

**2ª Seção:  
Doutrina Estrangeira**

***Section 2: Foreign Doctrine***

# LA RECIENTE LEY REGULATIVA DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ARGENTINA

---

## *THE RECENT REGULATORY LAW FOR PPP IN ARGENTINA*

JAVIER D. GUIRIDLIAN LAROSA

Abogado Especialista en Derecho Administrativo-Económico por la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Profesor Adjunto de la materia Dominio Público en la carrera de Especialización en Derecho Administrativo-Económico de la UCA. Autor de más de cincuenta artículos vinculados a dicha área temática, y del libro *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004. Integrante de la comisión redactora del proyecto de ley PPP, encargado por el PEN al Colegio Público de Abogados de la CABA. [javierguiridlian@infovia.com](mailto:javierguiridlian@infovia.com)

Recibido em: 07.04.2017

Aprovado em: 10.05.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Financeiro e Econômico

**RESUMEN:** La participación público-privada constituye un mecanismo que se viene utilizando desde inicios de la década de los años 90 para el desarrollo de obras de gran envergadura, de una complejidad técnica que superaba las capacidades de los cuadros funcionales estatales, y donde la gran cantidad de recursos a afectar se contraponían con las limitaciones presupuestarias crónicas de parte de los Estados, habiendo sido el primero caso de implementación la experiencia "Eurotunnel". El modelo PPP no fue algo en sí mismo novedoso, ya que constituye la versión actualizada de la vieja categoría de los contratos administrativos de colaboración, tan antigua como el derecho administrativo en sí, pero en una versión revalorizada y donde la gestión de cometidos públicos –por las ya mencionadas limitaciones técnicas y financieras– no daba la alternativa al Estado para realizarlas por sí, dependiendo exclusivamente del aporte que podía concretar el sector privado como condición para

**ABSTRACT:** A Public-Private Partnership is a mechanism which has been used since the beginning of the 90's for the development of big public work with technical complexities that surpass the capacity of state staff, and where the volume of resources necessary were at odds with the usual chronic limitations on the part of the states. The first experience of implementation of a PPP was the "Eurotunnel". The PPP model was not something new in itself, since it is a updated version of an old category of the administrative contracts of collaboration, as old as administrative law itself, but in a more valued version and where the management of public obligations – for the same technical and financial limitations – did not leave any alternative to the State of realizing them by itself, depending exclusively on the resources the State could obtain with the private sector as a condition to bring them into reality. In this scenario, and so that the latter occurs (private participation in big

su concreción. En ese escenario y para que esto último ocurra (nos referimos a la participación privada en emprendimientos de gran envergadura y que hacen al bienestar directo de la población), se exacerban los valores de eficiencia (entendido en términos del rinde al particular por el trabajo y capital aportado) y seguridad jurídica, este último clave en los países latinoamericanos en general, que no se caracterizan por una trayectoria de estabilidad de marcos normativos y respeto a las reglas de juego. No obstante, se viene de un tiempo a esta parte abriendo camino en la parte sur del Continente Americano una tendencia a aggiornar los regímenes normativos en pos de generar la certidumbre necesaria al inversor para que intervenga en proyectos PPP, sea reformando las leyes que prevén el tipo contractual "concesional" o bien generando regímenes nuevos que prevén a la PPP como una especie contractual autónoma, habiendo esto último ocurrido en reciente data en la Argentina a través de la ley 27.328, sancionada a fines del año 2016. A través del presente artículo, nos proponemos entonces explorar las previsiones que dicho marco normativo trae, ello analizado a la luz de los principios que informan –o deberían informar– la filosofía negocial PPP.

**PALABRAS CLAVE:** Participación Público-Privada – Obra pública – Servicios públicos – Financiamiento de obras públicas – Garantías en los contratos públicos.

