

Título: Los contratos de participación público-privada en la ley 27.328

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2018-117, 433

Cita: TR LALEY AR/DOC/3058/2018

I. Introducción

Los contratos de participación público-privada (en adelante PPP) surgen como una nueva herramienta tendiente a solucionar la falta de adecuadas infraestructuras económicas y sociales, como consecuencia de la ineficacia e ineficiencia del Estado para llevar a cabo las obras indispensables en diversos sectores que van desde los servicios públicos primordiales para la población hasta la construcción de caminos y autopistas, redes ferroviarias, escuelas, hospitales, etc.

Como es natural, no abordaremos aquí las causas del fracaso del Estado en la materia, por demás evidentes, sobre las que abunda la literatura especializada. Creemos si que cabe destacar que esta nueva herramienta contractual apunta a la adopción de un nuevo paradigma en el ámbito de las infraestructuras y servicios públicos sobre la base de dos ideas interconectadas. En primer lugar, la de superar la tradicional ineficiencia del Estado en el diseño, desarrollo y ejecución de obras y servicios que componen las infraestructuras económicas y sociales, por la eficiencia del sector privado (1). Lo que está detrás de esa política es la conocida fórmula anglosajona *value for money* que alude al valor agregado que se añade al proyecto en cuanto que, aparte de implicar una derivación del principio de subsidiariedad, supone que el contratista privado mejoraría las prestaciones esenciales y las externalidades del proyecto, acotando el riesgo estatal, propio de su natural ineficiencia, al no actuar el Estado como un dueño privado que procura no caer en quiebra o falencia por su negligencia, culpa u omisión. En este sentido, las empresas estatales públicas son como empresas que carecen de dueño en el sentido privado patrimonial de la figura.

Aparte de ello, en el caso que sea el Estado quien, en definitiva, se haga cargo del costo total o parcial de las obras o servicios, a través de desembolsos periódicos, se genera la posibilidad de trasladar el gasto a ejercicios futuros, haciendo posible una suerte de solidaridad inter-generacional y, consecuentemente, una más adecuada distribución de los impuestos y cargas públicas, habida cuenta que las mejoras de infraestructura suelen quedar a cargo tanto de las actuales generaciones como de las futuras.

Vale la pena destacar que la amplia definición de este contrato constituye un acierto de la ley 27.328 (2) toda vez que implica la utilización de una formulación flexible que permite englobar en su régimen tanto los esquemas contractuales como los esquemas asociativos. Los primeros son, en principio, contratos administrativos (3) por su objeto (4), aunque su regulación se regirá —como veremos— con una mixtura de derecho público (v.gr. sistema de selección basado en la igualdad y concurrencia y cláusulas anticorrupción) y de derecho privado (p.ej. en materia de responsabilidad y alcance de la indemnización cuando se opera la extinción del contrato por razones de interés público). En cuanto a los segundos, es decir, a los esquemas asociativos, ellos están contemplados en la propia ley que exige, a tal efecto, "la constitución de una sociedad de objeto específico, de fideicomisos, otros tipos de vehículos o esquemas asociativos" (5) admitiéndose incluso, la participación del Estado a través de sociedades anónimas comunes constituidas conforme el régimen legal societario del derecho privado, "actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado" (6).

Va de suyo, aunque no haya sido suficientemente advertido por la doctrina, que estos esquemas asociativos tienen como base un acuerdo contractual que les da origen estableciendo los derechos y obligaciones de las partes en el vehículo asociativo adoptado.

Aún dentro de los esquemas contractuales o asociativos existen diversas variantes de contratos de PPP, los que han sido objeto de clasificación doctrinaria según: a) que el pago del proyecto se encuentre a cargo de los usuarios o de la Administración Pública; b) que el contratista sea o no propietario de la infraestructura a diseñarse o construirse; c) que el repago del proyecto se vincule con el uso o la disponibilidad del mismo, es decir, si el riesgo de realización se transfiera o no al contratista o permanece en cabeza de la Administración contratante (7) que, conforme se resuelva en cada caso, dará lugar a variadas opciones las que deberá definir la unidad de participación público-privada (8).

