

Informe Final sobre Contratos de Participación Público Privada

Diciembre 2018



CONTENIDO

PRESENTACIÓN. REMISIÓN	3
INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP)	8
RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PPP EN ARGENTINA	. 12
SUBSECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA	. 15
COMISIÓN BICAMERAL PARA EL SEGUIMIENTO DE CONTRATOS DE PPP	. 17
GUÍAS Y FLUJOGRAMAS APROBADOS POR LA SUBSECRETARÍA DE PPP	. 18
SECTORES ABARCADOS POR PROYECTOS PPP	. 19
PROYECTOS PPP NACIONALES (EN DESARROLLO)	. 21
PLAN Y ESTRUCTURA DE PROYECTOS PPP — DICIEMBRE DE 2018	. 29
PPP Y LA LEY DE PRESUPUESTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL - 2018	. 32
PPP Y LA LEY DE PRESUPUESTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL - 2019	. 33
GUIA PARA LAS AUTORIDADES CONVOCANTES - INFORME PRELIMINAR DE LAS AUTORIDADES CONVOCANTES (CFR. ARTS. 4°	° Y 9°
DE LA LEY N° 27.328 Y DECRETO N° 118/2017)	. 35
GUIA PARA LAS AUTORIDADES CONVOCANTES - INFORME DE LAS AUTORIDADES CONVOCANTES (CFR. ART. 13 DE LA LE	Y N°
27.328 Y DECRETO N° 118/2017)	. 38
RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS PPP - ETAPA I	. 52
FIDEICOMISOS PPP	. 54
PPP Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	. 59
VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS PPP: CORREDORES VIALES Y HABILIDAD DEL COCONTRATANTE	. 75
MARCO JURÍDICO	. 95
ADHESIONES PROVINCIALES A LA LEY N° 27.328	. 98
PPP – ESTADO NACIONAL EN LOS MEDIOS	100



PRESENTACIÓN. REMISIÓN

En los tres informes presentados durante el transcurso de 2018 indicamos, entre otras cuestiones, que la aprobación de la Ley N° 27.328 y su reglamentación habían incorporado la figura de los Contratos de Participación Público-Privada ("PPP") al régimen jurídico argentino, con el argumento de que constituían "una clave para la creación de empleo en la Argentina y por ende para el desarrollo económico del país."¹ Al mismo tiempo, se apuntó entonces, este novedoso régimen jurídico no estaba y no está exento de cuestiones críticas y eventuales riesgos, a considerar cuidadosamente caso por caso.

También habíamos adelantado que en el contexto macroeconómico actual (nacional e internacional) y en el marco de un recorte en el gasto y la inversión públicas, el Poder Ejecutivo nacional no sólo le había dado gran trascendencia a este Régimen Jurídico, sino que lo había transformado —más no sea declamativamente— como la herramienta de gestión que lo habilitaba a ejecutar obras de infraestructura sin una afectación inmediata desde el plano presupuestario, pero con algunos riesgos que debían ser considerados para no repetir viejas y lamentables experiencias de nuestro país.

Anticipamos que el alcance de los Contratos de PPP avanzaba por sobre cualquier forma de intervención estatal en materia de servicios públicos y obras de infraestructura, con necesidad de control parlamentario a través de la reciente Comisión Bicameral específica para el Seguimiento de Contratos de PPP, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados del Honorable Congreso de la Nación², constituida en 15 de marzo de 2018.

Agregamos que ese control parlamentario, se daría no sólo por esa vía, sino también en el marco de lo establecido en los incisos 4°, 8°, 18, 19 y 22 de la <u>Constitución Nacional</u>, en cuanto hacen a: (i) el endeudamiento público (directo e indirecto); (ii) la aprobación del presupuesto anual de gastos y recursos; (iii) la prosperidad de la Nación; (iv) el desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo; (v) proveer al crecimiento armónico de la Nación, y (vi) respeto y vigencia de los derechos humanos.

La tensión puesta sobre las PPP encontraba así, un desequilibrio recurrente y crónico en países como la Argentina, con alto déficit fiscal y estructural (social), diferencias sustanciales en el acceso a bienes y servicios por parte de la población, una infraestructura vial, energética y de servicios centrípeta, obsoleta y aún decimonónica (en su diseño y funcionalidad), un problema inflacionario irresoluto y un costo financiero público que arrastraba, como es previsible, el costo financiero privado,³ lo que se ve reflejado en un riesgo soberano implícito en cualquier actividad e inversión a mediano plazo, en particular bajo la figura del *hecho del príncipe*⁴ y más tangencialmente, el *riesgo país*.

¹ Ver Mensaje de elevación del Proyecto de Ley N° 27.328 del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación.

² Cfr. art. 30, Ley N° 27.328.

³ No solo financiero: OSTERA, IGNACIO, "Tensión entre las contratistas de PPP y el Gobierno por el precio del asfalto", *BAE Negocios*, 12-VII-18. recuperado de: https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Tension-entre-las-contratistas-de-PPP-y-el-Gobierno-por-el-precio-del-as-falto-20180711-0094.html

⁴ Entre otros trabajos, ver: CRIVELLI, JULIO CÉSAR, "Los riesgos en el contrato de concesión, APP y PPP. consideraciones generales", RDA 2018-117, 371.



La devaluación del peso, el crecimiento exponencial de las tasas de interés⁵ y la aceleración del proceso inflacionario vernáculo de los últimos meses, sumado al Acuerdo con el <u>Fondo Monetario Internacional</u> ("FMI") como su consecuencia o parte del problema, según el prisma por donde se lo mire,⁶ pusieron en 2018 en blanco y negro una crisis cuyas causas escapan a la función del Observatorio, pero que exacerbaban la figura de la PPP como válvula de escape y, para algunos también, como una solución al problema de restricciones de fondos (nacionales y provinciales).⁷

Acuerdo que contó con una primera revisión en septiembre de 2018⁸ y una más reciente, en diciembre.⁹ En este último informe, el FMI enfatizó, entre otros aspectos, que los riesgos externos se centran alrededor de un ajuste imprevisto de las condiciones financieras globales, lo que podría hacer reaparecer las preocupaciones sobre la capacidad de Argentina para cumplir con sus grandes necesidades de financiación. Una inercia mayor a la esperada en el proceso de inflación puede retrasar la flexibilización esperada de la política monetaria. Una recesión más profunda o una inflación más persistente podrían generar una fuerte oposición a las políticas que sustentan el programa del FMI. Ello sumado a la incertidumbre asociada con el ciclo electoral de 2019 y la posibilidad que se puedan desencadenar nuevas turbulencias en los mercados financieros.¹⁰

Destacamos, oportunamente, que el acuerdo original reconocía el desarrollo de un análisis integral de riesgo fiscal con miras a ser incluido en el presupuesto de 2020, que incluía un análisis de sustentabilidad y equilibrio fiscal a largo plazo (realizado para el Gobierno federal y general) y también de los pasivos contingentes (explícitos e implícitos), contemplando aquí el financiamiento de Proyectos de PPP.¹¹

Mencionamos que desde <u>CIPPEC</u> (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) se había expresado, con cierta preocupación, que las PPP "pueden transformarse en una gran hipoteca para los consumidores si no se evalúa en forma clara y transparente la necesidad de cada inversión y si las condiciones financieras impuestas por el sector privado son muy altas, debido al riesgo

⁵ Ver, entre otros: LOPARDO, LUCÍA, "Los economistas recalibran su GPS para las predicciones de este año: más ajuste y menos crecimiento," *La Nación*, 11-VII-18, recuperado de: https://www.lanacion.com.ar/2151930-los-economistas-recalibran-su-gps-para-las-predicciones-de-este-anomas-ajuste-y-menos-crecimiento; CANDELARESI, CLEDIS, "Energía: las altas tasas de interés complican la licitación del transporte eléctrico," *Clarín*, 22-VII-18, recuperado de: https://www.clarin.com/economia/economia/economia/energia-altas-tasas-interes-complican-licitacion-transporte-electrico 0 Hyd GKkNm.html; "El mayor riesgo del sistema de inversión PPP se trasladará al costo de la obra, advierte Moody's", *iProfesional*, 16-V-18, recuperado de: <a href="https://www.iprofesional.com/notas/268401-inversiones-bancos-precios-empresa-aumento-gobierno-demanda-mercado-proyecto-tasa-hipotecario-infraestructura-publico-privado-actividad-fideicomiso-contrato-uva-obra-publica-otros-moody-ppp-El-mayor-riesgo-del-sistema-de-inversion-PPP-se-trasladara-al-costo-de-la-obra-advierte-Moodys.

⁶ "Beauty is in the eye of the beholder."

⁷ Ver, entre otros: CAYÓN, DAVID, "El Gobierno podría reformular parte de la obra pública para hacerla por PPP", *El Cronista*, 13-VII-18, recuperado de: https://www.cronista.com/negocios/El-Gobierno-podria-reformular-parte-de-la-obra-publica-para-hacerla-por-PPP-20180712-0091.html
⁸ IMF Country Report No. 18/297, Septiembre-2018, recuperado de: https://www.imf.org/~/media/Files/Publications/CR/2018/cr18297-ArgentinaBundle.ashx.

 $^{^9\,}IMF\,Country\,Report\,No.\,18/374,\,Diciembre-2018,\,recuperado\,de:\,\underline{https://www.imf.org/^/media/Files/Publications/CR/2018/cr18374.ashx.}$

¹⁰ En su texto original en inglés se señala: "External risks are centered around an unanticipated tightening of global financial conditions, which could resurface concerns about Argentina's ability to meet its large cross financing needs. Greater than expected inertia in the inflation process may delay the expected easing of monetary policy and generate a greater economic loss during the needed disinflation. A deeper recession or more persistent inflation could generate a more forceful opposition to the policies underpinning the program and hinder their implementation. Uncertainty associated with the 2019 electoral cycle may trigger new rounds of financial market turbulence and capital account pressures. On the positive side, stronger demand from key trading partners (in particular Brazil) may bolster exports over the next few quarters" (IMF Country Report No. 18/374, p. 7.)

¹¹ Se señala allí que: "A fiscal risk analysis framework will be developed with a view to be included in the 2020 budget documents. This would include the publication of a fiscal risks scenario analysis, a long-term fiscal sustainability analysis (undertaken for the federal and general government), and an analysis of contingent liabilities (explicit and implicit) including those related to the financing of PPP projects, state enterprises, and unfunded pension obligations of the federal government" (IMF Country Report No. 18/219, "Argentina: Request for stand-by arrangement—Press release and Staff report", Julio-2018, p. 13; recuperado de: https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/07/13/Argentina-Request-for-Stand-By-Arrangement-Press-Release-and-Staff-Report-46078.)



país, al bajo desarrollo del mercado financiero local para fondear este tipo de proyectos y al nulo historial de casos exitosos en la Argentina."¹²

Preocupación, al mismo tiempo, que encontraba su correlato en las dudas desde los operadores económicos y jurídicos, locales y extranjeros, sobre la sustentabilidad¹³ y efectividad a largo plazo en la vida de los futuros contratos, aspectos ellos que han marcado la agenda desde 1990 en adelante,¹⁴ y ha sido materia de análisis especializado desde experiencias del derecho comparado.¹⁵

De finales de agosto a la fecha en que se escribe el presente, acaecieron hechos que terminaron de minar la instalación de los Proyectos de PPP como una alternativa viable, sustentable y superadora del Régimen de la Obra Pública fundados, por caso, en criterios de eficiencia, eficacia, riesgos y costos. La denominada causa judicial de los "Cuadernos"¹⁶ puso en duda la habilidad de ciertas empresas nacionales para ser contratistas del Estado Nacional, no sólo en el futuro sino frente a contratos de PPP ya perfeccionados (v.gr. Corredores Viales).¹⁷

Duda que se sumó, como consecuencia de la crisis económica de la Argentina, a la inviabilidad financiera de los Proyectos de PPP evidenciada en el pico de alza del riesgo país a diciembre de 2018, ¹⁸ disponiéndose la suspensión *sine die* de aquellos en curso y manteniéndose sólo, como experimento ¹⁹ original, la ejecución de los Corredores Viales en la primera etapa adjudicada. Esto último, con el dato de la realidad de que sólo uno de los seis corredores cuyos Contratos PPP que han sido perfeccionados en 2018, cuenta con financiamiento en firme y ha comenzado con su ejecución. ²⁰

En este Informe Final de 2018 del "<u>Observatorio de Contratos de Participación Público-Privada</u>" se incluyen y amplían los aspectos normativos y generales tratados en el <u>Informe Inicial</u>, el <u>Segundo Informe de Abril de 2018</u> y el <u>Tercer Informe de Agosto de 2018</u>, actualizando la información sobre licitaciones en curso y la normativa aplicable.

¹²BONDOREVSKY, DIEGO, "PPP: ¿una hipoteca cara para los consumidores?", El Cronista, 20-X-17; recuperado de: https://www.cronista.com/columnistas/PPP-una-hipoteca-cara-para-los-consumidores-20171020-0028.html

 $[\]frac{\text{http://www.cippec.org/textual/las-ppp-pueden-ser-una-gran-hipoteca-para-los-consumidores-si-no-se-evaluan-la-necesidad-de-cada-inversion-y-las-condiciones-financieras/.}$

¹³ En material de riesgos, ver: Hovy, PAULINE, "Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing value for money", International Institute for Sustainable Development, August-2015; recuperado de: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximiz-ing-value-for-money-discussion-paper.pdf.

¹⁴ Cfr. MÉNARD, CLAUDE, "IS Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP" en PIET DE VRIES ET ETIENNE B. YEHOUE, *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, 2013, pp.149-174 (978-0-415-78199-2.)

¹⁵ Entre otros, ver: Campra, Maura/Gianluca, Maura/Eugenio, Oricchio/Braja, Mario/Esposito, Paolo, *Sovereign Risk and PPP Schemes: Future Directions*, Palgrave Macmillan, London, 2014, p. 208 y ss. (978-1-349-48273-3.)

¹⁶ Causa: CFP 9608/2018/174/CA41, en trámite ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 21; ver: https://www.cij.gov.ar/causa-corrupcion-ex-ministerio-planificacion.html.

¹⁷ Cfr. DIANA, NICOLÁS, "Contratos de Participación Público Privada «corredores viales»", LL, Sup. Adm.2018 (octubre), 1.

¹⁸ Ver, por todos: OTAOLA, JORGE (BIANCHI, WALTER, ed.), "Activos de Argentina profundizan baja y riesgo país trepa a máximo desde octubre 2014", *Reuters*, 21-XII-18, recuperado de: https://ar.reuters.com/article/topNews/idARL1N1YR014.

¹⁹ Como acción y efecto de experimentar, es decir, probar y examinar prácticamente la virtud y propiedades de algo (1ª acepción, *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, recuperado de: http://dle.rae.es/?id=HlutMRm).

²⁰ Ver, entre otros: "Licitaciones PPP quedarán supeditadas al rendimiento de los bonos", Ámbito, 20-XII-18, recuperado de: https://www.lanacion.com.ar/2204194-el-gobierno congela las obras públicas con PPP por el alza del riesgo país", La Nación, 20-XII-18, recuperado: https://www.lanacion.com.ar/2204194-el-gobierno-congela-las-obras-publicas-con-ppp-por-el-alza-del-riesgo-pais; CAYÓN, DAVID, "El Gobierno frenó todos los nuevos PPP por el alza del riesgo país", El Cronista, 18_XII-18, recuperado de: https://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-freno-todos-los-nuevos-PPP-por-el-alza-del-riesgo-pais-20181218-0037.html; "Por el riesgo país alto y la falta de crédito, el Gobierno canceló los nuevos proyectos PPP", Infobae, 19-XII-18, recuperado de: https://www.infobae.com/economia/2018/12/19/por-el-riesgo-pais-alto-y-la-falta-de-credito-el-gobierno-cancelo-los-nuevos-proyectos-ppp/





La suspensión dispuesta por el Poder Ejecutivo en nuevos Proyectos PPP vislumbra un horizonte que rompe la dinámica propuesta por la actual Administración frente a esta figura más a un *Project Finance*, con un Estado más espectador que protagonista, y ante ¿un eventual retorno al derecho administrativo y modalidades clásicas de contratación? Dejamos abierta de la incógnita.

FEDERICO G. THEA Rector

NICOLÁS P. DIANA

Director del Observatorio de Contratos de Participación Público-Privada

José C. Paz, diciembre de 2018





INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP)²¹

Mediante la Ley N° 27.328 se aprobó el Régimen de los Contratos de Participación Público-Privada entendiendo por tales "participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 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" (art. 1°).

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, según se establece, 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 PPP podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite, según se afirma, cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer, constituyendo una modalidad alternativa a los contratos regulados por las <u>Leyes Nros. 13.064</u> y <u>17.520</u>, y sus modificatorias, y por el <u>Decreto N° 1023/2001</u> y sus modificatorias, reconociendo que cuando "involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios" (art. 2°).

El régimen de los Contratos PPP implica una nueva política pública en materia de gestión de obras y servicios en cabeza del Estado Nacional, y que se traducen en un desafío en la forma en que se patentizará la relación entre los derechos y garantías otorgados al inversor confrontados con los derechos humanos de los ciudadanos receptores de tales inversiones aplicadas a obras de infraestructura y servicios públicos. También aparece, para autorizada doctrina, 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.".²²

Dando por aceptada la existencia de una tensión de tres partes desiguales (Estado-Inversor-Ciudadano) con intereses no necesariamente coincidentes, donde se sintetizan aspectos económicos, financieros, técnicos y reglas jurídicas, con participación del sector público –incluso a distintos niveles de gobierno—y el sector privado.

La adopción de PPP se traduce en la participación del sector privado en proyectos que hacen a la comunidad toda o que generarán, al menos como expresión de deseos, beneficios comunes, donde se minimiza el supuesto riesgo de contratar con el Estado (que hace no sólo al financiamiento y al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, sino también al régimen y las prerrogativas de Derecho Público aplicables) en miras de la concreción del proyecto en figuras de Derecho Privado, en

²¹ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, los contenidos de los informes anteriores con agregados.

²² CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los contratos de participación público-privada en la Ley 27.328", RDA, 2018-117, 433.



apariencia "mixtas" pero con ciertas garantías otorgadas al socio del Estado, con la finalidad también de agilizar procedimientos de los regímenes de contrataciones públicas (v. gr. obra pública y concesión de obra pública, por caso).

La PPP propone –en abstracto– un supuesto equilibrio y sinergia entre el interés colectivo (del Estado, desde el plano ficcional) y el interés privado (empresario, en general), como un aspecto –si se quiere, ideal– de superación en la creación, desarrollo y ejecución de ciertas obras y actividades inherentes a la función administrativa o con efectos supuestamente beneficiosos para la comunidad en su conjunto. Decimos en principio, porque no todas las experiencias de PPP han sido igualmente positivas, ²³ habiéndose propuesto un retorno a la gestión directa del financiamiento, la ejecución y el gasto por parte del Estado en lugar de la utilización de PPP.²⁴

La estabilidad macroeconómica es esencial para la implementación de PPP, habiendo proporcionado evidencia sobre la importancia de la calidad institucional, en los que menos corrupción y más Estado de Derecho efectivo se identifican con más proyectos de PPP²⁵. Ocasionalmente, "[e]*I debilitamiento del principio de transparencia en las contrataciones públicas convierte a éstas en tierra fértil para el pago de coimas y la colusión*". ²⁶

Para el caso argentino, se agrega la existencia de un Estado federal que concentra un alto porcentaje (sino todos) de los proyectos de infraestructura e inversión pública, como factor que influye también al tiempo de coordinar y planificar interjurisdiccionalmente obras de gran impacto económico y social.²⁷

La dispersión normativa y la intervención de distintos niveles de gobierno son factores que conllevan y, lamentablemente, favorecen la ineficiencia en la ejecución de grandes proyectos de inversión en sus distintas etapas (diseño, aprobación y ejecución). Ello, sumado al problema de la ausencia de financiamiento interno y a la necesidad de lograr fuentes de financiamiento externo, sujetas —en muchos casos—a verdaderos contratos de adhesión con cláusulas que ponen en crisis la soberanía estatal para países periféricos como la Argentina, con autonomía de si el vehículo del proyecto que se trate sea por vía o no de una PPP.

En principio y desde el discurso, se intenta mitigar por imperio de herramientas tales como las PPP, el riesgo político inherente a sistemas jurídicos dinámicos y que alternan en extremos ideológicos que coinciden —en mayor o menor grado— con los ciclos económicos de crecimiento, acumulación y distribución o no de la renta, donde la fluctuación del gasto y la inversión públicas no siempre están acompañadas por mayor inversión privada, sobre todo en obras de infraestructura y toda aquella que, por su envergadura, no puede ser realizada en forma directa por el Estado (*lato sensu*) o el sector privado sin acudir a fuentes de financiamiento externo.

Desde la doctrina nacional, se ha enfatizado que "para que el sistema funcione, hay dos características fundamentales que no pueden pasarse por alto: (a) La primera, de corte técnico, es que tanto el diseño, la construcción como la concesión, explotación, operación y/o mantenimiento posterior deben ser

²³ Ver: "Overpriced and Underwritten. The hidden costs of Public-Private-Partnerships", publicado en: http://bankwatch.org/public-private-partnerships. Why public-private partnerships don't work. The many advantages of the public alternative", Public Services International Research Unit University of Greenwich, UK, 2015, p. 45, publicado: http://www.world-psi.org/sites/default/files/rap-port-eng-56pages-a4-lr.pdf.

²⁴ Ver: HALL, D., op. cit., p. 46.

²⁵ Cfr. Hammami, Mona, Ruhashyankiko, Jean-Francois y Yehoue, Etienne B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, IMF Working Paper - IMF Institute, 2006, publicado en: http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf.

²⁶ REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 133.

²⁷ CIMINELLI, DARÍO, "Comentario a la Ley Nacional 27.328", ADLA 2017-2, 56.



realizados por el mismo contratista. (b) La segunda, es la transferencia del riesgo financiero de parte del sector público al privado. Esto significa, lisa y llanamente, que el Estado argentino no puede ni debe garantizar la rentabilidad del contratista, ni emitir garantías soberanas, etc. [...] En términos financieros, al tratarse de una inversión de mayor riesgo que una obra pública, el contratista buscará una tasa de retorno mayor a la de una obra pública convencional. Por ello, si el Estado garantiza el proyecto, a través de su participación económica con fondos del Tesoro o de la emisión de alguna garantía soberana, bono, etc., termina creando un híbrido en el cual elimina el principal incentivo para que el contratista diseñe, ejecute y opere eficientemente el proyecto: el riesgo de perder. En estos términos, solo tendremos obras más caras, que va a terminar financiando el Estado nacional, pero sin las garantías de una obra pública [...] Coincidimos en que hay que fomentar la inversión extranjera, pero con reglas claras y no a cualquier precio. El sistema solo funciona en los términos descriptos. Quizá para ello haya que empezar con proyectos más chicos, más humildes, pero realizables y donde el Estado no asuma el riesgo que debe asumir el privado."²⁸

Como una característica usual en este tipo de proyectos, los contratos de PPP "deberán establecer un reparto equitativo y eficiente de aportes y riesgos entre las partes. A estos fines se deberán contemplar las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar los términos de su financiamiento."²⁹

Nótese que, para el caso europeo, recientemente la *Corte Europea de Auditores* ha publicado un informe crítico sobre la figura, que en cuanto a riesgos, sostiene que su asignación "entre los socios públicos y privados a menudo era inapropiada, incoherente e ineficaz, mientras que las altas tasas de remuneración (hasta 14%) en el sector privado el capital de riesgo del socio no siempre refleja los riesgos asumidos."

Se reconocieron allí otros problemas inherentes a las PPP (falta de competencia privada y concentración en la asignación de proyectos; extensión en las negociaciones pre-contractuales; demoras considerables en la ejecución contractual con ineficiencias y asunción de costos adicionales por la parte pública para terminar obras; exceso de optimismo traducida en indebida diligencia previo a la contratación de los PPP -casos de España y Grecia-; etc.). Como consecuencia, la citada corte recomienda: (a) no promover un uso más intensivo y generalizado de las PPP hasta que los problemas identificados se aborden y las siguientes recomendaciones se implementan con éxito; (b) mitigar el impacto financiero de las demoras y renegociaciones en el costo de las PPP a cargo por el socio público; (c) basar la selección de la opción PPP en análisis comparativos sobre las mejores alternativas de adquisición pública; (d) establecer políticas y estrategias claras de PPP; y (e) mejorar el marco de la UE para una mejor eficacia de los proyectos de PPP.³⁰

Equilibrio de ganancias y pérdidas - equilibrio en la asunción y prevención de riesgos. Evidentemente la situación de la parte privada en los contratos PPP no es similar a la de la parte estatal: conocida la experiencia de la denominada reforma del Estado en los '90 en la Argentina y el ingreso del capital privado con garantías que respondían a fórmulas que sólo podían funcionar en clave de estabilidad monetaria, inflación cercana o igual a cero, y márgenes de ganancia y tasas de retorno inéditos en cualquier contrato

²⁸ BONINA, NICOLÁS, "Administración pública 3.0. sobre la adjetividad de la administración pública: su modernización, eficiencia y simplificación," *LL*, Sup. Adm. 2018 (marzo); 2018-B.

²⁹ Bruno, Eugenio A, "Régimen legal de los proyectos de participación público-privada," *LL*, 28/12/2017, p. 1 y ss.; quien detalla, a su vez, que la norma "enumera de manera expresa determinados riesgos que deberán ser tratados en este marco y que incluyen los siguientes: hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y extinción anticipada de aquel."

³⁰ European Court of Auditors, *Special Report: Public Private Partnerships in the EU: Widespread shortcomings and limited benefits*, Luxemburgo, 2018, recuperado de: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18 09/SR PPP EN.pdf



público o privado. La respuesta está en el grado de permeabilidad y necesidad fiscal nacional *vis-á-vis* las deficiencias en infraestructura pública (v.gr. servicios, vivienda, energía, vial, etc.).

El propio Banco Mundial, artífice y tutor de la instalación mundial de la figura, ha reconocido los vacíos en la literatura académica sobre el impacto empírico de las PPP en el aumento de la eficiencia en la prestación de servicios, el empleo, la distribución del ingreso y la pobreza en los países en desarrollo. Si bien existe gran cantidad de pruebas aisladas y estudios de casos donde los resultados son parciales y dejan un manto de duda. La evidencia disponible demostraría que hay un impacto positivo y significativo de la participación del sector privado en acceso, calidad de servicios, productividad laboral y reducción de pérdidas técnicas, pero esa magnitud según el sector y el tamaño del proyecto y con el contexto, especialmente en lo que se refiere a el entorno institucional y regulatorio. Así, no existen datos concretos de que ese impacto positivo se hubiera traducido en precios más bajos, más empleos y menos pobreza. Quedan así —y por ausencia de evidente suficiente y sólida— numerosas y relevantes preguntas aún por responder sobre las bondades genéricas de las PPP.³¹

No se trata de elevar como dogma la figura de los PPP o de su demonización, sino aceptar —tal como hemos indicado en los <u>anteriores informes del Observatorio</u>— que estamos frente a la instauración de un sistema general de contrataciones públicas que, por su sola caracterización legal, no dejan de estar vinculadas directa o indirectamente a cometidos estatales, en una delegación que algunos autores han fundado en el principio de subsidiariedad donde "la Administración retiene las potestades de regulación, supervisión y control sobre las actividades de las empresas privadas."³² Empero, además de tales prerrogativas públicas no debe soslayarse la participación estatal en el financiamiento de los proyectos y el rol del derecho internacional de las inversiones en el modo en que el actor privado extranjero asume ingresar en éstos.³³

En este informe final, volvemos a plantear una pregunta que, no nos pertenece, pero que subyace en torno a los PPP y nuestro país: ¿Revivirá la economía argentina a partir de las inversiones en infraestructura?³⁴ Y de ser la respuesta afirmativa: ¿Cuáles serán los beneficios y costos, sociales y soberanos, a mediano y largo plazo?

"Hasta los árboles, para florecer, necesitan ser agitados por el viento." 35

³¹ The World Bank Group, *The Economic Impact of Public-Private Partnerships in the Infrastructure Sector: Literature Review,* March, 2016; recuperado de: https://library.pppknowledgelab.org/documents/2384/download

³² LAU ALBERDI, JERÓNIMO, "El régimen de Participación Público-Privada (PPP): Concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética", *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, nº 12, febrero-abril de 2017, p. 232.

³³ Ver: Pérez Aznar, Facundo, "The recent Argentine PPP law: benefits and challenges", *Investment Policy Hub*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 11-VI-18; recuperado de: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/67.

³⁴ NEWBERY, CHARLES, "Will infrastructure investments revive Argentina's economy?", LatinFinance, 8-IX-16, recuperado de: http://www.latinfinance.com/magazine/2016/september-october-2016/will-infrastructure-investments-revive-argentinas-economy#/.WDNgUtUrJpg

³⁵ SCHOPENHAUER, ARTHUR (GÓMEZ BAUER, EDUARDO -trad.-), El arte del buen vivir y otros ensayos, 20ª ed., Madrid, Edaf, 2008, p. 54.



RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PPP EN ARGENTINA³⁶

La discusión de fondo sobre la conveniencia o inconveniencia, en este caso, de las PPP, al igual que lo que sucedió en su momento con el frustrado régimen aprobado por el Decreto 1299/00, tiene ribetes económicos y jurídicos, pero sobre todo políticos.

La <u>Ley N° 27.328</u> pretende orientar las finalidades del sistema hacia una conjugación entre fines públicos (eficiencia, eficacia, inclusión social, acceso a infraestructura y servicios básicos, generación de empleo, capacitación laboral, solidaridad, participación de PyMEs, desarrollo de la capacidad empresarial, provisión de nuevas y eficientes tecnologías) y beneficio privado (caracterizado en lo económico a través de: recupero de las inversiones efectivamente realizadas, utilidad razonable, rentabilidad económica y social del emprendimiento, fomento del desarrollo del mercado de capitales local y acceso al mercado de capitales internacionales).³⁷

Años atrás, respecto tanto para las PPP como para las iniciativas privadas de financiamiento (*private finance initiatives*) se sostuvo que resultaba esencial y fundamental reconocer los desafíos que enfrentan las políticas públicas que alientan acuerdos público-privados.³⁸ Desafíos que tienen que ir acompañados por un compromiso de la contraparte privada, en modalidades de asociación que no pueden traducirse en sólo garantías de parte del Estado (algunas de las veces, bastante cuestionables, desde el plano económico-financiero-legal y técnico) so pretexto y justificadas en una situación de desinversión en infraestructura y servicios pasada y siempre presente.

De la supuesta depredación del Estado (como se ha calificado al "Estado empresario" de los primeros años del siglo XXI en su intervención directa en la economía, en concepción que no compartimos) no puede pasarse al extremo de la depredación privada, debe haber un equilibrio y balance en términos de costo-beneficio/público-privado.³⁹ Nótese que lo está en juego en todos casos, como en cualquier contrato administrativo, es el interés público comprometido en el objeto y finalidad del proyecto que se trate.

No puede desconocerse, por tanto, el fuerte impacto social que poseen los contratos abarcados por el régimen de PPP, y poner eje única y exclusivamente en el mecanismo de financiamiento, repago y tasa interna de retorno del privado que participa con el Estado, compartiendo necesariamente los riesgos de cada proyecto.

La <u>Ley N° 27.328</u> propicia y pretende instalar un cambio de paradigma en materia de obras de infraestructura, donde por intermedio de la gestión público - privada (más privada que pública, según surge de la propuesta legal) se intenta reemplazar la mítica ineficiencia del Estado en el diseño, financiamiento, desarrollo y ejecución de obras y servicios públicos o de interés general, por la eficiencia privada.

³⁶ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, los contenidos de los informes anteriores con agregados.

³⁷ Ver: Subsecretaría de Participación Público Privada, *Guías Orientativas – arts. 4° y 9° Ley 27.328 y Decreto 118/17,* disponible en: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/GUIAS PPP Indice Informe Autoridades Convocantes art4y9.pdf

³⁸ Cfr. Rusailh, Juan José, "Aprendiendo de los demás: utilidad, límites y desafíos de las Iniciativas de Financiamiento Privado a la luz de la experiencia internacional", ponencia presentada en el "VII Congreso Nacional de Ciencia Política – Sociedad Argentina de Análisis Político", Córdoba, 2005, publicada en: http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VII/programa/paneles/d/d2/rusailh.pdf.

³⁹ Ver, respecto a la depredación en los monopolios, entre otros a: POSNER, RICHARD A. (SUÁREZ, EDUARDO L., trad.), *El análisis económico del derecho,* México, FCE, 1998, ps. 290-294.



Para que ello realmente se verifique debería también generarse un cambio radical no sólo dentro de las normas y esquemas de financiamiento y ejecución del gasto público en estas obras y servicios sino también un cambio radical en el modo en el que las empresas nacionales y extranjeras realizan negocios en la Argentina. Se requiere, para ello, un cambio cultural.

