

EDUARDO MERTEHIKIAN

**“La asociación público privada (APP) en el
derecho federal argentino.
Aproximación a su régimen normativo”**

La asociación público privada (APP) en el derecho federal argentino.

Aproximación a su régimen normativo.

*Eduardo Mertehikian**

SUMARIO: I. Introducción. II. Características del Instituto. III. Régimen legal. IV. Aspectos o cuestiones a tener en consideración. V. Epílogo.

I. Introducción.

El presente trabajo tiene por exclusiva finalidad ofrecer una aproximación al panorama que en el derecho federal argentino rige normativamente los contratos para la constitución de “asociaciones público privadas” en su vertiente de asociaciones “institucionales” o “institucionalizadas” y –a partir de allí– realizar algunas referencias a las disposiciones que tienen implicancia en esa conformación¹.

II. Características del Instituto.

Las habitualmente denominadas “asociaciones público privadas” –figura propia del derecho anglosajón que, en principio, cabe decir que no reconocen la figura de la “concesión administrativa” típica del derecho continental²– refieren a distintas formas de cooperación entre el sector empresario y las autoridades públicas, cuyo objetivo es ga-

* Profesor Pro Titular de las Materias Instituciones del Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Director de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (ISSN: 1666-4108).

¹ Anticipo que no me ocupare aquí de las denominadas “asociaciones público privadas” de base “contractual” o “contractuales” conformadas en la figura de la “concesión administrativa” muy arraigada en nuestro derecho.

² Decimos que es así, en principio, toda vez que el derecho inglés, por ejemplo, reconoce las denominadas *private bills*, distinguiéndolas de las *public bills*, y la diferencia radica en el origen de quien promueve la solicitud del otorgamiento del *bill* ante el propio Parlamento, donde en el primer caso lo hace un sujeto de derecho privado que pretende el otorgamiento de un privilegio, en tanto que en el segundo caso la iniciativa surge del propio Gobierno.

rantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de infraestructura o bien de la prestación de un servicio público.

En efecto, su utilización se encuentra actualmente muy difundida, a punto tal que –de un lado– existe una Guía de Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, y una Guía Legislativa, elaboradas ambas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) o UNCITRAL, según su terminología en inglés, y en el derecho comunitario europeo el denominado Libro Verde del 30 de abril de 2004 de la Comisión acerca de la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones³.

En general, se acepta que hay dos tipologías: las llamadas asociaciones público privadas *institucionales* o *institucionalizadas* y las de base *puramente contractual*.

Las primeras dan como resultado la creación de una entidad distinta en la que participan sus constituyentes de manera conjunta y que –en general– tienen por finalidad garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público.

Las segundas, como su nombre lo indica, se refieren a una *colaboración* basada únicamente en un vínculo contractual entre las diferentes partes. Se suelen indicar como ejemplo de estas últimas, las fórmulas contractuales que tienen por base las figuras concesionales⁴. La Comisión europea en el ya citado Libro Verde también distingue entre una colaboración público privada “puramente contractual” y otra “institucionalizada”. Como más arriba señalé, solo nos ocuparemos aquí de la regulación normativa que rige las “institucionales” o “institucionalizadas”.

III. Régimen legal.

Antes de ingresar en el análisis pormenorizado de la figura, conviene decir que en el derecho argentino, recientemente, el 1º de agosto 2015, ha entrado en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial Unificado (CCCN), de entre cuyas disposiciones atinentes a la materia conviene aquí mencionar las siguientes:

i) El *Artículo 143*, que recoge normativamente el criterio de que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros y que éstos no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos expresamente establecidos en el Título 2 del CCCN y los que disponga la ley especial;

ii) El *Artículo 148*, que define y clasifica a las personas jurídicas privadas y entre las cuales cabe mencionar a las *sociedades*;

iii) El *Artículo 149*, que dispone que “*la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas*. Sin embargo, la ley o el estatuto

³ COM (2004) 327 final.

⁴ En tal sentido puede verse el ilustrativo trabajo de Luis Miguez Macho, “Las formas de colaboración público-privada en el derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 175, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2008, p. 157 y sigs.

pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

iv) El Artículo 1011, que introduce –como categoría nueva en el derecho positivo argentino– a los *contratos de larga duración*, “en los cuales *el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto*, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar” y en los cuales “las partes deben ejercitar sus derechos conforme a un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total” (cfr. disposición citada).