PROJECTS FOR THE DIRECT benefit of the population), the values of efficiency are overestimated (understood in terms of the return for the private party for the work and the capital invested) and juridical safety, the latter key in latinamerican countries in general, which do not have a trajectory of stability of normative acts and respect for the rules of the game. However, there has been a movement in the south part of the American Continent to strengthen the normative regimes in order to offer guarantees to investors to put money towards such PPP projects, either by reforming laws that govern contracts of the type "concession" or by generating new regimes that treat PPP's as an autonomous contractual type, the latter happening in Argentina by means of law 27.238, enacted at the end of 2016. In this article, we will explore the provisions of such normative text brings in light of the principles that inform – or should inform – the negotiation philosophy of PPP's.

**KEYWORDS:** Public-Private Partnership – Public work – Public service – Financing public work – Guarantees in public contracts.

**SUMÁRIO:** 1. Introito. 2. La participación privada en la concreción de emprendimientos públicos. 2.1. El origen de la Participación Público-Privada: la respuesta empírica al nuevo paradigma en materia de obras públicas (referido a su mayor complejidad técnica). 2.2. La PPP: ¿filosofía o nuevo tipo contractual?. 3. Los principios generales a considerar en la implementación de un modelo PPP. 3.1. Una aclaración necesaria: el objeto prestacional posible en el marco de un negocio PPP. 3.2. Los principios a considerar para la concreción de proyectos PPP. 4. La perspectiva clásica en materia de ejecución de obra pública. 4.1. La situación en el marco del molde normativo tradicional. 4.2. El Decreto PEN 1299/00. 5. Nuevos mecanismos de gestión y financiación de obra pública. Su inserción en el entorno de la Ley PPP y las previsiones complementarias que la misma establece. 5.1. Consideraciones liminares. 5.2. Los elementos a considerar para la clasificación de las nuevas técnicas de gestión de obras públicas. 5.3. Las técnicas de gestión de obra en particular. 5.3.1. La concesión de obra pública. 5.3.2. Shadow toll (peaje en la sombra). 5.3.3. Contratos "llave en mano". 5.3.4. El denominado "modelo Español". 5.3.5. La eventual compatibilidad entre los modelos antedichos y la Ley PPP nro. 27.328. 5.4. Las técnicas de provisión de fondos y

las garantías stricto sensu como forma de mitigar el coste financiero. 5.4.1. Derechos reales administrativos. 5.4.2. Fideicomisos públicos (de garantía), project finance y titulación de activos. 5.4.3. La cesión del contrato en garantía o subrogación de la posición contractual. 5.4.4. Otros mecanismos adicionales. 5.5. Misceláneas. 6. Colofón.

## 1. INTROITO

Antes que nada quería agradecer la oportunidad que me dieran los queridos colegas Ricardo Marcondes Martins y Augusto Neves Dal Pozzo, de formar parte de esta nueva revista que ha dado la luz y a quien le auguro el más promisorio de los futuros, lo que descuento ocurrirá dado el prestigio de sus directores, sumado al de la editorial que la apadrina. En ese sentido, junto con el ofrecimiento que me han efectuado de formar parte del Comité de Redacción, invitación que acepté gustoso, me propusieron en el primer ejemplar publicar un artículo de mi autoría, y no mejor oportunidad para hacerlo en virtud de las novedades ocurridas en la Argentina a finales del año próximo pasado en materia de desarrollo de infraestructuras.

Es que en el mes de noviembre de 2016 se sancionó la ley regulatoria del contrato de participación público-privada, aprobada bajo el número 27.328 y publicada en el boletín oficial el 30/11/16<sup>1</sup>, junto con su Decreto Reglamentario nro. 118 del 17/02/17. A través de la misma y luego de un marcado lapso de anacronismo en materia de plexos referidos a la contratación estadual para el desarrollo de infraestructuras públicas<sup>2</sup>, se consagra en el país la *aggiornada* –aunque no nueva, conforme se verá a lo largo del presente artículo– técnica de colaboración de los particulares en la satisfacción de cometidos de interés general, tanto sea en materia de obras como de servicios públicos.

