

JULIO CÉSAR CRIVELLI

# Inversión privada en el sector público

Concesión de obras públicas. Asociación público-privada  
Participación público-privada. Estudio general de los contratos  
Inversión. Financiación. Riesgos. Resolución de conflictos  
Licitación pública. Iniciativa privada. Legislación comparada  
Análisis de las leyes 17.520, 27.328 y decreto 1299/2000

*Prólogo de*  
EDUARDO MERTEHIKIAN



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2017

# ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	V
----------------------	---

## INTRODUCCIÓN

1. Consideraciones generales .....	1
2. Bases político-jurídicas del desarrollo de infraestructura con capital privado .....	2
3. Organización nacional y desarrollo. La época de las concesiones de obras públicas .....	6
4. La aparición del “ogro filantrópico”. La creencia en el paradigma estatal .....	9
5. Influencia del paradigma estatista en la infraestructura .....	12
6. La restauración de la democracia .....	14
7. Pese al populismo, nuevamente el sector privado en la infraestructura de la Argentina .....	15
8. El populismo de los 90. La crisis de 2001 y la infraestructura. El regreso del “ogro filantrópico” .....	18
9. Fin del ejercicio para el populismo de los 90 .....	19
10. Situación actual de la infraestructura y de sus instituciones .....	23
11. La oportunidad .....	25
12. Nuevas instituciones para la infraestructura .....	27
a) Los nuevos instrumentos .....	29
1) Es imprescindible recuperar el “principio de continuidad jurídica del Estado” .....	29

2) Convertir la infraestructura en una política de Estado .....	30
b) Financiamiento .....	32
c) Seguridad jurídica .....	33
13. Conclusión. El desafío del momento .....	34
14. El nuevo Gobierno y la ley 27.328 .....	35
15. Plan de esta obra .....	36

## CAPÍTULO PRIMERO

### CARACTERIZACIÓN GENERAL

§ 1. Evolución histórica del contrato .....	39
a) Private Finance Initiative .....	45
b) La cuestión de la denominación .....	47
c) Denominaciones adoptadas en este trabajo .....	54
d) Legislación comparada .....	54
e) El cambio de paradigma de los contratos de concesión y APP .....	56
f) Las asociaciones público-privadas del decreto 967/05 .....	58
§ 2. El sistema legal argentino en materia de concesiones y APP .....	61
§ 3. Descripción del contrato de APP o concesión de obras públicas .....	64
a) Diferencias con la concesión de servicios públicos y la licencia .....	66
b) La descripción de los contratos en nuestro derecho positivo .....	71
c) Legislación comparada .....	72
§ 4. Clasificación de las concesiones en la ley 17.520 .....	74
a) Legislación comparada .....	78
b) La clasificación del artículo 2° de la ley 17.520 a la luz de la experiencia reciente .....	78
§ 5. Quid de la diferencia entre una concesión subvencionada y una APP .....	79
§ 6. La ley 27.328, capítulo I .....	80
a) El límite cuantitativo de los contratos PPP. Artículo 16 .....	81

b) La cuestión de la denominación .....	81
c) El cambio de paradigma de los contratos de PPP .....	82
d) Las asociaciones público-privadas institucionales de la ley 27.328. Estado de la cuestión .....	86
1) Las APP institucionales en la ley 27.328 .....	86
2) Elección del socio privado .....	87
3) Aportes del Estado .....	88
4) La cuestión de la competencia de las asociaciones mixtas con los oferentes privados .....	88
5) Conclusiones .....	89
e) El sistema legal argentino .....	91
1) La sistemática correspondiente a los contratos de colaboración público-privada propiamente dichos .....	91
2) Las asociaciones institucionales .....	93
3) Ciencia y tecnología .....	93
f) Ley supletoria aplicable a las PPP .....	95
g) Descripción del contrato de PPP. Ampliación del objeto en la ley 27.328 .....	95
1) El objeto de las PPP .....	96
2) Aplicación de las regulaciones específicas en el caso de servicios públicos .....	99
3) Peligro de intervencionismo estatal mediante la combinación de los artículos 1°, 3° y 8° de la ley .....	100
h) Diferencias de las PPP con la concesión de servicios públicos y la licencia .....	101
i) Quid de la diferencia entre una concesión subvencionada y una PPP .....	101

