica que se exigirá que las circunstancias anormales generen una alteración notable en la situación del contrato, haciendo más gravosa su ejecución(81).

La recepción del mentado principio en los contratos de participación público-privada

Los motivos que justifican el establecimiento de mecanismos de recomposición del sinalagma contractual

La previsión de mecanismos de recomposición del equilibrio contractual se revela como estrictamente necesario a poco que se advierte que el particular cocontratante ostenta un derecho a obtener el reajuste del equilibrio, en tanto se configura “como un auténtico y pleno derecho subjetivo”(82). En particular, el Tribunal Cintero ha reconocido la facultad que el administrado tiene de “concretar las impugnaciones o pedidos oportunos ante la autoridad, y el derecho de reclamar judicialmente, si la misma se opone a establecer un precio equitativo y razonable”(83).

En ese sentido, se ha señalado que “el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato (...), lejos de pretender cambiarlo, lo que se desea es –se reitera– mantenerlo”(84).

Son diversas las ventajas(85) que conlleva prevenir distintas técnicas para corregir los desequilibrios contractuales, específicamente: (a) permite obtener mejores precios en las ofertas en virtud de que se eliminan factores de riesgo no imputables al particular; (b) se evita la necesidad del administrado de contratar costosos seguros –que se trasladan al precio ofertado–; (c) previene la ruina de los particulares que contratan con la Administración y que asumen un rol de colaboradores de ella, y (d) genera la promoción de la concurrencia de interesados a los procesos licitatorios(86). Cabe apuntar que la quiebra del particular no solo lo perjudica, sino que también implicará la presencia de proveedores impagos y despidos, lo que altera la paz social y, lo que es peor, deja insatisfecha la necesidad pública que se procura satisfacer con el contrato administrativo(87).

Por ello, también deben considerarse los beneficios que ostentan estos mecanismos preventivos o recomponedores más allá del cocontratante. A título ejemplificativo, genera ventajas desde el punto de vista social y económico de los ciudadanos en cuanto a la incidencia en los contratos laborales de quienes prestan sus servicios a quien contrata con la Administración(88).

Con todo, es evidente que si no se respeta el equilibrio económico en un contrato, el aludido se torna ruinoso y ello acaba por frustrar su finalidad y, al fin de cuentas, el interés general(89).

Resulta innegable que “el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, no constituye, en el supuesto de las licitaciones, un apartamiento del contenido de los pliegos licitatorios ni, por ende, una violación del principio de igualdad de los oferentes sino, por el contrario, una forma apropiada de garantizar que las condiciones tenidas en cuenta por el adjudicatario al presentar su oferta se mantengan. Ello es así, porque la recomposición del contrato de concesión cuya ecuación económico-financiera haya sido afectada por hechos del príncipe no persigue que el concesionario reciba más de lo estipulado en los pliegos y en el contrato licitatorio, sino lo mismo que en ellos se preveía”(90).

Por último, también se ha afirmado que “resulta una verdad no siempre confesada que el derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera actúa en beneficio de la Administración a la hora de celebrar los contratos. En efecto, el aseguramiento de su respeto hace ciertamente presumible por un lado, la obtención de una financiación más accesible y barata para el contratista; y por otro una reducción del margen que este adiciona a sus costos estrictos para afrontar imprevistos. La combinación de ambos efectos se traduce en una reducción del precio a pagar por la comunidad por la obra o servicio”(91).

Con todo, debe partirse de la base de que en todo orden de la vida el riesgo va siempre asociado al

precio que se paga, en pocas palabras: a mayor riesgo, mayor precio(92).

IV

Mecanismos utilizados en la Ley de Contratos

de Participación Público-Privada

A continuación destacaremos algunos puntos salientes de la ley 27.328 y su reglamentación, en la que se tutela de un modo particular y con técnicas novedosas –en más de una oportunidad– el equilibrio económico-financiero del contrato.

La técnica legislativa adoptada

De la lectura de la ley se desprende que se han establecido normativamente algunos pormenores en torno al contenido de los contratos. En este sentido, la mera redacción del art. 9º –en cuanto detalla las previsiones que deberán contener los pliegos y la documentación contractual– evidencia una tendencia en el ámbito de los contratos.

Así, pues, como técnica legislativa, cierta doctrina propone que las leyes que regulen la contratación contengan alto contenido reglamentario de modo que no quede en manos del poder administrativo la posibilidad de efectuar cambios que aumenten los riesgos del particular(93), con las consecuencias negativas que ello conlleva, tal como veremos seguidamente.

La concepción de los riesgos

La ley 27.328 dispone que en los pliegos y la documentación contractual, los contratos PPP deberán contener: “El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” (art. 9º, inc. b)).

En primer lugar, cuadra destacar que se entiende por riesgo “cualquier factor, evento o influencia que amenaza la finalización de un proyecto ya sea en términos de plazos, costos o calidad comprometidos”(94).

Lo anterior cobra relevancia frente al principio básico de que a mayor riesgo, mayor costo. Esta verdad de Perogrullo –cardinal de la contratación– es con frecuencia olvidada al redactarse las leyes y al diseñarse los instrumentos contractuales(95).

Por esto, resulta interesante lo dispuesto por la comentada ley, atento a que considera que la distribución de riesgos debe efectuar una “asignación óptima”(96): los riesgos deben ser especificados y cada parte debe asumir aquel que está en mejor condición de administrar, distribuir, pronosticar, asumir o garantizar(97). Se despejan las dudas sobre su delimitación(98) y, en consecuencia, se asegura un equitativo(99) y eficiente reparto(100). Por ejemplo, en el contexto actual, en el que existe una crisis en la obtención de financiamiento, el Estado colaborará con la facilidad para acceder a este, mientras que el particular podrá aplicar su experiencia y conocimiento en la ejecución en estos complejos contratos.

Además, tal como apunta Crivelli, los costos de financiar un contrato (llamado “costo financiero”) pueden ser disminuidos en la medida en que se preste atención sobre los riesgos propios de la

contratación que surgen de la legislación general así como del contrato mismo(101).

Por de pronto, se admite que existen diversas clases de riesgos(102), entre los cuales cabe destacar: los macroeconómicos, los legales, los casos fortuitos del hombre o de la naturaleza, la demanda, la oferta, los ambientales, los tecnológicos, entre otros. Todos ellos juegan un rol esencial al momento de fijarse el precio.

Bien se ha dicho que el riesgo legal lleva a que el privado asuma en el tiempo los efectos que tendrán los cambios en las normas en el contrato (v. gr., leyes impositivas, ambientales, laborales, sociales, comerciales)(103). Por ello, la vigencia del *rule of law* hace que los cambios abruptos sean mitigados(104).

Va de suyo que también impactará en el equilibrio del contrato la incidencia de los riesgos macroeconómicos (por ejemplo, la inflación, la devaluación, la recesión y la depresión)(105).