Si la duda y el cuestionamiento colectivo en la Argentina de hoy –y desde hace muchos años– circula – en gran medida– respecto de los supuestos sobreprecios y beneficios otorgados por intermedio del sistema vigente en materia de obras y servicios públicos, es momento para reflexionar también no sólo sobre qué sistema o modalidad contractual es mejor. Cualquiera sea el sistema que se adopte, tiene que habilitarse con él un control efectivo en tiempo real en la ejecución y razonabilidad del gasto y el financiamiento, como así también que las inversiones a realizarse en su marco sean consecuencia de un análisis legal, ambiental, económico y financiero completo y complejo, previendo la participación de capitales responsables socialmente, transparentes y en concurrencia e igualdad.⁴⁰

Para el caso inglés, por ejemplo, muchas han sido las críticas sobre las contrataciones de PPP implementadas, considerando –entre otros argumentos relevantes– que: (i) el endeudamiento público encubierto (o no tanto) donde el costo de distintas obras ejecutadas desde 1992 a 2015 ascendieron, en su proyección financiera total, hasta cinco veces el valor original; (ii) supuestos en los cuales ni siquiera el Estado era el propietario final de un hospital (por tratarse de un leasing); (iii) la tasa de interés promedio aplicada (en libras) era de un 8% anual cuando Gran Bretaña se endeudaba a un 3,5% promedio, e (iv) incluso, el costo de la deuda financiera por las PPP entre 2008 y 2015 se incrementó de un 20% a un 33%.⁴¹

En nuestro <u>Primer Informe</u> señalamos que las sociedades democráticas "se sostienen en una sutil y frágil red de confianza. Confianza en que las reglas del juego serán respetadas, en principio, por todos; confianza en que existen instituciones imparciales que garantizan el respeto y sancionan los incumplimientos de las normas; confianza en que las políticas públicas tienden a buscar el bienestar colectivo y no el de unos pocos. Y para que esta confianza exista y se renueve, se requiere, entre otros factores, un gobierno que respete los valores que proclama. Frente a ello, es evidente que una de las mayores amenazas para poder sostener tal red de confianza es la corrupción, en general, y, sobre todo, la corrupción de los gobiernos".⁴²

La primera confianza que se debe generar es la de los argentinos en sus instituciones políticas y, con ello, en nosotros mismos, por eso entendemos que el componente nacional privado en los futuros

⁴⁰ Para el caso de la inversión extranjera, ver: Muchlinski, Peter T., "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsabilities in a Globalizing World", en Alvarez, José E., Sauvant, Karl P., Ahmed, Kamil Gérard, Vizcaíno, Gabriela P. (dirs.), *The evolving international investment regime: Expectations, realities, options*, 2ª ed., Oxford University Press, 2011, ps. 43-54.

⁴¹ Jubilee Debt Campaign, *The UK's PPPs Disaster Lessons on private finance for the rest of the world*, London, February 2017, recuperado de: https://jubileedebt.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/The-UKs-PPPs-disaster Final-version 02.17.pdf

⁴² EIGEN, PETER (BARTELS, MIREIA, FRANCH, NATALIA, SÁNCHEZ, DAVID, trad.), Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder, Colombia, Planeta, 2004, p. 132.



contratos de PPP es fundamental para dotar de confianza a todo el sistema en materia de infraestructura pública.⁴³

Confianza de los inversores donde las PPP son puestas por el FMI en el <u>Acuerdo con la Argentina</u>, en un lugar privilegiado⁴⁴ y, como indicamos más arriba, con un pasivo contingente implícito.⁴⁵

A diciembre de 2018, el *riesgo país* argentino parece haber minado la posibilidad cierta de avanzar en nuevos Proyectos PPP, como también en la ejecución de los Contratos PPP ya perfeccionados.⁴⁶

⁴³ Se ha concluido: "...Trust between parties is a basic condition for a properly functioning construction sector. Trust, defined here as a psychological state which includes the intention to accept vulnerability, based on positive expectations of each other's intentions or behaviour, can come from a variety of sources. Within the framework of business relationships between parties, as in the construction sector, we consider calculative trust to be extremely important. To create this trust it is important to make and keep interests transparent. That will ensure that trust is created and maintained, particularly in uncertain situations. The joint formulation by the client and contractor of goals and the joint creation of a schedule for the project helps to make legitimate interests visible and open for discussion. This helps to create a shared frame of reference, on the basis of which the parties realise that they ultimately damage their own interests if they betray that trust. Although this trust, on the basis of enlightened self-interest, is by no means a panacea, as Confucius already pointed out 500 years BC, it still forms the basis for valuable relationships" (LOUSBERG, LOUIS, "Trust Transparency and PPP", 2014, recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/272670212 Trust Transparency and PPP).

⁴⁴ IMF Country Report No. 18/219, cit., p. 24.

⁴⁵ IMF Country Report No. 18/219, cit., p. 71.

⁴⁶ Aludimos a Corredores Viales – Etapa I.



SUBSECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA⁴⁷

Conforme el art. 2° del <u>Decreto N° 936/17</u>, la <u>Subsecretaría de Participación Público Privada</u> sustituye a la original Unidad de Participación Público Privada que se realiza en la reglamentación de la <u>Ley N° 27.328</u>, aprobada por el Decreto N° 118/17. Mediante <u>Decreto N° 1119/18</u> se modificó el Organigrama de la Administración Pública Nacional, transfiriendo a la Subsecretaría de PPP del Ministerio de Hacienda a la órbita de Jefatura de Gabinete. Sus funciones principales son:

- Participar en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos y promover propuestas tendientes a optimizar el funcionamiento general del sistema de PPP.
- Implementar y administrar un registro que centralice toda la documentación relativa a cada uno de los proyectos de participación Público-Privada.
- Prestar apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria y/ o ejecución del contrato.
- Asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; y en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del régimen de PPP, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otras.
- Asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, abarcando la realización de estudios de factibilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los contratistas, como así también en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos contratistas.
- Asumir funciones delegadas en materia de estructuración y/o control de proyectos de Participación Público-Privada desde las respectivas entidades contratantes, en cumplimiento del
 marco normativo vigente.
- Entender en el establecimiento de criterios y parámetros para justificar la satisfacción del interés público mediante el recurso a la modalidad de PPP frente a otras alternativas contractuales disponibles.
- Concentrar toda la documentación antecedente de cada uno de los contratos suscriptos en los términos de esta ley.
- Ser la entidad responsable en los términos del art. 30 de la <u>Ley N° 27.275</u> de Acceso a la Información Pública.
- Entender en la selección de profesionales habilitados para integrar los Paneles Técnicos y efectuar el listado respectivo.
- Identificar junto con la Oficina Anticorrupción, las mejores prácticas de transparencia y ética vigentes internacionalmente en materia de proyectos de PPP.
- Elaborar informes sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los Contratos de Participación Público-Privada en curso y de los proyectos que se considera conveniente desarrollar bajo dicha modalidad durante los dos siguientes ejercicios presupuestarios.
- Intervenir de manera previa a la aprobación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de una excepción o limitación a las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas en los arts. 12 y 15 de la Ley Nº 27.328.

⁴⁷ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, el contenido de los informes anteriores.



•	Intervenir previa a la cesión, total o parcial, de un Contrato de PPP.



COMISIÓN BICAMERAL PARA EL SEGUIMIENTO DE CONTRATOS DE PPP⁴⁸

Según el art. 30 de la Ley N° 27.328, la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, constituida en 15 de marzo de 2018, está integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados del Honorable Congreso de la Nación quienes serán elegidos por sus respectivos Cuerpos, respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen.

La Comisión establecerá su estructura interna y dictará su propio reglamento de funcionamiento, teniendo como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de participación público-privada, así como verificar el cumplimiento de la Ley N° 27.328, sus resultados y las perspectivas de desarrollo futuro de estas modalidades contractuales.

A diciembre de 2018, se encuentra <u>presidida por DIEGO BOSSIO (PJ) y su vicepresidente es FEDERICO PINEDO (Frente Pro)</u>. Con fecha 12 de junio, se celebró su <u>segunda reunión</u>, procediéndose a cubrir el cargo vacante de Secretario designándose por unanimidad al diputado ADRIAN EDUARDO GRANA (FPV-PJ).

La Comisión debe contar con acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponérsele a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos. Sin perjuicio de ello, la comisión, sus miembros y empleados deberán garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial de ese carácter en los términos de la legislación vigente, asumiendo las responsabilidades correspondientes por su divulgación.

El titular de la unidad de participación público-privada (SSPPP) debe concurrir anualmente ante dicha Comisión a los efectos de brindar un informe fundado sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los contratos de participación público-privada que se encontrasen en curso así como respecto de las condiciones y características de aquellos proyectos que la unidad de participación público-privada considerase conveniente desarrollar bajo dicha modalidad durante los próximos dos (2) ejercicios presupuestarios.

Cabe señalar que de conformidad al art. 16 de la Ley de Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores (N° 27.437) se incorporó a la Comisión la función de verificar el cumplimiento de las obligaciones y requisitos de dicha ley por parte de los sujetos obligados, en particular la efectiva participación de la producción nacional. A los efectos de cumplimentar su cometido, deberá, por tanto: (a) recibir por parte de la autoridad de aplicación toda información y documentación que estime pertinente; (b) convocar al titular de la autoridad de aplicación, con periodicidad semestral, a los efectos de brindar un informe fundado sobre el cumplimiento de los preceptos de la presente ley; (c) solicitará el asesoramiento técnico que crea conveniente por parte de las asociaciones de empresarios industriales; (d) poner en conocimiento a la autoridad de aplicación y a sus respectivos cuerpos las observaciones, propuestas y recomendaciones que estime pertinentes.

En 9 de octubre de 2018 fue celebrada la <u>tercera reunión de la Comisión</u> con presencia del Ministro de Transporte de la Nación y de la Subsecretaría de PPP.

⁴⁸ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, los contenidos de los informes anteriores con agregados.



GUÍAS Y FLUJOGRAMAS APROBADOS POR LA SUBSECRETARÍA DE PPP

<u>Guías de PPP</u>: Para Autoridades Convocantes - Índice del Informe Preliminar previsto en los arts. 4° y 9° de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17.

<u>Guías de PPP</u>: Para Autoridades Convocantes - Índice del Informe Preliminar previsto en los arts. 4° y 9° de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17 - CUADRO.

<u>Guías de PPP</u>: Para Autoridades Convocantes – Informe previsto en el art. 13 de la N° Ley 27.328 y Decreto N° 118/17.

<u>Guías de PPP</u>: Para Autoridades Convocantes – Informe previsto en art. 13 de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17 - CUADRO.

Guía Orientativa para Contratos Estructurados bajo el Régimen de PPP.

Flujograma de Proceso PPP.

Cronograma Proceso PPP.

<u>Fideicomisos de Asistencia Financiera PPP RARS</u>: Requerimiento de Facilidades Crediticias - Capital de trabajo, Requerimiento de Facilidades Crediticias - Garantía ECA, Requerimiento de Facilidades Crediticias, Bank Meeting Presentation - Financial Assitance Trusts - Oct 15, 2018, Argentina PPP - FIAF- PPP-RARS LC Trust Term Sheet, Argentina PPP - FIAF-PPP-RARS Construction Trust Term Sheet, LC Trust - Indication of Interest, Letter of Indication of Interest (Construction Trust), Resumen Ejecutivo de Estructura de Fideicomiso, Comunicado de Prensa BID 10-10-2018: Asistencia Técnica en Materia de Integridad

Marco de Integridad para ser considerado un Sujeto de Crédito Calificado (i.e. implementación y certificación de un "Programa de Integridad" que incluye políticas, procedimientos y controles internos diseñados para promover y observar el cumplimiento de las Leyes Anti-Corrupción, las Leyes Anti-Lavado de Dinero, las Leyes de Sanciones, las Leyes Argentinas N° 25.246, 25.728, 26.890, 26.097 y 27.401).

Marco Regulatorio PPP (publicado por la SPPP)



SECTORES ABARCADOS POR PROYECTOS PPP

La Subsecretaría de PPP ha delimitado los proyectos en las siguientes áreas:⁴⁹



Con un estimado de U\$S 21 mil millones de inversión⁵⁰ distribuidos del siguiente modo:⁵¹

Proyectos agrupados en programas licitatorios secuenciados

	ENERGIA Y MINERIA	TRANSPORTE, COMUNICACIONES Y TECNOLOGIA				
	TRANSMISION ELECTRICA	RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS	FERROCARRILES DE CARGA	FERROCARRILES DE PASAJEROS		
DESCRIPCION	Construcción de nuevas líneas de transmisión eléctrica de alta tensión	Diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, explotación, operación y financiamiento de Corredores Viales	Mejoramiento de tramo de vías existentes, construcción de vía nueva y construcción de taller de locomotoras	Mejoramiento, operación y mantenimiento de vías existentes de tramo de vía existente		
	Más de 2.500 km de líneas	Más de 2.800 km de Autopistas y 4.000 km de Rutas Seguras	665 km de vías y 1 taller de locomotoras	Más de 80 km de extensión de vías	MAGNITUD	
ZO	36 meses	36-60 meses	48 meses	36 meses	LICITACIÓN	
PLA	E1 2018T4 E2 2019T1 E3 2019T2	E1 2018T1 E2 2019T1 E3 2019T2	2019T1	2019T1	CIÓN	

⁴⁹ Fuente: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/presentacion ppt espanol riesgos y estructura v280618 0.pdf (último acceso agosto 2018).

⁵⁰ Hasta agosto de 2018 el monto informado era de U\$S 26.000 millones.

⁵¹ Fuente: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sppp_plan_y_estructura_de_proyectos.pdf (último acceso diciembre 2018).



Proyectos agrupados en programas licitatorios secuenciados

		EDUCACION, SALUD Y JUSTICIA				
	HÍDRICO MULTIPROPÓSITO	OFICINAS ADMINISTRATIVAS	RIEGO	SOLUCIONES HABITACIONALES	COMPLEJOS PENITENCIARIOS	
DESCRIPCION	Construcción de Presa y Central Hidroeléctrica con obras asociadas de líneas de transmisión eléctrica y relocalización de rutas y paraje	Construcción de nuevos y mejores espacios de trabajo para la Administración Pública Nacional	Programa de desarrollo de nuevas áreas de riego en Chubut	Programa de Desarrollo de Viviendas (ProDeVi)	Construcción de 3 nuevos Complejos Penitenciarios en la Provincia de Buenos Aires	
	Potencia instalada 210 MW Beneficiario: 150.000 viviendas	29.700 m²	35.000 hectáreas	2.600 viviendas	5.800 plazas	MAGNITUD
OZV	63 meses	48 meses	60 meses	36-48 meses	24-36 meses	LICITACIÓN
PLA	2019T1	2019T2	N/D	2019T3	2019T1	ACIÓN



PROYECTOS PPP NACIONALES (EN DESARROLLO)

Energía y Minería

Eficiencia Energética

Recambio de luminarias de alumbrado público.

Mejora de la Eficiencia Energética y la calidad de iluminación de la red de Alumbrado Público a través de la sustitución de luminarias existentes, por luminarias de tecnología LED.

Magnitud: Plan de alcance Nacional. 100.000 luminarias en los primeros 10 municipios

Localización: Proyecto a ejecutar en municipios de la Provincia de Buenos Aires, en las áreas de concesión de Edenor y Edesur.

Plazo de construcción: 12 meses

Fecha estimada de licitación: tercer trimestre de 2018

Documentación sobre el proyecto (Etapa I)

Informe preliminar del Ministerio de Energía y Minería - Etapa I

Presentación Eficiencia Energética en Alumbrado Público Proyecto de Participación Público-Privada

Etapa 1 Enero 2018

Flujograma Eficiencia Energética en Alumbrado Público

Transmisión Eléctrica

Construcción de nuevas líneas de transmisión eléctrica de alta tensión

10 líneas de transmisión y obras complementarias en 3 etapas.

Magnitud: Más de 3.000km. Localización: Traza a nivel nacional.

Plazo de construcción / Fecha estimada de licitación: 33 meses.

Fecha estimada de licitación: Etapa 1: segundo trimestre de 2018 Etapa 2: tercer trimestre de 2018 Etapa 3: tercer trimestre de 2018

Documentación sobre Proyecto - Etapa I

Resumen Ejecutivo de Estructura y Contrato

<u>Flujograma Transmisión Eléctrica – Línea AT Río Diamante-Charlone</u>

<u>Documentación TE-E1</u> (Marco Regulatorio, Estudios y Declaración Impacto Ambiental, Documentación Licitatoria Preliminar)

Proyecto - Etapa II

Construcción, operación y mantenimiento de la obra Línea de Alta Tensión en 500kV – Etapa II

Magnitud: 4 obras por 835km de línea de 500kV

Localización: LEAT 500 kV Vinculación de la ET Atucha II – ET Belgrano y Ampliaciones ET. Provincia de Buenos Aires – 105811/ Nueva Estación Transformadora 500/220 kV Oscar Smith y LEAT 500 kV O.Smith - Belgrano. Provincia de Buenos Aires – 105806/Línea Extra Alta Tensión 500 kV vinculación ET Choele Choel - ET Puerto Madryn 2° Terna y Ampliaciones. Provincias Chubut y Rio Negro – 105870/Línea Extra Alta Tensión 500kV vinculación de ET Rodeo - ET La Rioja y Ampliaciones ET. Provincias de La Rioja y San Juan. – 105869

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: 1er Trimestre 2019

Proyecto - Etapa III

Construcción, operación y mantenimiento de la obra Línea de Alta Tensión en 500kV – Etapa III

Magnitud: 3 obras por 875km de línea de 500kV

Localización: Línea Extra Alta Tensión 500 kV vinculación de ET Vivorata - ET Plomer - Atucha II, y Ampliaciones. Provincia de Buenos Aires – 105868/Nueva Estación Transformadora 500/220 kV Plomer y vinculo ET Ezeiza y obras complementarias. Provincia de Buenos Aires – 105819/Línea de Extra Alta Tensión 500 kV vinculación de ET Charlone - ET Plomer. Provincia de Buenos

Aires - 105867/E.T. 500/132 KV - 450 MVA COMODORO RIVADAVIA

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: 2do Trimestre 2019





Transporte, Comunicación y Tecnología

Red de Autopistas y Rutas Seguras

Construcción de autopistas y carriles de sobrepaso, pavimentación de banquinas, variantes de traza en zonas urbanas y obras complementarias en 2 etapas.

Magnitud: Más de 2.800km de Autopistas y 4.000km de Rutas Seguras.

Localización: Pcias. de Buenos Aires, La Pampa, Santa Fe, Córdoba, Mendoza, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, Misiones, Corrientes y Chaco.

Plazo de construcción: Entre 36-60 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir, según etapas (1 a 3).

Documentación sobre el Proyecto - Etapa 1

Ver Proyectos DNV

Audiencias Públicas PPP – Etapa 1

Ver documentación de los proyectos

Llamado a licitación pública nacional e internacional para la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial del Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP Etapa 1."

Documentación licitatoria PPP – Etapa 1

Contrato PPP RARS

Matriz de Riesgo

Pliego de Bases y Condiciones Generales – PByCG

Pliego de Bases y Condiciones Particulares – PByCP

Pliego de Especificaciones Técnicas Generales – PETG

Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares – PETP

Fideicomiso PPP RARS (29/01/2018)

Fideicomiso PPP RARS (05/04/2018)

Fideicomiso PPP RARS (12/04/2018)

Fideicomiso PPP RARS (15/04/2018)

Ffideicomiso PPP RARS (17/04/2018)

Garantía de mantenimiento de la oferta – cuenta del ente contratante (incluye swift)

Presentación resultados oferentes

Acta de recepción y apertura de ofertas

Dictamen de evaluación de precalificación

Presentación resumen final sobre 2 (17/05/2018)



Acta de Apertura Sobre 2

Dictamen de evaluación de ofertas económicas

Resolución de Adjudicación – Etapa 1

Circulares

Documentación sobre el Proyecto - Etapa 2

Construcción de autopistas y carriles de sobrepaso, pavimentación de banquinas, variantes de traza en zonas urbanas y obras complementarias

Magnitud: 2.279 km de Autopistas y Rutas Seguras, más un puente interprovincial.

Localización: Provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Chaco, Corrientes, Misiones, Tucumán, Salta y Jujuy. Corredor D: RN 8, RN 36, A-005, RN 188/Corredor G: RN 16/Puente Chaco – Corrientes/Corredor H: RN 9, RN 66, RN 38

Corredor I: RN 19, RN 34/Corredor BB: RN 3, RN 33, RN 252, RN 229, RN 249/Corredor L: RN 12

Plazo de construcción: 60 meses.

Fecha estimada de licitación: 1er trimestre de 2019

Proyectos en Estudio

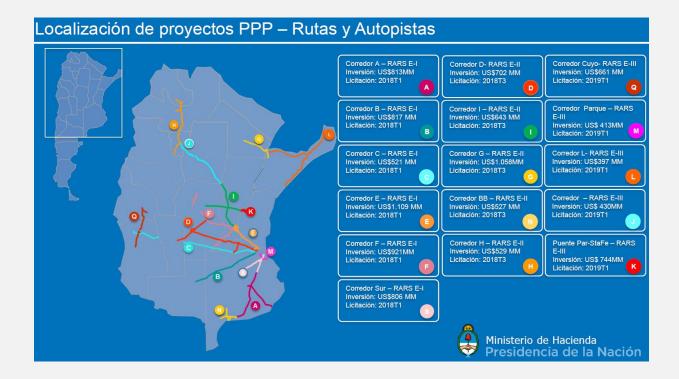
Documentación sobre el Proyecto - Etapa 3

Construcción de autopistas y carriles de sobrepaso, pavimentación de banquinas, variantes de traza en zonas urbanas y obras complementarias

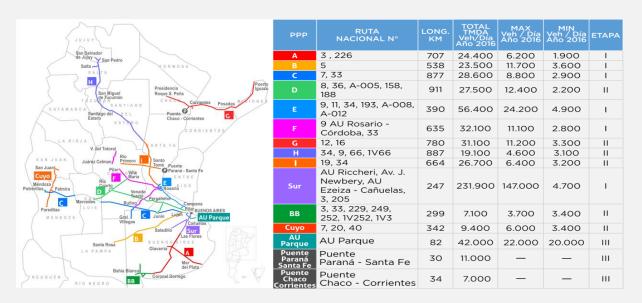
Magnitud: 1.061 km de Autopistas y Rutas Seguras, mas un puente interprovincial

Localización: Provincias de Buenos Aires, Santiago del Estero, Tucumán, Santa Fé, Entre Ríos, San Juan y Mendoza, Corredor Cuyo: RN 7, RN 20, RN 40/Corredor J: RN 34, RN 9/AU Parque: Camino del Buen Ayre/Puente Paraná – Santa Fe

Plazo de construcción: 48 meses. Fecha estimada de licitación: A definir







Los proyectos son 16 en total: Corredor A: RN 3 y 226; Corredor B: RN 5; Corredor C: RN 7 y 33. Corredor D: RN 8, 36, A-005, 158, 188; Corredor E: RN 9, 11,34, 193, A-008, A-012; Corredor F: Autopista Rosario-Córdoba RN9 y RN 33; Corredor G: RN 12 y 16; Corredor H: RN 34, 9, 66 y 1V66; Corredor I: RN 19 y 34; Corredor Sur: Au. Ricchieri, Avenida Jorge Newbery, Autopista Ezeiza - Cañuelas y rutas 3 y 205; Corredor BB: RN 3, 33, 229, 249, 252, 1V252, 1V3; Corredor Cuyo: RN 7, 20, 40; Corredor Au. Parque: Autopista Parque. A ellos se suman el Puente Paraná -Santa Fe y el Puente Chaco - Corrientes. Los proyectos se financiarán fundamentalmente a través del impuesto al gasoil, un gravamen que en su origen estuvo destinado a la realización de obras.

Ferrocarriles

Proyecto Ferroviario Norpatagónico de carga (Bahía Blanca - Añelo)

Mejoramiento de tramo de vías existentes y construcción de vía nueva.

Magnitud: 685km de vía.

Localización: Bahía Blanca (Pcia. de Buenos Aires) hasta Añelo (Pcia. De Neuquén).

Plazo de construcción: 36 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

Documentación Preliminar

Presentación Tren Norpatagónico – Ministerio de Transporte [junio 2018]

PPP Tren Norpatagónico — Estructura jurídico financiera y mitigación de riesgos - SSPPP [junio de 2018]

Convocatoria

Solicitud de Capacidad de Infraestructura para Transporte de Carga [12-12-18]

FFCC Urquiza

Mejoramiento y renovación del tendido ferroviario, incorporación de material rodante y mejoras en las estaciones y plataformas.

Magnitud: Renovación de vías principales y de playa: 62% de la traza/Renovación de todas las estaciones/Incorporación de material rodante/Incorporación de tecnología de señalamiento ATS y sistemas de comunicaciones

Localización: Estación Federico Lacroze (Ciudad de Buenos Aires) – Estación General Lemos (Provincia de Buenos Aires)

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: 1er trimestre de 2019

FFCC Belgrano Norte

Contrato de Construcción, Operación, Mantenimiento y Provisión de Material Rodante.

Magnitud: Renovación de vías principales y de playa: 121 km/Renovación de estaciones, ampliación y adecuación de edificios operativos, cerramientos perimetrales/Incorporación de material rodante/Incorporación de tecnología de señalamiento ATS y sistemas de comunicaciones





Localización: Estación Retiro (Ciudad de Buenos Aires) – Estación Villa Rosa (Provincia de Buenos Aires)

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: 1er trimestre de 2019

Taller de Locomotoras FCGSM (Palmira - Mendoza)

Contrato de construcción, readecuación y operación de un taller ferroviario de locomotoras y vagones

Magnitud: Construcción de un taller de aprox. 65.000 m2 cubiertos, con 40 posiciones de atención, y espacio para incorporar 20 posiciones adicionales/Repotenciación del Taller de Vagones, aprovechando la tornería pesada actual para dar servicio a ambas unidades industriales (locomotoras y vagones)/Almacén de materiales e insumos unificado para ambos talleres, así como áreas de servicios

Localización: Localidad de Palmira, Pcia. De Mendoza

Plazo de construcción: 24 meses.

Fecha estimada de licitación: Primer trimestre 2019

Logística⁵²

Mejora en la conectividad vial y logística ferroviaria de cargas y pasajeros tanto en áreas metropolitanas como en corredores interjurisdiccionales.

Magnitud: A definir.

Localización: Múltiples localizaciones. Plazo de construcción: 24-36 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

Red de Expresos Regionales⁵³

La Red de Expresos Regionales es un nuevo sistema que va a conectar entre sí las líneas de trenes metropolitanos de Buenos Aires con la construcción de 20 km de túneles y 4 estaciones subterráneas. A su vez, permitirá combinar con las redes de Subte, Metrobus, Combis y EcoBicis de la Ciudad.

Magnitud: 20 nuevos km de vía que conectan 790km existentes y 241 estaciones

Localización:

Etapa 1 RER Roca - Contrato Nº1: Ciudad de Buenos Aires - Barrios Monserrat, San Nicolás y Retiro

Plazo de construcción:

Etapa 1 RER Roca - Contrato №1: 50 meses.

Fecha estimada de licitación: Etapa 1 RER Roca - Contrato №1: Segundo Trimestre de 2017Magnitud: 20 nuevos km de vía que conectan 790km existentes y 241 estaciones.

Localización: Etapa 1 RER Roca - Contrato №1: Ciudad de Buenos Aires - Barrios Monserrat, San Nicolás y Retiro.

Plazo de construcción: 50 meses.

Documentación sobre el proyecto (Etapa 1)

Prepliegos y Contratos

Pre Pliego de Bases y Condiciones Generales. 19/03/2018

Pre Pliego de Bases y Condiciones Particulares. 19/03/2018

Pre Pliego de Especificaciones Técnicas Generales Volumen I. 19/03/2018

Pre Pliego de Especificaciones Técnicas Generales Volumen II. 19/03/2018

Pre Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares. 19/03/2018

Marco Regulatorio

⁵² Excluido como Proyecto PPP en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/transp com tec.php, último acceso diciembre de 2018).

Cabe indicar que por Resolución N° RESOL-2018-997-APN-MTR se dejó sin efecto la Licitación Pública № 12/2017 (Proceso COMPR.AR № 451-0012-LPU17) aprobada por la Resolución N° RESOL-2017-914-APN-MTR de fecha 25 de septiembre de 2017, del MINISTERIO DE TRANSPORTE por la cual se autorizó su convocatoria y se aprobaron los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, las Especificaciones Técnicas y todos los anexos relativos a la documentación del llamado propiciado (PLIEG-2017-21731748-APN-MTR).

⁵³ Excluidos como Proyectos PPP en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/transp_com_tec.php, último acceso diciembre de 2018).



Dictamen Artículo 13 Ley 27.328 PPP RER Roca Etapa 1 Contrato 1. 08/03/2018

Informe técnico emitido por la Oficina Nacional de Crédito Público. 08/03/2018

<u>Informe técnico sobre Consideraciones Ambientales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.</u>
08/03/2018

Informe preliminar del Ministerio de Transporte. 08/03/2018

Convocatoria al Procedimiento Transparente de Consulta PPP RER Roca Etapa 1 Contrato 1. 20/03/2018

Presentaciones

Red de Expresos Regionales

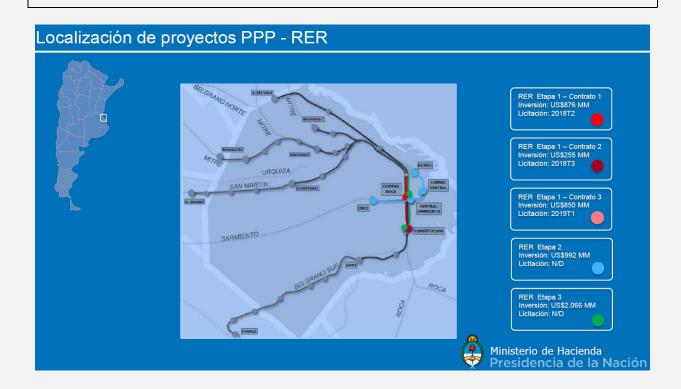
Road show - Febrero 2018

Lanzamiento RER 2018-03-13

Lanzamiento RER 2018-03-13 - ENGLISH

Planos

Flujograma Red de Expresos Regionales - Etapa I



Agua, Saneamiento y Vivienda

Acueductos⁵⁴

Construcción de río subterráneo para mejorar, ampliar y dar sustentabilidad al servicio de agua potable en municipios de AMBA (50km de longitud) y Acueducto Dique Campo Alegre en Pcia. de Salta.

Magnitud: Aproximadamente 2,6 millones de beneficiarios.

Localización: Partidos de Tigre, Malvinas Argentinas, José C. Paz, San Miguel, Moreno y Merlo, Pcia de Buenos Aires y Pcia de Salta.

Plazo de construcción: 60 meses Fecha estimada de licitación: A definir.

A definir.

⁵⁴ Excluidos como Proyectos PPP en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/agua_saneam_vivien.php, último acceso diciembre de 2018).



Plantas depuradoras, potabilizadoras y redes asociadas⁵⁵

Construcción/ ampliación y operación de plantas depuradoras y potabilizadoras en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe. En algunos casos con las redes asociadas para dar el servicio a la zona de influencia de los proyectos.

Destinadas a servir a aproximadamente 2 millones de habitantes.

Localización: Laferrere, Escobar, San Miguel y La Matanza (Pcia. de Buenos Aires), Ciudad de Santa Fe y Rosario (Pcia de Santa

Plazo de construcción: 24 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

Riego⁵⁶

Convertir regiones de bajo valor agrícola en polos agroindustriales a partir de la implementación de sistemas de riego mediante la construcción de infraestructura hídrica y de servicios.

Magnitud: Incorporación de 108.000 Ha de riego. Localización: Pcias. de Chubut, Neuquén y Río Negro.

Plazo de construcción: 60 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

Soluciones Habitacionales⁵⁷

Construcción de soluciones habitacionales a nivel nacional para contribuir a la reducción del déficit habitacional cuantitativo, propiciando el desarrollo del municipio/barrio y generando mixtura social y mixtura de usos.

Magnitud: Total de 10.200 viviendas. Localización: Alcance Nacional. Plazo de construcción: 36 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

Oficina para el Estado Nacional - Proyecto 01

Construcción de nuevos y mejores espacios de trabajo para la Administración Pública Nacional, con la finalidad de dotarla de espacios de oficinas suficientes y óptimas para el desenvolvimiento adecuado de las tareas que son de su competencia, garantizando la puesta en valor de inmuebles.

Magnitud: 29.700 m2

Localización: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Plazo de construcción: 4 años

Fecha estimada de licitación: 2do trimestre de 2019

Educación, Salud y Justicia

• Complejos Penitenciarios Federales

Construcción de 2 nuevos complejos dentro de la Provincia de Buenos Aires.

Magnitud: Total de 3.656 plazas. Localización: Mercedes y Ezeiza. Plazo de construcción: 24-36 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

⁵⁵ Excluidos como Proyectos PPP en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/agua_saneam_vivien.php, último acceso diciembre de 2018).