El mencionado hito es a su vez una buena excusa para repasar los desarrollos realizados en nuestro libro y posteriores trabajos referidos a dicha temática, para lo cual intentaremos reflexionar acerca de si a través del nuevo régimen

---

1. En adelante Ley PPP.

2. Téngase presente que las normas que regulaban la obra pública a nivel nacional databan, por aquella referida al “contrato de obra pública”, del año 1947 (ley 13.064); siendo que la de “concesión de obra pública” se remontaba al año 1967 (ley 17.520). Y no obstante las modificaciones de que habían sido objeto ellas en ningún caso alteraron su sustancia, donde los riesgos pesaban –conforme lo interpretaba la doctrina tradicional– por principio en cabeza del Estado, siendo que los intentos normativos ensayados por fuera de los marcos antedichos tuvieron de escasa a nula aplicación en los hechos (vid. lo que decimos *infra* en el punto IV).

utilidad para permitir incluso la obtención anticipada de los fondos para la realización de la obra<sup>172</sup>.

### 5.5. *Misceláneas*

El nuevo plexo establece asimismo sistemas específicos en materia consultiva y de control. Por lo primero, se crea la Unidad de Participación pública-privada, cuyo rol principal es la de prestar al órgano o ente público contratante apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato<sup>173</sup>. Y en materia de fiscalización<sup>174</sup>, la Ley PPP contempla no solo las más amplias facultades de inspección y control en cabeza de la repartición contratante<sup>175</sup>, sino que los contratos de dicha especie sean anualmente auditados por la Auditoría General de la Nación<sup>176</sup>, órgano este de Control Externo dependiente del Congreso de la Nación<sup>177</sup>, ello sumado a una Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos PPP integrada por 7 Diputados y 7 Senadores del Honorable Congreso de la Nación<sup>178</sup>.

Asimismo, el régimen contempla un capítulo específico (el VI) destinado a la previsión de cláusulas anticorrupción, en cuyo ámbito y de existir alguna situación de tráfico de influencias y/o incumplimiento de los deberes del funcionario público interviniente, todo ello en interés de la contratista ya sea directa o indirectamente, determinará no solo el rechazo de la propuesta sino también las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar<sup>179</sup>. En esa misma línea se dejan establecidas asimismo las causales de incompatibilidad para contratar, las cuales se detallan en el Capítulo V.

Para finalizar, la ley culmina incluyendo –lo que no estaba en el proyecto elaborado por el PE sino que fue incorporado en ocasión del debate

---

172. Ampliar en nuestro libro “Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras”, op. cit. ps. 100 y ss.

173. Cap. VIII, arts. 28 y concordantes.

174. Cap. IV.

175. Art. 21, el que faculta incluso a acudir a auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional para controlar la ejecución de los proyectos.

176. Art. 22.

177. Art. 85 Constitución de la Nación Argentina.

178. Cap. IX, art. 30.

179. Art. 24.

parlamentario— disposiciones relativas al compra/contrate nacional, fijando preferencias en favor de las empresas nacionales/PYMES, lo que se extrae de los arts. 9 inc. u), 12, 13 inc. f), 14 y 15. Respecto del beneficio estipulado para firmas Argentinas, no podemos dejar de observar que una previsión semejante puede entenderse contraria a las garantías contenidas en los Tratados Internacionales en materia de promoción y protección recíproca de inversiones (tratamiento no menos favorable que el nacional, trato no discriminatorio, etc.) y mismo al propio art. 20 de la Constitución de la Nación, que equipara los derechos civiles de nacionales y extranjeros.

Y si bien se han consagrado algunas excepciones en materia de contratación pública a favor de los Estados Locales y que no se entienden violatorias de las garantías antedichas (vg. párr. 8.A. del art III Acuerdo GATT, que dispone la posibilidad de conceder ventajas a los productos nacionales respecto de los importados, si los organismos gubernamentales adquieren dichos productos para cubrir las necesidades de los poderes públicos y no para su reventa comercial, ni para ser utilizados en la producción de mercancías destinadas a la venta comercial), los privilegios que pretende consagrar la Ley PPP se contraponen con la tendencia actual comparada.