En lo que sigue examinaremos los aspectos más esenciales del nuevo régimen legal instituido.

II. Objeto y finalidad del contrato de PPP

El art. 1º de la ley 27.328 define, con gran amplitud, los contratos de participación público-privada (PPP) prescribiendo que "...son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos

privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica", aclarando que dichos contratos "podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento".

A continuación, la citada norma contempla dos principios fundamentales que regirán durante la vida del contrato, a saber: a) el principio de flexibilidad que tiene su ámbito en la formación, interpretación y ejecución del contrato; y b) la determinación previa de que esta modalidad contractual permita cumplir con los objetivos de interés que se persiguen en cada PPP. Se trata de los objetivos concretos que "la contratación tiende a satisfacer" (9) los que se encuentran genéricamente enunciados en el art. 4º de la ley (10).

A su vez, la ley de contratos de PPP determina que los respectivos contratos constituyen una modalidad alternativa a los regulados por las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias y también se dispone, cuando los contratos de PPP involucren la prestación de servicios públicos, la aplicación de los marcos regulatorios específicos (11).

III. Características de los contratos de PPP

Si bien —como hemos dicho— la figura contractual que instrumenta la ley 27.328, configura, en principio, un contrato administrativo concebido en sentido amplio, tanto por las finalidades que persigue como por las peculiaridades del régimen publicístico que lo disciplina, esta afirmación debe ser matizada en varios sentidos, pues nada impide que sean regulados por ella los llamados contratos de objeto privado que celebra la Administración.

No se puede desconocer que la formulación legal de esta clase de contratos resulta atípica, apartándose, en trascendentes aspectos de las regulaciones administrativas que son consecuencia de un modelo ciertamente distinto que, aún con las modulaciones tendientes a morigerar las prerrogativas de poder público (12), se presenta como un acuerdo de voluntades caracterizado por un régimen jurídico diferente tanto al que resulta propio del derecho privado como al correspondiente al derecho administrativo, cuyas prerrogativas han sido, en buena parte, suprimidas o atenuadas.

Porque una cosa resulta evidente y es que los problemas que planteará al funcionamiento de esta figura contractual no podrán resolverse acudiendo exclusivamente en bloque al derecho público o al derecho privado, sino que exigen acudir a la integración entre los nuevos principios y normas de la ley con los provenientes del derecho público y las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Con todo, puede decirse que, al constituir una alternativa a la regulación de los contratos administrativos clásicos (13) y excluirse la aplicación directa, subsidiaria o analógica de dichas regulaciones típicamente administrativas (14), se configura un nuevo modelo de contratación que procura incentivar la colaboración de los particulares y reafirmar el principio de la competencia.

Efectuadas esas advertencias, que quizás sirvan para el diseño de una nueva categoría de contratos de la Administración Pública, pasamos al análisis de las peculiaridades del régimen jurídico diferenciado de los contratos de PPP.

IV. Peculiaridades de su régimen jurídico: las prerrogativas de poder público

El primer punto a considerar concierne al carácter expreso o implícito de las prerrogativas de poder público. Como estas prerrogativas derivan de potestades que tienen su basamento en leyes que expresamente las prescriban en virtud del principio de legalidad (art. 19 CN) su introducción en los respectivos contratos debe contemplarse en forma expresa (15) no existiendo ni siquiera la posibilidad de invocar la existencia de prerrogativas implícitas, habida cuenta, además, de la no aplicabilidad a esta clase de contratos de PPP el régimen de contrataciones administrativas que prescribe el decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación los que "no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica" (16).

A fortiori, si la ley 27.328 excluye la aplicabilidad del régimen administrativo de contrataciones corresponde acudir al régimen del Cód. Civ. y Com. en el que, por principio, no existen otras prerrogativas o derechos que los que surgen de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 2651 Cód. Civ. y Com.) y con la limitación del orden público el cual resulta indisponible para las partes. Ello es así dado que el legislador persigue, particularmente en esta clase de contratos de PPP implantar un grado máximo de seguridad jurídica (17) que escape de las interpretaciones discrecionales y, muchas veces, arbitrarias, de la Administración Pública contratante.