Tratándose de un contrato celebrado por una Administración pública y siendo que en Argentina el derecho administrativo es, en principio, materia de las legislaciones locales, cabría decir que la regulación del contrato administrativo es competencia de las autonomías locales. Sin embargo, si como resultado del contrato celebrado, se conformase una asociación público privada de las denominadas *institucionales o institucionalizadas*, las mismas estarán regidas por la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 que en el derecho argentino configura un cuerpo de normas del *derecho común*, vigente de manera uniforme en todo el territorio de la República Argentina, de conformidad con lo que establece el Artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

En el orden de la legislación federal, el *Decreto N° 967/2005*⁵ instituyó el *Régimen Nacional de Asociación Público Privada*, que regula estrictamente el tipo caracterizado como asociaciones “institucionales” o “institucionalizadas”, ya que aquellas de base “puramente contractual” tales como las concesiones de obra pública poseen su régimen específico en la Ley N° 17.520 de Concesiones de Obra Pública. De antemano conviene señalar que la figura ha recibido severa crítica de la doctrina achacándole un sesgo de intervencionismo estatal y que en la práctica la disposición no ha tenido una aplicación concreta⁶.

El *Decreto Delegado N° 1.023/2001* –dictado en virtud de las facultades delegadas por el Congreso de la Nación en el marco de lo establecido en el Art. 76 de la CN– regula

⁵ Para el dictado de la norma se invocaron las atribuciones asignadas al Poder Ejecutivo Nacional por los incisos 1 y 2 del Artículo 99 de la Constitución Nacional, es decir que el reglamento participa al mismo tiempo de las características de un reglamento autónomo y de ejecución o de reglamentación de leyes, para lo cual se invocan, entre sus Considerandos, las disposiciones de las Leyes Nros. 13.064 de Obras Públicas y 17.520 de Concesión de Obras Públicas, como fundamento de su emisión. Esta práctica anómala se ha tornado habitual y ha sido severamente criticada por la doctrina más calificada porque impide su adecuado control y, en tal sentido, es insoslayable la opinión de Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1 “Principios y fuentes”, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, § 10, p. 463 y sig. En igual sentido puede verse la crítica de Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, T. II, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 379.

⁶ Ver Crivelli, Julio César, “La colaboración público privada en el desarrollo de la infraestructura”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 446, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2015, p. 5 y siguientes, donde el autor examina el estudio comparado de la legislación argentina con el de otros países de la región.

el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Por su parte, el *Decreto N° 893/2012* –de naturaleza reglamentaria y dictado por el Poder Ejecutivo nacional en el marco de las atribuciones asignadas por el Artículo 99, incisos 1°) y 2°), de la CN– aprueba el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional.

Debe decirse que son también aplicables al contrato que se celebre las disposiciones de la *Ley N° 25.551* de Compre Trabajo Argentino, el *Decreto Ley N° 5.340/1963* y la *Ley N° 18.875* de Compre y Contrate Nacional, respectivamente.

Ahora bien, a los fines de la conformación de una APP de carácter institucional y tal como están diseñadas en nuestro sistema legal son insoslayables los aspectos que se tratarán a continuación.

IV. Aspectos o cuestiones a tener en consideración.

El Sector Público Nacional se encuentra expresamente habilitado a celebrar “contratos” con el sector privado para la conformación de una asociación público privada.

Son caracterizadas como un “instrumento de colaboración” destinado a establecer un “vínculo obligacional entre las partes, a fin de *asociarse* para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos, u otra actividad delegable [...]”. (Cfr. Art. 1° del Anexo I del Decreto N° 967/2005).

Puede constituir el objeto de una APP el “desempeño de actividades de competencia de la Administración que resulten delegables” (Artículo 2°, inciso e) Decreto N° 967/2005). Nada dice la disposición acerca de cuáles son las actividades administrativas que en el contexto de la norma pueden estimarse “delegables” y semejante terminología –no sobra señalarlo– no solamente no aporta claridad, sino que la determinación de una competencia administrativa que responda a esa característica no queda despojada de un alto contenido ideológico.

