

Sobre el contrato llave en mano como modalidad de la contratación pública

Gabriela Stortoni[1]

I. Ubicación del tema

Una de las modalidades de ejecución de los contratos públicos que cobra más auge en nuestro país es el denominado "contrato llave en mano" o "contrato de obra por empresa". Ahora bien, no obstante ello, la figura aparece prima facie confusa, en tanto representa un nueva tipología contractual y no ha tenido suficiente tratamiento en la especialidad.

Es que si de contratos administrativos se trata, existen figuras claras cuya regulación esta prevista por ley especial, como por ejemplo el Contrato de Obra Pública o el de Concesión de Obra Pública por peaje. En este sentido dice el Prof. CASSAGNE que "...en la Argentina el contrato de obra pública constituye un contrato administrativo típico, en cuanto tiene una regulación legal basada en la ley y las partes (Estado y contratista) solo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen la substancia de dicha regulación legal. En cambio cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, este será atípico, por mas que tuviera asignada una nominación por la ley, la doctrina o la jurisprudencia... lo que admite una mayor posibilidad de acudir a la analogía para resolver las situaciones no previstas en el contrato..."[2]

Por ello y para abrir el debate es este breve estudio, para indagar acerca de la figura, su eventual régimen aplicable, su naturaleza jurídica y las reglas interpretativas que pueden ser aplicadas a este contrato en el cual el constructor se compromete a entregar al vendedor una obra, la provisión e instalación de elementos o bienes relativos, el manejo y supervisión del montaje, la provisión del método operativo, la asistencia y puesta en marcha y el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento, cuando correspondiere, y todo otro servicio que resulte necesario para la concreción del objeto del contrato.

El objeto de este artículo será entonces abordar las cuestiones que presenta esta novedosa modalidad contractual, su eventual asimilación a los contratos "nominados" y las posibles diferencias que ameriten un tratamiento especial en la materia regulada.

A tales fines estudiaremos el régimen legal de la modalidad de contrato de llave en mano a nivel nacional e internacional, la opinión de la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto y las modalidades que la figura puede adoptar, a fin de determinar su naturaleza jurídica y en consecuencia, poder aportar algunas conclusiones para contrataciones públicas en Argentina.

II. El contrato llave en mano en nuestro régimen jurídico

La República Argentina, originariamente, previó la figura jurídica de contrato "llave en mano" en el Decreto 525/85[3] de fecha 15 de marzo de 1985, en el marco de un régimen de promoción de las exportaciones, y con el objeto de otorgar facilidades a las empresas, bajo compromiso de desarrollar plantas completas de ingeniería llave en mano.

Posteriormente, en 2003 se firma el Decreto 870/03, el cual deroga el anterior pero regula la misma figura y en su art. 2 establece la figura como un "Contrato de Exportación Llave en Mano a las plantas industriales u obras de ingeniería destinadas a la prestación de servicios, que se vendan al exterior bajo la forma de una unidad completa y concluida con la finalidad de cumplir el objeto de un contrato que exija la transmisión del dominio del bien final a cambio del pago de un precio total."

Por su parte, el art. 3 del mismo decreto estableció que "se entiende por exportación llave en mano a la construcción de la planta u obra; la provisión e instalación de los elementos o bienes respectivos; el manejo y la supervisión del montaje; la provisión del método operativo; la asistencia para la puesta en marcha; el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento; así como toda prestación de servicio que resulte necesaria para la ejecución del bien final objeto del contrato. Asimismo, se considera componente necesario de una exportación "llave en mano" la exportación de servicios, que comprendan mínimamente las siguientes actividades: diseños, cálculos y planos descriptivos de construcción, instalación y sistemas; documentación de métodos operativos, procedimiento y contralor; asistencia técnica para la implementación; y/o el control y dirección de obras".

El anexo al citado decreto enumera un amplio universos de proyectos que quedan comprendidos dentro de la órbita de estos contratos, siendo estos a) Frigoríficos. b) Aeropuertos, puertos y terminales de carga (con sistemas de transporte, manipuleo y almacenajes). c) Hoteles y complejos turísticos. d) Astilleros y talleres navales. e) Centrales eléctricas, subestaciones transformadoras, redes, plantel e infraestructura para generación, transporte y distribución de energía eléctrica. f) Diques, presas y/o Equipamiento mecánico, hidromecánico y de generación de energía eléctrica. g) Hospitales y centros de salud. h) Plantas de tratamiento de agua y efluentes. i) Sistemas de comunicaciones y telefonía. j) Oleoductos, gasoductos, y sus redes de distribución. k) Estaciones de bombeo y de compresión de gas y petróleo. Plantas de tratamiento y separación de petróleo y gas. Refinerías de petróleo. l) Líneas férreas, estaciones y toda su infraestructura anexa. m) Centros de comercialización con toda su infraestructura para manipuleo y almacenaje. n) Complejos habitacionales con su infraestructura urbana. ñ) Centrales nucleares. o) Centros de acopio y almacenaje con silos elevadores y secadores de granos. p) Centros para servicios gubernamentales.

Ahora bien veamos los alcances de la figura que aparece hoy regulada en el régimen de contratos del Estado.

(i) La ley de contrataciones del Estado

Vamos a advertir que en el derecho argentino vigente la figura del contrato llave en mano se vincula a la realización de un opus, el cual abarca no solo la construcción de una obra sino también su diseño, el know how para su funcionamiento y la asistencia técnica y capacitación necesaria para la puesta en marcha, lo que sin dudas configura una obligación de resultado.