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

§ 7. Introducción .....	103
§ 8. Administrador público .....	103

§ 9.	La persona jurídica titular de una concesión o APP. Legislación comparada .....	105
§ 10.	Diseño .....	107
	a) El derecho positivo .....	109
	b) Legislación comparada .....	109
§ 11.	Financiación. Su importancia .....	109
	a) Financiación. Diferencia entre una APP y una concesión .....	112
	b) Financiación y factibilidad de un proyecto .....	112
	c) Concesiones. Financiación de la construcción y financiación del flujo de explotación .....	114
	d) Financiación y situación institucional y macroeconomía. Riesgo país .....	115
	e) La financiación en las concesiones de obras públicas de la ley 17.520 .....	117
	f) Legislación comparada .....	118
	g) Desgravación de la ley 17.520 .....	118
	h) Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura de las APP. Capítulo III del decreto de promoción de la participación privada 1299/00 ..	120
§ 12.	Construcción .....	123
	a) Modificaciones en la obra .....	125
	b) El decreto 489/95 sobre modificación y adecuación de concesiones viales .....	127
	c) Legislación comparada .....	127
§ 13.	Operación y mantenimiento .....	128
	a) Operación .....	129
	b) Mantenimiento .....	129
	c) Operación y mantenimiento en la ley 17.520 y el decreto 1299/00 .....	130
§ 14.	Plazo .....	131
§ 15.	Contraprestación .....	133
	a) Descripción .....	134
	b) Descripción somera de las diversas contraprestaciones .....	134
	1) Contraprestaciones de las concesiones .....	134
	2) Contraprestación de las APP .....	135
	3) Contraprestaciones comunes a concesiones y APP. Explotación de zonas comerciales y contribución de terceros beneficiados .....	136

c)	Derecho positivo. La contraprestación en la ley 17.520 y en el decreto 1299/00 .....	137
	1) Contraprestaciones pagadas por el concedente .....	139
	2) Expresión de la contraprestación en la oferta ..	140
	3) APP. Pago de la contraprestación. Moneda extranjera .....	140
	4) APP. Costo financiero ajustado por variación financiera .....	143
	5) Contraprestación indexada o sujeta a actualización .....	144
	6) Legislación comparada .....	147
§ 16.	La ley 27.328, capítulo II, "Elementos del contrato de participación público-privada" .....	147
	a) Administrador público .....	147
	b) La persona jurídica titular de una PPP .....	147
	1) Contratistas privados. Sociedad de propósito específico .....	148
	2) Contratistas con participación del Estado o mixtos .....	148
	c) Diseño .....	149
	d) Financiación. Su importancia .....	150
	1) Diferencias en la estructura financiera entre una PPP y una concesión .....	150
	2) La financiación en las PPP. Normas específicas. Carácter esencial de la financiación privada .....	151
	e) Construcción .....	163
	1) Modificaciones al contrato .....	163
	2) Exclusión de la ley 13.064 .....	166
	f) Operación, mantenimiento y explotación .....	167
	g) Plazo. Plazo máximo .....	167
	1) Plazo máximo de los contratos PPP .....	168
	2) Plazo y recuperación de las inversiones. El artículo 4º, inciso "d" .....	168
	3) Plazo y prórroga. El artículo 9º, inciso "a" ....	170
	h) Contraprestación .....	170
	1) Descripción .....	171
	2) Descripción somera de las diversas contraprestaciones .....	172