⁵⁶ Excluidos como Proyectos PPP, con excepción de Meseta Intermedia (Chubut) en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/agua-saneam-vivien.php, último acceso diciembre de 2018).

⁵⁷ Excluidos como Proyectos PPP, con excepción del denominado Programa de Desarrollo de Vivienda (PRODEVI), Meseta Intermedia (Chubut) limitado a 2.900 vivenda, según la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/agua-saneam-vivien.php, último acceso diciembre de 2018).



Hospitales⁵⁸

Construcción, ampliación y/o adecuación en la Provincias de Buenos Aires (6) y Neuquén (1).

Magnitud: Total de 176.000 m² de superficie y 1.690 camas.

Localización: Mar del Plata, Almirante Brown, Quilmes, General Rodríguez, La Plata, Pilar (Pcia. de Buenos Aires) y Neuquén

(Pcia. de Neuquén).

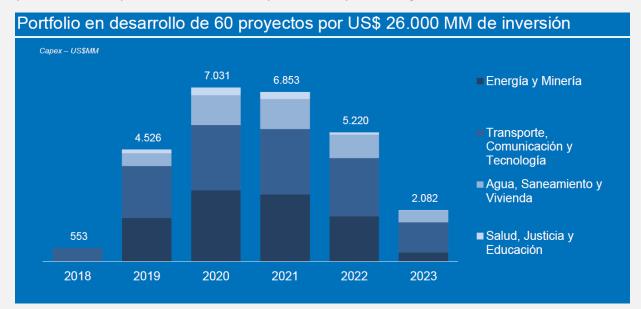
Plazo de construcción: 24-36 meses. Fecha estimada de licitación: A definir.

⁵⁸ Excluido como Proyecto PPP en la información publicada por la SPPP (https://www.minhacienda.gob.ar/ppp/ed_salud_just.php, último acceso diciembre de 2018).



PLAN Y ESTRUCTURA DE PROYECTOS PPP — DICIEMBRE DE 2018⁵⁹

Según la información difundida por el Ministerio de Finanzas y la SPPP, existían a junio de 2018, 60 proyectos de PPP en proceso de ser licitados, por sectores y con los siguientes montos:



A diciembre de 2018, la cantidad de proyectos fue limitada a 40, y el monto reducido en U\$S 5.000 millones:

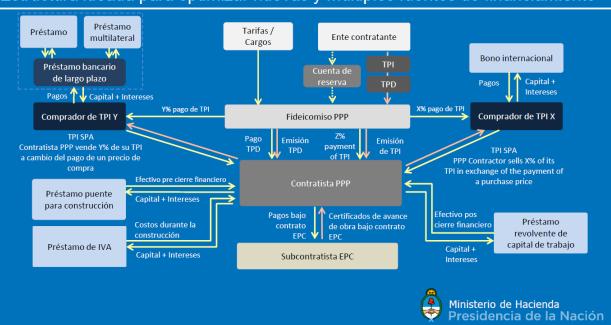


La estructura de financiamiento, por caso para PPP Corredores Viales (Etapa 1), ha sido conformada por distintas opciones, no excluyentes entre sí:

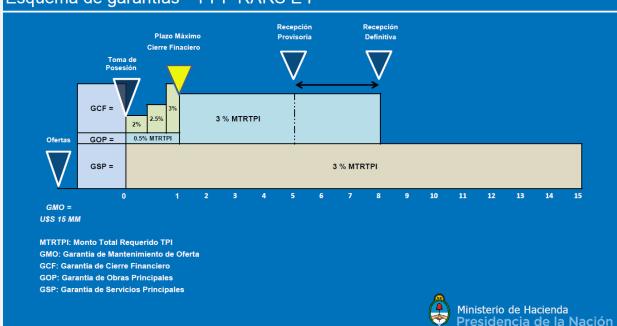
⁵⁹ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sppp_plan_y_estructura_de_proyectos.pdf [último acceso diciembre de 2018]



Estructura ideada para optimizar nuevas y múltiples fuentes de financiamiento













PPP Y LA LEY DE PRESUPUESTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL - 2018

La <u>Ley N° 27.431</u>, de Presupuesto 2018, en su art. 59 autoriza de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la <u>Ley N° 27.328</u> y en el marco de lo dispuesto en el art. 15 de la <u>Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156</u> y sus modificaciones, la contratación de obras o adquisición de bienes y servicios cuyo plazo de ejecución exceda el Ejercicio Financiero 2018 de acuerdo con el detalle obrante en las planillas A y B anexas a dicho artículo. Se incluyen allí 52 proyectos con un presupuesto estimado para el tesoro nacional por un total de **\$ 2.184.612.048.888** a ejecutarse entre 2018 y 2020. A saber:

PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA (PPP) - CONTRATACIÓN DE OBRAS CON INCIDENCIA EN EJERCICIOS FUTUROS
Construcción del Centro Penitenciario Federal de Junín, Junín - Provincia de Buenos Aires
Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar E. Allende - Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires
Hospital Zonal General de Agudos Dr. Isidoro Iriarte, Quilmes - Provincia de Buenos Aires
Construcción del Nuevo Hospital Zonal de Agudos Dr. Lucio Melendez - Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires
Construcción del Hospital Interzonal de Agudos Vicente Lopez y Planes - General Rodríguez, Provincia de Buenos Aires
Construcción del Hospital Interzonal Neuropsiquiátrico Especial de Agudos y Crónicos Dr. Melchor Romero, Provincia de Buenos Aires
Nuevo Hospital de Pilar, Pilar - Provincia de Buenos Aires
Nuevo Hospital Norpatagonico Castro Rendón - Provincia de Neuquén
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°3 y 226 - Corredor A
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°5 - Corredor B
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°7 - Corredor C
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°8, 36, 158 y A005- Corredor D
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9, A008, A012, 1/11, 34, 11y 193 - Corredor E
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9 y 33 - Corredor F
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N° 12, 16 - Corredor G
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9, 34, 38, 66, 1/66 y A 016 - Corredor H
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°3, 33, 229, 249 y 252 - Red de Accesos a Bahía Blanca
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°34 y 19 - Corredor I
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°205, Autopista Buen Ayre y A002- Acceso Sur a Buenos Aires
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°40 y Ruta Nacional N° 47 - Provincia de Mendoza, Corredor Cuyo
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°3 y Ruta Nacional N° 205 - Provincia de Buenos Aires, Corredor J
Renovación y Mejoramiento de Vias Bahla Blanca - Añelo (Proyecto Vaca Muerta) - Provincias de Buenos Aires, Río Negro y Neuquén
Linea Extra Alta Tensión 500 kw Vinculación entre E.T. Río Diamente – E.T. Charlone Ampliaciones ET - Provincias de Buenos Aires y Mendoza
Nueva Linea Extra Alta Tensión 500 kw para la Vinculación de la ET Atucha II – ET Belgrano I, Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Estación Transformado ra 500/220 kw Oscar Smith y Nueva Linea Extra alta Tensión 500 kw - Provincia de Buenos Aires
Nueva Linea de Extra Alta Tensión 500 kV para la Vinculación de las ET Charlone - ET Intermedia - ET Plomer, Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Linea Extra Alta Tensíon 500 kV para la Vinculación de las ET Vivorata - ET Plomer, y Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Estación Transformado ra 500/220 kV Plomer para la vinculacion de lineas- Provincia de Buenos Aires
Nueva Linea Extra Alta Tensión en 500kV para Vincular las ET Choele Choel - ET Puerto Madryn 2°Te Ruta Nacional N°a y Ampliaciones ET - Provincias de Chubut y Rio Negro
Nueva Linea Extra Alta Tensión 500kV para la Vinculación de las ET Rodeo - ET La Rioja y Ampliaciones ET - Provincias de La Rioja y San Juan.
Proyecto de Recambio de Alumbrado Público
Programa de Desarrollo de Viviendas
Construcción Sistema de Riego Meseta Intermedia - Provincia de Chubut
Sistema de riego Mari Menuco - Provincia de Neuquén
Sistema de riego Negro Muerto - Provincia de Río Negro
Construcción Acueducto Rio Subterráneo Norte - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Laferrere y Redes Asociadas - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Escobar - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Santa María - Provincia de Buenos Aires
Construcción Plantas Depuradoras Norte y Sudoeste - Waste to Energy - Provincia de Buenos Aires
Reducción Agua no Contabilizada Gran Mendoza, Provincia de Mendoza
Sistema de Acueducto Norte
Desarrollo del Plan Micro y Macromedición de Aguas del Norte
Planta depuradora Gran Rosario, Provincia de Santa Fe
Planta Potabilizadora Santa Fe, Provincia de Santa Fe
Readecuación sistema cloacal San Miguel de Tucumán y Área Metropolitana, Provincia de Tucumán
Mejora en la Conectividad Ferro viaria de Cargas en Accesos Portuarios
Mejora de la Red de Cargas para Mejorar la Competitividad de las Economías Regionales
Corredores Viales de Acceso a Areas Metropolitanas
Mejora en la Conectividad Ferroviaria de Pasajeros del Area Metropolitana



PPP Y LA LEY DE PRESUPUESTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL - 2019

La <u>Ley N° 27.467</u>, de Presupuesto 2019, además de modificar los arts. 12, 14, 16 y 20 de la <u>Ley N° 27.328</u>, en su art. 66 autoriza de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la <u>Ley N° 27.328</u> y en el marco de lo dispuesto en el art. 15 de la <u>Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156</u> y sus modificaciones, la contratación de obras o adquisición de bienes y servicios cuyo plazo de ejecución exceda el Ejercicio Financiero 2019 de acuerdo con el detalle obrante en las planillas A y B anexas a dicho artículo. Se incluyen allí 80 proyectos con un presupuesto estimado para el tesoro nacional por un total de **\$ 5.561.938.587** a ejecutarse entre 2019 y 2021.

Cabe señalar que en el presupuesto sancionado por el Congreso Nacional se incluye el financiamiento de Proyectos PPP cuya suspensión *sine die* ha sido comunicada por el Gobierno Nacional días previos a la emisión del presente informe.





PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA (PPP) - CONTRATACIÓN DE OBRAS CON INCIDENCIA EN EJERCICIOS FUTURO

Acueducto del Desarrollo Formoseño - Formosa

Acueducto Río Coronda - Santa Fe Aprovechamiento Hidrológico Los Blancos I y II - Mendoza

Complejo Federal de Condenados de Agote, Mercedes, Provincia de Buenos Aires--ETAPA II

Complejo Hidrico Multipropósito Potrero del Clavillo - Tucumán / Catamarca

Conexión Vial Santa Fe - Paraná - Construcción, Mantenimiento, Operación y Financiación

construcción Complejo Penitenciario Federal- Provincia de Córdoba Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°8, 36, 158, 188 y A005-Corredor D - PPP

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de AutopistaCircunvalación - PPP

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°34 y 9 - Corredor J - F Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°12, 11y 16 - Corred

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N° 12, 14 y 105 - Corredor L P P P

PP onstrucción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°3, 1V03; 33 y 252 - Corredo B - PPP

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°34, 11y 19 - Corredor I PPP

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°40, 7 y 20. Corredor Cuyo PPP

... Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9, 34, 38, 1V38, 66, 1V66 y A016 - Corredor H - PPP

Construcción de Taller de Locomotoras Ferrocarril San Martín Localidad de Palmira, Provincia de Mendoza

Construcción del Aprovechamiento Integral del Río Grande Presa y Central Hidroeléctrica Portezuelo del Viento - Provincia de Mendoza

Construcción del Centro Penitenciario Federal de Jujuy, Yuto, Jujuy

Construcción del Centro Penitenciario Federal VI Ezeiza , Provincia de Buenos Aires

Construcción Sistema de Riego Meseta Intermedia - Provincia de Chubut

Corredores Viales de Acceso a Áreas Metropolitanas Desagües Cloacales para Fray M . Esquiú y Valle Viejo - Etapa II - Catamarca

Expansión Servicios de Agua y Cloaca del Pedemonte de Gran Mendoza - Mendo

Gestión Integral del Agua - Mar del Plata - Provincia de Buenos Aires

alación Estación Fransformadora 500/132 KV - 450 M VA - Comodoro Rivadavia - Provincia de Cubut

LEAT 500 kV Vinculación de la ET Atucha II – ET Belgrano y Ampliaciones ET. Provincia de Buenos Aires linea de Extra Alta Tensión 500 kV vinculación de ET Charlone - ET Plomer. Provincia de Buenos Aires

lnea Extra Alta Tensión 500 kV vinculación de ET Vivorata - ET Plomer - Atucha II, y Ampliaciones. Provincia de Buenc

lnea Extra Alta Tensión 500 kV Vinculación entre E.T. Río Diamante – E.T. Charlone Ampliaciones ET - Provincias de Buenos Aires y Mendoza

lnea Extra Alta Tensión 500 kV vinculación ET Choele Choel - ET Puerto Madryn 2°Terna y Ampliaciones. Provincias Chubut y Rio Negro

. Inea Extra Alta Tensión 500kV vinculación de ET Rodeo - ET La Rioja y Ampliaciones ET. Provincias de La Rioja y San Juan.

Mejora de la Red de Cargas para Mejorar la Competitividad de las Economías Regionales

dejora del sistema de producción, transporte y distribución de Agua Potable de la Ciudad de Gualeguaychú - Entre Ríos

Mejora en la Conectividad Ferroviaria de Cargas en Accesos Portuario

Mejora en la Conectividad Ferroviaria de Pasajeros del Área Metropolitana

Mejora FFCC Belgrano Norte Mejora linea pasajeros Urqui

Nueva Estación Transformadora 500/220 kV Oscar Smith y LEAT 500 kV O.Smith - Belgrano. Provincia de Buenos Aires

Nueva Estación Transformadora 500/220 kV Plomer y vinculo ET Ezeiza y obras complementarias. Provincia de Buenos Aires

Oficinas para el Estado Nacional - Proyecto 01

Optimización y ampliación Planta depuradora Gualeguaychú - Entre Ríos

Planta depuradora El Jagüel - Provincia de Buenos Aires

Planta depurado ra Gran Rosario

Planta Depuradora Laferrere y Redes Asociadas - Provincia de Buenos Aires

Planta Depurado ra Santa Fe - Santa Fe

Planta potabilizadora Río Gallegos - Santa Cruz

PRODEVI - Construcción de viviendas bajo Ley PPP - Barrio Liceo, Córdoba

PRODEVI - Construcción de viviendas bajo Ley PPP - Estación San Luis PRODEVI - Construcción de viviendas bajo Ley PPP - Merlo

PRODEVI - Construcción de viviendas bajo Ley PPP - Paraná

Proyecto Ampliación del Sistema de Identidad Digital (SID)

Proyecto Bajos Submeridionales - Provincias de Santa Fe y Chaco

Proyecto de Riego La Rioja - Provincia de La Rioja Proyecto Estratégico para el Desarrollo Regional - Provincias de Córdoba, Buenos Aires y La Pampa

Readecuación sistema cloacal SM de Tucumán y Área Metropolitana

Recuperación de infraestructura ferroviaria Corredor Huinca Renancó - Bahía Blanca y Buenos Aires - Catriló - Provincias de Buenos Aires y La Pampa Recuperación de la Infraestructura Ferroviaria Buenos Aires - Rosario - Córdoba - Tucumán - Línea Belgrano Cargas - Provincias de Buenos Aires, Sant Fe, Córdoba, Santiago del Estero, Catamarca y Tucumán Recuperación de la Infraestructura Ferroviaria Corredor Mendoza - Rufino - Rosario / Buenos Aires - Provincias de Mendoza, San Luis, Córdoba, Santa Fa v Brueso Airen

Recuperación de la infraestructura ferroviaria Corredor Rosario - Villa María - Córdoba - Provincias de Santa Fe y Córdoba

Recuperación de la infraestructura ferroviaria del Corredor Buenos Aires - Bahía Blanca - Provincia de Buenos Aire

Recuperación de la infraestructura ferro viaria Rosario - Tucumán - Línea Mitre - Pro vincias de Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán Remodelación integral del sistema cloacal de la Ciudad de Concepción del Uruguay - Entre Ríos

Renovación de tramos de agua potable obsoletos - Tucumán

Renovación de tramos de redes cloacales obsoletos en Tucumán - Tucumán RER - Estación Subterranea Central Roca y Tunel de interconección - Etapa 1- Contrato 1

- Estación Subterranea Constitución Roca y Tunel de interconeccion - Etapa 1- Contrato 2 -Intercambiador Retiro +Electromecánica Roca +Subestación Eléctrica Retiro +Reelectrificacion de la linea Mitre +Electrificacion ramal Suarez bar +Vladucto San Martin Palermo a Pte Bustamante - Etapa 1- Contratto 3

istema Cloacal de la Ciudad de Barranqueras - Chaco

istema cloacal de la Ciudad de Concordia - Entre Ríos

Sistema Cloacal de la Ciudad de San Martín - Cha

Sistema cloacal de las localidades de Alderetes, Banda del Río Salí y San Andrés - Tucumán

Sistema cloacal Villa Ángela - Chaco

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de AutopistaSureste - PPP

Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de AutopistaCostanera - PPP

ción de la Central Termoeléctrica a Carbón, Río Turbio en la Provincia de Santa Cruz ción, Renovación y Mejoramiento de Vías Bahía Blanca - Añelo (Tren Norpatagónico de Cargas) - Provincias de Buenos Aires, La Pampa, Río

Negro y Neuquér

nta Única de Combustible

Reducción de disposición de residuos vía termovalorizacion con generación de energía



GUIA PARA LAS AUTORIDADES CONVOCANTES - INFORME PRELIMINAR DE LAS AUTORI-DADES CONVOCANTES (CFR. ARTS. 4° Y 9° DE LA LEY N° 27.328 Y DECRETO N° 118/2017)⁶⁰

Se reproduce aquí, la guía elaborada por el Equipo Legal de Proyectos de PPP del Ministerio de Finanzas de la Nación, cuyo propósito es establecer determinadas pautas y lineamientos a ser considerados por la Autoridad Convocante en la confección de los informes preliminares previstos en los arts. 4° y 9° de la Ley N° 27.328.

Disposiciones obligatorias y contenido

1. Aspectos Generales

Nombre del Proyecto PPP.

Objeto del Proyecto PPP.

Alcance del Proyecto PPP.

Ubicación del Proyecto PPP. Adjuntar cartografía del Proyecto PPP, con localización y detalle de la traza. Objetivos de interés público del Proyecto PPP.

2. Estructura del Proyecto PPP

Identificación de las partes: (i) Autoridad Convocante, (ii) Ente Contratante; (iii) Contratista PPP (empresa ejecutante y entidad financiadora).

Identificación de la Contraprestación: (i) pública; (ii) por uso; (iii) otra/s.

Determinación de la duración global y de cada etapa del Proyecto PPP, fijado en función de inversiones comprometida, financiamiento aplicado al Proyecto PPP y utilidad razonable para el Contratista PPP. Identificación de estudios de prefactibilidad o factibilidad técnico-económica. Acompañar documentación respaldatoria.

Establecimiento del mecanismo de supervisión y control de cumplimiento de cada etapa del Proyecto PPP.

3. Razones por las que la modalidad de PPP es mejor que otras alternativas contractuales para la satisfacción del interés público

Análisis de ventajas y desventajas del régimen general de contratación pública frente al régimen de PPP. Determinación de la magnitud e importancia del Proyecto PPP, que justifiquen la aplicación del régimen de PPP.

Evaluación de la capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio en cuestión.

Estimación del interés en el Proyecto PPP del sector privado.

Análisis de la fortaleza institucional de la Autoridad Convocante y/o del Ente Contratante.

Evaluación del costo-beneficio del Proyecto PPP respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del Contrato PPP.

Estudio de la capacidad del Proyecto PPP de generar ingresos propios –autofinanciación-.

4. Análisis económico-financiero y presupuestario del Proyecto PPP

Descripción de la estructura básica del modelo económico-financiero, con expresa referencia a los parámetros de modelación del Proyecto PPP.

Reparto de riesgos entre las partes del Contrato PPP

⁶⁰ Actualizada al 9-01-18, recuperada de: https://www.argentina.gob.ar/hacienda/participacion-publico-privada/guias-y-herramientas



Definición de la matriz de riesgos, identificando y asignando riesgos entre los sectores público y privado (riesgos retenidos, transferidos y compartidos). Distinción según la etapa del Proyecto PPP.

6. Beneficios y externalidades del Proyecto PPP

Estimación de los beneficios directos (potenciación del crecimiento económico regional, mejora o extensión de los servicios públicos; etc.) e indirectos (mayor rentabilidad del sector empresarial, generación de economías de escala, etc.).

Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia de los oferentes.

Análisis del respeto de los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y obras del Proyecto PPP y de otros sujetos involucrados en dicho proyecto.

Identificación de la demanda y oferta actual y proyectada – población beneficiada.

Identificación de grupos perjudicados por el Proyecto PPP que eventualmente pudieran oponerse al Proyecto y mecanismos de mitigación de los perjuicios adoptado.

Identificación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional en la financiación del Proyecto PPP.

7. Impacto del Proyecto PPP en el empleo

Exposición del impacto del Proyecto PPP en la generación de puestos de trabajo, directos e indirectos, previéndose la inclusión de planes y programas de capacitación para los trabajadores.

8. Impacto del Proyecto PPP en la industria

Estimación del impacto del Proyecto PPP en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general, 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.

9. Impacto socio ambiental del Proyecto PPP

<u>Escenario A</u>. Proyectos que aún no cuentan con licencia ambiental otorgada por autoridad ambiental competente en la jurisdicción, ni han iniciado su tramitación.

<u>Escenario B</u>. Proyectos que ya cuentan con licencia ambiental otorgada por autoridad ambiental competente en la jurisdicción.

- Indicar estudios ambientales realizados junto a la instancia de definición del proyecto a la que corresponden (prefactibilidad, factibilidad, proyecto definitivo), licencia ambiental (Declaración de Impacto Ambiental conforme arts. 11 y 12 de la Ley N° 25.675) otorgada por la autoridad competente en la jurisdicción (adjuntar copia).
- Medio receptor: (i) Indicar si el área de implantación del proyecto involucra zonas urbanas, rurales o silvestres. Indicar superficie o extensión en km según tipo de áreas que abarca y tipo de obras en cada una de las áreas (en caso que el proyecto involucre diferentes tipologías de obra); (ii) Identificar zonas ambientalmente sensibles en: a) en el área implantación/ocupación del proyecto: (i) áreas naturales protegidas (de cualquier jurisdicción) o identificadas como de importancia para la conservación (ej. Humedales Ramsar, Reservas de Biosfera, AICAS), (ii) bosque nativo (con indicación de la categoría de OTBN), (iii) sitios de alto interés histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, religioso, estético u otro tipo de interés cultural, (iv) territorios de pueblos originarios y sus comunidades, (v) glaciares, ambientes periglaciales, (vi) cursos y cuerpos de agua superficiales y subterráneas (vii) valles de inundación, (viii) zonas amenazadas por fenómenos naturales (ej. inundaciones, incendios, sismos, erosión,



deslizamientos); (ix) zonas con presencia de humedales permanentes o transitorios; (x) presencia de especies endémicas. b) en el entorno (precisando la distancia al área de implantación/ocupación del proyecto): (i) áreas naturales protegidas (de cualquier jurisdicción) o identificadas como de importancia para la conservación (ej. Humedales Ramsar, Reservas de Biosfera, AICAS), ii) bosque nativo (con indicación de la categoría de OTBN), (iii) sitios de alto interés histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, religioso, estético u otro tipo de interés cultural, (iv) territorios de pueblos originarios y sus comunidades, (v) glaciares, ambientes periglaciales, vi) cursos y cuerpos de agua superficiales y subterráneas, (vii) valles de inundación, (viii) zonas amenazadas por fenómenos naturales (ej. inundaciones, incendios, sismos, erosión, deslizamientos); y (ix) zonas con presencia de humedales permanentes o transitorios.

- Indicar si el proyecto involucra la generación, almacenamiento, transporte o disposición final de residuos peligrosos o manejo de sustancias peligrosas. Especificar las gestiones a realizar.
- Indicar si el proyecto involucra gestión de residuos (exceptuados los peligrosos informados en el ítem 10.2). Especificar las gestiones a realizar.
- Indicar si el Proyecto se encuentra contemplado dentro de las medidas de la Contribución Nacional (https://drive.google.com/file/d/0B-jlPqrMWH_wNEJiUkZPb1B0cms/view?usp=sharing). En caso afirmativo, brindar información de la estimación de emisiones/reducciones del mismo, la metodología de cálculo utilizada y si está previsto su monitoreo.
- Indicar si el diseño del Proyecto considera los efectos proyectados del cambio climático (las variables climáticas y sus proyecciones pueden consultarse en el siguiente sitio web: http://simarcc.ambiente.gob.ar/).
- Indicar los mecanismos previstos para verificar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista PPP en materia de gestión ambiental (control y/o sanciones previstas).
- Indicar buenas prácticas de diseño del proyecto adoptadas.
- -Incluir el Plan de Gestión Ambiental y las medidas de prevención, mitigación y compensación de impactos previstas.
- Indicar los mecanismos previstos para verificar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista PPP en materia de gestión ambiental (control y/o sanciones previstas).
- Indicar los estudios ambientales que estarán a cargo del Contratista PPP. Acompañar Términos de Referencia, especificaciones técnicas ambientales o definición de alcance y metodología en caso que los hubiera. Indicar buenas prácticas de diseño del proyecto, medidas de prevención, mitigación y compensación de impactos que considere de aplicación (incluyendo descripción de las mismas en caso que estuvieran preestablecidas).
- Indicar las instancias de participación ciudadana previstas. -

10. Otras consideraciones relevantes

Identificación de expropiaciones y/o servidumbres necesarias para el Proyecto PPP; indicando estado de avance de los trámites respectivos y necesidad de relocalización de población afectada.

Descripción del marco regulatorio, institucional y normativo aplicable al Proyecto PPP.



GUIA PARA LAS AUTORIDADES CONVOCANTES - INFORME DE LAS AUTORIDADES CONVO-CANTES (CFR. ART. 13 DE LA LEY N° 27.328 Y DECRETO N° 118/2017)⁶¹

Se reproduce aquí, la guía elaborada por el Equipo Legal de Proyectos de PPP del Ministerio de Finanzas de la Nación, cuyo propósito es establecer determinadas pautas y lineamientos a ser considerados por la Autoridad Convocante en la confección del dictamen previsto en el art. 13 de la Ley N° 27.328.

PARTE I. CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD.

La aplicación de los criterios de elegibilidad se materializarán fundamentalmente, entre otra documentación, en el Informe que deberá ser emitido por la Autoridad Convocante, de conformidad con lo previsto en el art. 13 inc. a) de la Ley N° 27.328.

Los criterios básicos de elegibilidad deberían considerar: (i) las ventajas y desventajas del régimen general de contratación pública frente al régimen de PPP; (ii) el nivel de transferencia de riesgos al sector privado; (ii) la capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio en cuestión; (iv) la reducción de los costos y gastos que implican tales proyectos; (v) el financiamiento por parte de los usuarios, y al que podrá acudir el ente contratante; (vi) los costos y gastos que implicarán los proyectos bajo el régimen de PPP; (vii) factores relacionados al éxito y puesta en marcha de los proyectos; (viii) interés del sector privado; (ix) posibilidad de financiamiento por parte del sector privado, entre otros.

Los criterios descriptos a continuación ayudarán a determinar de forma temprana si el proyecto en cuestión tiene potencial para ser desarrollado bajo la modalidad de PPP, y a identificar la necesidad de producir información o análisis adicionales a realizarse durante la base de formulación para responder y justificar la aplicación de los criterios de elegibilidad.

De conformidad con lo previsto anteriormente, se puede considerar que el interés público se verá mejor atendido mediante el régimen de PPP, frente a otras alternativas contractuales disponibles, en función de la aplicación de los siguientes criterios de elegibilidad: ventajas y desventajas del régimen general de contratación pública frente al régimen de PPP; magnitud e importancia de cada proyecto, que justifique la aplicación del régimen de PPP; nivel de transferencia de riesgos al sector privado; capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio en cuestión; interés del sector privado; fortaleza institucional como factor asociado al éxito de los proyectos; y financiamiento por parte de los usuarios.

I.I. Ventajas y desventajas del régimen general de contratación pública frente al régimen de PPP.

Con el objetivo de evaluar la conveniencia de desarrollar un proyecto mediante PPP en comparación con el régimen general de contratación pública, deberían verificarse, tanto desde un punto cuantitativo como cualitativo, las limitaciones más usuales de esta última modalidad, como sobrecostos, incumplimiento de cronogramas y deficiencias en la sostenibilidad del mantenimiento de la infraestructura. La constatación de tales limitaciones debería ser suficiente, relevante y actualizada.

El cumplimiento del cronograma de un proyecto, independientemente de la modalidad bajo la cual se desarrolle, se encuentra ligado a la eficiencia que se les ofrezca a los usuarios de servicios públicos o infraestructura con un nivel de calidad determinado y en los plazos programados; lo que a su vez genera valor para la sociedad en su conjunto. En caso de no existir este tipo de parámetros a nivel nacional en

⁶¹ Actualizada al 9-01-18, recuperada de: https://www.argentina.gob.ar/hacienda/participacion-publico-privada/guias-y-herramientas



determinados proyectos, se podría utilizar a tal efecto los sobrecostos e incumplimiento de los cronogramas de una entidad pública de similar jerarquía de países comparables (en términos de tamaño de la economía e ingreso per cápita).

En consecuencia, deberán considerarse las siguientes pautas: Análisis e información que demuestre la ocurrencia de sobrecostos respecto al monto original del proyecto; Análisis e información que demuestre el incumplimiento de los cronogramas originalmente establecidos en la provisión del servicio mediante el régimen general de contratación pública; y Capacidad de la entidad pública para realizar sostenidamente la operación y el mantenimiento de la infraestructura durante la vida útil del proyecto bajo el régimen general de contratación pública.

I.II. Magnitud e importancia de cada proyecto que justifique la aplicación del régimen de PPP.

Los proyectos de PPP necesitan ser lo suficientemente grandes para que se logren compensar los costos del proceso asociados con dicha modalidad de inversión, y asegurar que el proyecto tenga una escala adecuada para atraer el interés del sector privado. Estos costos del proceso incluyen el esfuerzo de completar los procedimientos regulares y la documentación requerida, incluyendo los servicios de consultoría que son necesarios para las posteriores fases de estructuración y transacción del proyecto, y los costos sustanciales de la supervisión y regulación durante la etapa de implementación (construcción y operación). El tamaño del proyecto que es recomendable variará según éste sea desarrollado a nivel nacional, regional o local.

El tamaño del proyecto se refleja en el costo total de inversión o en el costo total del proyecto, según corresponda, siendo el costo total de inversión el valor presente de los flujos de inversión (CapEx) durante el plazo de construcción del proyecto estimado en la identificación del proyecto o en el último estudio de pre inversión, según corresponda. No se incluyen los costos de operación y mantenimiento. El Costo Total del Proyecto es el Costo Total de Inversión más los costos estimados de operación y mantenimiento (OpEx) de un proyecto o de un conjunto de proyectos con características similares, expresados en valor presente, de los primeros diez (10) años del proyecto o de su vida útil, el que resulte menor. En ambos casos, la tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella que la entidad pública defina en función al riesgo del proyecto, la que deberá contar con el sustento respectivo.

En el caso de aquellos proyectos de PPP que no contengan componente de inversión (es decir, sin componentes de diseño y construcción), el CapEx es equivalente a cero por lo que el Costo Total del Proyecto es equivalente únicamente al OpEx. Se asume que la inversión pre-existente en infraestructura no se debe considerar como CapEx a cargo del inversionista privado. El criterio de tamaño del proyecto se considera tanto para un proyecto individual, así como para un conjunto de proyectos que se desarrollen y liciten como uno solo.

En consecuencia, deberían considerarse las siguientes pautas: Estimación de la inversión del proyecto que justifique la aplicación del régimen de contratación de PPP; y Capacidad fiscal para llevarla a cabo.

I. III. Nivel de transferencia de riesgos al sector privado.

Una de las maneras principales en las que un proyecto desarrollado bajo la modalidad de PPP puede generar valor para el Estado a lo largo del ciclo de vida del proyecto es a través de una adecuada asignación de riesgos. El propósito es realizar una adecuada identificación y asignación de riesgos entre la entidad pública y el sector privado.



Entre los riesgos típicos de un proyecto de PPP, se encuentran los vinculados al diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y operación, así como también aquellos riesgos vinculados a la demanda, regulatorios, geológicos y arqueológicos, entre otros. La asignación de los riesgos se realizará en función al perfil del proyecto, así como las capacidades respectivas de la entidad pública y el sector privado para evaluarlos, mitigarlos y administrarlos.

Una adecuada distribución de los riesgos (riesgos transferidos, riesgos retenidos y riesgos compartidos) implica que el Estado puede estar generando valor bajo la modalidad de PPP ya que, en general, la mayoría de los riesgos bajo la modalidad de obra pública tradicional son retenidos o asignados al Estado. Transferir todos los riesgos al sector privado no sería lo óptimo, ya que éste exigiría una tasa de retorno por su inversión muy elevada, lo que incrementaría el costo social de los proyectos, e implicaría que el proyecto no sea financieramente viable o que no atraiga a suficientes inversionistas durante la fase de transacción.