Veamos a continuación las principales prerrogativas:

IV.1. Ius variandi o prerrogativa modificatoria

En el derecho privado, esta prerrogativa ni siquiera se plantea. Pero, en el derecho público, que como consecuencia de haber surgido el contrato de un proceso de selección pública, en el que rigen los principios de igualdad y concurrencia, si la Administración tuviera la prerrogativa de modificar el contrato sin límite alguno podría violarse el principio de igualdad y perjudicar a los otros oferentes. Por eso, el principio en la materia ha sido y seguirá siendo el de la neutralidad de la razón que impulsa la necesidad de modificar el contrato, en el sentido que ella responda a bases objetivas, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado.

La segunda limitación estriba en que no debe tratarse de una modificación sustancial del contrato (18) en especial, de las condiciones financieras del contrato (19).

Ambas limitaciones rigen tanto para la modificación bilateral (del contrato de PPP) como para su modificación unilateral.

En esta última variante el contratista se encuentra obligado a aceptar las modificaciones que le imponga la contratante siempre que la respectiva facultad se circunscriba "a la ejecución del proyecto y ello hasta por un límite máximo, en más o en menos, del 20% del valor total del contrato", a condición de que compense en forma adecuada la alteración y preserve "el equilibrio original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento" (20).

Para corregir esa alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, la reglamentación prevé que se compensará al contratista "mediante la modificación de algún factor del régimen económico del contrato PPP" y que "el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a CERO —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" (21).

Ahora bien, en concordancia con lo sostenido por la doctrina del contrato administrativo, las modificaciones pueden referirse a distintos elementos del contrato, tales como: a) el plazo de duración; b) los volúmenes o cantidades de las prestaciones y c) las condiciones técnicas de ejecución de los respectivos contratos (22).

IV.2. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad

Se trata de uno de los instrumentos más avanzados y garantísticos de la ley 27.328 ya que, frente a los constantes abusos de las Administraciones Públicas, el ordenamiento legal ha suprimido las prerrogativas de suspender o extinguir el contrato administrativo por razones de ilegitimidad en sede administrativa obligando a que la Administración acuda a los jueces para que sea el tribunal judicial competente el órgano ante quien debe presentarse la medida cautelar de suspensión o la pretensión procesal de fondo tendiente a que se declare la nulidad del contrato (23). Como consecuencia, la Administración contratista se encuentra en la misma posición jurídica que el contratista privado o semipúblico, no siendo de aplicación el régimen de la LNPA (arts. 17 y 18).

IV.3. La extinción unilateral anticipada del contrato por razones de oportunidad

Esta prerrogativa, conocida también en la teoría del contrato administrativo como extinción del contrato por razones de interés público, exhibe una regulación específica en los contratos de PPP de la ley 27.328 que abarca varios aspectos del régimen jurídico, marcando diferencias esenciales tendientes al afianzamiento de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de propiedad de los contratistas.

Tales diferencias radican en: 1) el órgano que decreta la extinción anticipada por razones de interés público; 2) el alcance de la indemnización; y 3) el pago previo de la indemnización.

En cuanto al órgano competente, la reglamentación de la ley exige que "la extinción unilateral anticipada del contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional" (24).

Consideramos que no habría obstáculo alguno para prescribir que, en los pliegos o en el contrato, la declaración de interés público sea dispuesta por el Congreso, como lo hemos propiciado con anterioridad al comentar el art. 18 de la LNPA (25), ya que están en juego similares razones que fundamentan dicha exigencia para el ejercicio de la potestad expropiatoria prevista en el art. 17 de la CN, y aun cuando se trata de instituciones diferentes ello no empece a su aplicación analógica por texto expreso prescripto en el Pliego y acordado con el contratista.