Sin ir más lejos, el riesgo político(106) que depende de la actuación del Estado, frente a la posibilidad de extinguir el contrato por razones de interés público, incrementa los costos de manera indirecta por reglamentaciones o afecta los ingresos por abrir la competencia a otro contratante, por nombrar algunos(107). Sobre él, la Administración pública puede jugar una actuación importante a los fines de reducirlo o atenuarlo(108).

En concreto, respecto de las prerrogativas de revocación por oportunidad, mérito y conveniencia o el ejercicio del *ius variandi*, será útil prever limitaciones en los documentos contractuales, de modo que los supuestos en los que procedan se encuentren debidamente tasados(109).

Otros riesgos que considerar son el comercial (que refleja la incidencia de la demanda en la economía del contrato), así como el financiero y cambiario (en cuanto atienden a los efectos que tienen las variaciones de interés y el tipo de cambio sobre el contrato(110)).

De este modo, con la exigencia del art. 9º, inc. b), lo que se intenta es que se establezca de antemano cómo se distribuyen los riesgos, lo que otorga mayor seguridad al contratista y, en consecuencia, conlleva efectos en el precio del contrato.

La delimitación de las obligaciones y los derechos de las partes

Por otra parte, la ley en el art. 9º, inc. c), requiere que los pliegos y documentos contractuales determinen las obligaciones de las partes de conformidad con las características del proyecto, los riesgos y aportes asumidos y las necesidades de financiamiento.

Íntimamente ligado con lo expuesto en el punto anterior, en los contratos de PPP se exige que se establezca claramente cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, con sus límites cualitativos y cuantitativos. Igualmente, ello implica que no existan cláusulas ambiguas ni previsiones en las que una de las partes goce de considerable libertad de acción, en virtud de que ello lo único que genera es incertidumbre y, en consecuencia, aumento del precio(111).

Lo recién expuesto no importa eliminar las prerrogativas en manos de la Administración sino, más bien, se sugiere que se encuentren previstas en los contratos de modo expreso y que se definan sus alcances concretamente(112): es que la sobreprotección del interés público tiene un indudable costo fiscal. Ciertamente, esta cuestión ha sido debidamente receptada en la ley.

En pocas palabras, se requieren reglas claras que no sorprendan a las partes contratantes y atenten contra el fin esencial del contrato, que es ejecutar correctamente el contrato para satisfacer el interés público. Especialmente, la regulación aspira a que no existan comportamientos del Estado

tras el momento en que se realicen las inversiones y se afecten los gastos(113).

La determinación del plazo del contrato

Lo cierto es que para fijar el precio de un contrato se evalúan –naturalmente– dos elementos esenciales, a saber: el objeto del contrato y su duración, en razón de que ambos impactan en la cuantificación económica(114). De un lado, el objeto refleja el propósito que persigue la celebración del contrato, lo que requiere determinar la naturaleza de la prestación y la extensión de las necesidades que el contrato aspira a cumplir(115). Mientras que el plazo, por otra parte, es decisivo en el precio en lo que refiere a su financiación y al tiempo que se calcule insumirá recuperar y amortizar la inversión realizada(116).

Esto ha quedado plasmado en el Mensaje de Elevación, en el que se destaca que uno de los ejes rectores del proyecto es prever un plazo de vigencia que le permita al particular recuperar las inversiones realizadas y obtener una utilidad razonable.

En este sentido, el art. 4º, inc. d), de la ley señala que, al momento de estructurarse los proyectos de PPP, la contratante deberá propender a que el plazo se establezca según “las inversiones contractualmente comprometidas, el financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable”, aunque no podrán superar en ningún caso los 35 años, incluyendo las eventuales prórrogas.

Sabido es que los contratos de PPP requieren importantes inversiones al inicio de la construcción de una obra y los plazos de recuperación de esa inversión se extienden en el tiempo, además de ser muchas veces riesgosos. Por ello, para proteger el equilibrio contractual habrá que considerar su plazo de duración para asegurar el recupero de las inversiones realizadas.

Las reglas establecidas en torno a la contraprestación

El precio se erige como un elemento esencial en el contrato: tanto para la Administración –en cuanto debe satisfacer una necesidad pública con recursos limitados– como para el cocontratante que lo recibe a título de contraprestación por el trabajo realizado(117). Frente a una determinación adecuada y realista de los precios es posible que la ejecución del contrato pueda ser llevada a cabo y cumplida correctamente. De este modo se logra una correcta gestión de los fondos públicos, ya que el contrato cumple con el fin buscado, sin necesidad de recurrir a mayores costos o a otro contrato para satisfacer la prestación. Ahora bien, en sentido opuesto, se puede presentar otro escenario: que la prestación no se logre cumplir en razón de una falla en la ejecución del contrato(118).

Es menester recalcar que los órganos administrativos al adjudicar un contrato deben asegurarse de que el precio pactado sea suficiente para lograr el debido cumplimiento del contrato(119), lo que importa que la Administración tenga el deber de comprobar que el precio ofertado sea acorde a los valores de mercado(120).

Sobre este punto la ley establece que la contratante deberá ponderar la rentabilidad económica y social de los proyectos (art. 4º, inc. e]) así como “fomentar la participación directa o indirecta de pequeñas y medianas empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado dentro del territorio nacional y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios” (art. 4º, inc. i]).

Los procedimientos de revisión de precios

Otro elemento trascendental que se considera que deben contener los pliegos es un mecanismo previsto de adecuación del precio (por ejemplo, ajustes periódicos, así como ajustes no

recurrentes). En particular, se deben incluir disposiciones sustantivas (que garanticen precios justos, que permitan ingresos suficientes y una rentabilidad razonable), así como instrumentales (entre las que se destacan las revisiones de precios) que garanticen el sinalagma inicial.

En este entendimiento, el art. 9º de la ley 27.328 exige que los pliegos y documentos contractuales contengan –además de la forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración– “los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato” (inc. f)).

La reglamentación al referirse a la contraprestación dispone que “el Contrato PPP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la contraprestación por variaciones de costos incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos no financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, estos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el Pliego o en el Contrato PPP” (art. 9º, inc. b)).

La técnica de revisión de precios es calificada por especializada doctrina como “el supuesto más importante del principio del equivalente”(121). Se la ha definido como “la inclusión en el contrato de una estipulación en virtud de la cual, la ocurrencia de cambios en las circunstancias en que se debe ejecutar el contrato implica una variación positiva o negativa en el precio o remuneración a favor o en contra del cocontratante de la administración, de tal manera que dicho precio se encuentre conforme con las condiciones económicas en las cuales son efectivamente ejecutadas las prestaciones a cargo de las partes”(122).

De este modo, se constituye como una garantía frente a la inestabilidad económica que puede afectar especialmente a aquellos contratos de larga duración.

Esta figura tiene origen en los fenómenos inflacionarios de principios del siglo XX que fueron acentuados por las dos guerras mundiales(123). Otro de los motivos que inspiró su aparición fue la concepción del particular como un colaborador de la Administración en la gestión del servicio público(124).