A efectos de la aplicación de los criterios de elegibilidad, en cada uno de los indicadores de respuesta se asume que el activo vinculado a la provisión del servicio público es de propiedad del Estado durante la vigencia del contrato de PPP, o que se revierte o transfiere la propiedad del mismo al final del período del plazo contractual.

En el caso de aquellos proyectos de PPP que no contengan componente de inversión (es decir, sin componentes de construcción), se debe considerar si la asignación de riesgos al sector privado involucra sólo la operación y mantenimiento, y en qué grado, y si incluye además otros riesgos como el financiamiento y la demanda.

En consecuencia, deberá considerarse la siguiente pauta: Estimación del nivel de transferencia de riesgos hacia el sector privado.

I.IV. Capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio en cuestión.

Con el objetivo de medir la disponibilidad y calidad del servicio ofrecido a los usuarios, es necesario establecer parámetros de desempeño y monitorearlos mediante el uso de determinados indicadores. Esto constituye un factor crítico para la gestión y éxito de un proyecto de PPP. Lo que será objeto de medición, entonces, será la disponibilidad de especificaciones y parámetros de desempeño, así como un sistema de penalidades, de modo tal que la prestación del servicio a los usuarios sea efectuada con calidad y con una adecuada atención a la ocurrencia de interrupciones de dicha prestación a lo largo del ciclo de vida del proyecto. Estos parámetros deberán ser específicos, medibles, alcanzables, realistas y establecidos por un tiempo definido. Debería evitarse un número extenso de parámetros que debiliten su monitoreo e incrementen el costo de medición de los mismos.

El monitoreo de tales parámetros durante toda la fase de ejecución del contrato de PPP, implica contar con una adecuada supervisión que verifique el cumplimiento de los mismos. Además, deberían establecerse y aplicarse penalidades cuando no se cumplan con los parámetros de desempeño establecidos.

En consecuencia, deberían considerarse las siguientes pautas:

- Análisis de especificaciones y parámetros de disponibilidad, calidad de servicio y de desempeño; y
- Análisis de un sistema de penalidades.



I.V. Interés del sector privado.

Se necesitaría que exista un número adecuado de participantes del sector privado que puedan estar interesados y que sean capaces de desarrollar el proyecto. A nivel internacional, el sector privado interviene en prácticamente todas las áreas de infraestructura y servicios públicos, mediante el desarrollo de proyectos de PPP en sectores económicos como el transporte y energía, y sectores sociales, tales como la educación, salud y justicia. En caso de que exista un número limitado de empresas del sector privado que esté capacitado para desarrollar el proyecto, entonces, podrían existir dificultades para generar un ambiente competitivo en el proceso de promoción. Debería también tenerse en cuenta aquellas situaciones en las que la alta complejidad técnica del proyecto o el nivel de especificidad del servicio público hayan generado condiciones de monopolio u oligopolio en el mercado, con el consecuente resultado de disponer de un número reducido de empresas. En consecuencia, debería considerarse la siguiente pauta: Análisis, desde un aspecto cuantitativo, de empresas del sector privado que tengan la capacidad y experiencia necesarias para ser potenciales adjudicatarios del desarrollo del proyecto de PPP.

I. VI. Fortaleza institucional como factor asociado al éxito de los proyectos.

Un factor de éxito para el desarrollo de un proyecto de PPP es que la entidad pública contratante cuente con una unidad dentro de su estructura organizacional, que se encuentre conformada por un equipo de profesionales preparado y capacitado, que trabaje con un enfoque multidisciplinario y que cuente con experiencia relevante en la conducción de proyectos de PPP e intervenir en la ejecución del respectivo contrato.

En consecuencia, deberían considerarse las siguientes pautas: Análisis sobre si la entidad pública contratante cuenta con una unidad, dentro de su estructura organizacional, con experiencia en materia de PPP; y Análisis sobre si la entidad pública contratante tiene la experiencia necesaria para conducir un proyecto de PPP.

I.VII. Financiamiento por parte de los usuarios.

La generación de ingresos no es un requisito para que un proyecto de PPP sea exitoso. Sin embargo, en el caso de que un proyecto de PPP pueda eventualmente generar ingresos, la modalidad de PPP es ideal para aprovechar dicho potencial. Los ingresos propios que genera el proyecto abarcan, por ejemplo, tarifas, peajes, precio y otros de naturaleza no tributaria, así como los ingresos derivados de servicios complementarios o adicionales que presta el sector privado.

En consecuencia, debería considerarse la siguiente pauta: Análisis sobre si el proyecto tiene potencial para generar los suficientes ingresos a efectos de financiar total o parcialmente el proyecto de PPP.

PARTE II. ASPECTOS DE EVALUACIÓN INICIAL DE PROYECTOS DE PPP (incisos b) a j) del artículo 13 de la Ley).

En la presente sección se consignarán los requisitos mínimos indispensables y los lineamientos que deberán ser cumplidos y seguidos, respectivamente, por la Autoridad Convocante en el correspondiente dictamen, en relación a los incisos b) a j) del artículo 13 de la Ley, a los efectos de una evaluación inicial del proyecto en cuestión.

Los referidos requisitos mínimos indispensables y los lineamientos son los listados a continuación:



1) Inciso b) del art. 13. Impacto de los gastos del proyecto de PPP en las metas de resultado fiscal previstas en las leyes de presupuesto.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Identificación, asignación y evaluación del riesgo fiscal del proyecto de PPP.
- Identificación de recursos públicos comprometidos para el desarrollo y ejecución del proyecto.
- 2) Inciso c) del art. 13: Análisis económico-financiero y presupuestario del contrato de PPP.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Inclusión de un esquema que contenga la estructura general del modelo económico-financiero adoptado, de modo tal que permita efectuar la evaluación financiera del proyecto.
- El modelo económico-financiero del proyecto deberá contener información recabada respecto de costos de inversión en operación y mantenimiento, según corresponda.
- 2.1. Parámetros de modelación del proyecto.
- 2.1.1. Parámetros generales.
- Identificación de la moneda utilizada (pesos, dólares estadounidenses, etc.)
- En la esquematización del modelo económico-financiero, deberá tenerse en cuenta los elementos que sean necesarios a los efectos de la medición de los efectos de la inflación.
- Inclusión de una tasa de descuento para los pagos por disponibilidad, como así también los porcentajes específicos de las inversiones iniciales para cálculo del monto de la garantía de la etapa de construcción, rehabilitación y mantenimiento, (según corresponda) y de las inversiones iniciales para el cálculo del monto de la garantía de la etapa de explotación del proyecto.
- 2.1.2. Parámetros de financiamiento.
- Inclusión de un esquema a partir del cual surjan los parámetros financieros asumidos en la modelación del proyecto de PPP.
- Definición de un cronograma de inversión.

2.1.3. Parámetros fiscales.

- En la modelización financiera, deberá incluirse el costo financiero del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en la etapa de construcción, como aquellos otros tributos que resulten aplicables al proyecto en cuestión.
- Deberá incluirse un esquema a partir del cual surjan los parámetros utilizados para la modelación de la línea de crédito para el financiamiento del IVA, como para aquellos otros tributos que resulten aplicables al proyecto en cuestión.
- 2.1.4. Supuestos para parámetros de depreciación.
- Análisis de los parámetros de depreciación de las obras, construcciones, rehabilitaciones y mejoras, a los efectos de su evaluación.



2.1.5. Costo de los fondos propios.

- Estimación del parámetro de costo del capital propio o *equity* a ser utilizado por el contratista. A tal efecto, deberá utilizarse una metodología que contenga, entre otros parámetros: la tasa de retorno (TIR) esperada por el contratista; la tasa libre de riesgo de la economía; spread riesgo país; el índice de rentabilidad de activos; el retorno histórico del portafolio de mercado; el parámetro "beta" internacional para el sector de PPP; el riesgo promedio particular del sector respecto al riesgo de mercado; el riesgo específico del proyecto en estudio, entre otros.

2.1.6. Supuestos de parámetros de los costos de operación.

- Respecto de los supuestos de costos de operación para los años de ejecución, deberán estimarse los gastos de administración y ventas, los costos por servicios contratados, entre otros. Además, deberá estimarse la tasa de crecimiento anual esperada para la vigencia del proyecto.
- Deberá incluirse un esquema a partir del cual surja el detalle de las partidas de estos costos de operación.

2.2. Análisis financiero de los resultados.

- Deberán exponerse los resultados del modelo económico-financiero de las alternativas técnicas seleccionadas en términos promedios, incluyendo en su análisis distintas variables, como son los precios de las obras, mejoras y mantenimiento, las tasas de financiación y otros parámetros relevantes.
- Posteriormente, deberá realizarse un análisis de sensibilidad de los parámetros claves, a fin de estimar el intervalo esperado de los resultados.

2.2.1. Inversiones iniciales.

- Deberá incluirse un esquema de las inversiones necesarias para la construcción, operación y mantenimiento de los distintos tramos del proyecto, teniendo en cuenta el plazo de construcción para las inversiones iniciales.

2.2.2. Costos de mantenimiento.

- Deberá realizarse un esquema en el cual se detalle el costo de las obras de mantenimiento rutinario y mayor para todo el período del contrato, teniéndose presente las alternativas técnicas empleadas.

2.2.3. Costos de operación.

- Respecto de los costos de operación, para sus diferentes partidas, éstos deberán proyectarse a lo largo de la vigencia del contrato de PPP en base a valores iniciales obtenidos de fuentes públicas. A tal efecto, deberá incluirse un cuadro con el detalle de los mismos.

2.2.4. Deuda contraída.

- Deberá incluirse un esquema a partir del cual se analice deuda, los montos de capital, intereses, etc., incluyendo el saldo de la deuda durante toda la vigencia del contrato de PPP.

2.2.5. Contraprestación Pública.



- Deberán exponerse los flujos de los recursos públicos que deberá otorgar el Estado durante el período de vigencia del contrato de PPP para desarrollar el proyecto en forma viable, según los parámetros respectivos, y de acuerdo al tipo de financiamiento.
- Deberá incluirse un esquema a partir del cual se resuma lo previsto anteriormente.
- 2.2.6. Opciones de financiamiento.
- Análisis de la variación de la Contraprestación Pública según las posibilidades de financiamiento.
- Inclusión de un esquema a partir del cual se resuma lo previsto anteriormente.

Asimismo, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato de PPP por los ejercicios presupuestarios durante los cuales dicho contrato será ejecutado.
- Confirmación sobre si existen previsiones presupuestarias para pérdidas imprevistas derivadas de pasivos contingentes.
- Evaluación de asignaciones presupuestarias disponibles para el proyecto de PPP, incluyendo los fondos para la elaboración de documentación detallada y adquisiciones.
- 3) Inciso d) del art. 13: Suficiencia del flujo de recursos públicos.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos, durante la vigencia del contrato de PPP y por cada ejercicio presupuestario comprometido, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas.
- Eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos.
- 4) Inciso e) del art. 13: Beneficios y externalidades del proyecto de PPP.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

3.1. Beneficios directos.

El proyecto deberá generar una serie de beneficios a los involucrados, como por ejemplo:

- Potenciación del crecimiento económico regional.
- Estimación de un flujo probable de ingresos futuros que generará el proyecto a favor de las jurisdicciones pertinentes.
- Mejora o extensión de los servicios públicos.
- Otros beneficios directos de relevancia.
- 3.2. Beneficios indirectos a nivel de sectores empresariales y población afectada.
- Rentabilidad por parte del sector empresarial, como resultado de la reducción de los costos.



- Generación de economías de escala.
- Otros beneficios indirectos de relevancia.
- 3.3. Estimación y valoración de los beneficios.
- Deberá detallarse la metodología empleada a los fines de estimar los costos y beneficios del proyecto (a tal efecto, podrán emplearse fórmulas, cuadros explicativos y comparativos, etc.).
- 3.4. Parámetros asociados a beneficios y costos.
- Deberán estimarse los costos de los usuarios de los bienes o servicios a nivel financiero.

Asimismo, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Estimación de la demanda actual y proyectada, a partir de la identificación y cuantificación de la población afectada al proyecto.
- Estimación de la oferta actual y proyectada. Para la estimación de la oferta actual, podrán considerarse diversas variables, a saber: la capacidad de infraestructura actual disponible, el equipamiento disponible, los estándares de calidad para el servicio, entre otros. Para el cálculo de la oferta proyectada, podrán estimarse las variaciones que la oferta actual de servicios podría tener en el horizonte de tiempo del proyecto sin que éste se ejecute.
- Determinación del déficit actual y proyectado de requerimiento de bienes y/o servicios que no se están cubriendo.
- Realización de un estudio de las condiciones actuales de los bienes o servicios.
- Especificación de los grupos perjudicados que puedan oponerse eventualmente al proyecto.
- Implementación de estrategias de resolución de eventuales conflictos con los grupos perjudicados.
- Determinación de las características socioeconómicas de los grupos poblacionales y las principales actividades económicas de las zonas de influencia del proyecto que serán afectados por éste.
- Existencia de estimaciones de costos técnicos que sean acordes con las especificaciones de producción requeridas y que estén basadas en parámetros de referencia nacional e internacionales. Todas las categorías de costos deberán estar justificadas, incluyendo los costos del impacto social y ambiental.
- Evaluación de la capacidad y predisposición de pago, especialmente si se trata de un proyecto sin experiencia previa de cargos al usuario.
- El plazo y nivel de los ingresos esperados deberán estar basados en supuestos realistas.
- Análisis de viabilidad del emplazamiento que incluya una evaluación de las diferentes opciones.
- El emplazamiento recomendado del proyecto deberá ser el mejor entre las opciones evaluadas sobre la base del grado de cumplimiento de los requisitos del proyecto de PPP, así como del costo.



5) Inciso f) del artículo 13. Impacto del proyecto de PPP en la generación de empleo y en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general.

En el desarrollo del informe en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos.
- El proyecto de PPP deberá ser objetivo y realista, y contar con un nivel adecuado de articulación y fundamentación de los motores técnico, económico, social, programático, entre otros.
- Evaluación y análisis del impacto que provocará el proyecto de PPP en la generación de empleo y en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general.
- Evaluación y análisis de la cantidad de puestos de trabajo (directos e indirectos) que serán generados a través del proyecto de PPP.
- Evaluación y análisis del porcentaje de participación de la industria nacional en general y de las pequeñas y medianas empresas en particular que tendrá lugar, de modo directo o indirecto, durante la ejecución del proyecto de PPP.
- Evaluación y análisis de las tasas de actividad, empleo y desempleo en las jurisdicciones pertinentes.
- 6) Inciso g) del art. 13. Impacto socio ambiental del proyecto de PPP.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Evaluación y análisis de temas específicos planteados en la evaluación de impacto social y ambiental que pudieran tener implicaciones para el desarrollo e implementación del proyecto de PPP.
- Definición y desarrollo de la metodología empleada para el análisis ambiental, la cual podrá constar de varias etapas, a saber: revisión y sistematización de la información disponible; análisis de las características del medio receptor (clasificación en medio abiótico, biótico y antrópico); informe de impacto ambiental, etc.
- Definición y desarrollo de los criterios de sensibilidad ambiental aplicados, tales como las áreas protegidas, las densamente pobladas, los sectores humanos vulnerables, las áreas con alto valor patrimonial y alto interés turístico, la presencia de especies amenazadas, suelos altamente productivos, etc.
- Definición y desarrollo de las medidas de gestión de aspectos ambientales para eliminar su significatividad o identificar los posibles impactos ambientales, a los efectos de implementar medidas de prevención y mitigación adecuadas.
- Planificación de las medidas de recuperación y compensación.
- Evaluación de la sensibilidad de los componentes del medio receptor. A tal efecto, deberá realizarse un esquema donde se indiquen los componentes sensibles del proyecto (como por ejemplo, el clima, calidad de aire, geología local, hidrología superficial y subterránea, flora, fauna, demografía, usos del suelo, etc.).



- A los efectos de la identificación de los potenciales impactos ambientales, deberá evaluarse la relevancia de cada uno de ellos y luego, para los relevantes, identificar y desarrollar medidas de mitigación para minimizar su impacto.
- Análisis de probabilidad acerca de la existencia de requisitos sustanciales para adquisición de tierras u otras autorizaciones, que puedan implicar demoras en el proyecto de PPP.
- Confección de una evaluación creíble del impacto social y ambiental del proyecto de PPP.
- Estimación de los costos sociales del proyecto, a fin de obtener una estimación de los bienes reales que tiene el proyecto para la sociedad en su conjunto.
- Definición y desarrollo de parámetros en relación a la construcción de los valores finales de los costos sociales, como ser el plazo de construcción, el plazo del contrato de PPP, inflación, entre otros.
- 7) Inciso h) del art. 13. Evaluación del costo-beneficio del proyecto de PPP.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberán considerarse las siguientes pautas:

- Establecimiento de pautas y metodologías estándar para realizar el cálculo de costos técnicos, el análisis de la optimización de los recursos, la evaluación de accesibilidad financiera, el análisis de costo-beneficio económico, el cálculo de descuentos, etc., con parámetros de referencia comparables con las normas internacionales, todo ello bajo el régimen de PPP.
- Definición de parámetros a nivel de la economía nacional, que permitan darle consistencia a la evaluación económica del proyecto de PPP y a la comparación de la rentabilidad económica en comparación con el régimen general de contratación pública.
- Existencia de estándares de desempeño que sean comparables con los parámetros de referencia internacionales.
- Consideración de los riesgos en caso de extinción del respectivo contrato de PPP.
- 8) Inciso i) del art. 13. Evaluación sobre el equitativo reparto de los riesgos entre las partes del contrato de PPP.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberían considerarse las siguientes pautas:

- Evaluación en las distintas etapas del proyecto de PPP de los derechos y obligaciones de las partes y la asignación de riesgos a la entidad más capacitada para gestionarlos.
- El esquema propuesto para el desarrollo del proyecto deberá asegurar la eficiencia en la provisión del servicio, transfiriendo al sector privado aquellos riesgos respecto de los cuales el mismo está en mejores condiciones de gestionarlos que el ente público.
- El esquema previsto deberá contemplar, asimismo, que el sector público retenga aquellos riesgos que le son inherentes y en los que mejor se desenvuelve.
- Evaluación de productos para la mejora de créditos y la mitigación de riesgos (garantías, etc.) disponibles para respaldar el financiamiento del proyecto de PPP.
- La metodología y el fundamento de la identificación, evaluación y asignación de riesgos de cada una de las partes deberían estar explicados claramente y reflejar las mejores prácticas internacionales.



- Implementación de un esquema de asignación y de registro de riesgos.
- Deberían preverse opciones recomendadas de distribución de riesgos que sean adecuadas teniendo en cuenta el modelo de ejecución del proyecto y las capacidades de gestión de riesgo de las partes.
- Análisis exhaustivo de sensibilidad, contemplando las implicaciones que el proyecto tiene para la asignación de riesgos, así como para la optimización de los recursos del respectivo proyecto.
- 9) Inciso j) del art. 13. Otras consideraciones relevantes.

En el desarrollo del dictamen en relación a este inciso, deberían considerarse las siguientes pautas:

- (i) Condiciones específicas del proyecto de PPP:
- Deberían ser definidos los aspectos generales, alcance y objetivos del proyecto de PPP.
- Deberá existir una justificación clara de la necesidad de que el proyecto de PPP se realice. A tal efecto, deberán ser realizados estudios de demanda o de necesidad del proyecto y, en su caso, de prefactibilidad o de factibilidad.
- El proyecto deberá ser objetivo y realista, y contar con un nivel adecuado de articulación y fundamentación de los motores técnico, económico, social, fiscal, programático, entre otros.
- El proyecto deberá brindar servicios fundamentales de infraestructura pública.
- Identificación de las entidades involucradas y beneficiarios.
- Exposición del marco institucional bajo el cual se desarrollará el proyecto, identificándose las instituciones que lo promueven y las modalidades de financiamiento y de ejecución que están previstas.
- Determinación del flujo de beneficios netos del proyecto. Tales flujos deberán construirse a precios constantes, es decir, de acuerdo a los precios del momento en que se realiza la formulación, independientemente del momento en que efectivamente se van a realizar los beneficios o costos.
- Identificación de los principales riesgos asociados al proyecto: asignación de una probabilidad de ocurrencia (baja, media o alta) y el impacto que generará en caso de ocurrencia (bajo, medio o alto).
- Descripción de las medidas de mitigación y contingencia ante los riesgos identificados propios del proyecto y efectuar un detalle de los costos asociados a las mismas.
- Identificación de los indicadores a los efectos de realizar el seguimiento del proyecto durante su etapa de ejecución (indicadores de monitoreo) e indicadores ex post (o de impacto o de resultado) de los resultados del proyecto, para aplicar durante su etapa de operación.
- Definición del mercado para los servicios específicos, tanto desde un punto de vista geográfico como en relación a la clientela.
- Evaluación de la existencia de proyectos competidores (actuales o futuros) en el mercado definido y del impacto de los mismos en el respectivo proyecto de PPP.
- Necesidad de certeza a largo plazo sobre los requisitos futuros de los servicios de infraestructura identificados.



- Análisis de la suficiencia del alcance del diseño técnico y transaccional del proyecto para la obtención de productos y resultados.
- Análisis de los costos de conservación.
- Definición y desarrollo de las alternativas técnicas a ser empleadas en el proyecto de PPP.
- Definición y desarrollo de obras de circunvalación y obras de mantenimiento rutinario y mayor.
- Análisis de los productos definidos de acuerdo a los estándares existentes.
- Definición adecuada de las responsabilidades funcionales de las diferentes organizaciones.
- Análisis sobre si el alcance del proyecto y las responsabilidades funcionales son compatibles con los actuales marcos y procesos legales, regulatorios e institucionales.
- Análisis sobre si la información obtenida en las transacciones realizadas en proyectos previos similares fue tenida en cuenta para el desarrollo del proyecto de PPP.
- Todos los supuestos clave de diseño de modelos deberán estar claramente articulados.
- El proyecto deberá estar respaldado por fuentes sólidas, reflejando las condiciones del mercado.
- La propuesta del proyecto de PPP deberá incluir una evaluación de la viabilidad económica del mismo y un análisis de las distintas opciones e instrumentos de apoyo con un fundamento claro de la opción recomendada.
- Deberán evaluarse las distintas opciones para minimizar el monto del respaldo otorgado, como fuentes de ingresos adicionales, ajustes de tarifas, reducción del alcance del proyecto, evaluación para determinar si el plazo del contrato coincide con la vida útil de los activos, etc.

(ii) Plazos:

- Los plazos recomendados para cada etapa del proceso deberán ser realistas y prever el tiempo necesario para obtener todas las aprobaciones y también para establecer un cronograma sensato que permita que los oferentes diseñen las ofertas.
- Cada organización participante en el proyecto deberá conocer su responsabilidad y los plazos relacionados.
- Los plazos del proyecto deberán estar actualizados y deberán ser controlados para garantizar la rendición de cuentas.

(iii) Sondeo de mercado:

- Realización de un sondeo de mercado que incluya información sobre la disponibilidad de capacidades, experiencia e intereses del sector privado necesarios para llevar a cabo el proyecto y prestar los servicios según el estándar exigido, tanto en términos de capacidad técnica y de escala del proyecto, así como restricciones para la asignación de riesgo, financiamiento y otras características del proyecto.
- El sondeo de mercado deberá incluir a distintos participantes (actores del sector, proveedores de capital, prestamistas, etc.) con experiencia y conocimientos en proyectos similares.



- El sondeo de mercado deberá ser realizado por un asesor competente.
- La información respectiva deberá ser incorporada adecuadamente al diseño del proyecto, al caso de negocios y a los documentos de la licitación.
- (iv) Capacidad de ejecución interna y externa del proyecto de PPP:
- Los equipos del proyecto de PPP deberán ser identificados y sus roles y responsabilidades definidas claramente. Los mismos deberán contar con las habilidades y la capacidad requeridas para cumplir dichos roles y responsabilidades.
- Los potenciales oferentes deberán ser capaces de comprender y completar la documentación correspondiente a la licitación.

(v) Adquisiciones:

- La documentación de la licitación deberá incluir información clara sobre las características clave del proyecto, así como lo que se espera que hagan los oferentes y los plazos correspondientes.
- El equipo de gestión del contrato de PPP deberá participar en el desarrollo de la documentación de la licitación del proyecto.
- El proceso de calificación de ofertas deberá garantizar el máximo nivel de competencia entre los oferentes y que estos tengan las habilidades y experiencia adecuadas.
- En los términos y condiciones de la licitación, deberán ser incluidas previsiones de manera tal de evitar licitaciones agresivas e inviables, como exigir a los oferentes la presentación adicional de datos financieros, técnicos u otros, así como las correspondientes fianzas de cumplimiento o garantías de las obligaciones del oferente emitidas por la casa matriz.
- Incorporación de mecanismos de información al proceso de adquisiciones con el fin de asegurar que los oferentes u otro tipo de público interesado presenten todos los datos que resulten necesarios a tal efecto.

(vi) Gestión de los contratos:

- Los recursos, herramientas y procesos requeridos deberán estar disponibles para el equipo de gestión de contratos y este equipo deberá comprender claramente las previsiones incluidas en dicho contrato.
- Confección de un plan de gestión de contratos que pueda evaluar el desempeño del proyecto e incluir una planificación para potenciales contingencias durante el período de vigencia del contrato.
- Implementación de los acuerdos de financiamiento de forma correcta para lograr la concreción del proyecto.
- El emplazamiento, en caso de corresponderle al gobierno, y los activos (si los hubiera) deben ser entregados de acuerdo con los plazos pactados.
- Todas las partes interesadas deberán mantenerse informadas a través de envíos de información periódica al dominio público.



- Consideración de cambios específicos, como refinanciamientos que no sean parte del modelo de financiamiento original del contratista, que requieran la distribución de ganancias o algún otro cambio en la titularidad que necesite la aprobación del gobierno.
- (vii) Finalización del período de vigencia de los contratos:
- Un experto independiente deberá realizar una inspección de los activos para verificar que la condición de éstos cumple con los estándares de devolución o que exige una rectificación de acuerdo con los términos del contrato de PPP.
- Análisis sobre si deberá abonarse una compensación por finalización al momento de la devolución de los activos y al finalizar el período de vigencia del contrato.
- Deberá aplicarse un plan del sector público para la gestión de activos y la continuidad de los servicios luego del vencimiento del contrato, que incluya los procesos para una nueva adjudicación del contrato de PPP.



RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS PPP - ETAPA 162

En el marco de la licitación llevada adelante por la Dirección Nacional de Vialidad, la Autoridad Convocante enumeró los siguientes riesgos:

Expropiaciones

- Riesgo de Expropiaciones. Costo de la adquisición de los bienes inmuebles y/o fracciones necesarios para el Proyecto. Declaración de utilidad pública. Retrasos en su adquisición y consiguiente demora de la obra en cuestión.
- Riesgo de demora y/o deficiente identificación de los bienes inmuebles y/o fracciones necesarias para el Proyecto por parte de Contratista PPP, como asimismo atrasos del Contratista PPP en la elaboración de la documentación necesaria para la expropiación por parte del Ente Contratante (identificación de terrenos afectados y su plano de mensura).

Social y Ambiental

 Riesgo de condiciones ambientales y/o sociales que pueden afectar al Proyecto. Riesgo de daño ambiental o afectación a las comunidades locales.

Diseño de Provecto Eiecutivo

 El Proyecto se licitará con base en un Anteproyecto Técnico y corresponderá al Contratista PPP la elaboración del Proyecto Ejecutivo de las Obras Principales

Construcción

 Riesgo de sobrecostos y/o demoras en los cronogramas durante el período de construcción de las Obras del Contratista PPP.

Servicios Afectados por las Obras

- Riesgo de sobrecostos y/o demoras por traslado y reubicación de las redes de servicios públicos o privados afectadas por las obras.
- Riesgo de sobrecostos y/o demoras de construcción por deficiente identificación y cuantificación de las redes de servicios públicos o privados afectadas por las obras

Desempeño

o Riesgo de terminar y habilitar al tránsito las Obras del Contratista PPP.

• Recursos e Insumos

 Riesgo de que el suministro de insumos o recursos necesarios para las Obras del Contratista PPP se vea interrumpido o que su costo aumente.

Demanda

o Riesgo de tránsito pagante.

• <u>Ingresos</u>

- Riesgo de insuficiencia de las contraprestaciones que recibirá el Contratista PPP por la ejecución de las obras y la prestación de los servicios de operación y mantenimiento del Proyecto.
- o Riesgo de liquidez respecto del pago de la Contraprestación por Obras Principales.

Operación y Mantenimiento

⁶² Recuperada de: http://ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/MATRIZ-DE-RIESGOS-ANEXO-A.pdf



 Riesgo de operar y mantener el Corredor Vial según Parámetros de Calidad, normas y especificaciones establecidas en el Contrato PPP. Mayores costos de mantenimiento debidos a mayores volúmenes de tránsito.

• Fuerza Mayor:

 Riesgo de que ocurran eventos imprevistos o que siendo previstos no puedan ser evitados o que estén fuera del control de la parte que invoca la fuerza mayor y que, en cada caso, demoren o impidan el cumplimiento de las obligaciones de la parte que invoca la fuerza mayor.

• Tipo de Cambio

- o Riesgo de fluctuaciones de la moneda.
- o Riesgo político. Riesgo de intervención o toma del Corredor Vial por parte del Gobierno.

Político

 Riesgo de disponibilidad de fondos sujetos a aprobación presupuestaria del sector público.

Regulatorio y de Cambios en la Ley

- o Riesgos de cambios regulatorios o normativos de carácter general.
- o Riesgo de cambios generales o particulares en el régimen impositivo.

Inflación

 Riesgo de aumento de los costos del Proyecto como consecuencia de un aumento de la inflación más allá de la proyectada.

Societario

 Cambios en los accionistas del Contratista PPP. Conflictos de interés entre los accionistas del Contratista PPP.

• Extinción Anticipada

o Riesgo de que el Contrato PPP se extinga antes del plazo contractual.

• Infraestructura a ser transferido al Contratista PPP

- o Riesgo de conocimiento del Corredor Vial y del área de Proyecto
- o Riesgo por ejecución de Obras en Curso.
- o Riesgo por ejecución de Obras Adicionales Discrecionales.

Asociado al Personal que presta servicios en infraestructura existente

- Riesgo de costos laborales derivados de la transferencia de los contratos de trabajo (incluida la antigüedad) de los trabajadores que presten su consentimiento a la transferencia. Capacitación de ese personal.
- Riesgo de costos derivados de la extinción de la relación laboral de los trabajadores que manifiesten su voluntad de no continuar su relación laboral con el Contratista PPP.

• <u>Cierre Financiero</u>

 Riesgo de obtención de los fondos necesarios para la construcción de las Obras Principales.



FIDEICOMISOS PPP⁶³

El Capítulo IX del Título I de la Ley N° 27.431, bajo el título "De los contratos de participación público-privada", en sus arts. 60^{64} a 74, contiene las siguientes normas de interés:

- Crea el Fideicomiso de Participación Público-Privada ("Fideicomiso PPP"). El Fideicomiso PPP podrá constituirse mediante un único fideicomiso y/o a través de distintos fideicomisos individuales denominados "Fideicomisos Individuales PPP". Tendrán por objeto: (a) Efectuar y/o garantizar pagos en virtud de contratos de participación público-privada que se celebren de conformidad con lo establecido en la ley 27.328 y normas concordantes, ya sea en carácter de obligado principal o por cuenta y orden del Estado nacional y/o terceros; (b) Otorgar préstamos, garantías, fianzas, avales o cualquier otro tipo de financiamiento o garantía en relación con los contratos o proyectos de participación público-privada referidos en el inciso anterior; (c) Emitir valores fiduciarios; (d) Emitir certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión y asumir su pago; (e) Realizar aportes de capital y adquirir instrumentos financieros destinados a la ejecución y financiación de los contratos o proyectos de participación público-privada; (f) Celebrar operaciones de derivados de moneda, tasa de interés, materias primas; índices financieros y no financieros, y cualquier otro producto y cualquier otra operación de cobertura; y (g) Aquellos otros actos que establezca la reglamentación.
- El Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP contarán con patrimonios que estarán constituidos por los siguientes bienes fideicomitidos: (a) Bienes, garantías y créditos presupuestarios que les asigne el Estado Nacional en el marco de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones y del art. 16 de la Ley N° 27.328; (b) Aportes o contribuciones provenientes de otros fondos fiduciarios; (c) Contribuciones, cargos específicos, tarifas y/o contraprestaciones por uso; (d) Pagos que deban realizar los contratistas bajo la Ley N° 27.328; y (e) Aquellos otros que corresponda conforme la reglamentación.
- Exención de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias. Se invita a las provincias y a la CABA a adherir a la eximición de todos los tributos aplicables en sus jurisdicciones en iguales términos.
- En las relaciones del Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP con los contratistas bajo la Ley N° 27.328 y otros sujetos de derecho privado se aplicará, subsidiariamente, el Código Civil y Comercial de la Nación. Las obligaciones y compromisos que asuman el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP y el Estado nacional con el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP no serán considerados deuda pública en los términos del título III de la Ley N° 24.156. Las designaciones y contrataciones de los organizadores, fiduciarios del Fideicomiso PPP y/o Fideicomisos Individuales PPP u otros agentes no estarán sujetas al régimen de contrataciones públicas y se regirán exclusivamente por el derecho privado. Asimismo, se faculta a las autoridades convocantes de los proyectos de participación público-privada a aprobar los contratos de fideicomiso que se constituyan para cada proyecto de participación público-privada y sus respectivas modificaciones.
- Modificaciones normativas varias:

⁶³ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, los contenidos de los informes anteriores con agregados.