En lo que respecta al alcance de la indemnización, la novedad legislativa representa uno de los mayores progresos en la línea adversa a la exclusión del lucro cesante en la indemnización que debe abonar el Estado en todos estos casos en virtud de una equivocada interpretación analógica de la ley de expropiaciones, como lo ha venido sosteniendo autorizada doctrina (26).

En efecto, no abonar en tales supuestos el lucro cesante, tal como lo prescribe el Código Civil y Comercial

(27) y las legislaciones civilizadas, implica permitir que se consume una verdadera confiscación de bienes prohibida por la Constitución, imponiéndole al contratista un sacrificio especial sin compensación que viola abiertamente el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) (28).

Por esas consideraciones, resulta plausible el criterio legislativo adoptado que prescribe que en materia de "extinción del contrato por razones de interés público no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad en especial aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias" (29). Así, por más que estas leyes se modificaran en el futuro y se mantuviera el criterio restrictivo que prohíbe resarcir el lucro cesante, prevalecerá la prescripción de la ley 27.328 por tratarse de una ley especial que no se deroga por el dictado de una ley de mayor generalidad, conforme la conocida jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que acogió dicho principio general del derecho.

Por si quedara alguna duda, el cuadro garantístico se completa con la prescripción del art. 11 de la ley que prescribe: "La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato. Supletoriamente, se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación."

En adición a lo expuesto cabe puntualizar que en el art. 10 de la ley 27.328 se consagran dos pautas de trascendencia para determinar el importe de la compensación que, en tales supuestos, debe abonar el Estado estableciéndose que: a) ella no puede ser inferior a la inversión no amortizada hecha por el contratista; y b) debe asegurar el pago del crédito tomado para el financiamiento del desarrollo del proyecto objeto del contrato.

Finalmente, otra de las normas de gran significación en el derecho de los contratos estatales consiste en la exigencia de que la Administración, cuando decida extinguir anticipadamente un contrato de PPP por razones de interés público, deba proceder al pago previo de la indemnización, lo que guarda semejanza con el criterio constitucional que rige en materia expropiatoria (art. 17, CN) doctrina que en su momento propiciamos (30) al igual que calificada doctrina (31) para la revocación del acto administrativo por razones de interés público.

IV.4. La aplicación de sanciones y otras prerrogativas

La prerrogativa sancionatoria, en el modelo de contrato administrativo o de derecho público vigente en los países que han seguido el sistema francés (32), constituye una facultad implícita en esta clase de contratos. Sin embargo, en Argentina, incluso la doctrina partidaria de las prerrogativas implícitas ha rechazado la posibilidad de aplicar sanciones implícitas y no tipificadas en materia contractual (33). Esa ha sido la solución que acoge la ley 27.328 que utiliza el término tradicional de sanciones en sentido amplio sin distinguir entre sanciones y penalidades como lo hace el decreto 1023/2001, criterio seguido por un sector de nuestra doctrina (34) que requiere, además, que se regulen expresamente en el Pliego o en el contrato: "Los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución y el destino de las sanciones de índole pecuniaria".

A su vez, la prohibición de aplicar sanciones no previstas en el Pliego o en el contrato o de exceder los límites allí establecidos se reafirma en la reglamentación en cuanto prescribe que: "En el análisis de los incumplimientos el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento ni tampoco podrá acumular las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho" (35), impidiendo de esa forma una práctica abusiva por parte de la Administración contratante.

Como corolario de esas prescripciones garantísticas, la reglamentación consagra una serie de normas tendientes a resguardar el principio de la tutela administrativa efectiva. Tales son: i) la exigencia de conceder al contratista un plazo razonable (no inferior a diez —10— días para que pueda efectuar el correspondiente descargo y ofrecer y producir la prueba que hace a su derecho); ii) la posibilidad de prorrogar dicho plazo junto a la exigencia que la denegatoria de la prórroga se le notifique con una antelación no menor a tres —3— días del vencimiento de dicho plazo y iii) el derecho del contratista sancionado a impugnar el acto aplicativo de la sanción por la vía que se hubiera previsto en el Pliego o en el contrato, debiendo el Pliego establecer los supuestos en que la apelación tendrá efecto suspensivo así como el destino de las sanciones pecuniarias (36).