Entre los beneficios que sustentan la necesidad de incorporarlos en los contratos se destaca la circunstancia de que es el particular quien asume la incertidumbre por las oscilaciones monetarias y de los precios, motivo por el cual deberá reflejar esos riesgos en el precio u obtener un seguro (u otro instrumento) que le permita cubrir esos riesgos. Ello implicará, en consecuencia, un aumento del precio ofertado y, en más de una oportunidad, la exclusión de posibles oferentes por lo costoso de la contratación(125). También se ha señalado que la Administración se encuentra en mejor situación para asumir los riesgos de las fluctuaciones de precios y, además, que la utilización de esta técnica permite mayor estabilidad y seguridad del equilibrio del contrato(126).

De lo expuesto, mediante la utilización de esta técnica la Administración logra: (a) conseguir mejores precios, (b) cumplir con la realización del objeto del contrato y (c) promover la competencia(127).

Además, las distintas figuras estabilizadoras del precio, entre las que se encuentra el régimen de redeterminación de precios, revelan la necesidad de mitigar los efectos perjudiciales de la inflación –que ha sido calificada de “endémica”(128) en el país– con el fin de asegurar la debida ejecución de las obras públicas y de preservar la economía del contrato.

Si bien en otros ordenamientos estas cláusulas se encuentran previstas para diversos contratos administrativos(129), en el ámbito nacional solo resultaba aplicable hasta la sanción de la Ley de Contratos de PPP –en virtud del decreto 691/16(130)– a los contratos de obra pública y a los de consultoría de obra pública.

Hay que advertir que esta técnica halla su razón de ser en la variación de precios que pueden sufrir los insumos que se requieren para desarrollar un contrato administrativo según las diversas variables macroeconómicas que pueden alterar la equivalencia inicial(131).

Más allá de la revisión de precios, existe otro tipo de cláusulas a fin de garantizar el equilibrio. Por de pronto, las cláusulas de estabilización, que son aquellas mediante las cuales las partes pactan sobre la manera en que se ajustarán las obligaciones dinerarias o de valor frente al cambio de condiciones macroeconómicas. Entre ellas, la “cláusula oro o plata”, la cláusula de moneda extranjera o la cláusula de pago en especie o valor en especie(132), cláusula de escala móvil o índice variable.

Finalmente, tal como lo hemos afirmado en otra oportunidad, cabe recordar que “la finalidad de los sistemas estabilizadores del precio es la debida ejecución y cumplimiento del contrato y para asegurarlo, en un contexto económico como el de los últimos años, resulta necesario que tanto en el diseño como en la faz de aplicación de estos instrumentos se den claras señales en el sentido de resguardar el equilibrio del sinalagma contractual a lo largo de la vida del contrato, esto es, generar un grado de predictibilidad tal que permita que los contratos de obra pública se adjudiquen y concluyan a precios que no necesiten incorporar el riesgo inflacionario entre sus costos, porque la incertidumbre, indiscutiblemente, tiene costo fiscal”(133).

La novedosa regulación de la potestas variandi

Una diferencia que se esboza en el ámbito de los contratos administrativos *vis à vis* con los civiles es la potestad que tiene la Administración –en el marco del principio general de autotutela(134)– de modificar unilateralmente las estipulaciones del contrato, bajo ciertos límites y con la obligación de indemnizar.

La Ley de Contratos de PPP señala en el art. 9º, inc. i), que los contratos deberán contener la facultad de la Administración para establecer unilateralmente variaciones solo en lo relativo a la ejecución del proyecto con un límite máximo en más o en menos del 20 % del valor total del contrato. Y, en particular, deberá compensarse adecuadamente la alteración “preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento”.

Sobre el punto resulta interesante la consideración de las posibilidades y condiciones de financiamiento. En esta clase de contratos las condiciones de financiamiento son muy relevantes, por ello su protección es esencial. En sentido opuesto, de no poder preservarse dichas condiciones, no podrá exigirse al contratista cumplir con el deber de acatar la modificación impuesta por la autoridad.

La previsión sobre las garantías de ingreso

Forman parte de esta categoría aquellas estipulaciones previstas en los contratos en los que la financiación del proyecto proviene del ámbito privado bajo el sistema *project finance*(135) (o “financiación por proyecto”), con la finalidad de garantizar al financista el retorno de su inversión(136). Generalmente, estos modelos se utilizan en los casos en los que el Estado debe llevar a cabo grandes proyectos de infraestructura y las limitaciones presupuestarias no permiten que él mismo los lleve adelante.

El Estado debe generar condiciones que permitan al privado asegurarse de que el proyecto resultará exitoso y que generará una utilidad razonable. Como incentivo, estipula cláusulas denominadas *take or pay*, o de garantía de ingresos, en las que se compromete a que la infraestructura que se desarrolle será utilizada por un determinado número de usuarios a una

determinada tarifa, y en caso de que el número de usuarios no resulte como el previsto, el Estado se compromete a pagar desde el presupuesto esa diferencia(137).

Esto ha sido establecido específicamente en el art. 9º, inc. k), en el que se prevé que los pliegos y la documentación contractual deberán contener “las garantías de ingresos mínimos para el caso de haberse decidido establecerlas”.

El diseño de los pliegos y la documentación contractual

En la elaboración de los pliegos es relevante que los aspectos económicos sean estudiados y formulados por órganos de la Administración lo suficientemente técnicos y especializados y, en el supuesto en que la Administración no contare con ellos, que celebre contratos de consultoría o asistencia técnica(138). Ello importará que la Administración prevenga lógicos mecanismos de reajustes(139).

A tal fin, es interesante también en la elaboración de los pliegos contar con la presencia de posibles oferentes, para reducir al máximo las incertidumbres que ellos podrían generar, así como para incentivar un diálogo competitivo. Bajo este razonamiento, la Ley de Contratos de PPP ha previsto en su art. 14 que –fundado en la complejidad o monto del proyecto– se podrá establecer un procedimiento transparente de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la Administración contratante y los interesados precalificados.

El sistema de diálogo competitivo puede realizarse a través de procedimientos de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la entidad contratante e interesados que, en función de su conocimiento técnico y experiencias, permiten desarrollar y dar una solución más conveniente al interés público(140).

El restablecimiento del equilibrio contractual

Tal como dijimos al comienzo, la ley se plantea como objetivo el mantenimiento del equilibrio económico, más allá de la regulación de supuestos determinados que puedan generar la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.

Por ello, la reglamentación en el art. 9º, apart. 7º, regula la preservación de la ecuación económico-financiera del siguiente modo: “El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando esta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, esta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP”.

Por un lado, la norma recoge alguno de los elementos indispensables para que se configure el derecho al restablecimiento del equilibrio, como detallamos anteriormente. Además, exige un plazo para el restablecimiento del precio e impone sobre las partes la carga de encontrar una solución a fin de evitar que la falta de resolución de dicho conflicto irroque efectos negativos sobre el fin público que el contrato está destinado a satisfacer y sobre su economía. En nuestro país, son sobradas las experiencias negativas en este sentido. Como muchas de las disposiciones comentadas, se vislumbra una construcción jurídica tendiente a coadyuvar al mantenimiento del equilibrio.