La “entidad” que se conforme como resultado de la celebración del contrato debe encontrarse adherida al régimen de oferta pública previsto en la *Ley N° 17.811* y sus normas complementarias (Artículo 3°, inciso e) del Decreto N° 967/2005).

Dicha “entidad” puede organizarse como una sociedad anónima, un *fideicomiso* o en cualquier otra modalidad que resulte “apta para financiarse por medio del régimen de oferta pública previsto en la *Ley N° 17.811* y sus normas complementarias” (Artículo 4°, decreto citado)⁷.

⁷ Las siguientes disposiciones de la *Ley N° 17.811* son importantes para tener en cuenta. *Artículo 16.* — Se considera oferta pública la invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si se constituye como “fideicomiso” en tanto se encuentre integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, resulta exigible el dictado de una ley del Congreso Nacional que autorice la realización de esos aportes (cfr. Artículo 5º, inciso a) Ley N° 25.152).

El aporte del Estado Nacional puede consistir en “cesión de créditos tributarios y/u otorgamiento de beneficios tributarios en los términos del Artículo 6º de la Ley N° 17.520”⁸,

impresas o cualquier otro procedimiento de difusión. *Artículo 17.* — Pueden ser objeto de oferta pública únicamente los títulos valores emitidos en masa, que por tener las mismas características y otorgar los mismos derechos dentro de su clase, se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo. *Artículo 18.* — La oferta pública de títulos valores emitidos por la Nación, las provincias, las municipalidades, los entes autárquicos y las empresas del Estado, no está comprendida en esta ley, sin perjuicio de las facultades del Banco Central de la República Argentina, en ejercicio de sus funciones de regulador de la moneda y del crédito. Se considera oferta pública sujeta a las disposiciones de esta ley, la negociación de los títulos valores citados cuando la misma se lleve a cabo por una persona física o jurídica privada, en las condiciones que se establecen en el Artículo 16. *Artículo 19.* — La Comisión Nacional de Valores debe resolver la solicitud de autorización para realizar oferta pública dentro del plazo de treinta días a partir de la fecha de su presentación. Cuando vencido dicho plazo, no se hubiera expedido, el interesado puede requerir pronto despacho. A los diez días de presentado este pedido si la Comisión Nacional de Valores no se hubiera pronunciado, se considera concedida la autorización, salvo que aquélla prorrogue el plazo mediante resolución fundada. Dicha prórroga no puede exceder de treinta días a partir de la fecha en que se disponga. Vencido este nuevo plazo, la autorización se considera otorgada. La resolución que deniegue la autorización es recurrible, aplicándose a tal efecto las mismas normas de competencia y procedimiento establecidas en el Artículo 14. La denegatoria no puede fundarse en razones de oportunidad o conveniencia. La autorización para efectuar oferta pública de determinada cantidad de títulos valores, no importa autorización para el ofrecimiento de otros emitidos por el mismo emisor, aun cuando tengan las mismas características. *Artículo 20.* — El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones de regulador de la moneda y del crédito, puede limitar, con carácter general y temporario, la oferta pública de nuevas emisiones de títulos valores. Esta facultad podrá ejercerla indistintamente respecto a los títulos valores públicos o privados. La resolución debe ser comunicada a la Comisión Nacional de Valores, para que suspenda la autorización de nuevas ofertas públicas y a las bolsas de comercio para que suspendan la autorización de nuevas cotizaciones. *Artículo 21.* — Pueden realizar oferta pública de títulos valores las sociedades que los emitan y las personas físicas o jurídicas inscriptas en el Registro establecido por el Artículo 6º, inciso d) de esta ley. Estas últimas deben llevar un registro o fichero con los datos personales, documentos de identidad y firma de sus clientes. El agente de bolsa que opere exclusivamente en un mercado de valores está exento del cumplimiento de los recaudos mencionados en este artículo.