Por último, otra prerrogativa que debe incluirse en el Pliego y en el contrato es la relativa al poder de establecer —como ya se señaló— los mecanismos relativos al control de cumplimiento del contrato (37), lo cual no entraña atribuir el poder de dirección sino el de vigilancia o supervisión de la ejecución contractual con arreglo a los principios de razonabilidad y legalidad que siempre deben servir de guías en la acción administrativa de control.

V. Una de las dos claves del contrato de PPP: el mantenimiento de la ecuación económico-financiera

Si desde el punto de vista económico una de las claves del éxito de un contrato de PPP radica en la correcta asignación de riesgos aprovechando el Estado la mayor eficiencia del sector privado para la programación y gestión del respectivo proyecto de mejoramiento de infraestructuras y/o servicios públicos y/o actividades de interés público, mediante la aplicación de la conocida fórmula de intercambio de valor por dinero, la contrapartida se encuentra en la seguridad jurídica que estimule y promueva la inversión y el consecuente financiamiento de ella.

Esa seguridad se alcanza a través de la observancia del principio del equilibrio financiero del contrato asegurado a través del mantenimiento de la ecuación económico-financiera contractual originaria, ante las diversas contingencias o aleas que se presentan durante toda la vida del contrato.

Este principio, que obra como un instrumento permanente, es propio del derecho público y resulta por tanto ajeno al derecho privado, en el que la necesidad de mantener el contrato frente a aleas económicas imprevisibles depende más de la autonomía de las partes y la resolución de los jueces que de las decisiones de la Administración contratante interesada en el cumplimiento del contrato, incluso cuando éste se ve alterado por aleas administrativas (v.gr. hechos del príncipe o extinción anticipada del contrato por razones de interés público), por causas ajenas al contratista.

Su fundamento constitucional se encuentra en la garantía de la propiedad (art. 17, CN) y en el principio de igualdad ante las cargas públicas ya que no es justo que el contratista resulte obligado a soportar un sacrificio especial al hallarse obligado al cumplimiento del contrato administrativo sin la compensación correspondiente que iguale la ecuación originaria.

Va de suyo, entonces, que el principio del equilibrio financiero no constituye una especie de seguro que cubra los riesgos previsibles que tengan su causa en el alea normal del negocio, por lo que se ha señalado que "no se trata de una garantía de rentabilidad..." a favor del contratista sino más bien "una garantía de estabilidad de los contratos, no de cierta ganancia" (38).

En esa línea, la norma rectora de la ley 27.328 prescribe la exigencia que en los pliegos y documentación contractual se prevean, entre otras previsiones, "los procedimientos de revisión del precio del contrato a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del contrato" (39).

Como dicha ecuación económico-financiera de los contratos de PPP se encuentra estrechamente vinculada y dependiente de la asignación de los riesgos propios de cada contrato (40), la ley exige también que en los pliegos y en la documentación contractual se establezca: "El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato" (41).

A su vez, con la finalidad de lograr el rápido restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, la reglamentación exige que los contratos de PPP deberán contener mecanismos para resolver las cuestiones que se susciten entre las partes dentro de un plazo máximo, pudiendo ambas partes acudir al Panel técnico, al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se hubiera previsto en el Pliego y en el contrato PPP, los que deben contener los parámetros respectivos (42).

No está demás resaltar, por su conexión con esta garantía de estabilidad contractual, que la ley ha admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, exigiendo que sea regulada en el pliego o en el contrato, los que deberán contener "la facultad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, delimitándose los supuestos para su procedencia" (43) lo que cobra gran trascendencia social cuando se trata de la prestación de servicios públicos" (44).

VI. La responsabilidad contractual

El tema de la responsabilidad del Estado en el campo contractual no había suscitado mayores problemas en el ámbito interpretativo y en el de los principios aplicables hasta la sanción de la ley 26.944 y del art. 1764 Cód. Civ. y Com. que prescribieron la inaplicabilidad de las prescripciones sobre responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado, lo que originó un sinnúmero de críticas (45).

