

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