Esta figura aparece regulada en forma orgánica, por primera vez, en el recientemente derogado[4] "Régimen para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional", aprobado por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 436/00. Así, el inc. f) del art. 37 denominado "Sobre las modalidades de las contrataciones", y su art. 43, van encargarse de definir la figura[5].

En la definición se va a destacar su aplicación para la realización de varios objetos a cargo de un solo sujeto, encontrándose notas tanto de la realización de obra pública, como de suministro en tal objeto, y sumando capacitación o transferencia de know how como causa eficiente de la elección de la modalidad.

Y esta mirada sobre la modalidad va a sostenerse en el actual Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto 893 del año 2012[6], el cual prevé en el inciso b) del art. 200, correspondiente a las modalidades con las que se pueden realizar la contrataciones, a los contratos llave en mano.

Efectivamente y siguiendo el lineamiento del régimen anterior, el art. 207, del régimen citado ut supra, establece que "Las contrataciones llave en mano se efectuarán cuando se estime conveniente para los fines públicos concretar en un único proveedor la responsabilidad de la realización integral de un proyecto. Se aplicará esta modalidad cuando la contratación tenga por objeto la provisión de elementos o sistemas complejos a entregar instalados; o cuando comprenda, además de la provisión, la prestación de servicios vinculados con la puesta en marcha, operación, coordinación o funcionamiento de dichos bienes o sistemas entre sí o con otros existentes. Los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever que los oferentes se hagan cargo de la provisión de repuestos, ofrezcan garantías de calidad y vigencia apropiadas, detallen los trabajos de mantenimiento a realizar y todo otro requisito conducente al buen resultado de la contratación."

Nos encontramos entonces con que la figura tiene una regulación mínima en nuestra legislación, apenas su reconocimiento como figura diferencial. Pero establece su aplicación útil cuando se pretenda realizar varios objetos - suministro, obra, servicios, proyecto, etc.- relacionados en un fin común y por ello permite la asignación de aquellos en conjunto y como unidad, a un solo sujeto contratado, quien asume a su cargo una obligación de resultado.

Entonces corresponde ahora indagar en las diferencias esenciales entre esta figura novedosa y los objetos contractuales de derecho público más comunes, que son la obra pública, el suministro y el contrato de consultoría.

(ii) Diferencias con el contrato de obra pública, el contrato de suministro, la consultoría y el contrato de concesión de obra pública o servicios

De lo hasta aquí visto, hemos destacado como primer conclusión que el contrato de llave en mano puede comprender tanto objetos propios de la obra pública, como del suministro o de la consultoría, pudiéndose confundir con tales figuras, o también la financiación del objeto contractual; lo que lo puede asimilar a la figura del contrato de concesión, pero debo destacar, esta modalidad no se agota o resume en ninguno de ellos en particular.

Es por eso que estimo conveniente hacer un repaso por los institutos mencionados, a los fines de poder establecer algunas directrices esenciales.

Las figuras contractuales nominadas citadas arriba han sido suficiente y debidamente tratadas en la doctrina [7] y a los autores me remito para la comprensión acabada por parte del lector, no obstante destacar algunas ideas a propósito de este estudio que estriban en las diferencias que los mismos presentan.

Así veremos que entre el Contrato de Obra Pública, regido por la Ley 13.064, y el Contrato de Suministro, regido principalmente por el Decreto 1023/2001 y el actual Decreto 873/2012, la diferencia no va a estar configurada por el objeto[8], que puede ser mueble o inmueble, sino en la obligación de hacer, la que considerada por la Procuración del Tesoro "...fundamental para la discriminación...en el contrato de obra pública, de acuerdo con la ley se persigue un resultado y por ello es un contrato de locación de obra(...)" "el contrato de obra pública tiene como presupuesto lógico que el bien en el momento de la contratación no existe y postula la exigencia jurídica que éste debe realizarse por obra del contratista (...) el contrato de obra pública comporta una obligación de fabricar (...) en el cual el pago de la obra supone un control efectivo de la fabricación, mientras que en el contrato de suministros comporta una obligación de entrega, en el cual el objeto del contrato se entrega directamente y se paga según el peso, número de objetos, medida, ensayos químicos o mecánicos... si una provisión de objetos muebles requiere que los mismos sean 'construidos especialmente' de acuerdo a las especificaciones detalladas que serán verificadas por la Administración antes de la fabricación del objeto, el contrato es de obra pública a pesar de haberse celebrado con un pliego de suministro"[9]

Y mas elocuente resulta que las reglas establecidas por la PTN para distinguir un contrato de obra pública del de suministro, al establecer que estamos en presencia del primero "...a) si en la contratación de cosas futuras la realización de éstas depende de la persona que contrata y no de un tercero; b) si hay prestación de la actividad humana como totalidad de la

realización; c) si la obra no está hecha, es decir, si la obligación es de hacer y se persigue un resultado; d) si a quien hace el encargo le interesa el proceso interno de fabricación, los detalles técnicos, vigilando y controlando cómo se realizan; e) si los objetos deben ser construidos especialmente de acuerdo a especificaciones detalladas que se verificarán; f) si el encargo se refiere a una cosa determinada, que no se destina al comercio en general.[10]”

En otras palabras mientras que en el suministro el objeto se consume en la entrega, ya en el cumplimiento instantáneo de la obligación, o en cada una de ellas en el tracto sucesivo, sin injerencia alguna del requirente en el desarrollo del objeto adquirido; en el Contrato de Obra Pública la obligación se cumple entregando lo contratado a satisfacción y bajo control concomitante del comitente que puede intervenir en el desarrollo de la obra.