La solución legislativa resulta acertada en cuanto el sistema de la responsabilidad civil o patrimonial es más afín a la naturaleza de esta clase de contratos, que deberán regirse en este punto por las normas de la ley 27.328, su reglamentación y las cláusulas de los Pliegos y contratos respectivos, aplicándose supletoriamente las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.

VII. La renuncia, atenuación o aumento de las prerrogativas contractuales de la Administración contratante

Un punto que, finalmente, merece abordarse, es el relativo al carácter disponible o renunciable de las prerrogativas de poder público en los contratos en que es parte el Estado regidos por la ley 27.328.

Lo primero que hay que advertir es que determinadas prescripciones del ordenamiento legal pertenecen al llamado orden público administrativo y no pueden ser objeto de derogación o atenuación por las partes del contrato de PPP. En esta situación se encuentran las normas que hacen al sistema de selección (46) y las referidas a las normas anticorrupción (47) e incompatibilidades para contratar (48).

En cuanto a las prerrogativas en general, aunque la ley determina que ellas deberán ser reguladas en los Pliegos y en los contratos (49), el silencio de las partes no puede conducir a la nulidad de los respectivos contratos, en virtud de que si no se introdujeron en el plexo contractual en forma expresa, corresponde interpretar que la Administración ha renunciado a su ejercicio y la ley de CPPP excluye la aplicación de los regímenes legales públicos (50) que las regulan.

Una cosa diferente es la regulación de la prerrogativa que como resulta descripta de un modo genérico es susceptible de ser regulada, estableciendo requisitos que la atenúen o establezcan una mayor rigurosidad para garantizar los derechos patrimoniales de los contratistas privados que, en definitiva, constituye uno de los principales objetivos de la ley (por ejemplo, podría exigirse el dictado de una ley del Congreso para declarar la extinción anticipada del contrato de PPP por razones de interés público).

Pero lo que no podría hacerse es regular las prerrogativas, reconociéndose facultades implícitas y discrecionales, arbitrarias o irrazonables, aun bajo la aparente excusa de beneficiar el interés público, pues ello chocaría con los principios pro homine y de interpretación más favorable a los administrados, que surgen de tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

VIII. Conclusión

Como reflexión conclusiva, resulta evidente que se trata de un nuevo modelo de contratación pública, cuya principal característica radica en su flexibilidad, que desplaza la aplicación del bloque de ordenamientos positivos que rigen la contratación pública (principalmente las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación) al prescribir que tales normas "no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica" (51). En esa línea y por lo demás, la figura del contrato de PPP constituye una alternativa a las regulaciones de dichos contratos administrativos (52) con el objetivo, entre otros, de "impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista..." (53).

(1) DIANA, Nicolás, "Cuestiones generales del contrato de participación público-privada (PPP)", LL del 26/04/2017.

(2) El art. 1° de la ley 27.328 prescribe que: "Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia. Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer".

(3) DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Es la "participación público-privada" un nuevo contrato administrativo?", ED del 03/05/2017, ps. 1 y ss.

(4) CASSAGNE, Ezequiel, "Las asociaciones público-privadas en Argentina", ReDA nro. 107, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016, p. 923 y ss.

(5) Art 7°, Ley 27.328.

(6) Art. 8°, ley 27.328, norma que, según se ha destacado, implica una superación del régimen legal anterior (decreto 967/2005); cfr. DIANA, Nicolás, ob. cit., La Ley 25.152 (ap. a] del art. 5°, modificado por el art. 48 de la ley 25.655) exige, en esos casos, el dictado de una ley del Congreso. Esta norma general cede frente a la norma especial de la ley 27.328.

(7) Cfr. AZZARRI, Juan Cruz VEGA OLMOS, Jimena, "Los contratos de participación público-privada", LL del 28/06/2017, ps. 6/7.

(8) Art. 28, ley 27.328.

(9) Art. 4º, ley 27.328.