Por otro, la ley establece que, “en caso de que las partes invoquen la existencia de desequilibrio económico-financiero, la unidad de participación público-privada podrá solicitar informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto” (art. 9º, inc. jj). Será útil, en este caso, contar con la opinión del máximo órgano asesor de la Administración.

En rigor, la compensación económica por la ruptura del equilibrio puede adoptar diversas formas que no se limitan(141) solo al pago de una suma de dinero. A tal fin, deberán tenerse en cuenta(142) las características propias del contrato, los derechos y obligaciones de cada parte, el plazo pendiente de ejecución(143), la magnitud de las inversiones comprometidas y de las realizadas, la elasticidad de la demanda, entre otras(144).

Se han mencionado(145) como técnicas posibles(146) para restablecer el equilibrio económico-financiero: (a) la modificación de las tarifas o precio, (b) la extensión del plazo, (c) la cancelación de inversiones, (d) el diferimiento de inversiones, (e) la autorización para realizar explotaciones complementarias o colaterales que permitan obtener ingresos adicionales, y (f) la compensación económica directa por medio de fondos del Tesoro o la creación de tributos con afectación específica. Nada impide que dichas opciones sean combinadas.

Sobre esta cuestión cobra especial relevancia la regulación contenida en el decreto reglamentario, en la que se establece: “Las alteraciones que sean consecuencia de las variaciones al Contrato PPP que el Ente Contratante se encuentra facultado para establecer unilateralmente solo en lo referente a la ejecución del Proyecto, deberán ser compensadas al Contratista PPP mediante la modificación de algún factor del régimen económico del Contrato PPP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a CERO (0), todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto” (art. 9º, apart. 8º).

De esta forma, la recomposición del equilibrio debe efectuarse de manera cautelosa y tras la consideración de todos los factores en juego. A título de ejemplo, si la autoridad decidiera no aumentar el precio en los términos en que estaba pactado y, en reemplazo, releva al contratista de efectuar determinadas inversiones, deberá considerar el impacto que la falta de esas inversiones irrogará en el equilibrio del contrato en el futuro. Puede ocurrir que la falta de ejecución de aquellas afecte negativamente los ingresos futuros del particular, por ello es patente que se debe analizar toda la arquitectura del contrato.

Como explica Guglielminetti con gran claridad: “La opción que se formule en cada caso concreto tendrá por límites el fin del contrato y el equilibrio contractual, en el sentido de que la concreta aplicación de estas técnicas, tendentes a compensar económicamente al cocontratante particular deberá tener un efecto neutro a lo largo de la vida del contrato de concesión. Esto es, proyectados sus efectos respecto del plazo pendiente de ejecución, no podrá mejorar ni empeorar su posición”(147).

La solución eficaz de los conflictos suscitados

en el marco de los contratos de PPP

Va de suyo que prever sistemas ágiles y poco costosos de resolución de conflictos también ayudará ampliamente a mantener el equilibrio económico-financiero(148). No basta con que los pliegos o las leyes sean perfectos –en lo que se refiere a las previsiones que efectúen– si las eventuales controversias que se suscitan no pueden tener solución rápida y económica(149).

En virtud de que, en general, en estos casos el demandado es el Estado, el particular deberá transcurrir por la etapa administrativa y, luego, por lo mínimo, por tres etapas judiciales (ello sin contar, en caso de éxito, la etapa administrativa para perseguir el cobro de la sentencia(150)). Todo esto mientras no se sancione otra ley de consolidación de deuda que obligue al cocontratante a aceptar bonos públicos pagaderos a futuro(151).

De lo que se deduce que, en más de una oportunidad, la lentitud del proceso mina la efectividad del remedio judicial(152). De ahí la importancia radical que adquiere contar con mecanismos rápidos para obtener pronunciamientos judiciales.

Otro problema no menor es el costo de acceso a la justicia, en el que se exige el pago del tres por ciento del monto del reclamo –al iniciar la demanda– en concepto de tasa de justicia, así como el riesgo al pago de las costas(153). A su vez, al momento en que la controversia llega a manos de la justicia, el funcionario público que debe ejercer la defensa no conoce bien los hechos del caso(154).

Por esta razón es que se acude a los *dispute boards*. Los “paneles técnicos” –como también se los denominan– son útiles para dirimir controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten a lo largo de la ejecución o terminación del contrato(155).

En este sentido, la ley dispone en el art. 9º, inc. w), que frente a controversias que puedan suscitarse en el marco de la ejecución o finalización del contrato, se podrá constituir un panel técnico desde la entrada en vigencia del contrato. Dicho panel deberá estar integrado por profesionales o representantes de universidades nacionales o extranjeras, los cuales deberán contar con acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia.

El beneficio que esta solución ostenta es la posibilidad de resolver diferencias sin necesidad de acudir a mecanismos costosos, largos y engorrosos(156). De esta forma, los paneles técnicos exhiben una manera rápida, especializada e imparcial de resolución de conflictos(157).

Sumado a lo expuesto, un panorama del Poder Judicial demuestra que este no siempre cuenta con funcionarios lo suficientemente especializados en las materias técnicas, jurídicas y económicas que envuelven los contratos administrativos(158).

Por último, la ley dispone en el art. 27 que el contrato puede prever que los pagos que se devenguen durante el trámite de la controversia deberán hacerse efectivos en la medida en que no se vean alcanzados por ella y que “si la administración o, en su caso, el consultor técnico designado al efecto, verificase que el contratista ha cumplido debidamente con sus obligaciones contractuales, los fondos alcanzados por la controversia deberán ser depositados por la contratante, conforme lo disponga la reglamentación, en una cuenta en garantía o fideicomiso hasta su resolución final y seguirán su suerte”.

La extinción anticipada del contrato

Sin perjuicio de que el principio del equilibrio económico-financiero tiene especial relevancia a la hora de ejecutarse el contrato, también juega principalmente en materia de extinción anticipada. Sobre todo en proyectos como los de infraestructura, en razón de las cuantiosas inversiones que requieren y el plazo que demandan tanto para su terminación como para la amortización de las inversiones.

Sobre esta cuestión, el art. 10 de la ley 26.944(159) de Responsabilidad del Estado establece que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas(160).

Frente a la ausencia de regulación se aplica la Ley de Responsabilidad del Estado de forma supletoria. Esta solución ha sido considerada disvaliosa(161) en virtud del carácter excepcional que se le asigna a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y por la exclusión del lucro cesante. Como alternativa, se ha sugerido acudir al régimen del Código Civil y Comercial de la Nación a fin de evitar encarecer los contratos(162).

Al tratar esta materia, la Ley de Contratos de PPP establece que los pliegos deberán prever entre las causales de extinción del contrato las siguientes: cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales. Pero, según el articulado, deberán aclararse los procedimientos que seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y el método de determinación y pago. Además, la norma señala que, “en el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/01 y sus modificatorias. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente” (art. 9º, inc. p)].