En relación a la diferencia entre el Contrato de Obra Pública y la Concesión, regida por la ley 17.520, ha dicho la CSJN que “... la ley 13.064, estatuye a su vez, el régimen legal al que está sujeta la realización de obras públicas nacionales a las cuales define como "toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación". Por su lado, la ley 17.520 -norma que debe ser considerada complementaria de la anterior (confr. art. 4, último párrafo, ley 17.520)- regula todo lo vinculado con el sistema de concesión de obra pública mediante el cobro de peaje. Así, en su art. 1º, se lee: "El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo"[11]. En este caso, la diferencia entre una y otra figura estará dada por el traslado del riesgo de realización de la obra, desde el Estado al privado[12], el cual asume en la concesión – prima facie - la responsabilidad por sostener la obra a cambio del peaje ofrecido, salvo circunstancias extraordinarias que permitan su revisión[13].

Ahora comparemos el régimen de consultoría, previsto en la Ley N° 22.460 y el de los demás contratos. Advertiremos que el primero si bien puede presentar las notas de la obra pública, como trabajo público, supletoriamente, al trasuntar un objeto de desarrollo estrictamente intelectual, el objeto se entiende cumplido en la concreción del diseño o proyecto que se contrata. Y en consecuencia la responsabilidad del consultor tiene ese mismo alcance.

La jurisprudencia nacional, en ocasión de analizar vicios que afectan la etapa del proyecto de la obra, ha dicho que “aún cuando se aceptare la existencia de tal deber de denunciar un vicio del proyecto durante el trámite de selección del contratista, no debe olvidarse que el alcance de esa obligación de verificación del proyecto -salvo concreta disposición contractual que lo imponga con una mayor extensión- encuentra límites en la propia naturaleza

de las obligaciones contractuales del constructor, quien no fue contratado para realizar un estudio sobre el proyecto (...) sino para ejecutar las obras conforme a la documentación técnica suministrada por la Administración comitente -la que cabe suponer correcta-, por lo que esa obligación sólo puede alcanzar a lo que es susceptible de ser advertido inmediatamente -sin estudio o tarea de comprobación específica, destinada a controlar la corrección de ese proyecto, para lo cual no fue contratado- conforme por lo que razonablemente corresponde exigir a quien se presumen un conocedor del tema -y no un experto, pues el constructor no es necesariamente una empresa de ingeniería..."[14]

Entonces, ¿qué ocurre cuando cotejamos estos contratos con el de contrato llave en mano?

Vamos a advertir, en primer lugar que el contrato llave en mano puede incluir aspectos de todos aquellos, ya que el objeto es la realización de un resultado concreto como en el suministro, pero en el cual existe control de ejecución como en la obra pública, incorpora el proyecto o diseño de ingeniería básica en el objeto, como en la consultoría, y puede poner a cargo del contratista la financiación de la obra, como en la concesión, pero sin sujetar la ecuación al pago de un peaje, sino de un pago al final de la obra o pagos escalonados, que pueden independizar del avance de obra o de entregas parciales.

¿Será entonces la naturaleza jurídica la que predominantemente nos indicará -ante la falta de un régimen específico- las reglas a aplicar supletoria o analógicamente?

Ello será objeto de tratamiento luego de verificar como se ha comportado el instituto en el ámbito internacional, en el cual ha tenido origen y difusión la figura.

III. La recepción del contrato llave en mano en el ámbito internacional

(i) Reglas del Contrato "llave en mano" que emanan de organismos internacionales:

La figura contrato llave en mano encuentra un amplio desarrollo y aplicación en las reglas internacionales impartidas por los organismos tales como la ONUDI (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL), el CENTRO DE CORPORACIONES TRANSNACIONALES DE NACIONES UNIDAS (UNCTC) y el CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL UNCTAD-GATT.

En efecto, la ONUDI ha desarrollado dos proyectos de modelos de entrega de contrato llave en mano.

El primero[15], que es de julio de 1983, establece en su artículo 3.1 que el

alcance de los trabajos que comprende el "llave en mano" son, entre otros, los que se consignan a continuación: "1.- Elaboración del diseño básico de la planta; 2.- Suministro de Know How y proyecciones técnicas básicas comprendidos; 3.- Las proyecciones técnicas detalladas para la planta; 4.- Preparación de la lista de equipo e identificación de los artículos críticos; 5.- Adquisición de todo el equipo y materiales para la planta, así como para los talleres técnicos y de mantenimiento, laboratorios depósitos y demás instalaciones situadas en el emplazamiento, comprendidas las oficinas administrativas y los servicios de primeros auxilios, y adquisición de repuestos de conformidad, aunque no en forma exclusiva; 6.- construcción de obras de ingeniería civil; 7.- Montaje de todo el equipo; 8.- Capacitación del personal; 9.- Gestión de funcionamiento de la planta hasta la terminación satisfactoria de las pruebas de garantía y asistencia en materia de gestión después de la aceptación provisional."

Según lo expresado, resulta claro que el objeto de un contrato llave en mano, corresponde solo en una porción a la ejecución de obras, la cual es generalmente complementaria al montaje de los equipamientos, transferencia de know how, capacitación y terminación del producto en condiciones de funcionamiento para el comprador.