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

(11) Art. 2º, ley 27.328.

(12) P. ej., la ley 27.328 prescribe que la suspensión y la nulidad del contrato de PPP debe ser solicitada y declarada por los jueces [art. 9º inc. p), última parte].

(13) Art. 2º, ley 27.328.

(14) Art. 31, ley 27.328.

(15) Art. 9º, ley 27.328.

(16) Art. 31 inc. b), ley 27.328.

(17) GUIRIDLIAN 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", ReDA, nro. 107, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 855 y ss.

(18) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 401. En la doctrina y jurisprudencia francesas la prerrogativa modificatoria no es ilimitada no pudiendo afectar las condiciones o ventajas financieras de la ecuación contractual; véase: LAUBADÈRE, André de, "Traité de Droit Administratif", t. 1 actualizado por Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, LGDJ, París, 1984, ps. 412/413; DEBBASCH, Charles, "Droit Administratif", 6ª ed., Economica, París, 2002, ps. 342/343. En el derecho español la modificación se reputa excepcional y si no se encuentra prevista en el Pliego no puede alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación (art. 107.1 TRLCSP); véase PAREJO ALFONSO, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 8ª ed. revisada y actualizada, ps. 638-639.

(19) RICHER, Laurent, "Droit des contrats administratifs", 4ª ed., LGDJ, París, 2004, p. 243, señala que el Consejo de Estado exige el acuerdo entre las partes para efectuar las modificaciones tarifarias susceptibles de afectar la ecuación financiera del contrato.

(20) Art. 9º inc. i), ley 27.328.

(21) Art. 9º inc. 8º), Anexo I, del decreto 118/17.

(22) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 399.

(23) Art. 9º, ley 27.328.

(24) Art. 9º inc. 12), Anexo I, del decreto 118/2017.

(25) En nuestro "Acto administrativo", 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 419/421.

(26) PERRINO, Pablo E., entre otros trabajos en el libro "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 142 y ss.

(27) Art. 1738, Cód. Civ. y Com.

(28) Vid. PERRINO, Pablo E., "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación

público-privada en el derecho argentino", en la obra colectiva *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, ps. 98 y ss.

(29) Art. 9º inc. p], ley 27.328.

(30) En nuestro "Acto administrativo", cit., p. 421.

(31) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2017, Caps. VI, ps. 32/34 y XIII, p. 22 y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos", en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, UBA Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2014, p. 184.

(32) RICHER, Laurent, ob. cit., ps. 248/249.

(33) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., nro. 740, ps. 4114 y ss.

(34) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 66, sostiene que el Estado no puede imponer otras sanciones o penalidades que las previstas en el régimen del decreto 1023/2001. Al respecto, consideramos que esa imposibilidad se funda en principios constitucionales (en el art. 19 de la CN) y en el principio de tipicidad legal extensivo al derecho penal administrativo.

(35) Art. 9º, inc. 11, Anexo I, decreto 118/2017.

(36) Art. 9º, inc. 11, Anexo I, decreto 118/2017.

(37) Art. 9º, inc. d), ley 27.328.

(38) CASSAGNE, Ezequiel, ob. cit., ps. 923 y ss.

(39) Art. 9º, inc. f), ley 27.328.

(40) Véase: CRIVELLI, Julio César, "Inversión privada en el sector público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 313 y ss.

(41) Art. 9º, inc. b), ley 27.328.

(42) Art. 9º, inc. 7º, Anexo I, decreto 118/17.

(43) Art. 9º, inc. s), ley 27.328.

(44) GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", RDA nro. 107, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 903 y ss.

(45) Vid. por todos: PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado...", cit., ps. 31 y ss.

(46) Arts. 12-17, ley 27.328.

(47) Arts. 29 y ss., ley 27.328.

(48) Art. 23, ley 27.328.

(49) Art. 9º, ley 27.328.

(50) Art. 32, ley 27.328.

(51) Art. 32, ley 27.328.

(52) Art. 2º, ley 27.328.

(53) Art. 4º inc. l), ley 27.328.