### CAPÍTULO III

#### EL CONTRATO

§ 17.	Consideraciones generales .....	177
	a) Las concesiones y APP. Contratos conmutativos e incompletos .....	177
	b) Descripción de la ecuación económico-financiera. El paradigma conmutativo .....	179
	c) Quid de la transferencia de riesgos en la ecuación económico-financiera .....	182
	d) Quid de los instrumentos de mitigación en la ecuación económico-financiera .....	183
	e) Referencias de nuestro derecho positivo a la ecuación económico-financiera .....	184
	f) Fallo "Zonas Francas Santa Cruz SA c/Estado nacional -PEN-. Decreto 1583/96" .....	186
	g) Legislación comparada .....	187
§ 18.	Comentarios formales sobre el contrato de concesión o APP .....	191
§ 19.	Contenido del contrato de concesión o APP en el derecho positivo .....	192
§ 20.	Clases de contratos que pueden utilizarse para formar una APP: leasing, locación con opción a compra, llave en mano .....	194
§ 21.	El derecho real de superficie del Código Civil y Comercial .....	196
§ 22.	Auditoría .....	201
§ 23.	La ley 27.328. El contrato. Consideraciones generales. Comentarios formales. Contenido. Auditoría	204
	a) Consideraciones generales .....	204
	b) Las concesiones y PPP. Contratos conmutativos e incompletos .....	205
	c) Descripción de la ecuación económico-financiera. El paradigma conmutativo .....	205
	d) Quid de la transferencia de riesgos en la ecuación económico-financiera .....	205
	e) Quid de los instrumentos de mitigación en la ecuación económico-financiera .....	206

f)	Referencias en nuestro derecho positivo a la ecuación económico-financiera. Fallo "Zonas Francas Santa Cruz SA c/Estado nacional -PEN-. Decreto 1583/96" .....	206
g)	Legislación comparada .....	207
h)	Comentarios formales sobre el contrato de PPP..	207
i)	Contenido del contrato de concesión o PPP en el derecho positivo .....	208
j)	Clases de contratos que pueden utilizarse para formar una PPP: leasing, locación con opción a compra, llave en mano. Otros contratos .....	208
k)	El derecho real de superficie del Código Civil y Comercial .....	209
l)	Auditoría .....	209
m)	Rol de la Auditoría General de la Nación .....	210

### CAPÍTULO IV

#### RENEGOCIACIÓN O RECOMPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN O APP

§ 24.	Consideraciones generales. Causas .....	211
	a) Recomposición causada por riesgos .....	212
	b) Recomposición causada por un acuerdo de las partes .....	213
§ 25.	Recomposición por el proyecto .....	214
	a) Recomposición con el plazo .....	215
	b) Recomposiciones con la inversión .....	215
	c) Recomposición con la contraprestación .....	216
§ 26.	La recomposición del contrato en el decreto 1023/01. Aplicación a las concesiones. Caso de las APP. La recomposición por riesgos naturales .....	216
	a) Caso de las APP del decreto 1299/00 .....	216
	b) Recomposición obligatoria para la Administración .....	217
	c) Extensión de la recomposición .....	217
	d) Limitación a riesgos naturales .....	218
	e) Excesiva onerosidad .....	219
	f) Comparación con el Código Civil y Comercial ....	220
	g) Incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor .....	222

h) Situación de las APP .....	223
i) Imposibilidad de continuar el contrato por caso fortuito o fuerza mayor. Normas indemnizatorias .....	223
j) Los actos o incumplimientos de la Administración .....	224
k) Recomposición por actos o incumplimientos del Estado .....	228
l) Inexistencia de normas indemnizatorias para el caso de imposibilidad de cumplimiento por actos o incumplimientos del Estado. Decreto 1023/01.....	228
m) Legislación comparada .....	229
n) Recomposición por acuerdo de partes. Modificación del contrato .....	230
1) Concesiones .....	230
2) Situación de las APP.....	231
3) Legislación comparada .....	232
§ 27. La recomposición del contrato en casos de acuerdo de partes. El modelo del decreto 489/95. Consideraciones generales .....	233
a) El decreto 489/95 sobre modificación y recomposición de concesiones .....	234
b) "Modificaciones" del decreto 489/95 .....	236
c) "Adecuación" del contrato de concesión en el decreto 489/95 .....	236
d) Vigencia de la ecuación económico-financiera en el decreto 489/95 .....	237
e) Procedimiento licitatorio para el caso de modificación .....	238
f) El rescate de la concesión .....	239
g) Experiencias de aumentos de inversión con compensación de los elementos de la ecuación económico-financiera .....	239
§ 28. La ley 27.328. Renegociación o recomposición de los contratos de PPP.....	240
a) Recomposición causada por riesgos .....	242
b) Recomposición causada por un acuerdo de partes .....	242
c) El caso especial de los cambios al objeto. Artículo 9º, inciso "i" .....	242
d) Recomposición por el proyecto en la ley 27.328 ..	243
e) Revisión del precio del contrato (artículo 9º, inciso "f") .....	245