En un informe más reciente de la ONUDI[16] se destaca la conveniencia de la figura contractual llave en mano para países en vías de desarrollo, al constituir estos una oportunidad para pequeñas y medianas empresas de ser subcontratados por las compañías internacionales constructoras, de ingeniería o consultoras que usualmente son las contratistas. Destaca que en este tipo de contratos "los riesgos asociados a posibles retrasos, las entregas defectuosas de diversos proveedores, incrementos de costos y fallas de funcionamiento son tomados por el contratista"[17].

Las relaciones que se crean entre las pequeñas empresas locales y las multinacionales contratistas sirven de "palanca" para su desarrollo internacional y para la mejora de sus capacidades.

Cabe destacar que, en igual sentido, se expresa el MODELO DE LA ONUDI DE CONTRATO LLAVE EN MANO/LLAVE EN MANO PARCIAL, preparado por la Unidad de Servicios de Adquisiciones, Oficina de Apoyo Operacional de Servicios, División de Apoyo a los Programas y Administración General (PSM/OSS/PRS), que data de 2010.[18] Allí también se define como objeto del contrato "diseñar, fabricar, suministrar, construir, instalar, probar, las poner en servicio y operar la Planta".

Y también sienta el mismo alcance el informe del Centro de Corporaciones Transnacionales de Naciones Unidas el cual expresa que "los contratos llave en mano representan un acuerdo contractual principalmente armado por varias etapas de construcción e implementación de proyectos. Básicamente, en tales contratos, el contratista es responsable por el establecimiento de la planta y su puesta en operación. Los detalles específicos de la

responsabilidad envueltos en el contrato llave en mano pueden variar de proyecto a proyecto, pero, en general, podrán incluir la responsabilidad por la provisión y establecimiento de los trabajos, plantas y facilidades sobre las bases del contrato llave en mano, incluyendo el suministro de tecnología y know-how, diseño básico de ingeniería, provisión de la planta completa y su equipamiento, diseño y construcción de las obras civiles, completo montaje de la fábrica y su equipamiento, diseño y encomienda de la totalidad de las facilidades de la planta hasta el momento de su puesta en marcha."[19]

Asimismo, el informe citado expresa que "depende de la naturaleza de la planta o de la tecnología envuelta, el constructor puede ser ya el dueño de la tecnología, el principal proveedor de las maquinarias o una organización internacional de ingeniería."[20]

Por ello, entendemos que el contrato llave en mano no identifica, necesariamente, la ejecución de un porcentual preponderante de obra civil, sino que, por el contrario, el objeto comprometido puede ser el suministro de bienes muebles, los cuales deben ser entregados llave en mano, entendiéndose por tal, que deben ser proveídos con su montaje terminado, listos para funcionar, transfiriendo al comprador la tecnología, conocimiento y licencias necesarias para su operación correcta, lo que incluiría también la capacitación del personal, manuales de mantenimiento o prescripciones técnicas y asistencia posterior a la entrega.[21]

Estas características no aparecen en los simples contratos de suministro o compraventa, donde la obligación se consume con la entrega de una cantidad determinada de provisiones, sin otro requisito u obligación accesoria.

Como se puede apreciar, la idea del contrato llave en mano gira en torno a que el mismo puede desarrollar diversos tópicos, pero generalmente implicará el desarrollo de un proyecto, provisión de materiales, trabajos básicos de planta, know how y tecnología, ingeniería y obra civil básica, y de todas las obras y procedimientos necesarios para la puesta en funcionamiento de la planta, lo que se identifica entonces con el resultado comprometido.

La importancia de estos contratos para países en desarrollo reside en la adquisición de diseño, tecnología y know how, de difícil obtención de otro modo.

En consecuencia, el informe analizado sostiene que, en estos contratos, el constructor toma a su cargo no una responsabilidad por construcción, sino una responsabilidad global que incluye el diseño y construcción del proyecto de conformidad con los requerimientos manifestados por el comprador.[22]

Como contrapartida, el informe también expresa que este tipo de contratos tiene como desventaja su alto costo real, en comparación con otros contratos, en tanto la fase de puesta en marcha del proyecto, que envuelve

la prestación de servicios de tecnología, know how y capacitación, puede aumentar significativamente los costos.[23]

En igual sentido, se expide el Manual para exportadores de países en vías de desarrollo denominado "SERVICIOS TÉCNICOS PARA PROYECTOS Y PLANTAS LLAVE EN MANO"[24], el cual expresa que "un contrato de suministro llave en mano es un contrato en el que una empresa de arquitectos/ingenieros, contratistas técnicos, o técnicos y constructores, asumen la obligación general que incluye el diseño, los aspectos técnicos, la adquisición, la entrega, la construcción, el montaje y el comienzo de la utilización (entrada en servicio) de las instalaciones, así como la capacitación del personal de operaciones y de mantenimiento".

Por ende, el objeto de este tipo de contratos se identifica con una obligación de resultado, que lo asemeja de esta manera y como fundamentaremos más adelante, a la naturaleza de locación de obra y en el derecho publico a la obra pública.

(ii) El régimen español

El régimen español de los contratos públicos ha incursionado en diversas figuras para la realización de obras o servicios, como variables de las denominadas, y no muy acabadamente comprendidas en nuestro país, asociaciones público - privada. Algunas tradicionales, como el contrato de concesión, y otras como las del contrato de arrendamiento de infraestructuras, contrato de mantenimiento y rehabilitación, el contrato de gestión y el contrato de construcción llave en mano.