⁸ *Artículo 6º.* - El Poder Ejecutivo queda facultado para establecer desgravaciones en el impuesto a los réditos que deben abonar los inversores en las sociedades o entes concesionarios, dentro de los siguientes límites: a) A los suscriptores iniciales de acciones de la concesionaria y a los inversores iniciales que efectúen aportes hasta integrar el capital total de la misma: hasta el ciento por ciento (100%) del monto integrado en el ejercicio; b) A los suscriptores iniciales de bonos o títulos con garantía del Estado: hasta el setenta por ciento (70%) del monto integrado en el ejercicio. Los suscriptores e inversionistas para tener derecho a la franquicia deberán mantener sus aportes de capital en la concesionaria, por un término no inferior a dos (2) años; en caso contrario deberán reintegrar a su balance impositivo los importes respectivos en el año que tal hecho ocurra. El mismo criterio se aplicará para los suscriptores de bonos o títulos. El Poder Ejecutivo queda facultado, asimismo, para establecer la exención, a la entidad concesionaria, por un término como máximo igual al plazo de la concesión, del impuesto al rédito producido por la explotación de la obra pública.

“prestaciones accesorias en los términos del Artículo 50 de la Ley N° 19.550⁹ [...], o bien, en otras formas de aporte legalmente autorizadas”.

La *selección del socio privado* debe hacerse de conformidad con lo que disponen, según sea el caso, la Ley Nacional de Obras Públicas (N° 13.064), la Ley de Concesión de Obras Públicas (N° 17.520) y el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (el ya citado Decreto Delegado N° 1.023/2001).

Las relaciones entre el Estado Nacional y los socios privados se regirán por las normas del derecho que resulten aplicables en la especie. Análogamente, las relaciones de la APP con terceros se regirán por las normas del derecho aplicable según sea la forma en que se hubiera organizado de acuerdo a lo establecido en el Artículo 4° del régimen, es decir, como sociedades anónimas, *fideicomisos* o en cualquier otra forma o modalidad que resulte apta para financiarse por medio del régimen de oferta pública, previsto en la ya citada Ley N° 17.811 y sus normas complementarias.

En caso de conformarse como una sociedad anónima en los términos de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, aun cuando el Estado Nacional posea participación igual o minoritaria, se encuentra legalmente autorizada a designar síndicos en el órgano de control (arg. Artículo 114, Ley N° 24.156 de Administración Financiera, y su reglamento Decreto N° 1.344/2007). No obstante, no debe obviarse que no pierden su calidad de sujetos de derecho privado (cfr. Artículo 149, CCCN).

El aporte del Estado –entre otros– *puede consistir en el otorgamiento de un derecho sobre bienes del dominio privado estatal* [cfr. Art. 5°, inc. d), Anexo I, Decreto N° 967/2005] y en tal sentido debe tenerse en cuenta que la enumeración de los bienes del dominio privado del Estado Nacional, provincial o municipal viene hecha por el *Artículo 236* del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994).

En nuestro caso, podrían resultar aplicables los incisos a) y e) de dicha disposición, según los cuales entran en la categoría los siguientes: “[...] a) los inmuebles que carecen de dueño [...] e) los bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

No sobra decir que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994) nuestro sistema legal admite ahora el *derecho real de superficie* sobre un bien inmueble ajeno¹⁰, como propiedad separada del dueño del

⁹ Ley N° 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales) Artículo 50. — Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital y 1) Tienen que resultar del contrato; se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento. Si no resultaren del contrato se considerarán obligaciones de terceros; 2) Deben ser claramente diferenciadas de los aportes; 3) No pueden ser en dinero; 4) Sólo pueden modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la mayoría requerida para la reforma del contrato. Cuando sean conexas a cuotas de sociedades de responsabilidad limitada, su transmisión requiere la conformidad de la mayoría necesaria para la modificación del contrato, salvo pacto en contrario; y si fueran conexas a acciones, éstas deberán ser nominativas y se requerirá la conformidad del directorio.

¹⁰ Artículo 2114 y siguientes.

suelo, y de tal modo ha abandonado la regla de que *la superficie cede al suelo* que el anterior Código Civil establecía, razón por la cual es factible la utilización de este derecho real para garantizar el recupero de los préstamos que el socio privado debe realizar.

A este último respecto, cabe citar que una evidencia surgida de la investigación histórica indica que hoy en día ya se sabe –sin lugar a dudas– que en el derecho romano la *concesión* para construcción sobre suelo público urbano es el instituto jurídico que precede al *derecho real de superficie*¹¹ del derecho civil y no a la inversa; lo cual denota –dicho sea– el grado de evolución de las instituciones jurídicas en el ámbito de las relaciones entre la organización administrativa romana (la expresión *Estado* no existe en la época) y –diríamos en una terminología más actual– los administrados.