⁶⁴ Modificado por el art. 65 de la Ley N° 27.467.



- o Incorpora el inc. h) al art. 14 y el inc. g) al art. 23 del <u>Decreto N° 976/01</u>.
- Sustituye el inc. c) del art. 2° y el inc. d) al art. 5° del <u>Decreto N° 902/12</u> (PRO.CRE.AR).
- Establece como beneficiario del Fondo Fiduciario para la Vivienda Social (art. 59 de la Ley N° 27.341), al Fideicomiso PPP y/o a los Fideicomisos Individuales PPP y a los contratistas bajo la Ley N° 27.328 para obras de construcción de viviendas y desarrollo integral de proyectos urbanísticos e inmobiliarios en todo el territorio nacional.
- Incorpora el inc. e) del art. 12 y el inc. f) del art. 20 del <u>Decreto N° 1381/01</u> (Infraestructura Hídrica).
- Determina que el Contrato PPP podrá disponer que:
 - Las obligaciones de pago representadas por los certificados, o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP sean autónomos, abstractos, negociables, irrevocables e incondicionales, no sujetos a deducciones, reducciones y/o compensaciones de cualquier índole en la proporción que se establezca en los pliegos de bases y condiciones y en la restante documentación contractual.
 - En cada Proyecto que los certificados, o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP sean condicionales quedando sujeto a las deducciones, reducciones y/o compensaciones que se establezca en los pliegos de bases y condiciones y en la restante documentación contractual.
- Crea el título valor denominado título valor fiduciario PPP, el que podrá ser emitido por el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP (para su oferta pública).
- Establece que las obligaciones de pago del Fideicomiso PPP y/o de los Fideicomisos Individuales PPP mencionadas en el artículo anterior no serán de aplicación directa, supletoria o analógica, el art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁵; y los arts. 7° y 10 de la Ley N° 23.928⁶⁶ y sus modificatorias. Es decir que, por un lado, sólo se podría liberar el Estado Nacional de sus obligaciones pactadas en moneda extranjera con el pago de dicha moneda (indirectamente, por intermedio de los Fideicomisos, es claro) y por el otro, las obligaciones asumidas en los Fideicomisos podrían estar sujetas a indexación.
- Dispone que la contraprestación por uso en estaciones de cobro a cargo del usuario deberá considerar el beneficio del usuario, de modo que su determinación contemple el valor económico medio del servicio ofrecido, representado por los beneficios o ahorros que signifique para el usuario mejoras en las obras y su estado de conservación y/o servicios. Estos valores podrán contemplar como factores de variación diferencias basadas en horarios, categorías de usuarios, el uso o el aprovechamiento o afectación de las obras o servicios entre otros. Asimismo podrá

⁶⁵ CCCN: **Art. 765.- Concepto.** La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

⁶⁶ Ley N° 23.928: **Art. 7º** — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto.

Art. 10 — Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.



- considerar la rentabilidad razonable del proyecto y la incidencia de la contraprestación pública otorgada.
- Incluye a los proyectos realizados en el marco de la Ley N° 27.328 podrán acceder al tratamiento tributario previsto en la Ley N° 26.360 (Tratamiento Fiscal Especial – Bienes de Obras de Infraestructura).
- Cuestiones tributarias varias (Impuesto a las Ganancias).

Corresponde agregar, por último, que por el <u>Decreto N° 153/18</u>, fue aprobada la reglamentación del Fideicomiso PPP, estableciendo, entre otras cuestiones relevantes, que:

- Se regirá por un Acuerdo y Reglamento Marco del Fideicomiso PPP al cual deberán adherirse las partes de los Fideicomisos Individuales PPP.
- Tendrá una <u>duración de 30 años</u>, contados a partir de la fecha de la celebración del contrato de fideicomiso. Durante dicho plazo, se podrán constituir Fideicomisos Individuales PPP, bajo su órbita.
- Designa al Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. ("BICE") como organizador y fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP.
- Los fiduciantes serán los Ministerios a cuya jurisdicción correspondieren los proyectos a ser desarrollados mediante contratos de PPP celebrados de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27.328, otros entes del sector público nacional que actúen en calidad de autoridad convocante en los términos de la referida ley y su reglamentación, así como todo otro ente u organismo competente para actuar como fiduciante en el marco de uno o más contratos de fideicomiso.
- Serán beneficiarios aquellas personas humanas o jurídicas titulares de los valores fiduciarios PPP, certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos Individuales PPP, así como todo otro ente u organismo que se determine en cada contrato de fideicomiso de acuerdo al proyecto.
- El patrimonio de los Fideicomisos Individuales PPP quedará irrevocablemente afectado a las obligaciones asumidas bajo cada contrato de Fideicomiso Individual PPP, suscripto en el marco de la Ley N° 27.328 y del art. 60 de la Ley N° 27.431.
- Toda controversia que pudiese surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación del contrato de Fideicomiso PPP, de los contratos de Fideicomisos Individuales PPP, del convenio de adhesión al fideicomiso, de los certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos Individuales PPP y/o de los contratos de cobertura recíproca, en tanto integrantes de la documentación contractual de cada proyecto a ser desarrollado mediante el contrato de participación público privada celebrado de conformidad con lo establecido por la Ley N° 27.328 y con lo previsto en el art. 60 de la Ley N° 27.431, podrán ser resueltos mediante arbitraje. En caso de optarse por un arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la Argentina, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados en forma expresa e indelegable por el PEN.
- Faculta a los Ministros o a la Autoridad Superior del ente que actuará como autoridad convocante, a suscribir, en su carácter de fiduciante, el contrato de Fideicomiso Individual PPP, así como a celebrar y emitir todos los actos jurídicos que fueren necesarios para la consecución del fin que se persigue.



- Instruye al BICE a que formule y suscriba el Acuerdo y Reglamento Marco del Fideicomiso PPP, así como a celebrar y emitir todos los actos jurídicos que fueren necesarios para la consecución del fin que se persigue.
- Establece que los compromisos contingentes contemplados en el art. 16 de la Ley N° 27.328⁶⁷ podrán instrumentarse mediante aportes contingentes del Estado Nacional comprometidos por las autoridades convocantes y entes contratantes, según corresponda.

En materia impositiva, se destaca el dictado del <u>Decreto N° 300/18</u>, como probable respuesta del Estado Nacional a los requerimientos informales de los inversores en general, y vinculados a la primera licitación de PPP por los corredores viales llevada adelante por la Dirección Nacional de Vialidad, en donde se estableció que:

- El componente de interés de los certificados, valores negociables de los certificados, títulos valores, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP, que emita el Fideicomiso Individual PPP que se constituya en virtud de lo previsto en el art. 60 de la Ley N° 27.431 para un proyecto de PPP, tendrá en el Impuesto al Valor Agregado el tratamiento previsto en el art. 74 de la Ley N° 27.431.68
- A los fines de la determinación del Impuesto a las Ganancias, los contratistas considerarán como costo computable de los certificados, títulos valores, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP, que emita el Fideicomiso Individual PPP, el valor nominal de dichos instrumentos, neto de su componente de interés que no haya sido devengado en función del tiempo según las disposiciones del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.
- Sustituye el art. 9° del <u>Decreto N° 153/18</u>.
- Encomienda al BANCO DE INVERSIÓN Y COMERCIO EXTERIOR S.A., en su carácter de fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP, a preparar los documentos de oferta (prospectos u otros documentos habituales) y sus suplementos y enmiendas; contratar agentes, suscribir acuerdos y otorgar indemnidades correspondientes a la información de los bienes fideicomitidos de cada Fideicomiso Individual PPP y a toda la información obrante en el correspondiente prospecto, respectivamente; integrar todo otro documento necesario para que los títulos valores fiduciarios PPP puedan negociarse y registrarse en mercados locales autorizados y en mercados internacionales y realizar todo otro acto que resulte conducente a fin de obtener la registración de los títulos valores fiduciarios PPP en dichos mercados.
- Las indemnidades que otorgue el fiduciario de cada Fideicomiso Individual PPP podrán ser incluidas como documentación contractual y sometidas a arbitraje local o internacional en los

⁶⁷ Ley N° 27.328: Art. 16. — En el caso que el contrato de participación público-privada comprometa recursos del presupuesto público, previo a la convocatoria a concurso o licitación deberá contarse con la autorización para comprometer ejercicios futuros prevista en el artículo 15 de la ley 24.156 y sus modificatorias, la que podrá ser otorgada en la respectiva ley de presupuesto general o en ley especial, siempre y cuando el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el sector público no financiero en los contratos de participación público-privada calculados a valor presente, no exceda el siete por ciento (7%) del producto bruto interno a precios corrientes del año anterior. Este límite podrá ser revisado anualmente, junto al tratamiento de la ley de presupuesto, teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país y el impacto de los compromisos sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas.

⁶⁸ Ley N° 27.431: Art. 74.- Las operaciones y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, compraventa, cambio, permuta, conversión, amortización, intereses, disposición, cancelaciones y demás resultados de los certificados, valores negociables, títulos valores —incluyendo los títulos valores fiduciarios PPP— o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP, emitidos por el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP, tendrán el mismo tratamiento impositivo que las obligaciones negociables que cumplan con los requisitos del artículo 36 de la ley 23.576 y sus modificatorias, no resultando de aplicación, de corresponder, el artículo 21 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.



- términos y con el alcance del art. 25 de la <u>Ley N° 27.328</u> y con cargo al Fideicomiso Individual PPP respectivo.
- Autoriza a los fiduciantes de los Fideicomisos Individuales PPP a otorgar los compromisos e indemnidades correspondientes a la información de los bienes fideicomitidos de cada Fideicomiso Individual PPP y a toda la información obrante en el correspondiente prospecto, respectivamente, a efecto de facilitar la colocación y negociación de los títulos valores fiduciarios PPP en los mercados locales autorizados y en los mercados y/o sistemas y ámbitos de negociación internacionales.

Por Decreto N° 301/18 se procedió a constituir la reserva de liquidez de Fideicomiso creado por el Decreto N° 976/01 (Tasa sobre Gasoil), en el 1,5 % del total del producido mensual de los impuestos establecidos en los Capítulos I y II del Título III de la Ley N° 23.966 (t.o. 1998) y sus modificatorias, con el objeto de cubrir distorsiones. Establece que: (i) los recursos integrados al citado Fideicomiso (art. 19, inc. f), serán distribuidos previa aplicación del descuento correspondiente a la reserva de liquidez: (a) 50% al SISTEMA VIAL INTEGRADO (SISVIAL); (b) 32,5% al SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE AUTO-MOTOR (SISTAU); (c) 17,5% al SISTEMA FERROVIARIO INTEGRADO (SIFER); (ii) los recursos integrados al Fideicomiso (art. 19, inc. g) serán distribuidos previa aplicación del descuento correspondiente a la reserva de liquidez: (a) 65%, al SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE AUTOMOTOR (SISTAU; (b) 35% al SISTEMA FERROVIARIO INTEGRADO (SIFER). Asimismo, se destina a partir del 1° de enero de 2020 la totalidad de los fondos con cargo al SISTEMA VIAL INTEGRADO (SISVIAL) al Fideicomiso Individual PPP que se constituya conforme lo previsto en el art. 60 de la Ley N° 27.431 para el Programa Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS) con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.



PPP Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS⁶⁹

Cuestiones generales

Como queda en alguna medida evidenciado del presente informe y del anterior, el sistema de garantías estatuido en la <u>Ley N° 27.328</u> y su reglamentación proponen una verdadera carta de triunfo (derecho) al futuro e interesado inversor.

El Estado parece transformarse casi en un verdadero espectador, en un río de capitales que espera desembocar —a modo de estuario— en la República Argentina. El desembarco esperado es producto de necesidades pasadas, presentes y futuras, con respuestas espásticas, desintegradas e inorgánicas, desde el Estado y fuera de él. Necesidades internas y externas, autogeneradas, heredadas o impuestas. No importa ello. Siempre necesidades y urgencias que marcan las fallas de agendas y diagnósticos errados sobre la realidad y sus circunstancias. Es improbable, recuerda Ross, que "el hombre tenga una conciencia innata de cuáles son los objetos adecuados para satisfacer una determinada necesidad. La urgencia es originariamente ciega, un esfuerzo que carece de meta."⁷⁰

En materia de inversión extranjera, si algo dejó expuesto la experiencia de los años noventa del pasado siglo fue que la apertura indiscriminada al capital extranjero sin una regulación transparente, precisa y clara al momento de ingreso de la inversión a nuestro país implica, al momento de generarse externalidades negativas —cualesquiera que sean las causas— una eventual responsabilidad del Estado Nacional para con ese inversor directo o indirecto (derivado), pero también el fracaso en la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos delegados transestructuralmente por ese mismo Estado.⁷¹

El camino recorrido luego de la crisis argentina de 2001/2002 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI"), la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") y en otros arbitrajes no institucionales tramitados bajo los Reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI")⁷² denota un sendero de penumbra en el que el riesgo político se ha caracterizado por una fuga jurisdiccional hacia fuera de nuestro país. Penumbra donde la soberanía y el Derecho interno del Estado, el estado de necesidad, la crisis económica, política y social, y la conducta de la contraparte privada, en muchos casos, no han sido suficientes argumentos ni

⁶⁹ Se reproduce, como cuestión meramente metodológica, los contenidos de los informes anteriores con agregados (Ver: DIANA, NICOLÁS, "El arbitraje en el Contrato de Participación Público-Privada," *LL* - Suplemento de Derecho Administrativo, septiembre 2017 − № 6, p. 1.)

⁷⁰ Ross, Alf (Carrió, Genaro, trad.), Sobre el derecho y la justicia, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 347.

⁷¹ Según BARRA esa delegación es la "que permite al ente privado tomar el lugar del sujeto público en la relación jurídica administrativa, lugar que este último hubiera ocupado de no mediar tal delegación transestructural. De esta manera, en el marco de la delegación y en lo que resulte esencial para el cumplimiento del cometido público delegado, la relación jurídica entablada por estos entes (que, insisto, siguen siendo privados) estará regida por el Derecho Administrativo, salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídico-privada del ente (v. gr., normas sobre competencia; estabilidad de su personal; relación jerárquica con otra persona u órgano estatal, etcétera)". (BARRA, RODOLFO C., "Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública," *LL*, 1982-D, 356; *Principios de Derecho Administrativo*, p. 246.)

⁷² Más de cincuenta, para ser exactos. En el CIADI, solamente, se encuentran registrados 54 casos contra la Argentina, 41 de ellos concluidos y sólo 13 aún pendientes a la fecha (https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx). Se ha sostenido que: "El sistema actual de arbitraje internacional es consecuencia de los cambios producidos entre las décadas de los cincuenta y los sesenta del pasado siglo. Luego de fracasar los intentos por crear instrumentos multilaterales de protección de inversiones, se optó por acudir a instrumentos bilaterales, orientados a promover y proteger las inversiones recíprocas. Tal fue el origen, en 1959, de los TBIs. Poco después, en 1965, se suscribió la Convención CIADI, por medio de la cual se creó un centro institucional especializado en administrar mecanismos de solución de disputas Estado-inversor, como el arbitraje" (HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, "El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones", *Revista de Derecho Público*, Año 25, N° 50, Montevideo, diciembre 2016, p. 149).



alicientes para que los tribunales *ad hoc* que han tenido intervención contemplaran, por ejemplo, que los contratos que se oponen a una política pública no son ejecutorios⁷³ en el plano nacional e internacional.

En la Argentina, no obstante, se confunden y potencian los riesgos (que poseen una cierta base de evidencia objetiva) con las incertidumbres (que responden a una base más intuitiva e imprecisa), y su mezcla nos coloca en una propensión marginal a que las cosas (proyectos, políticas, decisiones) no produzcan los resultados esperados (según el estado de cosas deseable, por ejemplo, por el legislador). La percepción (y aceptación) de las incertidumbres depende como sociedad, necesariamente, del reconocimiento de intereses (diferenciales y comunes) y necesidades fundamentales (no ordenadas) por los ciudadanos considerados como seres libres e iguales⁷⁴, en una deliberación donde los intereses particulares no han sabido encauzarse, para el caso argentino, en la gruesa vena del río.

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en 2014 y vigente desde agosto de 2015, no regula el arbitraje público ni tampoco se ocupa del arbitraje de inversión ni el comercial internacional. A ello se suma que, a nivel federal, el juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Libro VI, artículo 736 y ss.) y, en general, en los códigos procesales provinciales.

En el orden nacional fue sancionada en fecha reciente la Ley N° 27.449,⁷⁵ la Ley de Arbitraje Comercial Internacional que implementó, con algunas variantes, domésticamente la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985, con las enmiendas de 2006⁷⁶; encontrándose en trámite un proyecto de ley paralelo y complementario que modifica el Capítulo de Contrato de Arbitraje en el Código Civil y Comercial, morigerando el alcance del orden público en el arbitraje comercial, entre otros aspectos.⁷⁷

Ambos textos propuestos por el PEN se motivaron en una iniciativa canalizada a través del "Programa Justicia 2020". En el marco de las discusiones previas de dicho Programa, la coordinadora de la iniciativa AGUSTINA DÍAZ CORDERO sostuvo en algunas de las reuniones que la adopción de la Ley Modelo CNUDMI "constituye una herramienta fundamental para atraer inversiones extranjeras", agregando que "en Latinoamérica, Argentina es el único país que aún no ha adoptado la Ley Modelo. Uruguay ha elevado recientemente el proyecto al Senado. El mercado global exige un derecho con cada vez mayor tendencia a la uniformidad." La Ley de Arbitraje Comercial Internacional sancionada se constituiría, así, como una garantía adicional para los inversores. La importancia relativa de tales proyectos se potencia con lo normado en la Ley N° 27.328 como ley especial frente al texto vigente del Código Civil y Comercial de la Nación, como válvulas de escape al Derecho Administrativo.

La desconfianza del inversor extranjero frente a los tribunales nacionales (patrimonio no únicamente argentino, aclaramos) motivada por nuestra aversión a la justicia y el descrédito instalado en el imaginario colectivo (a veces no tan imaginario)⁷⁹ respecto al rol de nuestros jueces, su independencia e imparcialidad, decanta en la figura del arbitraje como una garantía adicional de la carta de triunfo (en la

⁷³ Cfr. Posner, Richard A., op. cit., p. 108.

⁷⁴ Cfr. Rawls, John (DE Francisco, Andrés, trad.), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, ps. 148-149.

⁷⁵ B.O. 26/07/16.

⁷⁶ EXP-PE N° 228/16, iniciado el 01/11/16.

⁷⁷ EXP-PE N° 13/17, iniciado el 03/03/17.

 $[\]frac{^{78}}{\text{https://www.justicia2020.gob.ar/se-encuentra-disponible-anteproyecto-ley-arbitraje-comercial-internacional/of the properties of the properties$

⁷⁹ Cfr. Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino,* 3ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2005.



fuga al Derecho argentino en general y al Derecho Administrativo en particular), en la sustracción a la competencia de los órganos judiciales nacionales.⁸⁰

En esa sustracción de competencias público-privadas, el arbitraje se ha consagrado como el principal método privado de resolución de las controversias comerciales internacionales, en el que las partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales.

La práctica del arbitraje se desarrolla en todo el mundo, sin banderas nacionales "ni otros símbolos de autoridad. No existen ujieres, peluquines ni togas; se trata sencillamente de un grupo de personas sentadas en torno de una mesa en una sala alquilada para la ocasión"⁸¹. Alquiler y ocasión (oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo)⁸² parecieran ser aspectos que denotan el carácter transitorio y no definitivo de la facultad otorgada a terceros ajenos al Estado para dirimir un conflicto o controversia entre dos o más partes.

Cuando "personas sinceras y buenas difieren, nos inclinamos a pensar que aceptan algún procedimiento para decidir sus diferencias, algún procedimiento que consideran confiable o justo."⁸³ El arbitraje parecería ser, a la luz del inversor extranjero, este procedimiento —en principio— confiable y justo, no necesariamente menos oneroso ni rápido, que el proceso judicial.

El Grupo Banco Mundial (World Bank Group) informa para los inversores extranjeros, en su página oficial vinculada a la figura del PPP, los distintos sistemas de resolución de disputas disponibles, la importancia de entender qué formas de reparación legal están disponibles para las distintas partes involucradas en un proyecto de infraestructura. Se refiere, así, que: "Los inversionistas extranjeros estarán generalmente nerviosos sobre confiar en un sistema legal que no entienden y/o saben [...] El sistema judicial de un país puede ser ineficiente y lento, con la posibilidad de retrasar el proyecto ampliamente. El sistema judicial puede ser costoso y corrupto [...] El Poder Judicial tampoco puede ser considerado como suficientemente independiente del gobierno para hacer que el operador privado se sienta cómodo de que se dispondrá de una reparación justa. ¿Puede haber una ley administrativa y un tribunal administrativo para tratar las disputas con entidades gubernamentales?". Agregando que: "El arbitraje tiene ciertas ventajas sobre los tribunales: Las partes eligen su tribunal; El arbitraje puede ofrecer una mayor garantía de una decisión justa y competente, con la participación de árbitros con la experiencia adecuada; Las partes pueden nombrar personas con competencias específicas apropiadas, incluidos expertos que no sean abogados; Los procedimientos de arbitraje pueden ser más flexibles [...] A menudo se puede llegar a una decisión final más rápidamente porque el derecho a apelar puede ser más limitado que el derecho a apelar la decisión de un juez".

El organismo multilateral también expresa que, en algunos países, "los tribunales pueden ser capaces de anular o negar la ejecución de un laudo arbitral extranjero. La aplicación de las decisiones arbitrales extranjeras es requerida por la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que 137 países han firmado. Por lo tanto, es importante comprobar si el país anfitrión es signatario de la Convención antes de considerar el arbitraje. Si no es así, habrá que

⁸⁰ Cfr. Feldestein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe M., El arbitraje, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 12.

⁸¹ REDFERN, ALAN, HUNTER, MARTIN, BLACKABY, NIGEL, PARTSIDES, CONSTANTINE (MARIGO, NOIANA Y OSSA, FELIPE, rev. y adap.), Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 59.

⁸² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 23ª ed.: http://dle.rae.es/?id=QqZOPdq.

⁸³ NOZICK, ROBERT (TAMAYO Y SALMERÓN, ROLANDO -trad.-), Anarquía, Estado y utopía, México, FCE, 2012, p. 103.



considerar si existe una ley de arbitraje que proporcione protecciones similares. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución líder en la solución de disputas de inversión entre inversionistas y Estados. 153 Estados se convierten en miembros del CIADI al ratificar la convención del CIADI. Los Estados Miembros tienen acceso a los servicios del CIADI y deben acordar hacer cumplir las decisiones del CIADI. Los Estados también han acordado que el CIADI constituya un foro para la solución de controversias inversionista-Estado por ley o por contrato, o mediante tratados bilaterales y multilaterales de inversión..."84.

La vida de un contrato, sobre todo a mediano o largo término, no está libre a existencia de conflictos, dudas, desavenencias, que hacen a su interpretación, alcance, contenido y cumplimiento e incumplimiento, derechos y obligaciones. La ventaja comparativa del arbitraje frente a la vía judicial respondería, según se ha dicho, a dos razones principales: (a) la posibilidad de las partes de elegir una jurisdicción y un tribunal *neutrales*, y (b) la posibilidad de ejecutar una decisión (laudo) contra la parte vencida no solamente en el lugar de su dictado, sino también en el ámbito internacional (v. gr. en todos los países que hayan ratificado, por ejemplo, la Convención de Nueva York de 1958, entre otros tratados internacionales)⁸⁵.

Pero, "no todo es un lecho de rosas", ya que se ha observado al arbitraje, por: los costos, las facultades restringidas de los árbitros, la existencia de laudos contradictorios, entre otros puntos críticos.⁸⁶

Un aspecto emergente frente al PPP y los compromisos internacionales en materia de inversión asumidos por los Estados, es su interpretación frente a las denominadas "cláusulas paraguas", en cuanto incluyen como materia de tutela internacional no sólo obligaciones o compromisos contractuales, sino también legales y regulatorias y su violación se traduce, en principio, en responsabilidad internacional del Estado.⁸⁷ Otra cuestión adicional es la atinente a la ejecución judicial de laudos dictados por tribunales arbitrales al amparo de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y del Convenio CIADI.⁸⁸

La jurisprudencia nacional ha señalado que: "de las normas continentes en el Convenio citado, surge que, en principio, un laudo dictado conforme el procedimiento CIADI, no requiere del trámite del exequátur para ser ejecutado. Por ende, al haberse adherido la República Argentina a dicho convenio, hizo renuncia al procedimiento de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos que emitiera un tribunal de arbitraje constituido bajo las reglas de CIADI. Ello, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de ejercer prudentemente sus atribuciones, efectuando incluso, un control de la posible afectación de principios de orden público. En efecto, la Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411). En este último sentido, se señaló que a dicho principio 'debe

⁸⁴ https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/dispute-resolution.

Traducción libre, el original está en inglés.

⁸⁵ REDFERN, A. et al, op. cit., p. 85, 1-41. La República Argentina ratificó dicha convención por Ley 23.619 (1989). Ver también: TAWIL, GUIDO S. Y ZULETA, EDUARDO (dirs.), El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

⁸⁶ REDFERN, A. *et al*, op. cit., p. 87, 1-45.

⁸⁷ Cfr. "Sempra Energy v. Argentina" (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Jurisdicción, 11/05/05, ¶101; "LG&E v. Argentina" (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad, 03/10/06, ¶175. En contra de tal identificación: "El Paso Energy International Company v. Argentina" (Caso CIADI No. ARB/03/15), Decisión sobre Jurisdicción, 27/04/06, ¶81; "Joy Mining Machinery Limited v. Egipto" (Caso CIADI No. ARB/03/11), Decisión sobre Jurisdicción, ¶81.

⁸⁸ Aprobado por Ley 24.353 (1994).



conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en una sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (Fallos: 319:2411, considerando 5°)".89

Esta decisión no es menor, por cuanto ha sido la primera en la que un tribunal argentino ha tenido que resolver sobre el carácter autoejecutorio de un laudo CIADI y la innecesariedad de un *exequatur* para su ejecución nacional, a la luz de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI.⁹⁰

En lo que respecta al PPP, como una excepción a lo normado en el propio Código Civil y Comercial, la Ley N° 27.328 establece en su art. 11 que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en los pliegos y el contrato, supletoriamente se aplicarán sus normas. Recordamos que los arts. 1764 y 1765 del citado Código disponen que las disposiciones de su Capítulo 1 - Título V ("Responsabilidad Civil") no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, y que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda. A su vez, el art. 10 de la Ley N° 26.944, establece que "la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria..."91.

Pese a tales restricciones normativas, se ha indicado que el deber de prevención del daño (agregamos, sea de carácter contractual o extracontractual, por su actividad lícita o ilícita) traduce un principio general del derecho y constituye una derivación "de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados—". Exigibilidad que podrá ser invocada, en tanto corresponda, respecto al Estado, sus entes y funcionarios⁹². Este es un punto interesante, en cuanto al alcance y régimen aplicable en la Argentina, a la responsabilidad de la parte "pública" del PPP y eventuales incumplimientos, sea como "socio" o "soberano", en el ejercicio de prerrogativas públicas.

La diferenciación no es menor, sobre todo, frente a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley N° 27.328, en cuanto establece que: "Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable

⁸⁹ C. NAC. COM., SALA A, "CCI - COMPAÑIA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. S/PEDIDO DE QUIEBRA POR REPÚBLICA DE PERÚ)", 18/08/15; CON CITA DEL ARTÍCULO 517 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ARTÍCULO 2600 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; FALLOS, 336:503; 337:133; UZAL, MARIA ELSA, "BREVE PANORAMA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN ARGENTINA", JA, 04/03/15.

⁹⁰ Vale mencionar, al igual que lo hace el fallo de la Sala A, que no se requiere el *exequatur* a las sentencias emergentes de disputas en materia de inversión (BIT + CIADI), probablemente en la línea de ideas que no las consideraría "sentencias extranjeras" sino "sentencias internacionales", en tanto dictadas dentro de un marco de arbitraje al que se arriba en función de una convención internacional activada por un tratado bilateral entre Estados soberanos a los que se les aplica el principio *pacta sunt servanda* (conf. Rosatti, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", *LL*, 2003-F-1283). En síntesis, bastaría así "para su reconocimiento y ejecución la presentación de una copia certificada de él ante el tribunal o autoridad competente que cada Estado contratante designe a ese propósito" (TAWIL, GUIDO, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", *LL*, 2000-D, 1106). No obstante ello, la aplicación de tales normas, exige también considerar por el operador jurídico lo normado en el artículo 55, en cuanto dispone que: "Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero".

⁹¹ DIANA, NICOLÁS, "Cuestiones generales sobre el Contrato de Participación Público Privada," LL, 2017-B.

⁹² TAWIL, GUIDO, "Exigibilidad frente al estado del deber de prevención del daño," LL, 2015-F, 482.



por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación". Dicha norma no excluye que el arbitraje sea en el exterior y es probable que ello se verifique ante la presencia de empresas extranjeras. La experiencia en el derecho comparado y el comunitario lleva a la recepción de procedimientos de solución de controversias que habiliten una conciliación y negociación amistosa entre las partes, no excluyendo –más allá del arbitraje— su judicialización cuando así lo habiliten las normas legales o contractuales.⁹³

En su momento se había expresado, frente al proyecto que devino en la actual Ley 27.328, que: "... en el contrato o en los pliegos se podrá optar sobre si las disputas serán resueltas ante los tribunales de justicia competentes de la Argentina, o a través de un proceso arbitral. Ahora bien, de inclinarse por la segunda opción, el proyecto dispone que solamente podrán interponerse contra el laudo el recurso de nulidad o el de aclaratoria y que el primero podrá interponerse solamente cuando se haya violado el debido proceso adjetivo en el curso del procedimiento arbitral, excluyéndose expresamente la aplicación del tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación. Estas disposiciones tuvieron por objeto evitar que, respecto de los contratos de PPP, sea aplicable la deficiente regulación que incorporó para el arbitraje el Código Civil y Comercial, particularmente la vinculada a la amplitud del control judicial sobre el arbitraje. Respecto de este último punto, también es importante que en el futuro la Corte Suprema de Justicia de la Nación respete la voluntad legislativa... y consecuentemente, el Máximo Tribunal se abstenga luego de pretender efectuar controles más extensos de los que el legislador le ha encomendado."94

Debe señalarse, sin embargo, como corolario al llamado a la abstinencia judicial postulada, que el control de constitucionalidad de las normas y la función de impartir justicia no surge de la ley, sino de la Constitución. La ventaja, acierto o desacierto de una medida legislativa escapa a ese control, "pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial"⁹⁵. Esto, porque la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera⁹⁶. La deficiencia de la regulación pasada, presente o futura no marcaría sino la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, la que en principio no se presume⁹⁷.

⁹³ Para el caso europeo, se ha señalado que: "Formal dispute resolution procedures for the efficient and cost effective determination of issues arising during the contract should be put in place as an alternative to legal procedures. The contract manager must endeavour to resolve matters in dialogue and discussion wherever possible. Where this fails and more formal dispute resolution procedures are invoked (such as conciliation, arbitration and litigation), the contract manager should have comprehensive records of all relevant issues and be capable of giving evidence and generally supporting the Contracting Authority throughout the process" (Comisión Europea, "Guidelines for successful public – private partnerships", marzo 2003, p. 94, publicado en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.)

⁹⁴ Azzarri, Juan Cruz y Vega Olmos, Jimena, op. cit.

⁹⁵ Cfr. Fallos, 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032, y 330:3109, entre otros.

⁹⁶ Cfr. Fallos, 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416.

⁹⁷ Cfr. Fallos, 315:1922; 321:2021 y 2453; 322:2189; 329:4007, entre otros.