En este sentido, consideramos que se recogen de un modo positivo las críticas que en su momento se esgrimieron en torno al alcance de la indemnización frente a supuestos de extinción anticipada(163). En concreto, se toma en consideración las particulares características de esta especie contractual, en la que se halla en juego una importante inversión que al momento de extinguirse el contrato no alcanzó a amortizarse.

En la misma línea, en el art. 10 de la Ley de Contratos de PPP se requiere que en todos los supuestos de extinción anticipada por parte de la Administración, antes de la toma de posesión de los activos deberá abonarse al particular el monto total de la compensación correspondiente según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que se haya estipulado. Además, la norma garantiza que nunca la indemnización podrá ser menor a la inversión no amortizada y que en todos los supuestos deberá asegurarse el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto. Con todo, ello no incluirá el pago de daños y perjuicios en beneficio al contratante que se hubiera previsto en el contrato.

Más allá de lo expuesto, sea cual sea la postura que se adopte sobre el alcance de la indemnización y su regulación en la Ley de Contratos de PPP, no puede ignorarse la importancia que adquiere a los fines de proteger el equilibrio económico-financiero el hecho de que se establezca con claridad el alcance de la reparación, así como su oportunidad de pago(164). Caso contrario, este tipo de incertidumbres generarán que se encarezcan los precios y desincentivarán a quienes se encuentren dispuestos a invertir.

V

Conclusiones

En suma, resulta muy valiosa la regulación del equilibrio económico-financiero en la Ley de Contratos de Participación Público-Privada –en cuanto no se limita a supuestos concretos y prevé los instrumentos o procedimientos de adecuación contractual para el caso de su ruptura(165)–.

En los contratos públicos, a fin de cuentas, debe lograrse un debido equilibrio que no vuelque cargas excesivas sobre ninguna de las partes, lo que ayudará a que se cumpla con el fin público perseguido y la satisfacción del interés privado del cocontratante.

La consagración del principio del equivalente económico representa el anverso y el reverso entre

las potestades de las que está investida la Administración para la consecución del bien común y las debidas garantías del particular que debe soportar dicha carga. Bajo esta tesis, el aludido principio condensa de modo paradigmático la problemática que gobierna el derecho público.

Con todo, un régimen contractual que garantice el mantenimiento del equilibrio económico-financiero permitirá que los contratos públicos se ejecuten satisfactoriamente y respeten los principios constitucionales sobre los que reposa el actuar administrativo: "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" no solo para las actuales generaciones, sino "para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino". Lo expuesto, principalmente, si se considera que los contratos de PPP se proponen como una vía para el desarrollo de infraestructuras que, por definición, son beneficiosas también para las generaciones futuras.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONTRATOS - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LEY - SERVICIOS PÚBLICOS - COMERCIO E INDUSTRIA - 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 n° 14.108 del 26-12-16; Decreto 1030/16: sin brecha ni grieta en materia de contratación directa, por Alfredo Silverio Gusman, EDA, diario n° 14.134 del 3-3-17. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 - B.O. del 30-12-16.

2 - B.O. del 20-2-17.

3 - Ver Aguilar Valdéz, Oscar R., Contratación administrativa y financiamiento, en La contratación pública, Juan C. Cassagne y Enrique Rivero Ysern (dirs.), 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. I, pág. 561.

4 - Véase Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico en los contratos administrativos, 3ª ed., Caracas, Temis, 2015, "Introducción". En el mismo sentido, Hernández González, Francisco L., La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del canal de Panamá, Madrid, RAP, n° 194, mayo-agosto 2014.

5 - El Máximo Tribunal ha definido al bien común como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección" (CS, 7-10-76, "Moyano, Marcelina", Fallos: 296:65). En otro pronunciamiento dilucidó: "La ley no solo persigue orientar, educar y compeler la conducta social de los ciudadanos sino también solucionar conflictos de intereses ya producidos en aras del bien común y la paz social" (CS, 28-11-78, "Sabella, Alberto", Fallos: 300:1204).

6 - Cfr. Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico en los contratos de servicios, 1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2016, pág. 19.

7 - *Ibidem*, pág. 20.

8 - *Ibidem*, pág. 19.

9 - *Ibidem*, pág. 88.

10 - *Ibidem*, pág. 20.

11 - *Ídem*.

12 - B.O. del 7-1-02. En virtud de esta ley se declaró la emergencia pública en materia social,

económica, administrativa, financiera y cambiaria. Además, se dejaron sin efecto en los contratos celebrados por la Administración pública bajo normas de derecho público, las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias, basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio así como se pesificaron los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas (art. 8º). Asimismo, se autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el art. 8º de la ley bajo determinadas pautas (art. 9º) y, finalmente, se estableció que ello en ningún caso autorizaría a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 10). Esa Ley de Emergencia ha sido objeto de sucesivas prórrogas por parte del Honorable Congreso de la Nación. La última de ellas, dispuesta por la ley 27.200, tiene como fecha límite el 31-12-17.

13 - Específicamente, en la reglamentación de la ley 27.328 mediante el decreto 118/17 se lo ha señalado en el art. 9º del Anexo I.

14 - Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público-privadas en la Argentina, ReDA, 2016-107-923.

15 - Mensaje de Elevación 770/16. El trámite en el Congreso se puede observar bajo el Expte. PE 61/16.

16 - Gráfica expresión utilizada por Villar Palasí, José L. en el Prólogo del libro de Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

17 - Véase Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público privadas..., cit.

18 - Ídem.

19 - Decreto 1023/01, art. 13, inc. a). También la Ley de Obras Públicas establece el derecho a la recomposición frente al aumento de costos o trabajos contratados (art. 30) o el art. 1º del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública, aprobado por el decreto 691/16, que expresamente establece que "tiene por objeto el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos de obra pública y de consultoría de obra pública financiados total o parcialmente con fondos del Estado nacional a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de los insumos".

20 - B.O. del 17-8-05.

21 - Como afirma Cassagne: "No se puede negar el fondo común que, desde la óptica realista, traduce la tesis de que el contrato constituye, al cabo, en su esencia, un intercambio voluntario de prestaciones que viene a realizar, en su ámbito, el equilibrio o igualdad que procura la justicia" (Cassagne, Juan C., El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo, ReDA, año 1, Nº 1, mayo-agosto 1989, pág. 29). Granillo Ocampo, Raúl E., Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Buenos Aires, Astrea, 1990, pág. 3. En dicha oportunidad, el autor afirma que "en el concepto mismo de contrato late, desde su nacimiento, una idea de equilibrio que preside la conjugación de intereses contrapuestos (...). Un principio de justicia conmutativa, de equivalencia, o si se quiere, de reciprocidad de intereses, debe presidir tal relación".

22 - Ariño Ortiz, Gaspar, El equilibrio financiero del contrato administrativo, en La contratación pública, cit., "Introducción", pág. XI.

23 - Ídem.