En efecto, contra la creencia general (*mito*), la armonización del principio de indisponibilidad del suelo público, con la posibilidad del goce de las construcciones hechas por los particulares, deroga la regla de que “lo construido cede al suelo” (*superficies solo cedit*)¹² que nuestro antiguo Código Civil (Ley N° 340) hoy derogado adoptaba, pues negaba expresamente la posibilidad de que existieran propiedades separadas entre el suelo y lo construido sobre el mismo, o de la constitución del derecho real de superficie (ver Nota del Codificador al anterior Art. 2503 del CC), circunstancia que primero debió variar –merced a la necesidad práctica y económica– con relación al derecho de superficie forestal (Ley N° 25.509) y su agregado como inciso 8° al hoy derogado Artículo 2503 del Código Civil y que –incluso– ya el anterior Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial (1998) recogió y amplió a todo “lo construido” (ver Art. 2018 del mencionado Proyecto) y que actualmente rige (Art. 2114, CCCN).

A mayor abundamiento de lo precedentemente dicho, deben tenerse en especial consideración las siguientes circunstancias relativas a la figura de la asociación público privada.

i) En cuanto al plazo de vigencia.

La normatividad argentina que estamos examinando no define un plazo máximo de vigencia del contrato asociativo de la APP, a diferencia de otras legislaciones, tal como por ejemplo sucede con el Artículo 5°, apartado I, de la Ley Brasileña N° 11.079.

Nuestra legislación únicamente establece que el plazo debe ser compatible con la amortización de las inversiones a realizar.

Lo anterior cobra singular importancia, frente a la regla establecida en el Artículo 1° de la *Ley N° 17.520* Nacional de Concesión de Obra Pública, que exige para su válido establecimiento la exigencia de un “término fijo”. Si bien se mira, no pueden confundirse los conceptos técnicos de “término” y “plazo”, por lo cual se admiten, entonces, las concesiones de plazo indeterminado, tal como acontece –por ejemplo– con la legislación chilena.

¹¹ Castán Pérez - Gómez, Santiago, *Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 1996, Capítulo V, ver especialmente lo expuesto en la página 152.

¹² Ídem.

ii) En cuanto a la utilización de figuras combinadas (leasing) y propiedad de lo construido durante la vigencia de la APP.

La cuestión es de la mayor trascendencia tan pronto se advierta que el Artículo 2° del Decreto N° 967/2005 establece que pueden ser objeto de una APP los siguientes emprendimientos públicos:

“[...] f) Ejecución de obra pública, con o sin prestación de servicio público, para la locación o arrendamiento por la Administración pública. En los casos de ejecución de obra pública, al término de la asociación público privada respectiva, la propiedad de la obra corresponderá al Estado”.

Tal previsión nos motiva reflexiones de dos órdenes. Por un lado, la admisión de que pueden emplearse figuras contractuales combinadas tales como el *leasing*, en cuyo caso actuaría como *tomador* del “*leasing*” el Estado Nacional y como *dador* del “*leasing*” la propia APP, o bien –exclusivamente– el socio privado¹³.

Por otro lado, la expresa admisión de que durante el plazo de vigencia del contrato asociativo la propiedad de lo construido corresponde a la APP. De no ser así, carecería por completo de sentido la previsión normativa respecto de que al vencimiento del plazo pactado todo lo construido por la APP pasará a ser de propiedad del Estado Nacional.

No modifica esa conclusión la previsión contenida en el Artículo 5°, inciso d) del Decreto N° 967/2005, en cuanto establece que si el aporte público comprende el “otorgamiento de derechos sobre determinados bienes públicos, [éstos] podrán consistir en concesiones, permisos, autorizaciones o algún otro instrumento legal *con excepción del derecho de propiedad sobre los mismos*” (el destacado es agregado), por cuanto nos estamos refiriendo estrictamente a la propiedad sobre lo construido en un bien ajeno, y no a la propiedad del bien sobre el que dicha construcción se desarrolla.