Entre los novedosos, me interesa resaltar algunos de ellos por su conexión con el contrato que estamos analizando.

Así, veamos los contratos de mantenimiento y rehabilitación, en primer lugar. Según MANUEL CONCHA JARABA "... se trata de encargar al sector privado la ejecución de un servicio que consiste en el mantenimiento y en su caso, rehabilitación de una concreta infraestructura, como por ejemplo, una carretera, todo ello a cambio de un precio."[25]

En materia de riesgos, quid de estas nuevas contrataciones en tiempos de crisis económicas, resulta interesante rescatar lo que expresa el profesor español: "Dentro de esta modalidad de colaboración público privada la asunción de riesgos por parte del contratista será mayor o menor en función de la forma de determinación del precio a satisfacer por el contratista. Si el precio a satisfacer se hace en función de las tareas concretas u operaciones de rehabilitación que lleve a cabo el contratista, el riesgo será menor por parte de ese contratista, y sin embargo si la retribución tiene carácter de periódica, con independencia de los costes que suponga al contratista las labores de mantenimiento y de rehabilitación, la asunción de riesgos por parte del contratista será mayor." [26]

Por otra parte, los contratos de gestión son aquellos en los cuales además del mantenimiento de la infraestructura se incluyen servicios asociados de gestión, tales como cobro de peajes, atención a usuarios, suministro de información de tránsito, etc. Son ejemplo de ello los contratos de gestión integral de carreteras o gestión de autovías dispuesto en la ley 55/1999, por el cual se adjudica a un privado la ejecución de actuaciones para mantener las autopistas en condiciones óptimas de viabilidad, incluyendo su conservación, explotación, adecuación, reforma, modernización, reposición y gran reparación por un plazo nunca superior a 20 años, todo ello a cambio de un precio a abonar a la administración, el cual podrá contemplar un sistema de reajuste.

Si comparamos este contrato con el anterior, en principio el riesgo asumido por el privado es mayor, ya que se trata de asumir el riesgo del mantenimiento y gestión de la infraestructura, a excepción de los riesgos de diseño y de vicios en la construcción de la obra.

El contrato llave en mano se presenta, entonces, como una evolución respecto a los anteriores, en tanto la participación privada aparece no solo en la gestión y mantenimiento de infraestructura sino también en el momento de su ejecución.

Dice el autor arriba citado que "por medio de esta modalidad la Administración contrata con el licitador, entidad privada, la ejecución de determinadas obras públicas, a cambio de un precio determinado, si bien de forma diferida o aplazada, al momento de la recepción de las infraestructuras." [27]

El régimen español asimila a esta categoría el contrato de obra por pago total de precio, conforme lo regulado en el artículo 147 de la Ley 13/1996 o por aplicación del "modelo alemán" donde el precio se sujeta a pago en cuotas.

Ahora bien esta característica del pago total o en cuotas no va a ser la causa determinante de la aplicación del contrato llave en mano - ya en la regulación argentina y tampoco en la nueva regulación española - desde que la nota definitoria es la encomienda de varios objetos, con obligación de cumplir un resultado, a cargo de un solo sujeto. En efecto, ello es lo que actualmente se recepta en la Ley 30/2007, la cual en su artículo 11 [28], dentro de los denominados "Contratos de Colaboración entre el sector público y privado" prevé varias alternativas asimilables al denominado contrato llave en mano, sin sujetar ello a que no exista otra modalidad aplicable que sea eficaz.

IV. La opinión de la doctrina y la jurisprudencia

Como hemos anticipado, no obstante el avance de la utilización de los contratos "llave en mano" o turn key contracts por parte de la Administración Pública, dichos contratos no han sido abordados

exhaustivamente aún por los profesores y juristas del Derecho Administrativo, a excepción del Prof. BALBIN[29].

No obstante, si se destaca el tratamiento del novel instituto en la doctrina civil y comercial argentina.

Para SPOTA, ROCA Y MARZORATTI[30], nos encontramos ante una especie innominada (Artículo 1143 Código Civil) del contrato de locación de obra.

Dice MARZORATTI que "...el contrato llave en mano es la construcción de la obra, la provisión e instalación de los elementos o bienes respectivos, el manejo y supervisión del montaje, la provisión del método operativo, la asistencia y la puesta en marcha y el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento. (...) podría subsumirse en lo que se conoce como contrato de construcción privada, que es aquel por el cual una de las partes (constructor o empresario) se obliga frente a la otra (comitente) mediante un precio determinado en dinero, a la ejecución o refacción de cualquier concepción de ingeniería o arquitectura accesoria a un inmueble. (...) El contrato de construcción privada sería una especie innominada del género locación de obra."[31]

Estos contratos también son denominados como CONTRATOS DE OBRA POR EMPRESA. En tal sentido, la Enciclopedia Jurídica Básica Civitas define como tales, en nota de J.L. de Castro, a "cualquier negocio que tenga por objeto la realización autónoma de una obra o servicio como resultado a cambio de un precio cierto, siempre que la actividad del obligado a la prestación del resultado consista, preferentemente, en la organización de los medios adecuados para alcanzarlo, y no en la ejecución material del mismo"[32].