24 - Entre otros pronunciamientos, destacamos algunos fallos relevantes en la materia: CS, 29-3-90, "Dulcamara S.A. c. ENTel s/cobro de pesos", Fallos: 313:376 (en especial, voto del Dr. Fayt); CS, 22-12-93, "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 316:3157; CS, 26-4-84, "Gas del Estado Sociedad del Estado c. Lindoro I.C.S.A.", Fallos: 306:328; CS, 2-3-93, "Cinplast IAPSA c. ENTel s/ordinario", Fallos: 316:212; CS, 3-3-92, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes", Fallos: 315:158; CS, 26-10-93, "Serra, Fernando Horacio y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 316:2454; CS, 5-4-95, "Gypobras S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/contrato de obra pública", Fallos: 318:441; CS, 17-2-98, "S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado", Fallos: 321:174 y CS, 22-5-07, "Pluspetrol Energy S.A. c. ENRE resol. 458/02", Fallos: 330:2286. También ver sobre este punto, Coviello,

Pedro J. J., La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CS, en La contratación pública, cit., pág. 89.

25 - Cfr. Guglielminetti, Ana P., Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado, ReDA, 2016- 107-903.

26 - Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit.

27 - Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., XI.

28 - Moderne, Frank - Delvolvé, Pierre, Las transformaciones contemporáneas del contrato en el derecho francés, ReDA, N° 7/8, Buenos Aires, 1991, pág. 291.

29 - Cfr. Bustelo, Ernesto, Derechos y obligaciones del cocontratante particular. Derecho al precio, en Contratos administrativos, Ismael Farrando (h.) (dir.), 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 602.

30 - Ver Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos. Parte general, Buenos Aires, Depalma, 1977, v. I., pág. 452. En Bosch, Juan, La renegociación de los contratos "públicos" y los conflictos con los inversores extranjeros, ED, 203-967 (2003), el autor reconoce que la piedra angular es "la de garantizar que quien preste en forma eficiente un servicio público, podrá obtener una ganancia razonable por su actividad".

31 - Cfr. Granillo Ocampo, Raúl E., Distribución de los riesgos..., cit., pág. 6.

32 - Al respecto: Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo en Venezuela, en Tratado general de los contratos públicos, Juan C. Cassagne (dir.), 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, t. II, pág. 419.

33 - Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., pág. 7.

34 - Ver Cassagne, Juan C., Curso de derecho administrativo, 11ª ed. act., Buenos Aires, La Ley, 2016, t. II, pág. 201.

35 - Ibídem, pág. 202.

36 - Ibídem, pág. 612.

37 - Sobre el particular: Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo..., cit., pág. 421.

38 - Cassagne, Juan C., Curso de derecho..., cit., pág. 612.

39 - Brewer Carías, Allan R., Tratado de derecho administrativo. Derecho público en Iberoamérica, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, t. III, pág. 767.

40 - Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público-privadas..., cit.

41 - Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., pág. 242.

42 - Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., 2ª reimpr., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, t. III-A, pág. 360.

43 - Ariño Ortiz, Gaspar, El enigma del contrato administrativo, RAP, N° 172, Madrid, enero-abril 2007.

44 - Laubadère, André de, Manual de derecho administrativo, Bogotá, trad. de Jesús Villamizar Herrera, Temis, 1998, pág. 187.

45 - Véase Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., pág. VI, "Introducción", pág. XII.

46 - Ibídem, pág. 4.

47 - Ibídem, pág. 9.

48 - Ibídem, pág. 10.

49 - En particular Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., pág. 19.

50 - Cfr. Rennella, María P., Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor en AA. VV., Cuestiones de contratos administrativos, Buenos Aires, Ediciones RAP, N° 347, pág. 257.

51 - Ver Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., pág. 26.

52 - Ibídem, pág. 38.

53 - Ídem.

54 - Cfr. Granillo Ocampo, Raúl E., Distribución de los riesgos..., cit., pág. 20.

55 - Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente..., cit., págs. 74/75.

56 - Ibídem, pág. 76.

57 - Ibídem, pág. 100.

58 - Véase García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 8ª ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I, pág. 729.

59 - Ídem.

60 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 14.

61 - Ibídem, pág. 15.

62 - Consejo de Estado, 21-3-1910, "Compagnie Générale Francaise des Tramways", en Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, René Cassin y Marcel Waline (dirs.), 3ª ed., Paris, Sirey, 1962, pág. 91 y sigs.

63 - Ídem.

64 - Cfr. Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público privadas..., cit. Granillo Ocampo, Raúl E., Distribución de los riesgos..., cit., pág. 86.

65 - Meilán Gil, José L., Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión, RAP, N° 191, Madrid, mayo-agosto 2013, pág. 30.

66 - Cfr. Cassagne, Juan C., El equilibrio económico-financiero..., cit., pág. 32.

67 - Cfr. Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo..., cit., pág. 422.

68 - Sobre el particular, se ha afirmado: "La Constitución no protege la intangibilidad de los pactos sino la incolumidad del patrimonio en sentido general, es decir, de la propiedad (art. 17)" (Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, t. II, pág. 262).

69 - Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, El equilibrio financiero..., cit., t. II, pág. 728.

70 - Cfr. Cassagne, Juan C., El equilibrio económico-financiero..., cit., pág. 31.

71 - Ídem.

72 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 27. En un caso de la CNCont.-adm. Fed., se consideró "contrario al principio de buena fe, la pretensión de revisión del precio contractual, sobre la base de una supuesta distorsión de la ecuación económico-financiera del contrato, formulada por el actor cuando ya hacía más de un mes que había finalizado con las entregas de la provisión a su cargo, y solo le faltaba percibir las dos últimas cuotas de ese precio" (CNCont.-adm. Fed., sala I, 19-3-98, "Pivot S.R.L. c. Bco. Nación Argentina s/contrato administrativo").

73 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 25.

74 - Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo..., cit., pág. 423.

75 - Ver Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 26.

76 - Así tiene dicho la Corte Suprema: "Que, por otra parte, el silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145, 1146, CCiv. y art. 10, ley 19.549). Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario" (CS, 22-4-86, "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos: 308:618).

77 - CNCont.-adm. Fed., sala V, 7-3-01, "Supercemento S.A.I.C. c. E.N. (F.A.A.) M° de Defensa s/contrato administrativo".

78 - Para ello deberá apreciarse la especialidad del contratista, las circunstancias externas e internas que rodean la ejecución del contrato, entre otras cuestiones (Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo..., cit., pág. 423). Así, ha dicho la jurisprudencia del fuero contencioso que "la doctrina sentada por la Corte Suprema según la cual no basta la mera irrepresentatividad de las fórmulas pactadas –y la importancia de la distorsión consecuente– sino que resulta imprescindible que tal efecto sobre la economía general del contrato sea consecuencia de hechos imprevisibles al tiempo de la conclusión del acuerdo (CS, in re: 'Dulcamara S.A. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/cobro de pesos', del 29-3-90, Fallos: 313:380 –La Ley, 1990-E, 311–, 'Tecnobra S.A.C.I.C.I.F c. Comisión Nacional de Energía Atómica s/cobro de pesos', del 20-4-93, Fallos: 316:730 –LL, 1993-E-490–)" (CNCont.-adm. Fed., sala III, 31-3-99, "Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación").