Insisto en que el abandono de la regla de que la *superficie cede al suelo* y –consecuentemente– la expresa admisión del *derecho real de superficie* que lleva a cabo el nuevo Código Civil y Comercial abonan la interpretación que he dejado expuesta.

iii) Régimen de solución de controversias. Avenimiento y arbitraje.

El régimen normativo en análisis autoriza expresamente la posibilidad de establecer mecanismos de solución de controversias no judiciales tales como el avenimiento y/o el arbitraje, para “todas las controversias que eventualmente pudieren surgir con motivo de

¹³ El contrato está regulado en los Artículos 1227 y siguientes del CCCN (Ley N° 26.994), el cual deroga disposiciones contenidas anteriormente en la Ley N° 25.248 que regulaba el contrato. El Artículo 1227 dispone: “En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio”. A su turno, el Artículo 1228 establece: “Pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing”.

la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto”. Para ello exige que el procedimiento se encuentre expresamente dispuesto en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones que rijan la selección del socio privado.

En consecuencia, quedarían fuera de esa posibilidad las controversias relacionadas con las etapas de la “selección”, “celebración o perfeccionamiento” del contrato asociativo, las cuales quedarían –de ese modo– deferidas al exclusivo conocimiento de los jueces y comprendidas –en principio– entre las denominadas *causas contencioso administrativas*¹⁴.

iv) Extinción anticipada del contrato de conformación de la APP.

Una de las cuestiones que no pueden omitirse, expresamente reguladas por el decreto, es la relacionada con la extinción antes del vencimiento de “la relación contractual asociativa” para lo cual la norma establece “como pauta básica” del contrato “la fijación de los supuestos y modalidades de extinción anticipada”.

A ese respecto debe mencionarse que el *Decreto Delegado N° 1.023/2001*, antes también aludido, establece en el Artículo 12, inciso b, segundo párrafo, que en caso de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de un contrato celebrado por cualquiera de los sujetos incluidos dentro de la definición de Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del Artículo 8° de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera¹⁵, no es indemnizable el “lucro cesante”.

¹⁴ A este respecto útil es retener las previsiones incluidas en el *Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299/2000* –ratificado por el Artículo 8° de la Ley N° 25.414– que aprueba el Régimen para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura, dentro del Capítulo IX, Jurisdicción Arbitral, que establecen lo siguiente: *Artículo 30.* — El Poder Ejecutivo Nacional y los poderes ejecutivos de las Jurisdicciones Adheridas podrán prever en los pliegos de licitación el sometimiento de las eventuales controversias de índole patrimonial o técnica y/o de interpretación del Contrato con los Encargados de los Proyectos, sus garantes y financistas, que surjan con motivo de los Contratos, a tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado, y para renunciar, en tales casos, a interponer la defensa de foro incompetente o no justiciabilidad frente a las acciones iniciadas ante tales tribunales respecto de dichas controversias. En tal caso el mecanismo de arbitraje y la forma de designación de los árbitros deberán establecerse en los respectivos pliegos licitatorios. *Artículo 31.* — El Contrato podrá prever que los pagos que se devengaren a cargo del Ente Contratante y/o los usuarios durante el trámite de la controversia deberán ser hechos efectivos en la medida en que no se vean alcanzados por ella. En tal caso, si la Auditora Técnica verificare que el Encargado del Proyecto ha cumplido debidamente con sus obligaciones bajo el Contrato, los fondos alcanzados por la controversia deberán ser depositados por el Ente Contratante o en su defecto por el Fondo, y/o en su caso los usuarios, como se reglamente oportunamente, en una cuenta en garantía hasta su resolución final y seguirán su suerte.

¹⁵ El precitado *Artículo 8° de la Ley 24.156* establece. “Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:

- a) Administración nacional, conformada por la Administración central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.
- b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

Sin perjuicio de que en otra oportunidad esta disposición la reputamos inconstitucional y a esos fundamentos cabe remitirse en obsequio a la brevedad¹⁶, debe decirse—no obstante—que la norma no abarca a todos los contratos del Sector Público Nacional, sino solamente a los celebrados por los órganos que componen ese limitado ámbito subjetivo del complejo organizativo que conforma la Administración pública nacional.