f) Nueva cláusula de progreso tecnológico (artículo 9º, inciso "h") .....	246
g) La recomposición del contrato en las PPP. Exclusión del decreto 1023/01 .....	247
h) Incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor .....	248
i) Los actos o incumplimientos de la Administración. La excepción de incumplimiento del inciso "s" del artículo 9º .....	248
j) Recomposición por actos o incumplimiento del Estado en la ley 27.328 (artículo 9º). Extinción por culpa del Estado (artículo 9º, inciso "p"). Ejecución de garantías (artículo 9º, inciso "m"). Responsabilidad patrimonial (artículo 11) .....	249
k) Remisión general.....	251

## CAPÍTULO V

### FACULTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS DE APP Y DE CONCESIÓN

§ 29. Consideraciones generales .....	253
a) Derecho positivo: facultades exorbitantes en las concesiones. Decreto 1023/01. Normas de aplicación .....	255
1) Facultad de interpretación .....	256
2) Ejecución del contrato por la Administración ..	257
b) Legislación comparada .....	258
§ 30. Límites impuestos por el decreto 1299/00 para las APP.....	260
a) APP: autonomía del contrato. Inaplicabilidad del derecho administrativo.....	260
b) Seguridad jurídica del plazo y la contraprestación en las APP. Artículo 15 del decreto 1299/00 .....	261
c) Injusta distinción entre concesiones y APP en materia de facultades exorbitantes .....	262
§ 31. La ley 27.328. Capítulo V. Facultades exorbitantes de la Administración en los contratos de PPP ....	263

a) La ley 27.328 y la tendencia de la legislación comparada respecto de las facultades exorbitantes .....	264
b) Imposibilidad de declarar nulo o suspender el contrato en sede administrativa por razones de ilegitimidad.....	264
c) Falta de una norma que establezca la legislación supletoria aplicable en los contratos de PPP .....	265
d) Conclusiones .....	266

## CAPÍTULO VI

### EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y APP

#### A) CAUSAS

§ 32. Introducción .....	267
§ 33. Cumplimiento del contrato .....	267
§ 34. Quiebra o concurso del contratista .....	268
§ 35. Intervención o secuestro del contrato por un plazo mayor que el plazo máximo fijado en el contrato o en la ley.....	270
§ 36. Mutuo acuerdo entre ente contratante o concedente y contratista .....	271
§ 37. Demora de la Administración, por un plazo mayor que el plazo máximo de la ley, en el pago de la contraprestación, entrega de terrenos o de zonas de comercio .....	271
§ 38. Rescisión por incumplimiento grave del contratista	273
§ 39. Rescate de la concesión o APP por razones de interés público .....	275
§ 40. Imposibilidad de llevar a cabo el contrato por razones sobrevinientes inherentes a la Administración o por caso fortuito o fuerza mayor .....	276
§ 41. Casos de fusión o escisión del concesionario o encargado del proyecto .....	277
§ 42. Fuentes y carácter de la enumeración precedente ...	277

#### B) EL DERECHO POSITIVO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE CONCESIONES Y APP

§ 43. Consideraciones generales .....	277
§ 44. Análisis de las normas de extinción de los contratos de concesión y APP en el derecho positivo. Normas de rescisión por incumplimiento del privado. Legislación comparada .....	279
a) Normas de rescisión por incumplimiento del privado .....	279
b) Legislación comparada .....	280
§ 45. Extinción de las concesiones por decisión unilateral del concedente. Legislación comparada .....	281
a) Decreto 1023/01 .....	281
b) Legislación comparada .....	283
§ 46. Caducidad, resolución, suspensión o rescisión sin interés público .....	284
§ 47. La revocación por oportunidad, mérito o conveniencia de las concesiones de obras públicas .....	287
§ 48. La exclusión del lucro cesante .....	290
§ 49. Legislación comparada. Reglas generales de extinción unilateral .....	292
§ 50. Comentarios comunes a las diversas extinciones unilaterales y a la revocación por mérito, oportunidad o conveniencia en las concesiones en nuestro derecho positivo .....	293
§ 51. Rescisión unilateral anticipada por conveniencia e interés público en las APP. Quid de la inaplicabilidad del decreto 1023/01 a las APP .....	294
§ 52. Conclusiones .....	296
§ 53. Ley 27.328. Extinción de los contratos de PPP .....	297
a) Causales de extinción .....	298
b) Compensaciones en caso de extinción anticipada .....	299
1) Pago previo .....	299
2) Límite inferior de la compensación por extinción anticipada .....	300
3) Extensión de las garantías del artículo 10 .....	300