79 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 28.

80 - Araujo-Juárez, José, El contrato administrativo..., cit., pág. 424.

81 - CNCont.-adm. Fed., sala IV, 24-4-01, "Bagley S.A. c. Ministerio de Economía". Cfr. Rodríguez

Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 31.

82 - Cassagne, Juan C., Curso de derecho..., cit., pág. 204. En la misma línea, Oyhanarte, Julio, La expropiación y los servicios públicos, en Julio C. Oyhanarte: recopilación de sus obras, 1ª ed., Buenos Aires, 2001, pág. 372. CNCont.-adm. Fed., sala V, 2-2-16, "Unión de Usuarios y Consumidores c. EN-Ley 25.413- M. Economía - resol. 72/03 y otro s/proceso de conocimiento".

83 - CS, 20-9-74, "Compañía Avellaneda de Transporte S.A. c. Gobierno Nacional", Fallos: 289:462.

84 - CS, 27-6-98, "Sorsa S.A. c. Provincia de Buenos Aires/Dirección de Vialidad s/demanda contencioso administrativa", Fallos: 312:1036; CS, 30-6-92, "La Proveedora Industrial S.A. c. Municipalidad de la Plata", Fallos: 315:1418.

85 - Cfr. Cassagne, Juan C., Curso de derecho..., cit., pág. 613.

86 - Ver Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064 de Obras Públicas comentada y anotada, 2ª ed. ampl. y act., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, pág. 287.

87 - Véase Fanelli Evans, Guillermo E., La ecuación económico-financiera en las concesiones de obra y servicios públicos, LL, 1996-E-1043.

88 - Cfr. Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico..., cit., pág. 119.

89 - Como se explica, "difícilmente pueda ajustarse un concesionario, cuya tarifa ha dejado de representar un equilibrio económico razonable, a todas las regulaciones que impone necesariamente la prestación de un servicio público y que constituyen uno de sus principios elementales como es la regularidad" (Pérez Hualde, Alejandro, Control judicial de las tarifas de servicios públicos, LL, 2002-A-84).

90 - PTN, Dictámenes: 242:277. En la misma línea, la CNCont.- adm. Fed. ha afirmado: "De aceptarse la pretensión que sustenta la actora, se asentaría en forma palmaria contra el principio de igualdad de los oferentes que debe presidir toda contratación administrativa (...), pues implicaría sin más, una alteración 'ex post facto' de aquellas condiciones que –conocidos por todos en el momento de la convocatoria–, los llevaron a participar o no en ella, y en su caso, a presentar su oferta tomando en consideración precisamente las mencionadas condiciones, y cuya alteración posterior no puede ser efectuada en único beneficio del adjudicatario" (CNCont.-adm. Fed., sala II, 3-8-10, "Valitutto, Carmelo c. Estado Nacional [Ministerio de Obras y Servicios Públicos] s/ contrato de obra pública").

91 - Fanelli Evans, Guillermo E., La ecuación económico-financiera..., cit.

92 - Cfr. Fanelli Evans, Guillermo E., El riesgo en la concesión de obra pública, LL, 1992-C-1084.

93 - Cfr. Crivelli, Julio C., Leyes de concesión y PPP en países emergentes, El Dial, 20-5-16.

94 - Guglielminetti, Ana P. - Bensadón, Pascual, Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada, ED, 2005-639.

95 - Cfr. Crivelli, Julio C., Leyes de concesión..., cit.

96 - Mairal, Héctor, La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos, Res Publica Argentina, Ediciones RAP, Nº 343, pág. 143.

97 - Cfr. Aguilar Valdez, Oscar R., Contratación administrativa..., cit., pág. 577. Más adelante reclama que, "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 (...) que puedan constituirse en obstáculos para la habilitación temporánea de la infraestructura deben ser asumidos por el sector público a fin de crear incentivos" (pág. 588).

98 - Aguilar Valdez, Oscar R., Contratación administrativa..., cit., pág. 894.

99 - Sobre el punto, destaca Guiridlian Larosa: "La compartición de riesgos debe plasmarse manteniendo el necesario equilibrio que debe existir en un vínculo APP, ya que su imposición excesiva y/o el desconocimiento de garantías estructurales (con el mantenimiento de la ecuación económica a la cabeza), aunque con el alcance que merece en pos de no terminar neutralizado el reparto de aleas que se busca en toda APP), puede llevar si no a frustrar su implementación a generar sobre costos innecesarios, ya que –como pauta general– cuanto mayores son los riesgos trasladados superiores serán las expectativas de retorno por parte del sector privado" (Guiridlian Larosa, Javier, 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, RDA, 2016-107).

100 - Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público-privadas..., cit.

101 - Ver Crivelli, Julio C., Leyes de concesión..., cit.

102 - Ídem.

103 - Ídem.

104 - Sobre el punto: Ídem.

105 - Ídem.

106 - "Ello hace que la mayor parte de las quiebras que se registran en las ecuaciones económicas de los contratos de concesión se deban a superfluas decisiones cambiantes y contradictorias del sector público, lo que los inversores vernáculos y extranjeros no ignoran y cuyos riesgos se resisten a aceptar, al menos sin grandes y rápidas expectativas de retornos" (Fanelli Evans, Guillermo E., La ecuación económico-financiera..., cit.).

107 - Cfr. Mairal, Héctor, La asignación..., cit., pág. 148.

108 - Ibídem, pág. 157.

109 - Cfr. Aguilar Valdéz, Oscar R., Contratación administrativa..., cit., págs. 588/589.

110 - Ver Mairal, Héctor, La asignación..., cit., pág. 148.

111 - Cfr. Rivero Ysern, Enrique, El equilibrio económico..., en Servicio público y policía, Juan C. Cassagne (dir.), 1ª ed., Buenos Aires, Universitas, 2006, pág. 228.

112 - Cfr. Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público privadas..., cit.

113 - Ídem.

114 - Cfr. Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico..., cit., pág. 83.

115 - Ídem.

116 - Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico..., cit., pág. 85.

117 - Ibídem, pág. 88.

118 - Ibídem, pág. 124.

119 - Ibídem, pág. 100.

120 - Esta cuestión es abordada por el decreto 1030/16 –reglamentario del decreto delegado 1023/01– en cuanto prevé como causal de desestimación no subsanables de una oferta "si el precio cotizado mereciera la calificación de vil o de no serio" (inc. e] del art. 66). En la misma línea el art. 69 establece: "La Comisión Evaluadora, o la Unidad Operativa de Contrataciones en los procedimientos donde no sea obligatorio la emisión del dictamen de evaluación, podrá solicitar informes técnicos cuando presuma fundadamente que la propuesta no podrá ser cumplida en la forma debida por tratarse de precios excesivamente bajos de acuerdo con los criterios objetivos que surjan de los precios de mercado y de la evaluación de la capacidad del oferente. Cuando de los informes técnicos surja que la oferta no podrá ser cumplida, corresponderá la desestimación de la oferta en los renglones pertinentes. A tales fines se podrá solicitar a los oferentes precisiones sobre la composición de su oferta que no impliquen la alteración de la misma".