Sin embargo, también hay que decir que con posterioridad fue sancionada la Ley N° 26.944 (2014) de Responsabilidad del Estado, que en su Artículo 5°, primer párrafo, contiene una previsión semejante a la que criticamos; pero habrá de tenerse en cuenta que la misma resulta aplicable en forma supletoria a la responsabilidad contractual en ausencia de previsión expresa (Art. 10, Ley N° 26.944) y teniendo particularmente en cuenta que la ley también establece que la responsabilidad del Estado por su actividad legítima “es de carácter excepcional”, la ausencia de previsión expresa en el contrato asociativo tornará aplicable la restricción indemnizatoria dispuesta en la Ley de Responsabilidad del Estado; razón que justifica incluir una previsión contractual expresa para regular las consecuencias de una extinción anticipada del contrato por las causales anotadas¹⁷.

Es útil a estos efectos examinar las Disposiciones Legales Modelo de *UNCITRAL* más arriba referidas, particularmente las disposiciones modelo 44, inciso b) y 47, que si bien no son reglas imperativas en el derecho argentino, configuran —no obstante— una pauta de diseño e interpretación plausible de esos contratos que —por lo que ha quedado dicho—revisten “larga duración” y que por definición suponen la inversión de importantes sumas de dinero con plazos de amortización extensos.

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado Nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado Nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”.

¹⁶ Ver del autor “Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento de lucro cesante. (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 320:17, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

¹⁷ Debe retenerse en tal sentido que el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299/2000, citado anteriormente, dispone en su *Artículo 19*: “Los derechos y obligaciones contractuales de las partes serán sólo aquellos expresamente previstos en el presente decreto, en el respectivo pliego de licitación y en el Contrato correspondiente, en la reglamentación de fecha anterior a la celebración de aquél, incorporada por referencia, y en las normas del derecho privado que resulten aplicables. Cuando no se prevea el derecho del Ente Contratante de rescindir anticipadamente el Contrato, o de modificarlo unilateralmente, por razones de conveniencia e interés público, la contratación deberá ser autorizada por el Poder Ejecutivo Nacional, o en su caso de la respectiva Jurisdicción Adherida, con la previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación o del máximo organismo administrativo de asesoramiento legal de aquélla”. (El destacado es añadido).

Por la primera, se establece que “la autoridad contratante podrá resolver el contrato de concesión b) por razones imperativas de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario; las condiciones de indemnización se fijarán en el contrato de concesión”.

A su turno, la disposición modelo 48 dice: “El contrato de concesión establecerá la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de resolverse dicho contrato, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al contrato, así como los gastos realizados o las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante”.

Tal como se aprecia, la limitación de responsabilidad en el caso del derecho federal argentino que se viene de exponer es contraria –incluso– a las soluciones que vienen previstas por las recomendaciones del derecho internacional pero, con todo, la inclusión de previsiones específicas en los Pliegos de Bases y Condiciones y en los contratos que se celebren, son válidas para atemperar las consecuencias negativas de normas restrictivas de los derechos económicos del inversor.

De cualquier modo, conviene retener la sustancial diferencia que existe entre la indemnización de la ganancia esperada (lucro) de ser retribuida por la inversión que quedaría frustrada en caso de una extinción anticipada del contrato por razones de interés público, con la reposición económica de las inversiones no amortizadas por esa misma extinción antes del vencimiento del tiempo contractual establecido.

V. Epílogo.

Como ha quedado señalado al comienzo de estas páginas, la pretensión de este trabajo no ha sido otra que la de realizar una aproximación al régimen normativo implicado en la configuración de las asociaciones público privadas en su variante “institucionalizada” introducidas en el derecho federal argentino a través de la disposición examinada. La figura, ya se ha dicho, es propia de regímenes jurídicos que no cuentan –en apariencia al menos– con una tradición de vinculación contractual entre el Estado y los administrados en fórmulas de colaboración que tienen en la “concesión administrativa” su base de sustentación.

Pero también hay que decir que el sistema jurídico argentino –que en este aspecto encuentra firme arraigo en el sistema de derecho continental– reconoce desde hace muchos años fórmulas asociativas mixtas entre el sector público y el privado, las cuales –más allá de las críticas que han suscitado y de algunas experiencias negativas que no es deseable que se repitan– han tenido mucha aplicación práctica en nuestro medio, tanto en el orden federal, como en el ámbito de las provincias.