Respecto al valor sistemático de la figura contractual en cuestión, la enciclopedia expresa que la misma proviene del tronco común de la *locatio conductio operis*, y engloba todas aquellas figuras contractuales, típicas y atípicas en las que el empresario se obliga a realizar, por encargo de otra persona, pero a propio riesgo, una obra o servicio determinado, y distinguir tales figuras tanto de los negocios relativos a la transmisión de las cosas en las que viene a materializarse la actividad empresarial (contratos de cambio, por ejemplo la compraventa o el suministro de bienes producidos por el vendedor o suministrador, contratos en los que las cosas se negocian en cuanto tales y no como resultantes de la actividad que se transmite, en los que el *facere* es instrumental respecto del *dare*), como de los compromisos asumidos para empresarios cuyo objeto no es un resultado sino la mera actividad (contratos de servicios), como finalmente de aquellas otras vinculaciones negociales en las que el obligado a la prestación de un resultado no tiene la condición de empresario, bien porque la actividad comprometida no se desenvuelve autónomamente y el obligado no asume, por tanto, el riesgo económico de su cometido (contratos de trabajo), bien porque, aun sin subordinación y actuando a propio riesgo, la obra o servicio prestado es fruto de la actividad personal y directa del obligado (contrato de

obra simple o contrato civil de obra).

Resulta claro entonces el carácter de OBLIGACIÓN DE RESULTADO que asume el contratista cuando se trata de un contrato llave en mano, donde el objeto de la misma es un OPUS PERFECTUM O CONSUMATUM.

Corroborra más adelante nuestra postura, sobre a la aplicación del régimen de la obra pública a la figura cuando opera en los contratos públicos, cuando expresa que "El marco normativo del contrato de obra por empresa estará, por tanto, constituido por los preceptos que el Código Civil dedica al contrato de obra"[33].

MARZORATTI apunta también que es la característica esencial de la obligación de resultado la que diferencia este tipo de contratos con la locación de servicios (donde la retribución se fija en cuanto al tiempo empleado) y la locación de cosas (donde el objeto es simplemente el uso y goce y en los llave en mano se suma la obligación de resultado que es la ejecución total de la obra).[34]

Por su parte POLOTTO opina que los contratos llave en mano constituyen una forma de contratación de "utilidad global", es decir, agrupan la totalidad de las prestaciones en un único acuerdo. "Entregar una planta u opus en funcionamiento por un precio no constituye el resultado de una fusión de elementos causales diversos, sino de una única y autónoma causa, con una pluralidad de prestaciones articuladas e integradas en un opus complejo"[35]. Destaca entre otras cosas que, independientemente de la existencia de nexo causal entre conducta del contratista y el daño, dado que su obligación configura una típica obligación de resultado, éste será responsable.

El autor sostiene, además, el encuadre del contrato en la naturaleza de la locación de obra y dice: "Las reglas del contrato (locación) de obra regirán sobre las cuestiones relativas a la construcción, la responsabilidad por vicios, la transferencia de riesgos y las recepciones, provisorias y definitivas"[36].

Arrojar claridad en torno a este tema no es de implicancia menor, ya que el aplicar una naturaleza de locación de obra a los "turn-key contracts" como se los denomina a los contratos llave en mano, conduce a determinar los efectos jurídicos de la recepción de la obra y la responsabilidad global del contratista ante la existencia de ruina o de vicios ocultos.

En sentido conteste, la doctrina de derecho internacional sostiene que el contrato llave en mano, por su especial obligación de resultado, no debería sujetarse a la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 DE COMPRA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS, aún cuando la misma no contiene una prescripción expresa al respecto.

Así lo sostienen GARRO y ZUPPI para quienes "en aquellos contratos en los cuales el vendedor se obliga a vender cierto equipo o determinada

maquinaria y a instalar una planta o supervisar su funcionamiento, no será tan fácil determinar si la parte principal de la obligación del vendedor es la de prestar los servicios de instalación o supervisión, o la entrega y transmisión de la propiedad del equipo vendido. En este tipo de contrato de uso corriente en la práctica comercial internacional (comúnmente denominados "ventas clé en main" o "turn-key contracts") habrá que determinar si el valor de los servicios de asistencia técnica excede el valor del material vendido, así como tener en cuenta el propósito o fin del contrato para recién entonces poder determinar si puede ser regulado por las disposiciones de la Convención." [37]

Por su parte BOGGIANO sostiene que esta especial clase de contratos admite una importancia decisiva de la autonomía material de la voluntad, en relación a las normas que le son aplicables al contrato de referencia, quedando dentro del marco de la libertad de contratación asignar la legislación aplicable al contrato modalidad llave en mano [38].

En cuanto a la jurisprudencia, en el marco del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) [39] encontramos el caso *Klockner v. Republic of Cameroon* (ARB/81/2, año 1983, original en francés). En el caso, al someter a análisis el "turnkey contract" suscripto las partes, el Tribunal sostuvo que "la obligación fundamental" de Klockner (el contratista) era la de proveer "una fábrica capaz de producir productos fertilizantes en conformidad con las descripciones específicas y en las cantidades garantizadas". Añade que lo que el Estado de Camerún acordó a pagar fue por un "sistema de integración total de producción capaz de producir según lo definido en el acuerdo contractual". El Tribunal concluye con la siguiente frase, contundente en relación a lo expuesto, "En el presente caso, la fábrica no funcionó en el nivel de producción previsto en el acuerdo. Klockner no entregó a Camerún lo que había prometido (...) En orden a cumplir correctamente con las condiciones relevantes del contrato, no era suficiente con construir una fábrica de fertilizantes, la fábrica debía tener la capacidad requerida y debía ser manejada para alcanzar los objetivos propuestos".