c) Exclusión de la aplicación de las leyes 21.499 y 26.944 y del decreto 1023/01 .....	301
d) La responsabilidad patrimonial. La cuestión del lucro cesante .....	302
e) Garantía de estabilidad del contrato .....	302

## CAPÍTULO VII

### VISIÓN GENERAL DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN O APP

§ 54. Introducción .....	305
§ 55. Los riesgos del marco global .....	306
§ 56. Los riesgos específicos de cada contrato .....	307
a) Mayor riesgo - mayor costo .....	308
b) Riesgo y competencia. "Performance bond" o "completion guarantee". Participación de empresas nacionales .....	310
c) La participación de empresas nacionales .....	311
d) Riesgo e incertidumbre .....	312
e) Riesgo nominal y riesgo efectivo .....	313
f) Adjudicación de los riesgos de acuerdo con la capacidad de gestión .....	313
g) Los instrumentos de mitigación .....	316
§ 57. Reglas básicas sobre imputabilidad del riesgo .....	317
§ 58. Fundamentos de la responsabilidad del concedente o ente contratante en el caso fortuito o fuerza mayor y en el cambio de las condiciones tenidas en vista al contratar externas al contrato. Mercado y contrato. El principio "res perit domino". Costo y valor .....	322
a) Necesidad de equiparación de los agentes económicos que actúan bajo contrato y de los que actúan en el mercado .....	322
b) El principio "res perit domino" .....	324
c) Costo y valor .....	325
§ 59. Disposiciones legales relacionadas con los riesgos en general .....	327
§ 60. Ley 27.328 .....	328
a) Consideraciones generales .....	328
b) Distribución de los riesgos. Indicaciones de la ley .....	329

## CAPÍTULO VIII

### ANÁLISIS DE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN O APP

§ 61. Introducción .....	333
§ 62. Riesgo de construcción .....	335
a) Caso específico de riesgos de construcción. Interferencias no previstas .....	337
b) El plazo de construcción .....	338
c) Modalidades frecuentes para mitigar el riesgo de construcción. Grado de determinación del proyecto .....	340
d) Transferencia de riesgos de construcción al concesionario o al encargado del proyecto .....	341
e) Contratos llave en mano .....	341
f) Seguros de riesgos .....	342
g) El derecho positivo .....	343
h) La legislación comparada .....	345
§ 63. Riesgos de expropiación. Legislación comparada ..	346
a) Consideraciones generales .....	346
b) Legislación comparada .....	348
§ 64. Riesgos financieros .....	349
a) Riesgo de costo financiero .....	350
1) Mitigación del riesgo de costo financiero .....	350
2) Mitigación específica del riesgo de costo financiero en las APP .....	351
b) Riesgo de cambio .....	351
1) Revaluación de la moneda local durante la construcción .....	353
2) Revaluación de la moneda local durante la explotación .....	353
3) Devaluación de la moneda local durante la construcción .....	353
4) Devaluación de la moneda local durante la explotación .....	353
5) Mitigación del riesgo de cambio .....	353
c) Cesión del contrato a los financistas en caso de incumplimiento .....	355