La problemática en los supuestos de elección de vías podrá implicar la coexistencia de distintos mecanismos contractuales y legales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, de solución de controversias, al amparo incluso de normas bilaterales de protección de inversiones (BIT).⁹⁸

De ese modo, previo al sometimiento de un reclamo local o arbitral en el marco del PPP, el inversor (extranjero) deberá considerar una eventual admisibilidad de un futuro reclamo internacional⁹⁹ a la luz del inicio de otras acciones con base idéntica a la de un eventual arbitraje de inversión bajo la cláusula de solución de controversias de un BIT.¹⁰⁰

Se tiene dicho que la pérdida "de la jurisdicción arbitral en los casos de existencia de procedimientos ante la jurisdicción local dependerá del criterio seguido por el tribunal arbitral interviniente en la medida en que, para que se produzca la referida superposición, se requiere —en principio— que se trate de la misma controversia, entre idénticas partes. En general, se ha sostenido que en caso de duda respecto a la existencia de tal superposición el conflicto debe ser resuelto en favor de la admisión de la jurisdicción arbitral habida cuenta de que, en razón de los beneficios que ella confiere a los inversores, no puede presumirse con ligereza la renuncia voluntaria del inversor a ella." Principio cardinal, este último, reconocido en el art. 948 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el sentido que "la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva."

La intervención de los tribunales locales, una vez que han decidido una cuestión determinada, es definitiva e irrevocable¹⁰² —salvo que pueda acreditarse una denegación de justicia¹⁰³—. Deberá sopesarse, en cada caso particular, la existencia de identidad de partes, derecho y objeto; si la acción local, por caso, no tuvo carácter meramente defensivo¹⁰⁴ y fue consecuencia de una decisión completamente libre y no forzada por el propio ordenamiento jurídico para evitar la pérdida de un derecho¹⁰⁵.

Los reclamos de carácter contractual derivados de un PPP no tienen las mismas causas de acción que los reclamos fundados en un BIT¹⁰⁶, debiéndose también considerar el inicio de procesos (judiciales-arbitrales) paralelos, alternativos y/o simultáneos, fundados en los mismos hechos o circunstancias, aunque las reglas sustantivas aplicables puedan ser diferentes y elegidas según la conveniencia del inversor (forum shopping)¹⁰⁷.

⁹⁸ Al respecto, ver entre otros: ROBINSON, J. MICHAEL, Q.C., "ICSID Cases on Its Jurisdiction: A Serious Problem for Public/Private Partnerships for Infrastructure in Developing Countries", *International Business Lawyer*, diciembre 2004, p. 263 y ss.; Seungwoo, Son, *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, junio 2012, publicado en: https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704 Report on PPP legal IssuesSon Seungwoover.11.pdf.

⁹⁹ Ver: SAE YOUN, KIM Y TAEJOON, AHN, "Investment arbitration and parallel proceedings", *The Investment Treaty Arbitration Review*, 2° ed., Londres, Law Business Research, 2017, ps. 78-89.

¹⁰⁰ Como aproximación actual, ver: RUFF, DEBORAH Y TAN, TREVOR, "Fork-in-the-Road clauses. Divergent paths in recent decisions", *International Arbitration Report*, Norton Rose Fulbright, 2015, Issue N° 5, ps. 12-14.

¹⁰¹ TAWIL, GUIDO, "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezini", *LL*, 2003-A, 914.

¹⁰² Ver Schreuer, Christoph, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment* & *Trade*, 2004, p. 239.

¹⁰³ Cfr. "Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania" (Caso CIADI No. ARB/07/21), Laudo, 30/07/09, p. 61 a 63 y 67 a 68, y sus referencias.

¹⁰⁴ Cfr. "Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina" (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14/01/04, ¶98.

¹⁰⁵ Cfr. "Occidental v. Ecuador" (Caso No. UN3467), LCIA, Laudo, 01/07/04, p. 60 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. "Toto Costuzioni Generali S.P.A. v. Republic of Lebanon" (Caso CIADI No. ARB/07/12), Decisión sobre Jurisdicción, 11/09/09, p. 217.

¹⁰⁷ Ver: GAUKRODGER, DAVID Y GORDON, KATHRYN, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", en *OECD Working Papers on International Investment*, marzo 2012, p. 51 y ss., publicado en: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012 3.pdf.



En defensa sobre su operatividad, se ha postulado que las cláusulas de *forum shopping* constituyen una protección adicional para los inversores frente al riesgo de que Estados o grupos de Estados puedan *capturar* un foro en particular¹⁰⁸.

Esta protección o blindaje jurisdiccional, incluso entre mecanismos de resolución de controversias de distintos BIT, se encontraría abarcada en la Cláusula de Nación más Favorecida (MFN).

En el recordado caso "Maffezini" 109, un tribunal CIADI tuvo para sí que el arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias "han reemplazado prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo." 110

Si un tratado con un tercer Estado, "contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio **ejusdem generis**¹¹¹. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio"¹¹².

La aplicación de la cláusula MFN tendría, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública, a saber: (1) Si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia; (2) Si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada "bifurcación del camino", esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, y la estipulación es imperativa; (3) Si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje; y (4) Si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes.

¹⁰⁸ GAUKRODGER, D. YGORDON, K., op. cit., p. 52.

¹⁰⁹ Cfr. "Maffezini, Emilio Agustín v. Reino de España" (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción, 25/01/00.

¹¹⁰ Cfr. "Maffezini...", op. cit., p. 55.

¹¹¹ Del mismo tipo, clase o género.

¹¹² Cfr. "Maffezini...", op. cit., p. 56.



En cualquier caso, siempre debe "quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra." ¹¹³

Dentro de este verdadero *menú* o *catálogo* de foros disponibles para el sujeto privado en el marco de un PPP, hemos adelantado que el Capítulo VII de la N° Ley 27.328, en sus arts. 25 a 27, regula la "Solución de Controversias". Entre otras cosas, se autoriza allí la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y arbitraje, y establece en el artículo 26 que contra laudos arbitrales definitivos cuya sede sea la República Argentina sólo podrán interponerse los recursos del art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo dar "lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente. En ningún caso será de aplicación a dichos laudos el tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación."¹¹⁴

Ante dicha solución normativa, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable."¹¹⁵

Este criterio jurisprudencial, criticado mayormente por la doctrina vernácula¹¹⁶, ha sido morigerado en decisiones posteriores del Máximo Tribunal en lo que respecta a arbitrajes comerciales¹¹⁷. La Ley N° 27.328 estatuye una situación jurídica que innova ya no en la posibilidad cierta de arbitrar ciertas cuestiones contractuales y renunciar, en el compromiso arbitral a la interposición de ciertos recursos judiciales ordinarios contra un eventual laudo desfavorable. El nuevo régimen legal (PPP) con vocación de abstracción, generalidad y permanencia, recepta así dicha "renuncia" a nivel normativo y no contractual, elevando el grado de tutela de contractual a garantía procesal.

Sin entrar en el análisis casuístico de la extensión en la revisión de los laudos, la aplicación de la doctrina "Cartellone" aun por ultraactividad, luego de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es un aspecto a tener en cuenta en razón del régimen jurídico en comentario.

Se han señalado como notas relevantes de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 118/17, que la designación de uno o tres árbitros de derecho es similar al procedimiento normado en la Ley Modelo CNUDMI, destacándose como obligación de las partes, que reconozcan en el contrato PPP: "1. que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los

¹¹³ Cfr. "Maffezini...", op. cit., p. 63.

¹¹⁴ El tercer párrafo del artículo 1656, establece que: "Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico".

¹¹⁵ Fallos, 327:1881 (2004, *in re* "Cartellone") con cita de Fallos, 292:223.

¹¹⁶ Por todos ver: ROTHENBERG, MÓNICA, "La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación," *RCCyC 2016* (junio), p. 27 y ss.

¹¹⁷ Nos referimos a: Fallos, 329:3399 (2006) y 331:422 (2008).



árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

Esta solución no solo es coincidente con el Modelo UNCITRAL que marca el principio de la independencia del arbitraje ante la invalidez del contrato, sino que además coincide con lo estipulado en el CyCCN: 1653; 118 y 2. que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. El texto de este punto es idéntico al estipulado en el CCyCN: 1654¹¹⁹. Se fijan así los principios de 'Kompetenz-Kompetenz' (los árbitros pueden resolver sobre su propia competencia y las demás cuestiones establecidas en el mismo) y el principio de preservación de la jurisdicción arbitral" 120 (el énfasis está en el original).

Otro aspecto relevante, desde el plano del Derecho Administrativo, es que se establece residual y expresamente que en caso de no constituirse un Panel Técnico ni haberse pactado Arbitraje, resultarán aplicables las vías de impugnación previstas en el Decreto Ley 19.549/72 y su reglamentación, de corresponder y en los términos allí previstos. Hubiera sido por demás útil, para el operador jurídico, el Estado y la futura contraparte privada, haber aclarado con mayor precisión cuando serán aplicables las vías de impugnación allí normadas, máxime cuando se traten de reclamos de naturaleza contractual, donde la vía recursiva no es la idónea para el reconocimiento de la pretensión ni es intercambiable¹²¹.

A su vez, en caso de no haberse constituido un Panel Técnico y haberse pactado Arbitraje, las vías de impugnación previstas en la última norma mencionada y su reglamentación serán opcionales para el Contratista PPP, de corresponder y en los términos allí previstos. En este último supuesto, cualquier controversia podrá ser sometida directamente al Tribunal Arbitral, importando tal sometimiento el desistimiento de las impugnaciones administrativas que hubiese optado por deducir el Contratista PPP, pero sin que ello implique reconocimiento alguno o pérdida de derechos para este.

La experiencia en el Derecho comparado frente a los *Dispute Resolution Boards* ha sido dispar. En particular y sin abrir juicio de valor, para el caso chileno se ha postulado que si bien la introducción de dicha figura "resulta altamente auspiciosa, resulta necesario plantearse la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley y los respectivos contratos. Ello apela a la consagración de una vía contencioso administrativa para la solución oportuna de los conflictos con la administración del Estado.

¹¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1653: "Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones".

¹¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1654: "Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia".

¹²⁰ BUSTINGORRY, RODRIGO, "Arbitraje en Argentina en contratos público-privados", CIAR Global, 03/03/17,

 $[\]underline{\text{http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/.}}$

¹²¹ Al respecto, ver: KODELIA, GONZALO S., "Recursos y reclamos: ¿quién es quién en el procedimiento administrativo?", SJA, 2012/07/18-3, JA, 2012-III-1418.



Esta jurisdicción constituye una deuda pendiente que al siglo XXI resulta difícil de explicar su inexistencia." 122

La deuda del legislador argentino hacia el Derecho Público se agrava en este punto por la imposibilidad política —desinterés, más bien— a lo largo de todo el siglo XX y estos casi primeros veinte años del siglo XXI, en la regulación orgánica del proceso judicial en el que el Estado Nacional es parte (actora o demandada), con autonomía de la materia y el derecho aplicable.

Desde la doctrina nacional, se comparte el desafío actual "del Derecho Administrativo global: La construcción de un orden jurídico mundial equilibrado que integre la diversidad de los pueblos y no que imponga la uniformización de ciertos valores unilaterales. Hasta ahora, las relaciones de poder imperantes son perpetuadas por sus operadores mediante la homogeneización de los marcos jurídicos, institucionales, políticos, sociales, etc., y mediante la universalización de determinados valores. La libertad, a nivel global, pasa precisamente por la autodeterminación y diversidad de los pueblos, sin que tengan que renunciar a las mismas para lograr un nivel razonable de desarrollo." Desafío por demás vigente.

Será difícil apelar a una vía contencioso-administrativa en el ámbito federal que pueda superar el valladar de los prejuicios del inversor hacia la jurisdicción nacional, sea por los tiempos, costos y alcance de las decisiones judiciales en materia de interpretación sobre derechos y obligaciones contractuales surgidos al amparo del régimen de PPP. El arbitraje se constituye así en una alternativa que disminuye cierto margen de riesgos e incertidumbres instalados en el imaginario colectivo y del inversor.

A esos prejuicios deben también tenerse presente las asimetrías generadas en arbitrajes de inversión para con los Estados demandados y que no se ajustarían a procesos en paridad de igualdad de armas, cuando se reivindica el arbitraje no ya como vía de solución de disputas legales, sino más bien como una herramienta de presión ante la crisis en la relación inversionista-Estado. 124 Herramienta de presión donde la figura del PPP intenta desechar la peligrosidad del contrato administrativo para la contraparte privada. Se ha señalado, tiempo atrás, en una idea que se mantiene por demás vigente, que no hay "en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista, lo que tampoco se traduce en tutela del usuario y del consumidor" en una mutación del contrato administrativo. 125 Nuevamente y como acaece cíclicamente en la historia argentina, la mutación ha inclinado la balanza para el otro lado. 126

En esa balanza desequilibrada, "un enfoque del Derecho Administrativo global que acentúe la legalidad y se enfoque en la revisión como un medio de control por los actores centrales sobre agencias y actores subordinados o periféricos, es adaptable a diversos enfoques del orden internacional, y puede satisfacer así una variedad amplia de formas de administración global. Cabe en formas institucionales muy densas de administración internacional sobre una base cosmopolita, así como en formas de cooperación cercana en órdenes solidaristas —es decir, entre los Estados que comparten un sistema fuerte de valores comunes—. Pero tiene una función importante también en los sistemas pluralistas, en los cuales las

¹²² CAMACHO CÉPEDA, GLADYS, "La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410", *Derecho Público Iberoamericano*, N°4, abril 2014, p. 162.

¹²³ BONINA, NICOLÁS, "'Sempra'. Apuntes para redefinir el derecho administrativo global", *LL*, 2010-E, p. 344.

¹²⁴ QUEINNEC, YANN, "Public Private Partnerships and Water Multinationals practices", Paris, Sherpa, 2006, p. 36, disponible en: https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/PPP-and-Water.pdf.

¹²⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, "La mutación del contrato administrativo", en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, ps. 835-8.

¹²⁶ Ver Nino, Ezequiel, "Inversiones extranjeras en países en desarrollo: Alguien debería intervenir a nivel global?", RPA, 2007-3:123.



instituciones administrativas comunes son meramente tenidas en cuenta para solucionar problemas de colaboración o coordinación."¹²⁷ Sin que ello derive en la evaporación del Derecho doméstico, ¹²⁸ herramienta socialmente útil, defectuosa, pero herramienta al fin.

Dando por aceptada la existencia de una tensión de tres partes desiguales (Estado-Inversor-Ciudadano), "mucho antes de ahora se ha efectuado la vinculación entre fines sociales de un estado Social de Derecho y racionalidad económica, concluyendo que la finalidad de conseguir los más elevados fines sociales no puede carecer de racionalidad económica, que no por perseguirse fines sociales puede dilapidarse el dinero público." 129

En esa tensión, evidentemente, el arbitraje (comercial, de inversión, doméstico e internacional) es un mecanismo de solución de controversias, no el único, donde los intereses futuros en pugna encontrarán una vía de composición frente al fracaso del Derecho que implica todo conflicto legal.

Así, difundida la primera versión de este segundo informe, fue publicado en 13-04-18 el Decreto N° 300/18), por el que se aprobó la inclusión en el Contrato de PPP que se suscribirá entre la Dirección Nacional de Vialidad y quienes resulten adjudicatarios en el marco de la Licitación Pública Nacional e Internacional convocada por la Resolución N° 147/18, en el Acuerdo y Reglamento de Fideicomiso Marco PPP Ley N° 27.431, el Contrato de Fideicomiso Individual PPP RARS, el Convenio de Adhesión al Contrato de Fideicomiso PPP RARS, los TPIs y los TPDs que emitirá el Fideicomiso Individual PPP RARS y el Contrato de Cobertura Recíproca, de cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales extranjeros con sede en un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), en los casos en que los contratistas del proyecto de participación público-privada tengan accionistas extranjeros, con el porcentaje mínimo que se establezca en los pliegos de cada proyecto, o en los casos que el o los beneficiarios del Fideicomiso Individual PPP RARS sean residentes en el exterior.

Dicha prórroga de jurisdicción, siguiendo el criterio aplicado pacíficamente por el Estado Nacional en otros casos¹³⁰ y la interpretación otorgada por la Procuración del Tesoro de la Nación,¹³¹ no implica renuncia alguna de nuestro país con relación a la ejecución de los bienes que se detallan a continuación:

¹²⁷ KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NICO, STEWART, RICHARD B., "El Surgimiento del Derecho Administrativo Global", Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, marzo 2010, p. 24.

¹²⁸ BARRAGUIRRE, JORGE A. (h), "Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del derecho doméstico?", RPA, 2007-3:107.

¹²⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", RPA, 2009-1:71.

¹³⁰ Ver, de fecha reciente, el Decreto N°<u>334/17</u>

¹³¹ A su entender, si bien el art. 116 de la Constitución Nacional atribuye a la Corte Suprema y los tribunales inferiores competencia en razón de la materia en los casos en que la Nación sea parte, la competencia es prorrogable en razón de las personas involucradas, esto es, el Estado Federal y los Órganos del Estado. La posibilidad de que el Estado Argentino someta eventuales controversias a tribunales extranjeros es jurídicamente viable, en la medida en que (y sólo si) tales supuestos tuviesen notas específicas que justifiquen hacer excepción a aquella jurisdicción. Por otra parte, si bien quienes dirigen las negociaciones de la República no deben acceder a semejantes cláusulas sino en caso de excepcional importancia y de absoluta necesidad, en sucesivas ocasiones han sido autorizadas prórrogas de jurisdicción en supuestos de colocación de títulos públicos con el objeto de llevar a cabo el arreglo de la deuda externa (Const. Nacional, art. 75, inc. 7) respecto de personas físicas o jurídicas sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago era exigible fuera de su territorio (v. Dictámenes 207:456; 223:115, 224:87, 229:164 248:452 y 251:652).



- (a) Cualquier reserva del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA;
- (b) Cualquier bien perteneciente al dominio público localizado en el territorio de la REPÚBLICA ARGEN-TINA, incluyendo los comprendidos por los arts. 234 y 235 del <u>Código Civil y Comercial de la Nación</u>;¹³²
- (c) Cualquier bien localizado dentro o fuera del territorio argentino que preste un servicio público esencial;
- (d) Cualquier bien (sea en la forma de efectivo, depósitos bancarios, valores, obligaciones de terceros o cualquier otro medio de pago) de la REPÚBLICA ARGENTINA, sus agencias gubernamentales y otras entidades gubernamentales relacionadas con la ejecución del presupuesto, dentro del alcance de los arts. 165 a 170 de la Ley N° 11.672 (t.o. 2014);
- (e) Cualquier bien alcanzado por los privilegios e inmunidades de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, incluyendo, pero no limitándose a bienes, establecimientos y cuentas de las misiones argentinas;
- (f) Cualquier bien utilizado por una misión diplomática, gubernamental o consular de la REPÚBLICA AR-GENTINA;

La prórroga de jurisdicción por parte de un Estado es una decisión voluntaria, derivada de un proceso de negociación y avalada por las leyes del país en función de la naturaleza de los actos involucrados, por medio de la cual el Estado asume la posibilidad de ingresar en un sistema jurisdiccional extranjero pero no por ello imprevisible. La prórroga así entendida supone una interrelación de sistemas jurisdiccionales (el local que lo permite y el extranjero que se habilita); tal interrelación, en principio, no se extingue con la habilitación al tribunal extranjero, sino que podría continuar, por ejemplo, en la hipótesis de la ejecución en sede local de lo decidido en extraña jurisdicción. En ese supuesto y de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reunidas las condiciones previstas, la ejecución de una sentencia extranjera debe satisfacer los requisitos del exequatur o "autorización para la ejecución". El sentido de esta institución es el de convertir a la sentencia o laudo extranjero en título ejecutorio argentino, conforme las normas del referido Código de rito. De ese modo, la prórroga de jurisdicción admitida por la República Argentina no inhibiría la posibilidad de ejercicio del control por parte de un tribunal nacional. Si la prórroga de la jurisdicción es entendida como una interrelación entre dos sistemas jurídicos, entonces se convierte en un salto al vacío o en un abandono a la incertidumbre jurídica. La aceptación de la prórroga de la jurisdicción, en los términos previstos por la ley argentina, no equivale ni supone resignar o renunciar a la inmunidad soberana que protege a la potestad de imperio, y a los actos realizados en su consecuencia. La prórroga de jurisdicción es un concepto sustancialmente diverso al de la renuncia de la immunidad soberana, aun cuando poseen evidentes puntos de contacto. La aceptación de la competencia internacional de un tribunal especificado en modo alguno implica abandonar los privilegios que importa la condición de Estado sobe

La inmunidad de jurisdicción y la de ejecución son categorías distintas, regidas por distintos principios, aunque guarden una lógica relación. La imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción no implica *per se* que los tribunales del Estado del foro puedan ejecutar una sentencia contra un Estado soberano. Antes bien, la doctrina, la jurisprudencia internacional, y la legislación extranjera e internacional consagran numerosas excepciones y restringen tal escenario de ejecución a casos precisos (v. Dictámenes 251:652 y 297:79).

¹³² **Art. 234.**- Bienes fuera del comercio. Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por la ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.

Art. 235.- Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obr

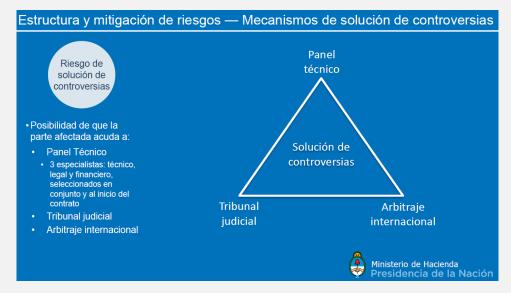


- (g) Impuestos y/o regalías adeudadas a la REPÚBLICA ARGENTINA y los derechos de la REPÚBLICA ARGENTINA para recaudar impuestos y/o regalías;
- (h) Cualquier bien de carácter militar o bajo el control de una autoridad militar o agencia de defensa de la REPÚBLICA ARGENTINA;
- (i) Cualquier bien que forme parte de la herencia cultural de la REPÚBLICA ARGENTINA;
- (j) Los bienes protegidos por cualquier ley de inmunidad soberana que resulte aplicable.

Sin embargo, debe señalarse que el sometimiento a arbitraje, también según doctrina de la Procuración del Tesoro, implicará en estos casos sustraer del conocimiento de los jueces nacionales en asuntos en los que estará en juego el orden y el interés público, sea en razón de los montos y/o por la materia involucrados de contenido netamente federal.¹³³

Un acercamiento al modelo contractual: Corredores Viales

La estructura y mitigación de riesgos en materia de solución de controversias, ha sido graficada por la SSPPP del siguiente modo:¹³⁴



En el modelo contractual propuesto para los <u>Corredores Viales</u> en licitación por parte de la Dirección Nacional de Vialidad, se contempla:

- (a) Negociaciones Amistosas, de buena fe y por un plazo de 30 días corridos (v. art. 95);
- (b) Panel Técnico, como consecuencia del fracaso de las negociaciones contractuales, para toda controversia técnica, definida como "cualquier controversia o disputa de índole técnica, interpretativa o patrimonial que pueda suscitarse durante la ejecución o extinción del CONTRATO PPP, incluyendo la revisión de MULTAS y de SANCIONES que se impongan al CONTRATISTA PPP y de cualquier otro acto o medida que dicte el ENTE CONTRATANTE y que tenga efectos sobre el CONTRATO PPP, salvo por cualquier controversia o disputa relacionada con la extinción del CON-TRATO PPP por razones de interés público de conformidad con lo previsto en el Artículo 9°,

¹³³ Arg. Dictámenes, 234:350; 236:648; 243:504.

¹³⁴ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/presentacion ppt espanol riesgos y estructura v280618 0.pdf



apartado 13, inciso n) del DECRETO REGLAMENTARIO PPP y que deberá someterse a arbitraje si fuera una CONTROVERSIA ARBITRABLE o al tribunal judicial si fuera una CONTROVERSIA JUDI-CIABLE" (v. art. 96);

(c) Arbitraje o Tribunal Judicial Competente (definido como el Fuero en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), "...Si el PANEL TÉCNICO no expidiese una recomendación sobre la CONTROVERSIA TÉCNICA dentro del plazo de noventa (90) DÍAS CORRIDOS referidos en el Artículo 96.5 del CONTRATO PPP, cualquiera de las PARTES podrá dentro del plazo de quince (15) DÍAS CORRIDOS contados desde la fecha de vencimiento del plazo previsto para la emisión de la recomendación del PANEL TÉCNICO (y sin perjuicio de los plazos de prescripción) solicitar a la otra PARTE el inicio de las NEGOCIACIONES AMISTOSAS por un plazo de treinta (30) DÍAS CORRIDOS. Vencido este último plazo sin que las PARTES de común acuerdo hayan decidido prorrogarlo, cualquiera de las PARTES podrá dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) DÍAS CORRIDOS contados desde dicho vencimiento, someter la CONTROVERSIA al TRIBUNAL JUDICIAL COMPETENTE, en aquellos casos en que el monto reclamado sea cuantificable e inferior a diez millones de dólares (USD 10.000.000); o (ii) someter la CONTROVERSIA a un TRIBUNAL ARBITRAL, en aquellos casos en que el monto sea superior a diez millones de dólares (USD 10.000.000), presentando una SOLICITUD DE ARBITRAJE a la otra PARTE, no siendo exigible el agotamiento previo de la instancia administrativa por parte del CONTRATISTA PPP." En tal sentido, la contraparte privada tendrá la opción de acudir a los tribunales arbitrales sólo cuando el monto de la controversia (técnica/jurídica) fuere superior a USD 10 M, debiendo obligatoriamente litigar ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativa Federal con sede en la CABA cuando la suma reclamada en disputa fuere inferior.

(d) Arbitraje (art. 97):

- 1. De derecho
- 2. Tribunal ad hoc.
- 3. Reglas de Arbitraje CNUDMI.
- 4. Tres miembros (controversias superiores a USD 20 M), Árbitro único (controversias entre USD 10 M y 20 M.
- 5. Sede: Buenos Aires o un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
- 6. Renuncia accionista extranjero: "El sometimiento de la CONTROVERSIA ARBITRAL por el CONTRATISTA PPP en los términos que anteceden, impedirá al accionista extranjero con participación accionaria mayoritaria reclamar al amparo de un tratado bilateral de inversión por los mismos hechos o medidas. Por ello, a los fines de poder iniciar una SOLI-CITUD DE ARBITRAJE, el CONTRATISTA PPP deberá presentar, como condición para su validez: (i) la renuncia de los accionistas extranjeros controlantes o mayoritarios a presentar reclamos bajo un tratado bilateral de inversión en relación con los hechos y medidas que se cuestionen en la CONTROVERSIA sometida a arbitraje; y (ii) un compromiso de indemnidad del CONTRATISTA PPP por los reclamos de accionistas extranjeros minoritarios bajo un tratado bilateral de inversión en relación con los hechos y medidas que se cuestionen en la CONTROVERSIA sometida a arbitraje." Habrá que testear esta cláusula, a la luz del derecho internacional en materia de inversiones y lo señalado en el punto anterior de este acápite.



- 7. El laudo será final y vinculante para las partes, y aquél sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760¹³⁵ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en los términos allí establecidos, los cuales no podrán, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y/o del derecho aplicable.
- 8. Derecho aplicable (art. 98):
 - i. Marco Regulatorio PPP: definido conjuntamente como (i) la Ley N° 27.328, (ii) su reglamentación, (iii) la Ley N° 27.431, (iv) el <u>Decreto № 1.288/16</u> modificado por el <u>Decreto N° 902/17</u>, (v) el CONTRATO PPP, (vi) el ACUERDO y REGLAMENTO DEL FIDEICOMISO PPP; (vi) CONTRATO DE FIDEICOMISO PPP RARS y (vi) el CONVENIO DE ADHESIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO PPP RARS.
 - ii. Legislación Aplicable: integrada por la Constitución Nacional de la República Argentina, los tratados internacionales en vigor para la República Argentina, leyes nacionales, decretos, y cualquier otra normativa argentina aplicable.

Será, por tanto, la Legislación Aplicable a los futuros contratos de PPP la que terminará de definir el verdadero alcance de las cláusulas contractuales enunciadas en materia de solución de controversias.

¹³⁵ CPCCN: **Art. 760** - Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.



VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS PPP: CORREDORES VIALES Y HABILIDAD DEL COCONTRATANTE 136

I. Antecedentes

Mediante Resolución de la Administración General de la Dirección Nacional de Vialidad N° 1126/18 fueron adjudicados los corredores viales licitados en la Etapa 1, bajo el régimen de Participación Público Privada (Ley N° 27.328 y reglamentación), ¹³⁷ en adelante "Licitación DNV-PPP", cuyos antecedentes son de acceso público. ¹³⁸

Cabe indicar, liminarmente, que por la Ley N° 27.328 se estableció el régimen relativo a los Contratos de Participación Público Privada (en adelante, "PPP") en cuanto los define como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el Sector Público Nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en dicha 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. Dicha ley fue promulgada por el Decreto N° 1.203/16, reglamentada mediante el Decreto N° 118/17 (modif. por el Decreto N° 936/17). 139

Con fecha 12-10-17 se dio inicio al expediente N° EX-2017-23987384-APN-DNV#MTR, a fin de propiciar por parte de la Dirección Nacional de Vialidad (en adelante, "DNV") en su carácter de futuro Ente Contratante, la Licitación DNV-PPP, cuyo objeto comprende la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, remodelación, reparación, mantenimiento, operación y explotación de diversas rutas nacionales agrupadas en Corredores Viales, bajo la modalidad PPP.

La Etapa 1 del Proyecto abarcó los Corredores Viales denominados Corredor Vial "A", Corredor Vial "B", Corredor Vial "C", Corredor Vial "E", Corredor Vial "F" y Corredor Vial "SUR".

¹³⁶ Se reproduce el análisis realizado en: DIANA, NICOLÁS, "Contratos de Participación Público Privada "corredores viales", *LL*, Sup. Adm.2018 (octubre), 1, con excepción de los Capítulos I y IX de la publicación original.

¹³⁷ B.O. 19-06-18.

¹³⁸ Ver: http://ppp.vialidad.gob.ar/documentacion-licitatoria-2/

¹³⁹ La literatura especializada sobre el carácter, objetivos y regulación de esta modalidad contractual tanto para el caso argentino como en el derecho comparado es amplia.

Nos remitimos, entre otros, a: CRIVELLI, JULIO CÉSAR, "Los riesgos en el contrato de concesión, APP y PPP. consideraciones generales", RDA 2018-117, 371; HOVY, PAULINE, "Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing value for money", International Institute for Sustainable Development, August-2015, recuperado de: <a href="https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizing-value-for-pp-maximizi money-discussion-paper.pdf; Ménard, Claude, "Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP" en PIET DE VRIES ET ETIENNE B. YEHOUE, The Routledge Companion to Public-Private Partnerships, Routledge, 2013, pp.149-174 (978-0-415-78199-2); CAMPRA, MAURA/GIANLUCA, MAURA/EUGENIO, ORICCHIO/BRAJA, MARIO/ESPOSITO, PAOLO, Sovereign Risk and PPP Schemes: Future Directions, Palgrave Macmillan, London, 2014, p. 208 y ss. (978-1-349-48273-3); CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los contratos de participación público-privada en la Ley 27.328", RDA, 2018-117, 433; CIMINELLI, DARÍO, "Comentario a la Ley Nacional 27.328", ADLA 2017-2, 56; BRUNO, EUGENIO A, "Régimen legal de los proyectos de participación público-privada," LL, 28/12/2017, p. 1 y ss.; European Court of Auditors, Special Report: Public Private Partnerships in the EU: Widespread shortcomings and limited benefits, Luxemburgo, 2018, recuperado de: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18 09/SR PPP EN.pdf; The World Bank Group, The Economic Impact of Public-Private Partnerships in the Infrastructure Sector: Literature Review, March, 2016; recuperado de: https://library.pppknowledgelab.org/documents/2384/download; LAU ALBERDI, JERÓNIMO, "El régimen de Participación Público-Privada (PPP): Concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética", Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Buenos Aires, nº 12, febrero-abril de 2017, p. 232; PÉREZ AZNAR, FACUNDO, "The recent Argentine PPP law: benefits and challenges", Investment Policy Hub, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 11-VI-18; recuperado de:; Самасно Се́реда, Gladys, "La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410", Derecho Público Iberoamericano, N°4, abril 2014, p. 162; QUEINNEC, YANN, "Public Private Partnerships and Water Multinationals practices", Paris, Sherpa, 2006, p. 36, disponible en: https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/PPP-and-Water.pdf.



Cumplidas las distintas fases preliminares, con fecha 24-11-17 fue emitido por el Ministerio de Transporte (en adelante, "MT"), en su calidad de Autoridad Convocante, el dictamen previsto en el art. 13 de la Ley N° 27.328 (IF-2017-29871632-APN-MTR) para el Proyecto PPP Vial Etapa 1 (EX-2017-23987384-APN-DNV#MTR, número de orden 74).

En fecha 12-12-17, el MT y la DNV suscribieron el Convenio de Coordinación Administrativa para el Procedimiento de Selección del Contratista PPP del Proyecto PPP Vial Etapa 1 (CONVE-2017-32249199-APN-MTR) donde se reconoció la conveniencia de que la DNV, en su carácter de Ente Contratante, reciba la documentación correspondiente y realice todos los actos necesarios o convenientes para el mejor desarrollo del procedimiento de contratación de Contratista PPP en la Licitación DNV-PPP.