Vemos entonces como se corrobora la concepción del contrato llave en mano como una obligación de resultado que no se verifica en los contratos de suministro, y que aparece incluso más ambiciosa que un simple contrato de obra pública.

Ahora bien, en la doctrina local argentina, se destaca BALBIN quien dedica un acápite de su Tratado a los que denomina sistema "llave en mano". [40]

Este autor es conteste con la obligación de resultado, destacando que ello surge de la expresión "llave en mano" en tanto "...obedece a que el constructor se compromete a entregar al Estado, como producto final, una obra cuya construcción y financiamiento, esto es, la realización integral del proyecto le corresponde a aquel." [41] Y corrobora su conclusión con los modelos establecidos en el Decreto 1299/00 que incorporó la figura la

construcción de infraestructura a ser pagada con fondos fiduciarios específicos.

Establece asimismo que la figura se encontraba incluida en el contrato de suministro, lo cual resulta claro en tanto el régimen de compras que establece el Decreto 436/2000 y su actual regulación mediante el Decreto 893/2012 se refiere principalmente a dicho contrato no obstante lo cual entendemos que la figura por su abanico de objetos corresponde a la figura genérica de locación de obra[42].

Es entonces claro que la figura se encuentra receptada en nuestro ordenamiento, y que corresponde sea entendida como una locación de obra, donde el resultado es esencial en el perfeccionamiento del objeto contractual.

Ahora bien, la regulación argentina no es acabada, no cuenta con un régimen completo de las nuevas modalidades contractuales, por lo cual la aplicación de la modalidad estudiada, en la practica puede traer a discusión diversas problemáticas a las cuales la norma positiva no brindará respuesta literal, salvo mediante el recurso a la interpretación. Para ello veamos cuales son los principios que resultarían aplicables a la modalidad.

V. Principios aplicables al contrato llave en mano

De la lectura de los textos donde surge la figura, veremos que, en primer lugar, aparecen como principios rectores de interpretación las reglas establecidas para los contratos internacionales.

(i).- Las reglas generales aplicables a los contratos internacionales y de objeto privado

Los contratos internacionales, conforme lo prescrito por la UNIDROIT[43] en su unificación de los principios aplicables a los contratos internacionales, deben ser interpretados en base a las siguientes pautas:

a) PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido" (Artículo 1.1 PRINCIPIOS DE UNIDROIT);

b) PRINCIPIO QUE EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguirse conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o de algún otro modo dispuesto en estos principios" (Artículo 1.3)

c) PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE REGLAS IMPERATIVAS: "Estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supra nacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado" (Artículo 1.4)

d) A FAVOR DE LA INTENCIÓN DE LAS PARTES: "EI contrato debe

interpretarse conforme la intención común de las partes. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretara conforme el sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición de las partes, colocadas en la misma circunstancia. (Artículo 4.1)

e) CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES: "Las negociaciones previas entre las partes; las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; la conducta observada por las partes luego de celebrarse el contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el sentido comúnmente dado a términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos" (Art 4.3)"

f) FORMA DE INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y EXPRESIONES: "Las cláusulas y expresiones se interpretaran en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren" (Art 4.4)

g) INTERPRETACIÓN A FAVOR DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efecto a alguna de ellas". (Art 4.5)

Estas reglas guardan perfecta coherencia con el principio de buena fe receptado en el Artículo 1198 de nuestro Código Civil y reafirman el principio receptado por nuestro ordenamiento que el contrato es ley para las partes (Artículo 1197, Código Civil), debiendo cumplirse las obligaciones allí pactadas en el modo en que las mismas se han dispuesto. En consecuencia, la ejecución o terminación de un contrato, en contrario de lo que las propias partes pactaron vulnera el principio citado; y solo la voluntad común de las partes puede modificar el contenido del contrato.

En relación a este punto, la complejidad de las obligaciones que asume la empresa de ingeniería sustentan una "prerrogativa para introducir las modificaciones que considere oportunas, respetando los parámetros técnicos y funcionales. Como contrapartida, el cliente debe ser mantenido informado, siendo usual la incorporación de cláusulas que prevean procedimientos de revisión y aprobación".[44]

Ahora bien, cuando la figura es aplicada en el ámbito público serán de aplicación los principios citados estarán morigerados por los que informan el derecho publico.

(iii) Los principios aplicables en el derecho público

Como expresara la CSJN "si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el "régimen jurídico" de estos dos tipos es diferente. Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de

funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público”[45]

Este prisma entonces va a morigerar los principios establecidos ut supra y en lo que nos interesa respecto a los contratos modalidad llave en mano, me interesa destacar, sin pretender agotar aquí el punto, los siguientes alcances:

a.- Aplicación Directa: el ar. 207 del Decreto 893/2012 y la necesidad de la debida justificación de la elección del sistema:

Prima facie cuando se elige el sistema llave en mano, debe tenerse en cuenta que el Estado debe atenerse a lo expresado por el citado art. 207 del Decreto 893/2012 en tanto ordena merituar la conveniencia del uso de esta modalidad contractual.

En este sentido solo cuando es justificada, en merito al interés público el uso de la figura, la misma se considerará procedente y esto debe constar en el expediente de la contratación.