d) Cesión del contrato de garantía en nuestro derecho .....	355
e) Legislación comparada .....	357
§ 65. Riesgos legales .....	357
a) El derecho positivo en materia de riesgos legales .....	358
b) Legislación comparada .....	360
§ 66. Riesgos de explotación durante el período de amortización. Consideraciones generales .....	362
a) Los riesgos de explotación de las concesiones .....	364
b) El riesgo de uso o tráfico .....	365
1) Reglas de imputabilidad del riesgo de uso o tránsito .....	367
2) Remedios frecuentes para mitigar el riesgo de uso .....	368
3) Garantía de ingreso mínimo .....	368
4) Sistema de valor presente de los ingresos .....	369
5) Las garantías de uso en el derecho positivo .....	370
6) Legislación comparada .....	370
c) El valor de la contraprestación. Modos de mitigación del riesgo .....	371
1) Indexación de la contraprestación .....	372
2) La indexación de la contraprestación en nuestro derecho positivo .....	373
3) Legislación comparada .....	374
d) Riesgo de cobranza de la contraprestación .....	375
1) Riesgo de cobranza en las concesiones .....	375
2) Riesgo de cobranza en las APP .....	376
§ 67. Riesgos en la operación y mantenimiento .....	378
a) El riesgo de operación y mantenimiento en las concesiones .....	378
b) El riesgo de operación y mantenimiento en las APP .....	379
§ 68. Riesgo político .....	380
§ 69. Ley 27.328. Análisis de los riesgos específicos de los contratos PPP .....	382
a) Riesgo de expropiación .....	384
b) Riesgos financieros: cesión de flujo financiero, cesión de acciones de la SPE y cesión del contrato. Riesgo de cambio .....	385
1) Cesiones en garantía .....	385

2) Cesiones puras y simples .....	386
3) Análisis normativo de las cesiones admitidas por la ley .....	387
4) Riesgo de cambio y arbitraje de monedas .....	389
5) Riesgo de uso o de demanda .....	390
6) Riesgo de valor de la contraprestación .....	390

## CAPÍTULO IX

### BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS CONCESIONES Y APP. SEGURIDAD JURÍDICA

§ 70. Introducción .....	391
§ 71. Seguridad jurídica en las concesiones y APP .....	391
§ 72. Generalidades sobre la resolución de conflictos en las concesiones y APP .....	393
§ 73. Derecho positivo: resolución de conflictos de concesiones y APP en la legislación argentina .....	395
§ 74. Comentarios críticos al sistema .....	396
§ 75. Legislación comparada .....	398
a) Chile .....	398
1) Primera etapa .....	399
2) Segunda etapa .....	400
b) Brasil .....	401
c) Uruguay .....	402
d) Colombia .....	402
e) España .....	403
§ 76. Conclusiones .....	403
§ 77. Ley 27.328 .....	403
a) Panel técnico .....	403
b) El arbitraje, el laudo arbitral y los recursos .....	404
c) La cuestión de los tratados bilaterales de inversión .....	406
d) Pagos durante la controversia .....	408
e) Comentarios al sistema de resolución de conflictos de la ley 27.328 .....	409
f) Recomendaciones .....	411

## CAPÍTULO X

RECOMENDACIONES PARA UNA FUTURA  
LEGISLACIÓN

§ 78.	Consideraciones generales .....	413
§ 79.	La cuestión sistemática. Leyes reglamentarias .....	415
§ 80.	El principio rector de la reforma: la tendencia a la equiparación de los sujetos del contrato .....	416
§ 81.	Carácter de las recomendaciones .....	418
	a) Cuestiones externas a los contratos de colaboración público-privada en infraestructura pública .....	418
	b) El decreto 1023/01. Una cuestión previa .....	419
	c) Una única ley de concesiones y APP .....	419
	d) La ecuación económico-financiera .....	420
	e) Recomposición del contrato por riesgos ajenos al contratista .....	421
	f) Recomposición del contrato por acuerdo de partes .....	422
	g) Facultades exorbitantes .....	422
	h) Extinción del contrato .....	423
	i) Indemnizaciones .....	424
	j) Resolución de conflictos .....	424
§ 82.	La ley 27.328 .....	425
	a) La cuestión sistemática .....	425
	b) El principio rector de la reforma: la tendencia a la equiparación de los sujetos del contrato .....	426
	c) La ecuación económico-financiera .....	427
	d) Recomposición del contrato por riesgos .....	427
	e) Recomposición del contrato por acuerdo de partes .....	427
	f) Facultades exorbitantes .....	427
	g) Extinción del contrato .....	428
	h) Indemnizaciones .....	428
	i) Resolución de conflictos .....	428
	j) Agencia única de PPP .....	429
	k) Conclusiones .....	429

## CAPÍTULO XI

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL  
DE LAS CONCESIONES Y APP

§ 83.	Introducción .....	431
-------	--------------------	-----

A) LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL  
CHILENA EN MATERIA DE CONCESIONES