A su vez, la DNV y la SECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA dependiente del MINISTERIO DE HACIENDA (en adelante, "SPPP" y "MH", respectivamente) elaboraron en forma conjunta los proyectos de documentos contractuales y licitatorios para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP - Etapa 1", los cuales fueron remitidos en 23 de enero de 2018 por Comunicación Oficial (NO-2018-04015354-APN-SSPPP#MF).

Por Resolución DNV N° 147/18, se convocó a licitación pública nacional e internacional con el objeto de contratar el diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los Corredores Viales Nacionales, bajo el régimen de la Ley de Participación Público Privada N° 27.328, su Decreto N° 118/17 y su modificatorio Decreto N° 936/17 para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1" y aprobó: (i) el Pliego de Bases y Condiciones Generales; (ii) los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares para los Corredores Viales "A", "B", "C", "E", "F" y "SUR"; y (iii) el Contrato PPP y sus Anexos (EX-2017-23987384-APN-DNV#MTR número de orden 160).

Cumplidas las cuestiones formales, sustanciales, de consulta y adecuación de diversa documentación licitatoria, en 24-04-18 ante la presencia del Señor Escribano adscripto a la ESCRIBANÍA GENERAL DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN, se llevó a cabo el acto público de recepción de Ofertas y apertura del Sobre N° 1, presentando Ofertas los siguientes consorcios de empresas: Oferente Nº 1: HELPORT S.A. - PANEDILE S.A.I.F. e. I - S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A.; Oferente Nº 2: CI GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. - CRZ CONSTRUCCIONES S.A. - GRUPO ALBERDI S.A.; Oferente Nº 3: ROVELLA CARRANZA S.A. - JCR S.A. - MOTA – ENGIL LATIN AMÉRICA B.V.; Oferente Nº 4: CCA CIVIL PANAMÁ S.A. - GREEN S.A.; OFERENTE Nº 5: JOSÉ CARTELLONE CONSTRUCCIONES CIVILES S.A.; Oferente Nº 6: PAOLINI HNOS. S.A. - VIAL AGRO S.A. - INC SPA; Oferente Nº 7: BENITO ROGGIO E HIJOS S.A. - JOSÉ J. CHEDIACK S.A.I.C.A.; Oferente Nº 8: SACDE SOCIEDAD ARGENTINA DE CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO ESTRATÉGICO S.A. - ODS S.A. - GROUNDWORK DEVELOPMENT L.L.C.; Oferente Nº 9: MSU INFRAESTRUCTURA S.A. - UCSA S.A. - INVERSIONES PPP S.A.U.; Oferente Nº 10: TECHINT COMPAÑÍA TÉCNICA INTERNACIONAL S.A.C.I. - ACCIONA CONCESIONES S.L.

La Comisión Evaluadora emitió con fecha 15-05-18 el Dictamen de Evaluación de Precalificación, y en 17-05-18, se realizó el acto público de apertura de las Ofertas Económicas (Sobre N° 2) de los Oferentes que resultaron precalificados por la Comisión Evaluadora.

Posteriormente, la Comisión Evaluadora en fecha 31-05-18 emitió el Dictamen de Evaluación de Ofertas Económicas, considerando que el orden de mérito a los efectos de la adjudicación conforme con los



criterios de evaluación de las Ofertas Económicas propuestos en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares resulta a favor de: PAOLINI HNOS. S.A. – VIAL AGRO S.A. – INC SpA., CCA CIVIL el CORREDOR VIAL "A"; PANAMÁ S.A. – GREEN S.A. el CORREDOR VIAL "B"; JOSÉ CARTELLONE CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. el CORREDOR VIAL "C"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "E"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "F"; y ROVELLA CARRANZA S.A. – JCR S.A. – MOTA-ENGIL LATIN AMERICA B.V. el CORREDOR VIAL "SUR".

En cumplimiento del inc. 34 del art. 12 del Decreto N° 118/17 modificado por el Decreto N° 936/17 y el art. 20 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, en fecha 5-06-18 se dio intervención a la SPPP, a fin que dictaminara sobre el procedimiento de selección desarrollado (PV-2018-23987384-APN-PYC#DNV), lo que así hizo en 13 de ese mismo mes y año.

En 9-05-18 mediante Resolución MT N° 400/18 se asignó a la DNV el dictado del acto administrativo de adjudicación (EX -2017-31345664-APN-DMENYD#MTR, Número de orden 62).

En 15-06-18 el Ministerio de Hacienda (en adelante, "MH") tomó la intervención requerida por el cuarto párrafo del art.6° del Decreto N° 118/17, modificado por el Decreto N° 936/17 (ME-2018-28921055-APN-ONP#MHA), concluyendo que "En cuanto a las 6 obras que la DNV prevé a contratar bajo la modalidad de participación público privada, se indica que los montos informados por el Organismo se encuentran previstos en la autorización plurianual aprobada mediante al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 545/2018."

Finalmente, en 18-06-18 fue dictada la Resolución DNV N° 1126/18, por la cual su art. 1° adjudicó "la Licitación Pública Nacional e Internacional para la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los Corredores Viales Nacionales descriptos en el ANEXO I que forma parte integrante de la presente medida, bajo el régimen de la Ley de Participación Público Privada N° 27.328 y su Decreto Reglamentario N° 118 de fecha 17 de febrero de 2017 modificado por el Decreto N° 936 de fecha de fecha 14 de noviembre de 2017 para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1", a favor de: PAOLINI HNOS. S.A. – VIAL AGRO S.A. – INC Spa.el CORREDOR VIAL "A"; CCA CIVIL PANAMÁ S.A. – GREEN S.A. el CORREDOR VIAL "B"; JOSÉ CARTELLONE CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. el CORREDOR VIAL "C"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "E"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "F"; y ROVELLA CARRANZA S.A. – JCR S.A. – MOTA-ENGIL LATIN AMERICA B.V. el CORREDOR VIAL "SUR"…".

Como conclusión del procedimiento licitatorio, los consorcios adjudicatarios fueron intimados a dar cumplimiento con los requisitos establecidos en el art. 23 del Pliego de Bases y Condiciones Generales a efectos de la suscripción de los Contratos PPP, en los últimos días de julio de 2018, con principio de ejecución –según fue informado por las autoridades del Estado Nacional– recién a partir de octubre de este año. Ejecución cierta supeditada a la posibilidad de confirmar el financiamiento privado en el marco de la actual coyuntura macroeconómica nacional e internacional no fértil para la PPP vernácula –



devaluación del peso, inflación y aumento de tasas, mediante, a lo que se le suma el tema de la corrupción como factor adicional de riesgo internacional—.

II. Los hechos preexistentes a la adjudicación y perfeccionamiento de los Contratos

Conforme es de público conocimiento, durante el mes de agosto de 2018, ha tenido curso el avance investigativo de la causa Nº 9608/2018, caratulada *"Fernández, Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita"*, ¹⁴⁰ denominada mediáticamente como la causa penal de *"Los Cuadernos"* o *"Cuadernogate."* ¹⁴¹

Sin entrar en el impacto político, económico y mediático, extremo sobre el cual no corresponde emitir juicio de valor y aunque no existan a la fecha procesamientos ni condenas firmes, entre las declaraciones más impactantes y con efectos directos e inmediatos sobre distintas contrataciones públicas, anteriores, presentes y en ejecución, obran las efectuadas por quienes habrían participado de prácticas corruptas a tales fines, por vía de sobornos (cohecho), cartelización, exacciones ilegales, etc., en perjuicio de la Administración Pública.

Todos estos hechos y sus circunstancias, sin embargo, están sujetos, como indicamos, al escrutinio judicial. No obstante ello, en el presente, a diferencia de otros casos, media el reconocimiento público y judicial de parte de los hechos investigados a través de la figura del denominado imputado arrepentido o colaborador eficaz.¹⁴²

Los presuntos delitos en ciernes, que hacen a la cuestión planteada en la introducción y para el caso que nos ocupa, habrían sucedido con anterioridad a la presentación de ofertas en la Licitación DNV-PPP, conducen sí a un innegable impacto (jurídico) sobre la legitimidad de los contratos, en tanto tornaría inhábiles a los contratistas PPP que integran algunos de los consorcios adjudicados y, por ello, inelegibles: al ser inadmisibles las ofertas presentadas por los consorcios integrados por las empresas involucradas.

III. La inhabilidad preexistente como vicio oculto de los Contratos.

Indicaba COMADIRA que la licitación pública "es un modo de selección de contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa por medio del cual éstos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público." ¹⁴³

En la ponderación de la conveniencia, las habilidades de los oferentes, futuros cocontratantes, no resultan ser cuestiones superfluas o intrascendentes, en cuanto implican –potencialmente— la exclusión de aquéllos en el procedimiento que se trate. Sin embargo, los hechos en que se funde la exclusión, "han de ser verdaderos y estar suficientemente probados. No es posible tomar una decisión de tanta

¹⁴⁰ Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal № 11, Secretaría № 21. Ver: https://www.cij.gov.ar/causa-corrupcion-ex-ministerio-planifica-cion.html.

¹⁴¹ CABOT, DIEGO, "El club de la obra pública": el obsceno show de la corrupción," *La Nación*, 19-VIII-18, recuperado de: https://www.lanacion.com.ar/2163761-el-club-obra-publica-obsceno-show-corrupcion.

¹⁴² En el marco de la Ley N° 27.304. Por todos ver: "Coimas en la obra pública: Carlos Wagner nombró a once empresas que no estaban siendo investigadas", *iProfesional*, 15-VIII-18, recuperado de: http://www.iprofesional.com/legales/275916-causas-bater%C3%ADa-calcaterra-Coimas-en-la-obra-publica-Carlos-Wagner-nombro-a-once-empresas-que-no-estaban-siendo-investigadas.

¹⁴³ COMADIRA, JULIO, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones),* Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 1.



importancia y que puede originar tan graves perjuicios, sin rodearla de suficientes garantías. La exclusión no es ni una pena, ni una condenación judicial, ni importa una incapacidad a cargo del excluido [inhabilitado]. Se trata simplemente de una medida de carácter administrativo, que se dicta para no tener que contratar con personas inconvenientes."¹⁴⁴

Como previo, debe recordarse lo establecido en el art. 10 del Decreto N° 1023/01 (Régimen Nacional de Contrataciones) en cuanto a que: "Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa." El destacado es propio.

El art. 28, inc. e) del mismo texto, a su tiempo, dispone que no podrán contratar con la Administración Nacional las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 24.759).¹⁴⁵

De tales prescripciones se infiere, como una primera consecuencia, que cuando exista condena firme, procesamiento y agregamos, reconocimiento público o judicial de un hecho vinculado a corrupción/cohecho es la rescisión de pleno derecho de un contrato vigente, o bien, el rechazo de una propuesta u oferta, en caso de no encontrarse perfeccionado el contrato.

En tal sentido, el art. 34 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 26.097), reconoce como consecuencias de los actos de corrupción, que: "Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las

¹⁴⁴ SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2005, p. 126.

¹⁴⁵ Ver Artículo VI, que dispone: "Artículo VI. Actos de corrupción. 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para si mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella."

¹⁴⁶ Ello así, aunque la materialidad del hecho delictivo no pueda probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones (v. art. 15, Ley N° 27.304).



consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva."¹⁴⁷

Parece y se acepta como algo *natural* que quien ejerce el poder (político, económico, social, cultural) no quiera ser interpelado por la sociedad y, menos aún, por la justicia. Quien es titular o ejerce el poder actual o potencial, es quien controla y decide, directa o indirectamente, lo que es derecho o cómo se definen las reglas del juego. Lo que provoca la corrupción, además de pudrir cualquier democracia, es quebrar las reglas del juego, por un juego sucio, con mayores costos de transacción, reitero, no sólo económicos, sino y principalmente, políticos y sociales. Y los medios, juegan al respecto un rol por demás relevante, ante los vacíos generados por el propio Estado.

IV. Imprescriptibilidad de la acción penal en materia de hechos de corrupción¹⁴⁸

Se ha indicado que, "a menudo ocurre en las nuevas [y no tan nuevas] poliarquías, [que] se ha generalizado el sentimiento de que el gobierno [anterior o actual] incurre [o incurrió] una y otra vez en prácticas corruptas, los medios llegan a convertirse en tribunales sustitutos. Exponen los presuntos delitos, señalan a los supuestos responsables y dan a conocer cualquier detalle que consideren relevante. Sin apropiada acción del estado, algunos funcionarios son eximidos de las sanciones que probablemente les habrían correspondido su hubieren intervenido los tribunales y/u otras instituciones públicas. Otros, en cambiolos que actuaron correctamente en el acto en cuestión, así como los funcionarios de los cuales no se podría haber encontrado pruebas en su contra- quedan manchados, y con frecuencia se los condena ante la opinión pública, sin haber tenido un debido proceso para su defensa." 149

Los hechos de corrupción tan internalizados en la matriz social, política, económica y cultural argentina, y tan nociva a cualquier democracia y forma de gobierno, no puede ni debe estar regida, en igual modo, por los principios y garantías del proceso penal general u ordinario. En particular, los principios y las garantías relacionadas con la prescriptibilidad de la acción penal. Cabe preguntarse, entonces, si afecta la imprescriptibilidad de estos delitos dolosos contra el Estado a la seguridad jurídica o al principio de legalidad.¹⁵⁰

En el ámbito de la Convención Constituyente de 1994, al tiempo de discutirse los términos, inclusión y alcance del que hoy es el art. 36 de la Constitución Nacional vigente, ¹⁵¹ la corrupción y la democracia fueron palabras que se replicaron permanentemente. El Convencional Cafiero, al presentar el dictamen

¹⁴⁷ Justo, Juan B., "Remedios internacionales para la lucha contra la corrupción. La Convención de Naciones Unidas y el rol de las víctimas", LL, 2017-F, 595.

¹⁴⁸ Nos remitimos a: DIANA, NICOLÁS, "Reflexiones en torno a la corrupción (y a la imprescriptibilidad de la acción penal)", Sup. Adm. 2017 (febrero), 5, LL 2017-A, 436.

¹⁴⁹ O'DONNEL, GUILLERMO, *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 88.

¹⁵⁰ Ver: BONINA, NICOLÁS, "Administración pública 3.0. Sobre la adjetividad de la Administración Pública: su modernización, eficiencia y simplificación", Sup. Adm. 2018 (marzo), p. 1; LL, 2018-B, 697.

¹⁵¹ Constitución Nacional, Art. 36: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."



de la mayoría, indicaba que: "probablemente el artículo sobre ética pública no tenga precedentes en el constitucionalismo comparado, pero si queremos conservar esta forma de gobierno, uno de los males de la democracia que deberemos atacar es el de la corrupción, que es lo que un autor moderno denomina como la cleptocracia. Justamente en este mal —que se extiende por las democracias más avanzadas, por las menos avanzadas y por las más subdesarrolladas— los enemigos de la democracia encuentran el elemento en el que basar sus críticas a un sistema en el que no creen psicológica, social ni políticamente. Por esa razón, considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes del 94 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo. Por eso decidimos incluir este artículo; sabemos que tal vez lo hicimos bordeando los límites de la ley 24.309, pero estamos convencidos de que va quedar como una conquista de esta Convención cada vez que se diga que la corrupción tiene un sentido atentatorio contra el sistema democrático, al igual que la sedición. Estos son dos delitos de los que todos nos queremos defender, porque atentan contra el sistema democrático." 152

Más allá de las críticas que puedan efectuarse con relación a que la defensa "contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado asume, en el art. 36, formas menos severas que las establecidas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas", coincidimos en que "la reforma constitucional de 1994 hizo visible en la Constitución uno de los problemas más graves de las democracias en general y de la Argentina, en particular." ¹⁵³ Visibilización, que se insiste, no es menor desde el plano político y jurídico. ¹⁵⁴

Como lo ha indicado reciente jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal, 155 "[N]o podemos incurrir en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, considerando que, y especialmente en las naciones en vías de desarrollo, la institucionalidad y el Estado de Derecho se encuentran en crisis por la gravedad de esos actos que se llevan a cabo tanto en el sistema político como en el sector privado [...] A su vez en esta línea ya he sostenido, de manera constante, que no puede desconocerse la trascendencia institucional de las investigaciones judiciales que versan directamente sobre la presunta comisión de las maniobras delictivas que forman parte de una clase gravísima, cuyas consecuencias producen efectos insidiosos que trascienden a la sociedad en su conjunto [...] En este sentido puede además afirmarse que este tipo de delitos además de socavar los cimientos mismos del Estado de Derecho, afectan seriamente su orden económico y financiero. Y, como contracara, surge la necesidad de un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, tal como lo ordena la Constitución Nacional [...] En este sentido, desde una perspectiva trialista del Derecho, resulta fundamental la ponderación adecuada de la dimensión axiológica; que observa como valores esenciales del sistema jurídico argentino la justicia y la paz en libertad de acuerdo al preámbulo de la Constitución Nacional. Finalmente, debe destacarse que

¹⁵² Convención Nacional Constituyente, 12ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 19-20 de julio de 1994, p. 1400; http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.36 .

¹⁵³ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 513.

¹⁵⁴ CFALP, Sala II, causa FLP N° 3290/2005, caratulada "M. D. M. y otros s/Arts. 296, en función de los arts. 292, 172, 54 Yy55 CP", sentencia de 6-VI-16. En especial voto del Dr. SCHIFFRIN y sus citas.

¹⁵⁵ CNCP, Sala IV, causa CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8, caratulada "COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación", sentencia de 29-VIII-18.



esta posición es la que otorga mayor operatividad a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en el orden internacional...". Compromisos cuya violación generan responsabilidad internacional para la República Argentina.

V. Corrupción y Ley N° 27.328

La palabra corrupción, tiene distintas acepciones, todas ellas negativas, entre las cuales, se destacan: (a) la que la entiende, en las organizaciones, especialmente en las públicas, como una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores, y (b) otra en desuso, pero por demás gráfica, en cuanto la define como diarrea. 156

El Código Penal y las normas sobre Ética Pública¹⁵⁷ a nivel nacional no cuentan con una definición para el término corrupción, como así tampoco la tienen, por caso, la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 24.759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 26.097).¹⁵⁸

En el imaginario colectivo, cuando se habla de corrupción, siempre se lo hace desde el sector público, soslayando la existente en el sector privado (entre privados) y el rol del actor particular en el perfeccionamiento de la conducta típica por descarte asimilada a ella: el cohecho.

Históricamente, "[m]uchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, pero pensamos que la cuestión no es tan sólo de ahora sino de siempre, y que en verdad la magnitud del fenómeno no ha sido suficientemente percibida, ni tampoco se reconocen sus causas más profundas; los diagnósticos son entonces coyunturales y superficiales y a lo más sugieren que se aplique con más rigor la Constitución y la ley, lo cual por lo demás no parece ocurrir integralmente." 159

Bobbio, con referencia para el caso italiano pero aplicable a la Argentina también, que "...en las diversas formas que puede asumir la corrupción pública, el peculado, la malversación, la extorsión, el interés privado en actos oficiales y así por el estilo, sólo por dar ejemplos banales, cosas de todos los días. ¿Qué oficial podría declarar en público en el momento en el que toma posesión de su cargo que se apropiará del dinero público (peculado) o del dinero que no pertenece a la administración pública del que él tiene posesión debido a su cargo (malversación), u obligará a alguien a darle dinero abusando de su calidad o de sus funciones (extorsión), o utilizará su cargo para ventaja personal (interés privado en actos oficiales)? Es evidente que tales declaraciones harían imposible el acto que se declara porque ninguna administración pública confiaría un cargo a quien lo hiciese. Esta es la razón por la que tales acciones deben ser hechas en secreto." 160

¹⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 23ª ed., 2014, recuperado de: http://dle.rae.es/?id=B0dY4l3.

¹⁵⁷ Ley N° 25.188,

¹⁵⁸ HALPERIN, DAVID A., "Las convenciones internacionales contra la corrupción y la contratación pública", RDA 2018-115.

¹⁵⁹ GORDILLO, A., *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 2ª reimp., Madrid, Civitas, 1997; ; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho y la administración paralela*, Libro II, Buenos Aires, FDA, 2012, AP-15.

¹⁶⁰ BOBBIO, NORBERTO (FERNÁNDEZ SANTILLÁN, JOSÉ F. -trad.-), El futuro de la democracia, 3ª ed., 7ª reimp., México, FCE, 2012, p. 103.



La corrupción quiebra las bases de cualquier democracia, de todo orden social, de cualquier forma de desarrollo económico. Quedan desterradas hoy pretéritas teorías que sugerían que la corrupción podía cumplir un rol positivo en tanto factor de promoción del desarrollo, al aceitar los engranajes que mueven las inversiones nacionales y extranjeras. 161

La corrupción es una ofensa a la democracia y a los derechos humanos. 162

Esa ofensa constitucional (al art. 75 inc. 22 y los tratados internacionales sobre derechos humanos), ha llevado a GORDILLO, a destacar la plena vigencia de un *derecho humano a lo no corrupción*, dado que nuestro país ha reconocido normativamente a la corrupción de sus funcionarios públicos como delito de lesa humanidad.¹⁶³

La Ley N° 27.328 reconoce un catálogo de derechos, obligaciones y garantías oponibles tanto al Ente Licitante, como al Estado Nacional y, principalmente, respecto a los Oferentes y Contratistas PPP, y que es claro, imponen un umbral mínimo de legalidad que no puede ser vulnerado, por tratarse de figuras contractuales que, con autonomía de la vinculación público — privada, poseen un fuerte componente jurídico de derecho público, en razón del presupuesto público comprometido (v.gr. Ley N° 24.156 y normas complementarias).

Dicho plexo prevé en su art. 4° que: "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 artículo 1° 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

¹⁶¹ OSZLAK, OSCAR - GANTMAN, ERNESTO, "La agenda estatal y sus tensiones: gobernabilidad, desarrollo y equidad," *Iberoamericana. Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, Vol. XXXVII: 1 2007, p. 86.

¹⁶² Ver art. 36 de la Constitución Nacional y GUTIÉRREZ COLANTUONO, PABLO Á., "La dimensión dinámica y abierta de los DD.HH., la Constitución Nacional y las administraciones públicas", Sup. Adm. 2018 (febrero), 1; *LL*, 2018-A, 928.

¹⁶³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2013, Cap. VI-7, y "La corrupción como delito de lesa humanidad", Revista Jurídica de San Luis, nro. 1, mayo 2017, IJ-CCCXLIV-670.



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."

Agregando luego el art. 12 que "La selección del contratista se hará mediante el procedimiento de licitación o concurso público, nacional o internacional según la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo. Deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia. A tales fines, la contratante deberá procurar la comparabilidad de las propuestas, garantizando la homogeneidad de criterios, suministrando y estableciendo, con claridad, las bases, requisitos y demás proyecciones que resulten necesarias para la elaboración de las ofertas...".

Entre otras normas aplicables, el Estado Nacional en general, y la DNV en particular, se encuentran sujetos a los principios de legalidad, concurrencia, igualdad y transparencia¹⁶⁴ en el procedimiento licitatorio y en la ejecución de los contratos adjudicados en consecuencia. Principios¹⁶⁶ que, se adelanta, no se cumplirían en caso de no revocarse los Contratos PPP perfeccionados en violación a las condiciones de habilidad de los entonces oferentes, actuales adjudicatarios y en razón de hechos previos a dicho perfeccionamiento.

En ese marco, la Ley N° 27.328, en su art. 23, inc. h), dispone que no podrán asumir la condición de oferentes o contratistas, por si o por interpósita persona, quienes, entre otras situaciones, "los procesados por auto firme y los condenados por alguno de los delitos previstos en los títulos XI, XII y XIII [entiéndase del Libro Segundo] del Código Penal de la Nación. Quienes se encuentren encuadrados en cualquiera de los supuestos antes mencionados, tampoco podrán formar parte como miembros de una empresa o entidad oferente o como subcontratista de ésta, directamente o por intermedio de otra entidad controlada, vinculada o que forme parte de un conjunto económico con ella. Incluso la prohibición se dará en caso que se pruebe que por razones de dirección, participación u otra circunstancia pueda presumirse que son una continuación, o que derivan de aquellas empresas comprendidas en una o más causales antes explicitadas."

A renglón seguido, el art. 24 establece que: "...será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia en cualquiera de las etapas del

¹⁶⁴ Ver Torres, Hugo I., "Transparencia en la gestión de las contrataciones públicas: información y conductas asociadas", SJA 09-V-12.

¹⁶⁵ Cfr. Reitman Farah, Mario, *Régimen de Contratación de la Administración Nacional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, pp. 35-55. En particular, el autor incorpora el *principio de responsabillización* como una aplicación particular del principio general de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios (v. arts. 130 y 131 de la Ley N° 24.156).

¹⁶⁶ Ver Cormick, Martín, "Selección del contratista", en AA.VV., Contrataciones de la Administración Teoría y Práctica, Buenos Aires, 2018, pp. 74-94.



procedimiento instaurado por esta ley que hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, o para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aún cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa. Todo ello sin perjuicio, de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder a los que llevaren a cabo tales conductas ilícitas. Los funcionarios que tomaran conocimiento de la comisión de alguna de las conductas descriptas en el presente artículo, deberán formular la pertinente y formal denuncia ante los tribunales y órganos competentes según corresponda."

La reglamentación aprobada por Decreto N° 118/17, ordena que: "Deberá rechazarse la oferta cuando el oferente se encuentre incluido en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a raíz de conductas o prácticas de corrupción, o bien cuando se trate de personas condenadas, con sentencia firme recaída en el país y/o en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Sin perjuicio del inicio y prosecución de los pertinentes procedimientos penales y administrativos que pudieren corresponder en cada caso, el agente que tome conocimiento de cualquiera de los hechos previstos en el artículo 24 de la Ley y en el presente artículo deberá, además, comunicarlo en forma inmediata y fehaciente a la OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS a efectos de su intervención en el ámbito de sus competencias. A fin de prevenir los hechos que motivan la exclusión de la oferta, el Pliego deberá contener información detallada sobre las causas de exclusión de la oferta, sus consecuencias civiles, penales y administrativas, así como los canales de información y de recepción de denuncias. La OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y la SUBSECRETARÍA DE PARTI-CIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA deberán identificar las mejores prácticas de transparencia y ética vigentes internacionalmente en materia de proyectos de participación público privada para su incorporación en las guías que emitirá la SUBSECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA para su posterior inclusión en los Pliegos." El énfasis, nuevamente, es propio.

Bajo términos similares el Pliego de Bases y Condiciones Generales de la Licitación PPP – Corredores Viales – Etapa 1, prevé en su numeral 6.6 (Impedimentos e Inhabilidades para ser Oferentes o Contratistas PPP) las mismas consecuencias que el art. 23 inc. h) arriba transcripto y su reglamentación, agregando la de "a) Carecer de capacidad o de legitimación para contratar con el Estado, en general, o con el ENTE CONTRATANTE, en particular." Es decir, por aplicación de las normas del Decreto N° 1023/01 citadas.

A su tiempo, el Contrato PPP, en materia de rescisión por culpa del Contratista, prevé: "Art. 89. EXTIN-CIÓN POR CAUSA ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA PPP. El ENTE CONTRATANTE podrá extinguir el CON-TRATO PPP en caso de producirse un incumplimiento grave o incumplimientos reiterados por parte del



CONTRATISTA PPP, según sea el caso, de cualquiera de sus obligaciones bajo el CONTRATO PPP" y "Art. 89.1. Causales de Extinción por Causa Atribuible al CONTRATISTA PPP. Sin perjuicio de otras causales de rescisión por causal atribuible al CONTRATISTA PPP que pudiera invocar el ENTE CONTRATANTE, el ENTE CONTRATANTE podrá, sujeto al cumplimiento del procedimiento de subsanación previsto en el presente Artículo, extinguir el CONTRATO PPP [...]." El subrayado es propio.

En consecuencia, la existencia de procesamiento firme por algún hecho de corrupción anterior a la fecha de presentación de la oferta y perfeccionamiento del Contrato PPP, da lugar a la eventual rescisión, entiéndase revocación, del contrato de pleno derecho (conf. art. 89 y ss. del Contrato PPP).

Perfeccionado el contrato, pero sin comienzo de ejecución como sucede en la actualidad, resulta de aplicación analógica, ¹⁶⁷ ante la existencia de un vicio que torna irregular el Contrato, lo normado en el art. 23.3 del PBCG, en cuanto prevé que: "INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PRESENTACIÓN POR PARTE DEL CONTRATISTA PPP. En caso de no presentarse la documentación detallada precedentemente, la AUTORIDAD CONVOCANTE (i) no suscribirá el CONTRATO PPP, (ii) ejecutará la GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE LA OFERTA y (iii) podrá -de considerarlo conveniente para el interés público-, <u>ADJUDICAR la LICITACIÓN a favor de la siquiente OFERTA precalificada más conveniente para el CORREDOR VIAL en que se produjo el desistimiento del ADJUDICATARIO y así sucesivamente hasta adjudicar."</u>

Teniendo como nunca presentado al oferente, posteriormente adjudicatario, debería procederse, en su caso y sujeto a la ponderación del ente licitante, a adjudicar a quien le sigue en el orden de mérito.

VI. El Contrato PPP como acto irregular

El art. 36 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, dispone que "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos."

La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo aprobada por el Decreto Ley N° 19.549/72 (en adelante, "LNPA"), establece en su art. 7° que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de dicha norma, en cuanto fuere pertinente. En este título se regulan, entre otros aspectos: (i) los requisitos esenciales; (ii) nulidad, y (iii) revocación de los actos administrativos.

El art. 14 de LNPA dispone que: "El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta. b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la

¹⁶⁷ Indica CASSAGNE que "hay que distinguir los tipos de carencias normativas. Una de ellas se da cuando el legislador no ha previsto el caso o bien, lo ha regulado en forma incompleta, es decir, lo que se denomina una carencia histórica de normas. En tal supuesto, hay que acudir a la norma positivamente plasmada en el ordenamiento mediante la técnica de la analogía (autointegración). En la analogía hay siempre una relación de semejanza basada en situaciones que exhiben una identidad parcial de razones para cubrir el vacío legal, con una norma semejante que incluso puede adaptarse a la institución ampliando o restringiendo su contenido" (CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El método de la tópica y los principios generales en el derecho público", LL, 2017-D, 1189).



delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado."

Un contrato suscripto mediando cohecho, tráfico de influencias, exacciones, cartelización, ¹⁶⁸ etc., se encuentra viciado en la causa (antecedentes de hecho), motivación (como explicitación de la causa), objeto (ilícito), finalidad (no se adjudicó a la oferta más conveniente) y procedimientos. Esto sumado al vicio en la voluntad de la Administración, ya no en los Contratos PPP, sino en los que actualmente se encuentran sujetos, entendemos, a revisión judicial, sea porque: (a) de no mediar el pago u ofrecimiento de un bien o dinero no se hubiera adoptado la decisión de adjudicar una obra, bien o servicio, o reconocido mayores costos, liberación de certificados, etc.; y/o (b) la voluntad de la administración es consecuencia de una simulación absoluta, dolo, error esencial.

El contrato administrativo como especie¹⁶⁹ –en el caso, dentro del género del Contrato PPP– afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad (art. 17, LNPA).

Cabe señalar también que el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario (art. 18, LNPA).

El conocimiento del vicio por el administrado (en este caso, la connivencia, cohecho, cartelización, etc.)¹⁷⁰ y su admisión pública justificaría sin más trámite la revocación de los contratos en ejecución, en sede administrativa, sin necesidad de acudir a sede judicial¹⁷¹ previa declaración de lesividad.¹⁷²

Al existir connivencia dolosa del funcionario y el individuo el acto (contrato) es nulo, "pues la trascendencia del dolo es mucho mayor. Para ello no hace falta que el dolo sea producto del soborno o cohecho, basta que exista el deliberado propósito común de violar los preceptos y medidas preventivas de la ley o de las convenciones interamericana e internacional contra la corrupción." Sabido es que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. 174

 $^{^{168}}$ Al amparo de la actual Ley N° 27.442 (v. arts. 1°, 2° y ss.) y la derogada Ley N° 25.156.

¹⁶⁹ Hacemos propia la idea que el contrato administrativo "plantea hoy en día un desafío mayor. No tanto la indagación o debate acerca de su esencia o sustancia (si es que podemos decir que dicho fenómeno exista), del qué, sino el debate acerca del cómo" (BONINA, NICOLÁS, "Sobre la adjetividad del contrato administrativo", Sup. Adm. 2015 (noviembre), 13; LL, 2015-F, 894).

¹⁷⁰ Ver: Rejtman Farah, M., *Régimen..., cit.*, p. 291 y ss., y sus citas. aunque el límite admitido por el autor como por autorizada doctrina, justamente es la comisión de un ilícito. Situación que se verificaría en el caso de marras.

¹⁷¹ Arg. CSJN, *Fallos*, 314:322; 310:445; 321:169, y Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 153:213; 170:155 y 180:125, entre otros. ¹⁷² Ver, por todos: ABERASTURY, PEDRO (h), "La acción de lesividad", *RDA* 2017-111.