Esto se patentiza a poco que se considere uno de los últimos exponentes en materia de tratados de cooperación económica de nueva generación, tal el Acuerdo CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) celebrado entre Canadá y la UE, el que aun cuando se encuentra en faz de aprobación por los órganos comunitarios tiene como una de sus premisas fundantes que no deben establecerse reglamentaciones en la contratación pública que pudieran considerarse un obstáculo para el libre comercio. Máxime que, estipulaciones de la especie y dependiendo del alcance que culmine reconociéndosele a la preferencia en favor del local<sup>180</sup>, pueden llegar a ser una fuente de ineficiencia al crear un sobre costo en la contraprestación a abonar por el solo hecho que la misma sea adjudicada a un con-nacional, lo que en este aspecto cabe hacer extensivo a los beneficios para PYMES.

Sobre esta última tipología de empresas y en tanto no existan condicionamientos referidos a la nacionalidad de origen, si bien es loable su promoción dada la gran cantidad de mano de obra que emplean, sumado al aporte técnico que pueden concretar bajo el ámbito de la contratación pública, existen

---

180. No es lo mismo el reconocimiento del derecho a igualación de la mejor oferta (*last refusal*), lo que en principio no genera sobre costos, que aquellos casos donde se otorga un margen de mayor onerosidad a favor de la empresa local.



alternativas de fomento a las mismas que coadyuvan a su participación en vínculos sinalagmáticos con el Estado sin ir en detrimento de los costos, tal lo que acontece en el ámbito de la UE con la reciente normativa que regula la contractualidad pública, donde se implementó la denominada compra por lotes<sup>181</sup>.

## 6. COLOFÓN

Uno de los axiomas para el crecimiento económico y social de todo país es el desarrollo de infraestructuras, el cual en la actualidad se haya en gran parte condicionado a la necesaria participación privada, dado el aporte técnico y económico que estos pueden llevar a cabo. A su vez, para que ello ocurra se necesita imperiosamente de dos factores, como son la eficiencia y la seguridad jurídica, elemento este último que depende a su vez del Estado y sin el cual difícilmente se logre hacer atractiva la intervención privada en emprendimientos públicos. Como bien se ha manifestado, “la incertidumbre reduce la inversión”<sup>182</sup>, consecuencia lógica que deriva del temor fundado no sólo de perder lo aportado, sino también las ganancias esperadas y que hubieren sido obtenidas en consecuencia.

La Argentina ha sido un ejemplo de inseguridad legal, dada la vorágine e inestabilidad que se registra desde el plano normativo. Para salir del *status quo* se necesita antes que nada respeto a la Constitución así como al resto de las normas que integran el denominado bloque de legalidad, sumado a la creatividad para romper los rígidos moldes que muchas veces funcionan –prejuicio mediante– a modo de valladar que impide el progreso. Y con el nuevo régimen legal que regula el contrato de participación público-privada en la Argentina se está dando, sin lugar a dudas, un paso de suma utilidad en pos de concretar el tan ansiado anhelo de la “revolución infraestructural” por este lado del Continente Americano.

---

181. Que consiste en la posibilidad, en el marco de la/s licitación/es a la que deberá/n convocarse, de parcelar la prestación a contratar, de modo de relajar las exigencias en cuanto a capacidad financiera que pudiesen resultar en una limitante a la participación de esta clase de empresas (Vg. art. 46 Directiva UE 2014-24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE).

182. Driver Ciaran; Moreton David, “Inversión, Expectativas e Incertidumbre”, Colegio de Economistas de Madrid; Celeste Ediciones, p. 163.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- A alternativa nacional e o setor de infraestrutura, de Roberto Mangabeira Unger – *RDA/1/23-37* (DTR\2017\1436);
- Concessões de serviços públicos essenciais em regime não concorrencial: a delicada relação entre as concessionárias e a administração pública na atual economia de mercado, de Fernando Henrique Franco de Aquino – *RT 982/23-49* (DTR\2017\2938); e
- Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia Argentina, de Jorge Bogo – *RIBRAC 4/59-76* (DTR\2011\4861).