§ 84.	Pasos para decidir un proyecto .....	433
§ 85.	Valor por dinero .....	434
§ 86.	Comparador del sector público .....	435
§ 87.	Estructura funcional de las concesiones en Chile. La Coordinación de Concesiones de Obras Públicas .....	437

B) EL DISEÑO DEL NEGOCIO  
EN LAS LICITACIONES DE CONCESIONES Y APP

§ 88.	Consideraciones generales .....	440
§ 89.	Concesión o APP .....	442
§ 90.	Origen de los ingresos .....	442
§ 91.	Costo financiero del Estado versus costo financiero del sector privado .....	443
§ 92.	Riesgo de uso, tránsito o explotación .....	444
§ 93.	Diseño de la infraestructura .....	444
§ 94.	Transferencia de riesgo de construcción .....	445
§ 95.	Financiación .....	447
§ 96.	Explotación .....	449
§ 97.	Algunas recomendaciones para la transferencia de riesgos al concesionario o encargado del proyecto ..	449
§ 98.	Recomendaciones de la Unión Europea en materia de riesgos .....	452
§ 99.	La nueva directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, "Directiva de concesiones"	453

§ 100. Ley 27.328. Comparación con la estructura institucional de las concesiones del modelo chileno. Lineamientos para el diseño de los contratos	456
a) Unidad de Participación Público-Privada .....	457
b) La Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada .....	459
c) El diseño del negocio en las PPP. Principios y objetivos que deben contener los pliegos (artículos 4° a 6°, 9° y 13 de la ley 27.328) .....	460
1) Estructuración del contrato de PPP .....	461
2) Preservación del medio ambiente .....	464
3) Análisis y determinaciones que debe realizar la "autoridad convocante" para la preparación de una licitación (artículo 13 de la ley) ...	465

## CAPÍTULO XII

### LA LICITACIÓN PÚBLICA

§ 101. Introducción .....	471
§ 102. El estándar de la "competencia suficiente y razonable" .....	471
§ 103. La licitación pública de las concesiones en nuestro derecho positivo .....	472
a) Carácter de la concesión .....	472
b) Estructura económico-financiera .....	473
c) Desgravación .....	474
d) La licitación internacional en las concesiones en nuestro derecho positivo .....	474
§ 104. La licitación pública de las APP en nuestro derecho positivo. Decreto 1299/00 .....	474
a) Licitaciones nacionales e internacionales .....	475
b) Participación de las empresas locales en consorcio con las internacionales .....	479
c) Preferencia para empresas locales .....	480
§ 105. Requisitos de los pliegos. Normas comunes a las licitaciones nacionales e internacionales .....	481
a) Licitaciones de necesidades o servicios .....	481
b) La oferta más conveniente .....	482
c) Falta de antecedentes del oferente .....	482

d) Participación de micro, pequeñas y medianas empresas .....	483
e) Legislación comparada .....	484
§ 106. Ley 27.328 .....	487
a) Licitación o concurso público nacional o internacional .....	488
b) Diversas protecciones para la industria nacional	489
c) Oferta más conveniente. Preferencia para las empresas nacionales .....	491
d) Incompatibilidades. Anticorrupción. Capítulos V y VI de la ley .....	491
1) Incompatibilidades para ofertar .....	491
2) Anticorrupción .....	493

## CAPÍTULO XIII

### LA INICIATIVA PRIVADA

§ 107. Introducción .....	495
§ 108. La iniciativa privada como régimen de preferencias. La intervención del Estado mediante la actividad de fomento .....	498
§ 109. Iniciativa privada y consultoría .....	499
§ 110. La iniciativa privada en el marco de las concesiones de obra pública y obras de infraestructura. Antecedentes normativos .....	501
a) Primera etapa. La iniciativa privada en el marco exclusivo del contrato de concesión de obra pública. Marco normativo en la ley 17.520. Las tratativas preliminares. La época de la intervención del Estado en la economía	501
1) Las modificaciones introducidas por la ley 23.696. Inclusión de pautas básicas, declaración de interés público y posibilidad de mejorar ofertas. La época de las privatizaciones .....	502
2) Las modificaciones introducidas por el decreto 635/97. Reconocimiento del fracaso del régimen. Creación de un nuevo procedimiento .....	503