¹⁷³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 3, *El acto administrativo*, 10^a ed., FDA, Buenos Aires, 2011, cap. IX-57.

¹⁷⁴ Arg. CSJN, Fallos, 308:618; 316:382; 323:1515; 323:3924. Sin embargo, vale recordar que: "[p]ropugnar complejos y engorrosos requisitos burocráticos y procedimentales para paliar la corrupción y la falta de ética en la administración pública, no solo mantendrá los excesivos niveles



Cualquier vicio en un requisito esencial que afecta la validez y eficacia de un contrato administrativo (en el caso, la causa y el procedimiento) lo torna nulo (irregular).

Como corolario de la nulidad apuntada y sus efectos, cuatro son las situaciones de hecho que podrían verificarse más allá de los Contratos PPP, con participación de las empresas involucradas y en los que se pruebe el delito precedente bajo el cual se habrían adjudicado los mismos:¹⁷⁵ (i) Contratos perfeccionados y ejecutados; (ii) Contratos perfeccionados y en ejecución; (iii) Contratos perfeccionados y sin principio de ejecución, y (iv) Contratos no perfeccionados.

Los efectos de la nulidad de los contratos administrativos se retrotraen al momento de su perfeccionamiento (*ex tunc*) y no desde la declaración de nulidad sea en sede administrativa o judicial (*ex nunc*). ¹⁷⁶ En consecuencia, no es posible admitir un derecho de propiedad (adquirido y afectado) cuando las obligaciones derivan de un contrato que no habría sido celebrado no sólo con las formalidades establecidas por el derecho administrativo, sino –además– en violación de la ley. ¹⁷⁷

La revocación del contrato irregular no es una declaración potestativa para la Administración o la entidad que se trate, sino obligatoria, en resguardo de la legalidad objetiva, siendo que la función administrativa tiene como objeto principal satisfacer el bien común que encuentra comprometida la vigencia de la juridicidad.¹⁷⁸

La nulidad pronunciada vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, ¹⁷⁹ debiendo en este último caso restituir las sumas percibidas con causa o como consecuencia del contrato nulo y los que por su culpa dejara de percibir el Estado, junto con los productos que haya obtenido de la cosa. ¹⁸⁰

Ello, sin perjuicio de asumir los daños y perjuicios generados al Estado por su irregular celebración y ejecución, y la eventual responsabilidad penal¹⁸¹ y administrativa tanto de la persona jurídica (beneficiada directa o indirectamente) y de la persona humana involucrada.

de gasto público del Estado, dispendios millonarios de recursos físicos y humanos, sino que también serán resguardo y excusa inexorable para que los continuos embates del sistema político dentro de la noble carrera administrativa sean moneda frecuente e ineludible, haciendo que el "gran elefante blanco" sea más exorbitante todavía" (Beltrán, Facundo J., "Concurrencia y competencia: el dilema de los "partners" en las contrataciones públicas", LL, 2017-E, 1154).

¹⁷⁵ En materia de obra pública, por ejemplo, en materia de rescisión imputable al contratista de obra pública, resultan de aplicación, en especial los arts. 50 y 51 de la Ley N° 13.064, en cuanto disponen: "Art. 50.- La administración nacional tendrá derecho a la rescisión del contrato, en los casos siguientes. a) Cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia o contravenga las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato..."; y "Art. 51.- Resuelta la rescisión del contrato [...] ella tendrá las siguientes consecuencias: a) El contratista responderá por los perjuicios que sufra la administración a causa del nuevo contrato que celebre para la continuación de las obras, o por la ejecución de estas directamente; b) La administración tomará, si lo cree conveniente y previa valuación convencional, sin aumento de ninguna especie, los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra; c) Los créditos que resulten por los materiales que la administración reciba, en el caso del inciso anterior, por la liquidación de partes de obras terminadas u obras inconclusas que sean de recibo, y por fondos de reparos, quedarán retenidos a la resulta de la liquidación final de las trabajos; d) En ningún caso el contratista tendrá derecho al beneficio que se obtuviese en la continuación de las obras con respecto a los precios del contrato rescindido; e) Sin perjuicio de las sanciones dispuestas en esta ley, el contratista que se encuentre comprendido en el caso del inciso a) del artículo anterior perderá además la fianza rendida."

¹⁷⁶ ver: Rejtman Farah, M., *Régimen..., cit.*, pp. 291-294; Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 132-133; Cardaci Méndez, Ariel, "Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos", en AA.VV., *Contrataciones de la Administración Teoría y Práctica*, Buenos Aires, 2018, pp. 154-157.

¹⁷⁷ Arg. CSJN, *Fallos*, 324:3019.

¹⁷⁸ Arg. CNACAF, Sala IV, "Warning S.A. c. INCAA", 5-XI-02

¹⁷⁹ Arg. art. 390, Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸⁰ Arg. art. 1935, Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸¹ Ley N° 27.401.



A todo evento se verificaría en el presente caso una nulidad absoluta de los Contratos PPP así perfeccionados con un sujeto inhábil (inelegible), en potencial violación a las normas de origen aplicables a los eventuales bancos y/u organismos internacionales¹⁸² que podrían financiar la operación y las de los bancos locales en materia de lavado de activos (v.gr. art. 20, inc. 1) de la Ley N° 25.246, Resolución UIF N° 30-E/2017 y complementarias).

A mayor abundamiento, entendemos que a la misma solución se llegaría para el supuesto de ser contratos privados celebrados, por empresas o sociedades en las que el Estado tiene participación mayoritaria o no. En tanto, les resultan aplicables las normas del Código Civil y Comercial en materia de nulidades por falsa causa, simulación ilícita y lesión. 183

Por último, pero no por ello menos importante, incluso los efectos de la corrupción (para los contratos pasados, presentes y futuros) deben analizarse desde el plano del derecho internacional de las inversiones y la susceptibilidad o no de arbitrarse, cuando las supuestas violaciones invocadas contra los Estados (en este caso, la República Argentina) se funden en actos viciados *ab initio* por corrupción.¹⁸⁴

Adquiere relevancia, considerar así, una reciente decisión arbitral, en el caso *Spentex v. Uzbekistán*, ¹⁸⁵ donde el tribunal desestimó las reclamaciones del demandante (inversor) involucrado en prácticas corruptas en la realización de la supuesta inversión y, por primera vez en un arbitraje de inversión, reprendió al Estado demandado instándolo a realizar un pago sustancial a una institución internacional anticorrupción.

¹⁸² Normas mucho más estrictas que las argentinas y que restringen la posibilidad de financiamiento de este tipo de proyectos. El Banco Interamericano de Desarrollo informa en su página oficial que si se comprueba que cualquier firma, entidad o persona actuando como oferente o participando en un proyecto financiado por el Banco ha cometido un acto de fraude o corrupción, el Banco podrá: "(i) decidir no financiar ninguna propuesta de adjudicación de un contrato o de un contrato adjudicado para la adquisición de bienes o la contratación de obras financiadas por el Banco; (ii) suspender los desembolsos de la operación, si se determina, en cualquier etapa, que existe evidencia suficiente para comprobar el hallazao de que un empleado, agencia o representante del Prestatario, el Organismo Ejecutor o el Organismo Contratante ha cometido un acto de fraude o corrupción; (iii) cancelar y/o acelerar el pago de una parte del préstamo o de la donación relacionada inequívocamente con un contrato, cuando exista evidencia de que el representante del Prestatario, o Beneficiario de una donación, no ha tomado las medidas correctivas adecuadas en un plazo que el Banco considere razonable y de conformidad con las garantías del debido proceso establecidas en la legislación del país Prestatario; (iv) emitir una amonestación en el formato de una carta formal de censura a la conducta de la firma, entidad o individuo; (v) declarar a una persona, entidad o firma inelegible, en forma permanente o por determinado período de tiempo, para que se le adjudiquen o participe en contratos bajo proyectos financiados por el Banco, excepto bajo aquellas condiciones que el Banco considere ser apropiadas; (vi) remitir el tema a las autoridades pertinentes encargadas de hacer cumplir las leyes; y/o (vii) imponer otras sanciones que considere ser apropiadas bajo las circunstancias del caso, incluyendo la imposición de multas que representen para el Banco un reembolso de los costos vinculados con las investigaciones y actuaciones. Dichas sanciones podrán ser impuestas en forma adicional o en sustitución de otras sanciones" (recuperado de: https://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/la-adquisicion-de-obras-y-bienes-%2C6745.html).

¹⁸³ Art. 386.- Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

Art. 387.- Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Art. 390.- Restitución. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto.

Art. 1014.- Causa ilícita. El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

¹⁸⁴ Ver, entre otros: MATT REEDER, "State Corruption in ICSID BIT Arbitration: Can it be Estopped?," *KluwerArbitration Blog*, 9-III-17, recuperado de: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/09/state-corruption-in-icsid-bit-arbitration/.

¹⁸⁵ "Spentex Netherlands, B.V. v. Republic of Uzbekistan", ICSID Case No. ARB/13/26, Laudo 27-XII-16, comentado en: Alekhin, Ser-GEY/SHMATENKO, LEONID, "Corruption in investor-State arbitration – It takes two to tango", en New horizons of international arbitration, Issue 4, Collection of articles, Moscú, Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018, pp. 150-179.



Ello así, conforme lo resuelto en *Metal-Tech v Republic of Uzbekistan*¹⁸⁶ los derechos del inversor contra el Estado anfitrión, incluido el derecho de acceso al arbitraje, no pudieron protegerse porque la inversión estaba contaminada por actividades ilegales, específicamente corrupción. La ley es clara, y con razón, que en tal situación el inversor se ve privado de protección y, en consecuencia, el Estado anfitrión es ajeno a cualquier responsabilidad potencial.¹⁸⁷

La jurisprudencia al respecto es variada y profusa en el ámbito del arbitraje comercial y de inversiones internacionales, ¹⁸⁸ destacándose como principio general la prohibición del soborno como política pública internacional. ¹⁸⁹

VII. La obligación de revocar en sede administrativa un contrato ilegítimo

Al momento de contratar cabe reseñar que "aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos." ¹⁹⁰ Cualquiera sea el régimen legal aplicable y aún cuando se invoquen facultades discrecionales o criterios de prudencia policía, siempre habrá un margen de revisión (judicial, eventualmente) de la decisión que se adopte por parte del Estado, cuyos despachos administrativos no poseen una patente de corso para hacer o deshacer el derecho. ¹⁹¹

La actividad administrativa, la de los funcionarios públicos está sujeta a la rendición de cuentas. Pendición más relevante aún, por el impacto económico y financiero que posee a mediano plazo para las arcas públicas un Contrato PPP –según lo ha señalado el Fondo Monetario Internacional–. Esto así, porque cuando se trata, como en el presente, de casos que involucran el manejo de fondos y bienes públicos, la decisión que corresponde adoptar debe estar determinada por un mayor rigor al apreciar los hechos, debiendo tenerse presentes los compromisos asumidos por el Estado Nacional al suscribir

¹⁸⁶ "Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan", ICSID Case No. ARB/10/3, Laudo 4-X-13.

¹⁸⁷ "¶422...[T]he rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear - and rightly so - that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability."

¹⁸⁸ Ver Friedman, Mark W./Lavaud, Floriane/Marley, Julianne J., "Corruption in International Arbitration: Challenges and Consequences", en *Global Arbitration Review*, 29-VIII-17, recuperado de: https://globalarbitrationreview.com/insight/the-arbitration-review-of-the-americas-2018/1146893/corruption-in-international-arbitration-challenges-and-consequences.

^{189 &}quot;World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya", ICSID Case No. ARB/00/7, Laudo 4-X-06.

¹⁹⁰ CSJN, Fallos, 321:174.

¹⁹¹ CSJN, Fallos, 315:1361.

¹⁹² Se ha expresado en materia de rendición de cuentas: "[p]uede comprobarse que en algunos de estos criterios el acto de rendir cuentas va unido a las actividades de control y a la responsabilidad. Es claro que rendir cuentas es una de las formas de combatir la corrupción y también de permitir el control y que su afianzamiento, como eslabones de una cadena, permite dar credibilidad a la gestión pública. Pero la rendición de cuentas no es control en sentido estricto, éste se ejercerá una vez cumplido con aquel deber; es decir, la rendición facilita el control. Tampoco deriva necesariamente en una responsabilidad para quien rinde. Hay sí una responsabilidad de rendir, pero esa obligación de responder originada en el deber de la rendición de cuentas no implica que una vez practicada exista necesariamente responsabilidad disciplinaria, penal o patrimonial del funcionario. Estamos ante deberes y consecuencias que se vinculan estrechamente, con base en el principio de transparencia y que se presentan como notas del sistema republicano de gobierno, (57) aunque son separables y traducen distintos momentos" (IVANEGA, MIRIAM M., "La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad", LL, 2011-B, 676).

¹⁹³ Se señala allí que: "A fiscal risk analysis framework will be developed with a view to be included in the 2020 budget documents. This would include the publication of a fiscal risks scenario analysis, a long-term fiscal sustainability analysis (undertaken for the federal and general government), and an analysis of <u>contingent liabilities</u> (<u>explicit and implicit</u>) <u>including those related to the financing of PPP projects</u>, state enterprises, and unfunded pension obligations of the federal government" (IMF Country Report No. 18/219, "Argentina: Request for stand-by arrangement— Press release and Staff report", Julio-2018, p. 13, el subrayado es propio; recuperado de: https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/07/13/Argentina-Request-for-Stand-ByArrangement-Press-Release-and-Staff-Report-46078.)



tratados con otros países, como son la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ¹⁹⁴ cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional para la República Argentina. ¹⁹⁵

Conocida por la Administración o alguno de los entes que integran el sector público nacional (art. 8°, Ley N° 24.156) la causal de inhabilidad, inelegibilidad o incapacidad del oferente/adjudicatario, siendo de público y notorio, no podría perfeccionarse ni seguir ejecutándose el contrato que se trate.

Esto así, con autonomía de la existencia o no de procesamiento o condena firme, máxime cuando los hechos han sido parte de acuerdos de colaboración suscriptos en el marco de la Ley N° 27.304 bajo la figura del "<u>imputado arrepentido</u>" o "<u>colaborador</u>". Situación, esta última, novedosa para el derecho argentino y que se verificaría en el caso de marras ante el reconocimiento expreso de los propios imputados de los hechos y la mecánica que hacen a la responsabilidad penal endilgada, con participación de las empresas, en tanto beneficiarias, de los ilícitos denunciados. Como nota a tener presente, la sola modificación de los órganos sociales de las empresas involucradas ni la cesión de los contratos así viciados enervarían los efectos jurídicos del contrato nulo (irregular) bajo estas causales, ¹⁹⁶ ni siquiera en el supuesto que la empresa celebrara un acuerdo de colaboración y acepte, por caso, la aplicación retroactiva de la Ley N° 27.401. ¹⁹⁷

Conforme lo expuesto, los Contratos PPP afectados por la inelegibilidad de algunos de los adjudicatarios, se encontrarían viciados en sus requisitos esenciales, en los términos de la Ley N° 27.328 y reglamentación, y la documentación licitatoria.

La inhabilidad es producto de hechos previos a las presentaciones como Oferentes, los cuales, conocidos por la DNV y admitidos por la propia empresa, motivarían la revocación y/o rescisión de pleno derecho del Contrato PPP, sin necesidad, incluso, de acudir a sede judicial para hacerlo. Considerándose, a su vez, la inexistencia de principio de ejecución como aspecto por demás relevante a los fines de la procedencia de su revocación en sede administrativa, como obligación de la Administración en el restablecimiento de la legalidad vulnerada.

De esa forma, a los fines de la prosecución del trámite licitatorio y considerando el interés público comprometido, podría aplicarse, analógicamente, el procedimiento normado en el art. 23.3 del Pliego de Bases y Condiciones Generales de la Licitación DNV-PPP, al quedar retrotraídos los efectos de la nulidad que deberá ser declarada por parte del Ente Contratante.

¹⁹⁴ Recordamos, asimismo, que el desarrollo "del derecho administrativo internacional en los próximos años será impulsado por el crecimiento, y consolidación de redes transgubernamentales, que otorgarán fundamento técnico y jurídico a los necesarios cambios de las regulaciones internacionales y de la arquitectura del global governance que exige el actual estadio del proceso de globalización y la crisis financiera mundial" (FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., "El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del Derecho Administrativo Internacional", Sup. Adm.2008 (diciembre), p. 9; *LL*, 2009-A, 761.

¹⁹⁵ CSJN, *Fallos*, 319:3148; 322:875, entre muchos otros.

 $^{^{196}\,\}text{Ver},$ en tal sentido, el art. 3° de la Ley N° 27.401.

¹⁹⁷ Ley N° 27.401, art. 18: "Contenido del acuerdo. En el acuerdo se identificará el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones: a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7° inciso 1) de la presente ley; b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso: d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente."



Evidentemente, mal podría contratar o mantenerse vivo un contrato administrativo (especial) si con quien se contrató no resultaba, a la luz de los hechos y el derecho vigente, sujeto elegible o hábil, por cuanto las circunstancias denunciadas, admitidas y bajo investigación penal, hubieran impedido que las ofertas presentadas por los consorcios involucrados fueran admisibles en la Licitación DNV-PPP.

La causa que de todo acto administrativo debe ser cierta, efectiva, sincera y no implicar una forma disimulada o encubierta, siendo que los hechos y las conductas que concurren para integrar y presupuestar la causa deben ser producto de la verificación cierta, exacta y correcta de su existencia, y responder a la verdad objetiva.¹⁹⁸

Esa verificación, para la Resolución DNV N° 1126/18 y los Contratos PPP suscriptos en consecuencia, habría sido incierta, inexacta e incorrecta, no respondiendo a la verdad jurídica objetiva. En efecto, los hechos denunciados y que se habrían verificado entre los años 2003-2015, afectan a los antecedentes y habilidad de varios oferentes y adjudicatarios de la Licitación DNV-PPP en general, conllevan a una manifiesta contradicción entre la Ley N° 27.328 (art. 23) y la Resolución DNV N° 1126/18 y los Contratos PPP suscriptos.

La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que la contradicción con la norma condicionante se plantea en todas las etapas o planos de la escala jurídica, de donde la antijuridicidad de un acto administrativo puede consistir, según sea la forma preceptiva de la norma violada, en una violación de la Constitución, de la ley, de un reglamento, de un tratado, de una resolución, etc.¹⁹⁹

Se reitera que constituye un deber de la Administración el velar por la juridicidad de sus actos, procurando restablecerla cuando hubiera sido violada.²⁰⁰ Es en el marco, justamente, de ese deber que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta, como sucede respecto a la Resolución, debe ser revocado, pues la potestad que emerge del art. 17 de la LNPA no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la Administración, frente a actos irregulares, a disponer su revocación.²⁰¹

El carácter inhábil de varios oferentes y adjudicatarios que han participado y admitido los hechos bajo investigación penal, tornan irregular el acto de adjudicación, correspondiendo por esta vía, su revocación de pleno derecho y la procedencia de la vía recursiva incoada en subsidio.

En consecuencia, la Resolución DNV N° 1126/18 es un acto nulo, de nulidad absoluta e insanable (arts. 14 y 17, LNPA), y como tal carece de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, debiendo suspenderse, en cuanto a sus efectos, en sede administrativa. Situación no verificada en la actualidad, al menos hasta el momento en que se escribe la presente.

La presunción de legitimidad del acto administrativo no puede constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta,²⁰² en tanto controvierte el orden jurídico.²⁰³

La gravedad de la irregularidad apuntada respecto a la inhabilidad de distintos oferentes y adjudicatarios, no sobreviniente sino previa al llamado de la Licitación Pública DNV-PPP, situación ésta conocida y

¹⁹⁸ Arg. Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 236:91.

¹⁹⁹ Arg. Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 196:80, citado en: COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 103.

²⁰⁰ Arg. Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 245:501, entre otros

²⁰¹ Arg. Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 183:275; 221:124; 234:588.

²⁰² CSJN, Fallos, 293:133.

²⁰³ CNACAF, Sala II, "Chung Ing. Ocean Co. Ltd. Argentina S.A. c. DGA-AFIP", 14-XII-00.



reconocida por los mismos sujetos, conlleva necesariamente a la declaración de nulidad del acto (Contratos PPP) y la adjudicación previa en sede administrativa, contemplándose, a su vez, la entidad económica.

En prieta síntesis, "...la presunción de legalidad de los actos administrativos, que es garantía de seguridad y estabilidad, sólo cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados...".²⁰⁴

²⁰⁴ CSJN, Fallos, 294:69.





MARCO JURÍDICO

Ley N° 27.328: Aprueba el Régimen de Contratos de PPP.

Decreto N° 118/17: Reglamenta la Ley N° 27.328.

<u>Decreto N° 808/17</u>: Modifica el Decreto N° 357/02 y crea la Subsecretaría de Participación Público Privada del Ministerio de Finanzas.

<u>Decreto N° 902/17</u>: Incorpora el Régimen de PPP como alternativa de contratación para los corredores viales incluidos en el Decreto Nº 1.288/16.

<u>Decreto N° 936/17</u>: Modifica la reglamentación aprobada por Decreto N° 118/17 y establece que la Subsecretaría de Participación Público Privada del Ministerio de Finanzas sustituye a la Unidad de PPP.

<u>Decreto N° 944/17</u>: Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el art. 14 de la Ley N° 27.328.

<u>Disposición SSPPP N° 1-E/17</u>: Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas realizadas en el marco de Proyectos de Participación Público Privada.

Resolución MAyDS N° 655/17: Crea la Comisión PPP Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, cuyo objetivo es la elaboración de los Informes Técnicos sobre proyectos PPP con el fin de formular consideraciones ambientales. Establece que los Informes Técnicos son suscriptos en forma conjunta por los Secretarios de Política Ambiental, Cambio Climático y Desarrollo Sustentable; Control y Monitoreo Ambiental y Coordinación Interjurisdiccional. El enlace y coordinación está a cargo de la Dirección Nacional Desarrollo Sustentable

Ley N° 27.431: Ley de Presupuesto General de la Administración Pública Nacional (2018), en el Título I - Capítulo IX complementa las normas de la Ley N° 27.328: autoriza la contratación bienes, obras y servicios incluidos en las planillas anexas para el año 2018; crea el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP; modifica normas varias en materia de fideicomisos públicos y sus beneficiarios; crea los títulos PPP y establece su condicionalidad – incondicionalidad como papeles de comercio; cálculo del beneficio del usuario y el del valor económico medio del servicio; y ciertos beneficios fiscales, entre ellos, los determinados en la Ley N° 26.360.

Resolución DNV N° 3300-E/17: Convoca al procedimiento transparente de consulta previsto en el art. 14 de la Ley Nº 27.328, para la licitación del Proyecto PPP Vial – Etapa 1, de los corredores viales denominados Corredor Vial "A", Corredor Vial "B", Corredor Vial "C", Corredor Vial "E", Corredor Vial "F" y Corredor Vial "Sur".

Resolución DNV N° 147-E/18: Llama a licitación pública nacional e internacional con el objeto de contratar el diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los CORREDORES VIALES NACIONALES, descriptos en el Anexo I que forma parte integrante de la presente medida, bajo el régimen de la Ley N° 27.328 y su Decreto Reglamentario N° 118/17, y su modificatorio Decreto N° 936/17 para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP - Etapa 1".

Resolución DNV N° 300-E/18: Aprueba la CIRCULAR SIN CONSULTA N° 1-, en el marco del llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1" efectuado mediante la Resolución N° 147/18.

<u>Decreto N° 153/18</u>: Reglamenta el Fideicomiso PPP que tendrá una duración de 30 años, contados a partir de la fecha de la celebración del contrato de fideicomiso. Durante dicho plazo, se podrán constituir Fideicomisos Individuales PPP, bajo su órbita.

<u>Comunicación BCRA "A" 6453</u>: Financiamiento al sector público no financiero. Garantías. Contratos de Participación Público Privada (Ley N° 27.328). [Circular OPRAC 1 – 931/LISOL 1 – 776]

Comunicación BCRA "A" 6418: Adecuaciones de la Comunicación BCRA "A" 6453.

Nota BCRA NO-2018-07075702-APN-SSPPP#MF: Normativa BCRA aplicable a Proyectos de Participación Público Privada.



Resoluciones DNV Nros. 405-E/18, 407-E/18, 462-E/18, 463-E/18, 479-E/18 y 481-E/18: Aprueban los informes finales de las audiencias públicas por los Corredores Viales: "E", "A", "Sur", "F", "C" y" B", respectivamente.

Resolución Ministerio de Transporte N° 245/18: Convoca al Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el art. 14 de la Ley Nº 27.328, hasta el 28 de marzo de 2018, para la licitación del Proyecto Participación Público Privado "RER - Etapa 1 RER Roca - Contrato Nº1: Estación Central Roca y túneles desde Calle Estados Unidos hasta Avenida Del Libertador". Los anteproyectos de la documentación del Proyecto PPP mencionado se encuentran publicados para su consulta gratuita en el sitio web oficial www.argentina.gob.ar/transporte/rer y de la SPPP.

Decreto N° 299/18: Aprueba la inclusión en el contrato de PPP que se suscriba entre la Dirección Nacional de Vialidad y quienes resulten adjudicatarios en el marco de la licitación convocada por la Resolución DNV N° 147-E/18 y en el Acuerdo y Reglamento de Fideicomiso Marco PPP, el Contrato de Fideicomiso Individual PPP RARs, el Convenio de Adhesión al Contrato de Fideicomiso PPP RARs, los TPIs y los TPDs y el Contrato de Cobertura Recíproca, de cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales extranjeros con sede en un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

Decreto N° 300/18: Tratamiento fiscal. Impuestos al Valor Agregado y las Ganancias. Proyectos de PPP.

Decreto N° 301/18: Liquidez de Fideicomisos PPP.

Ley N° 27.401: Régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas (art. 24, inc. b).

<u>Decreto N° 277/18</u>: Reglamentación de la Ley N° 27.401 (art. 3°: "La existencia del Programa de Integridad conforme los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401, como condición necesaria para contratar con el Estado Nacional en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria.")

Ley N° 27.437: Ley de Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores.

Resolución DNV N° 695/18: Conforma la COMISIÓN EVALUADORA para la Licitación Pública nacional e internacional con el objeto de contratar el diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los CORREDORES VIALES NACIONALES A, B, C, E, F y SUR, bajo el régimen de la Ley N° 27.328 para el "Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP - Etapa 1" (también denominado Proyecto PPP Vial- Etapa 1)".

Resolución DNV N° 1126/18: Adjudica la Licitación Pública Nacional e Internacional para la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los Corredores Viales Nacionales, bajo el régimen de la Ley de Participación Público Privada N° 27.328 para el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1", a favor de: PAOLINI HNOS. S.A. – VIAL AGRO S.A. – INC SpA.el CORREDOR VIAL "A"; CCA CIVIL PANAMÁ S.A. – GREEN S.A. el CORREDOR VIAL "B"; JOSÉ CARTELLONE CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. el CORREDOR VIAL "C"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "E"; HELPORT S.A. – PANEDILE ARGENTINA S.A.I.C.F.e I. – S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA – ELEPRINT S.A. el CORREDOR VIAL "F"; y ROVELLA CARRANZA S.A. – JCR S.A. – MOTA-ENGIL LATIN AMERICA B.V. el CORREDOR VIAL "SUR".

<u>Decreto N° 575/18</u>: Sustituye del art. 16 del Título V de la Ley de Ministerios (t.o. Decreto N° 438/92), respecto a la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, la competencia 30, por la siguiente: "30. Entender en la elaboración, registro, seguimiento, evaluación y planificación de los proyectos de inversión pública, a excepción de los proyectos ejecutados a través de contratos de participación público-privada en los términos de la Ley N° 27.328."

Resolución SSN N° 618/18: Aprueba con Carácter General y Uniforme las Condiciones Contractuales del "Seguro de Caución a Primera Demanda de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Participación Público – Privada."

Resolución SSP N° 1/18: Aprueba los listados provisorios de profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas habilitados para integrar los paneles técnicos a constituirse en el marco de los Contratos de Participación Público-Privada a ser suscriptos por la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD y los



adjudicatarios de la Licitación Pública Nacional e Internacional convocada por la Resolución DNV N° 147-E/18 de la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD, entidad autárquica en la órbita del MINISTERIO DE TRANSPORTE (RESOL-2018-147-APN-DNV#MTR).

Ley N° 27.449: Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

<u>Ley N° 27.467</u>: Ley de Presupuesto General de la Administración Pública Nacional (2019), modifica los arts. 12, 14, 16 y 20 de la <u>Ley N° 27.328</u> y el art. 60 de la <u>Ley N° 27.431</u>; autoriza la contratación bienes, obras y servicios incluidos en las planillas anexas para el año 2019.

Resolución CPE-MH N° 20/18: Crea el Registro de Interesados Precalificados para realizar consultas en el marco del Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el artículo 14 de la Ley Nº 27.328, para la licitación del Proyecto de Participación Público Privada (Proyecto PPP) denominado "Líneas de Transmisión – Etapa I: Línea de Extra Alta Tensión en 500 kV E.T. Río Diamante - Nueva E.T. Charlone, Estaciones Transformadoras y obras complementarias en 132 Kv".

Decreto N° 1039/18: Faculta al MINISTERIO DE TRANSPORTE a disponer del producido del cobro de las Letras del Tesoro pertenecientes al Fideicomiso creado por el Decreto N° 976/01 y sus modificatorios, de conformidad con las disposiciones de los contratos complementarios de asistencia financiera que se celebren con relación al Proyecto PPP "Red de Autopistas y Rutas Seguras – Etapa 1", y para aprobar y suscribir en representación del ESTADO NACIONAL los documentos que sean necesarios para instrumentar las medidas dispuestas en el presente decreto, instruyendo al BANCO DE LA NACION ARGENTINA en todo lo concerniente a la intervención que le corresponda en su carácter de fiduciario del Fideicomiso creado por el Decreto N° 976/01 y sus modificatorios. Asimismo, establece el alcance de la prórroga de jurisdicción y que el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP tendrán por objeto tomar préstamos o asumir cualquier otro tipo de financiamiento en relación con los Contratos o Proyectos de PPP

<u>Decreto N° 1119/18</u>: Transfiere la Subsecretaría de PPP del Ministerio de Hacienda a la órbita de Jefatura de Gabinete de Ministros.



ADHESIONES PROVINCIALES A LA LEY N° 27.328

Buenos Aires: <u>Ley N° 14.920</u>
 CABA: <u>Ley N° 5916</u>

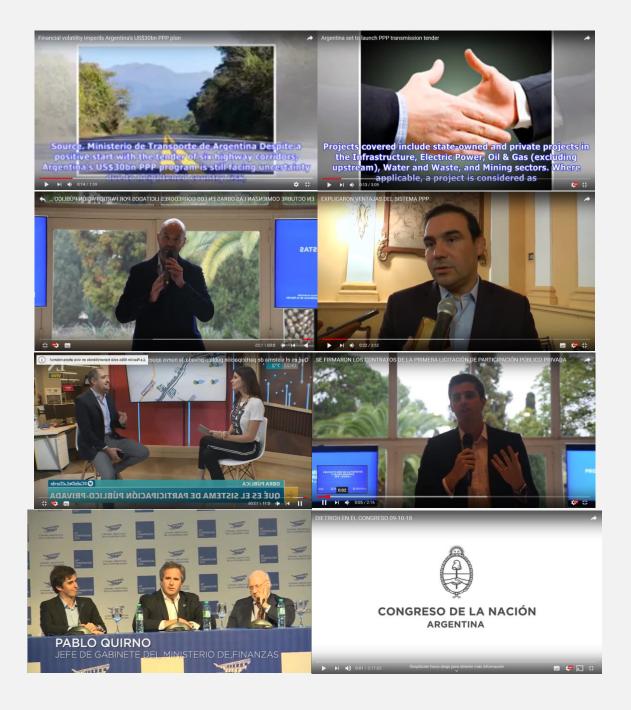
3. Catamarca: Proyecto Exp. C-322/18, con media sanción <u>Cámara de Diputados</u> [8-11-18]

4. Chaco: Ley N° 2665-F **5.** Chubut: Ley I-N° 616 **6.** Córdoba: Ley N° 10.409 **7.** Corrientes: **Ley N° 6435** 8. Entre Ríos: Ley N° 10.564 **9.** Formosa: Ley N° 1665 **10.** Jujuy: **Ley N° 6054 11.** La Rioja: Ley N° 10.110 12. Mendoza: Ley N° 8992 **13.** Misiones: **Ley X - N° 27 14.** Neuquén: Ley N° 3074 **15.** Río Negro: **Ley N° 5278 16.** Salta: **Ley N° 8086** 17. Santa Cruz: Ley N° 3566 **18.** Tierra del Fuego: **Ley N° 1161**





PPP – ESTADO NACIONAL EN LOS MEDIOS





Jniversidad Nacional	de José	C	lemente	Paz
----------------------	---------	---	---------	-----

Rector: Federico G. Thea

Observatorio de Contratos de Participación Público Privada - UNPAZ

Director: Nicolás P. Diana

© UNPAZ – 26 de diciembre de 2018