121 - Ariño Ortiz, Gaspar, El equilibrio financiero..., cit., pág. 739.

122 - Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 201.

123 - Ibídem, pág. 203.

124 - Ibídem, pág. 204.

125 - Cfr. Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico..., cit., pág. 155.

126 - Ibídem, pág. 156.

127 - Ibídem, pág. 157.

128 - Cassagne, Juan C., El equilibrio económico-financiero..., cit., pág. 28.

129 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 204. El autor hace referencia al régimen español y colombiano.

130 - B.O. del 19-5-16.

131 - Véase Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 212.

132 - Ibídem, pág. 217 y sigs.

133 - Guglielminetti, Ana P. - Ibarzábal, Milagros, El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016, ReDA, 2016- 107-1043.

134 - Véase Vázquez Lacunza, Estela, El equilibrio económico..., cit., pág. 232.

135 - Se ha definido a este mecanismo como aquel que está "orientado, precisamente, a suplir las restricciones que existen para su financiación por los sectores públicos y privados y 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 contratistas sino contra el flujo de fondos que tales proyectos generan" (Aguilar Valdéz, Oscar R., Contratación administrativa..., cit., pág. 575).

136 - Cfr. Rodríguez Rodríguez, Libardo, El equilibrio económico..., cit., pág. 221.

137 - Ibídem, pág. 223.

138 - Cfr. Rivero Ysern, Enrique, El equilibrio económico-financiero..., cit., pág. 227.

139 - Ver Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1988, t. III, pág. 1165.

140 - Véase Cassagne, Ezequiel, Las asociaciones público privadas..., cit.

141 - Cfr. Guglielminetti, Ana P., Prerrogativas y garantías..., cit.

142 - Ídem.

143 - Se ha sostenido: "La punzante y trascendental presencia del factor tiempo que en los contratos de duración lo exponen a mutaciones periódicas, a soluciones de adaptación, que aunque en rigor de imposible certeza en sus alcances concretos, son imprescindibles encarar por constituir la sobreviniencia de esos cambios un obstáculo notorio y al cabo difícil de ser aprehendido desde el órgano judicial como forma normal de solución. Lo cual deriva en la reiterada o a veces frecuente necesidad de reconsiderar las fases pendientes que en ese devenir se van modificando en sus datos relevantes y en registros o magnitudes no desdeñables, lo que impone reconducirlas con sensatez (ante la pérdida de 'sentido'), a los alcances con que fueron establecidos" (Morello, Augusto M., Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente, LL, 1989-C-1227).

144 - Por ejemplo, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos, el precio del contrato dependerá no solo de la tarifa sino de las inversiones a las que se comprometieron las partes así como al tiempo que dura la concesión (cfr. Pérez Hualde, Alejandro, Control judicial..., cit.).

145 - Cfr. Guglielminetti, Ana P., Prerrogativas y garantías..., cit.; Dammert Lira, Alfredo, Equilibrio económico-financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura, Revista de Derecho Administrativo, Lima, mayo 2009, pág. 343; Ariño Ortiz, Gaspar, El equilibrio financiero..., cit., pág. 736; Crivelli, Julio C., Leyes de concesión..., cit.

146 - Un ejemplo puede ser el caso del decreto 149/97 (B.O.: 20- 2-97) en el que se decidió adoptar medidas con relación al contrato de concesión existente a ese momento con la empresa Aguas Argentinas S.A. Entre los considerandos se destacó que por nuevas exigencias motivadas en el interés público "resulta conveniente iniciar un proceso conjunto de renegociación de los contenidos que integran las contraprestaciones contractuales sin alterar la ecuación económico-financiera oportunamente convenida". Se sugieren, entre otras, las siguientes alternativas: (i) prórroga del plazo contractual; (ii) diferimiento de inversiones; (iii) reprogramación de obras; (iv) determinación de nuevas inversiones; (v) parámetros económicos y financieros de la concesión; (vi) incorporación de nuevas áreas a la concesión, entre otras.

147 - Guglielminetti, Ana P., Prerrogativas y garantías..., cit. Se ha remarcado que debe guardarse atención al origen licitatorio del contrato y al principio de igualdad que impide acuerdos que mejoren las condiciones del contratista frente a un oferente (cfr. Pérez Hualde, Alejandro, Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos, ponencia presentada al VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Valladolid, septiembre 2008).

148 - Ver Mairal, Héctor, La asignación..., cit., pág. 158.

149 - Véase Fanelli Evans, Guillermo E., La ecuación económico..., cit.

150 - Cfr. Mairal, Héctor, La asignación..., cit., pág. 158.

151 - Ver Mairal, Héctor A., Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, pág. 86.

152 - Sobre el particular, ibídem, pág. 35.

153 - Ibídem, pág. 36.

154 - Ibídem, pág. 87.

155 - Véase Cassagne, Ezequiel, *Las asociaciones público privadas...*, cit. Se ha señalado que tienen origen en Chile (Guglielminetti, Ana P., *Prerrogativas y garantías...*, cit.).

156 - Cfr. Azzarri, Juan C. - Vega Olmos, Jimena, *El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma: a propósito del proyecto de ley de contratos de participación público-privada*, RDA, 2016-107.

157 - Véase Crivelli, Julio C., *Leyes de concesión...*, cit.

158 - Ídem.

159 - B.O. del 8-8-14.

160 - Sobre el particular, que la expresión "normas específicas" y la palabra "regulación" no puede ser entendidas como sinónimo de ley en sentido formal y material, sino que, además de las normas de carácter legal, se encuentran comprendidas las de tipo reglamentarias (v. gr., las cláusulas de los pliegos de bases y condiciones y los documentos contractuales). De lo que se deriva que mediante normas infralegales se establezca un régimen de responsabilidad contractual distinto al de la Ley de Responsabilidad del Estado (cfr. Perrino, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2015, págs. 232/233; Mairal, Héctor A., *La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial*, ED, 260-641, 2014).

161 - Cfr. Guglielminetti, Ana P., *Prerrogativas y garantías...*, cit.

162 - Véase Cassagne, Ezequiel, *Las asociaciones público privadas...*, cit.

163 - Entre quienes defienden un criterio amplio de la indemnización (incluyendo al lucro cesante) se destacan: Berçaitz, Miguel Á., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 502/503; Tawil, Guido S., *El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, en *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2008, pág. 239; Barra, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, ED, 122-861; Bianchi, Alberto B., *Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado*, ED, 111-550; Perrino, Pablo E., *El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público (El reconocimiento del lucro cesante moderado)*, en *La contratación pública*, cit., t. II, pág. 1119.

164 - Cfr. Guglielminetti, Ana P., *Prerrogativas y garantías...*, cit.

165 - Ver Cassagne, Ezequiel, *Las asociaciones público privadas...*, cit.