3) Balance de esta primera etapa. Fracaso del régimen y consecuente necesidad de cambios .....	504
b) Segunda etapa. Extensión de la iniciativa privada a diversos proyectos de infraestructura. Las nuevas preferencias para el iniciador. El actual régimen del decreto 966/05 .....	505
c) El instrumento jurídico elegido. Necesidad de una regulación legal .....	507
d) Los medios elegidos para el cumplimiento de los fines propuestos. Contratos involucrados ..	508
e) Ámbito y autoridad de aplicación. Competencias .....	508
§ 111. Secuencia del procedimiento de la iniciativa privada. Presentación de proyectos. Requisitos .....	509
a) Identificación del proyecto y su naturaleza .....	509
b) Las bases de factibilidad económica y técnica ..	510
c) Antecedentes completos del autor de la iniciativa	510
d) Fuente de recursos y de financiamiento, el que deberá ser privado .....	510
e) Garantía de mantenimiento mediante seguro de caución o fianza bancaria, cuyo valor dependerá de los rangos de la escala prevista en el decreto .....	511
§ 112. Evaluación del proyecto. Declaración de interés público. Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas .....	512
a) Desarrollo del trámite. Actos preparatorios a la calificación de interés público. Facultades discrecionales .....	512
b) Desestimación de la propuesta. Plazos .....	513
c) La calificación de interés público. Casos de aplicación .....	514
d) Procedimiento de selección. Opciones posibles	515
§ 113. Cláusulas de preferencia a favor del iniciador. Mejora de ofertas .....	517
a) Derechos del iniciador .....	518
b) Aplicación del régimen de compra nacional .....	518
c) Posibles contingencias de la aplicación del régimen .....	519

§ 114. Balance de la aplicación general del régimen del decreto 966/05. Propuestas de reforma .....	521
§ 115. Legislación comparada .....	522
a) Chile .....	522
b) Paraguay .....	523
c) Colombia .....	523
§ 116. La ley 27.328 .....	523

## CAPÍTULO XIV

### DIÁLOGO COMPETITIVO. EL PROCEDIMIENTO DE DIÁLOGO COMPETITIVO Y LA INICIATIVA PRIVADA

§ 117. Introducción .....	525
§ 118. Fases .....	526
a) Fase I preparatoria. El "valor por dinero" como instrumento de análisis para la toma de decisiones .....	526
b) Fase II. Apertura del procedimiento .....	527
c) Fase III. Presentación de solicitudes y selección de los participantes .....	527
d) Fase IV. Diálogo .....	527
e) Fase V. Presentación de ofertas, análisis y adjudicación .....	528
§ 119. Aplicación del diálogo competitivo a la iniciativa privada. Ausencia de regulación en nuestro país ..	528
§ 120. El procedimiento negociado .....	528
§ 121. La experiencia del derecho comparado. El diálogo competitivo y procedimiento negociado en Europa. La directiva 2004/18/CE .....	529
§ 122. Legislación comparada .....	532
a) España .....	532
b) El caso británico .....	532
c) Italia .....	535
d) Francia .....	535
e) Estados Unidos de América .....	535
§ 123. El diálogo competitivo en Latinoamérica .....	535
a) Uruguay .....	535

b) Colombia .....	537
c) Chile .....	537
§ 124. La ley 27.328 .....	537

## CAPÍTULO XV

### SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN

§ 125. Introducción .....	539
§ 126. Derecho positivo. El decreto de necesidad y urgencia 1299/00 .....	540
§ 127. Sistemas de adjudicación en las concesiones .....	540
a) Sistemas orientados a los ingresos, a las inversiones y sistemas combinados .....	542
b) La tarifa o subsidio .....	542
c) Tasa interna de retorno (TIR) .....	543
d) Valor de la inversión .....	543
e) Valor presente de los ingresos (VPI) .....	544
§ 128. Los sistemas ineficientes. El canon y el plazo .....	545
a) El canon .....	546
b) El plazo .....	547
c) Sistemas combinados .....	547
§ 129. El derecho positivo y la legislación comparada .....	547
§ 130. La ley 27.328 .....	550
<i>Bibliografía</i> .....	551