Hay situaciones que por si solas traen consigo la justificación plena, y esto se da cuando la contratación incluye la financiación de la obra u objeto contratado[46]. Pero en todos los casos la expresión de la causa y su suficiente motivación, será esencial para determinar la validez del contrato administrativo en cuestión.

b.- Aplicación supletoria del régimen de obra pública

Otro principio que resulta aplicable, ante la inexistencia de un régimen propio, y que es conteste con la atribuida naturaleza de locación de obra es la aplicación supletoria de la Ley N° 13.064 de Obra Pública y por ello:

(i) será esencial dar cumplimiento al requisito de la partida presupuestaria previa, que en el caso se perfeccionara con la previsión del endeudamiento correspondiente para afiatar la financiación comprometida por el Privado. Este requisito no sería, en cambio, requerido cuando el compromiso de brindar la financiación sea parte de los riesgos asumidos por el contratista privado.

(ii) la aplicación de la norma más asimilable, en este caso la de obra pública en un contrato público llave en mano implicará aplicar la regla que “los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de “autonomía de las partes”. [47]

(iii) la asunción del caso fortuito o fuerza mayor - salvo pacto en contrario es asumido por el Estado ya que “...a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el que el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación

jurídica en la cual, a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones -art. 513 CC.- en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado[48].”

c.- La cuestión del precio en un contrato llave en mano y su eventual ajuste

¿Qué ocurre con el precio en un contrato llave en mano? Ya vimos que el régimen español establecía como una variable determinante de esta modalidad la fijación de un precio único y pagadero al final del contrato o en cuotas determinadas.

¿Este precio es fijo e inamovible? Obviamente no; como no resulta serlo ningún precio contractual de un contrato a largo plazo; siempre que se den condiciones extraordinarias que impacten en los costos de la obra y que no forme parte de los riesgos asumidos en forma directa por el Contratista particular, ya que afectar el precio del contrato implicará afectar el derecho de propiedad.[49]

Ahora bien, cuando de contrato llave en mano se habla, la obligación de resultado debe haber establecido claramente los supuestos excluidos de su alcance, no siendo prima facie admisible el ajuste por trabajos no previstos en el objeto.

Por ello, es preciso que en estos contratos se establezca claramente esta previsión, a los fines de evitar renegociaciones de precios o ajustes fundados mas en imprevisiones contractuales que en alteraciones de los costos de obra o explotación.

Es interesante estudiar la aplicación de nuevas modalidades que eviten los procedimientos de ajuste, y puedan ser combinados en contratos llave en mano, de modo de reducir el riesgo de modificaciones del presupuesto de base estimado por la Administración.[50]

VI. Contrato llave en mano sus modalidades y los contratos BOT, BOO, EPC y otras nuevas variables de participación del sector privado en la infraestructura

Para completar el panorama relatado de la modalidad contractual, es preciso destacar que existen diferentes tipos de contrato llave en mano, tales como:

a).- los CONTRATOS DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN, en los cuales el propietario contrata a un consultor para que realice el diseño y luego encarga a un técnico, grupo de técnicos o consultor la realización del proyecto;

b).- los CONTRATOS PARA LA ADQUISICIÓN DE COMPONENTES, o DE PLANTAS LLAVE EN MANO o EN CONDICIONES MUY PARECIDAS A LAS LLAVE EN MANO, los cuales se caracterizan por contratar bajo la figura llave

en mano el suministro, la entrega, construcción e instalación de determinados elementos a instalar para el proyecto;

c).- los CONTRATOS TRADICIONALES LLAVE EN MANO DE DISEÑO / LICITACIÓN / CONSTRUCCIÓN, el modo clásico del contrato analizado, en el cual se encomienda el desarrollo de un proyecto de infraestructura; y

d).- los CONTRATOS DE GESTIÓN DEL PROYECTO o LA CONSTRUCCIÓN, los cuales se caracterizan por la contratación de una empresa de gestores o de asesores independientes, con conocimientos técnicos sobre el proyecto y que toma a su cargo el diseño para el proceso o servicios de gestión del proyecto y tecnología de procesos.

Estos son al menos los relacionados directamente con los contratos llave en mano, ahora bien, en forma simultánea a estos contratos han surgido otras modalidades que pueden aparecer prima facie asimilables, al contrato de marras, como los denominados contratos "BOO" (Build, operate and owner), "BOT" (build, operate and transfer) por sus siglas en inglés o estos últimos también denominados "COM" (construcción, operación y mantenimiento) que resultan nuevas modalidades del contrato de obra pública; o los denominados EPC contracts donde se trata de la encomienda del diseño de ingeniería, provisiones y construcción de la obra.

En forma conteste, la terminología sajona ha desarrollado también una vasta gama de acepciones en cuanto a los modelos de contratos de gestión de infraestructura con el sector privado, siendo las más difundidas las siguientes:

(a) Build, Operate, Transfer (BOT). El sector privado se compromete a construir una infraestructura cuyo diseño es en gran medida proporcionado por la administración. Para ello debe buscar la financiación necesaria y explotar dicho activo durante un período de tiempo, fijo o variable, pero acordado contractualmente. Trascurrido dicho plazo, el derecho a explotar el proyecto revierte de nuevo a la propiedad, que puede decidir seguir explotándolo por sí misma o volver a transferirlo al sector privado.

(b) Build, Own, Operate, Transfer (BOOT). Se trata de un sistema básicamente igual que al antes descrito arriba, pero, a diferencia del modelo BOT pasa a ser propiedad del consorcio privado que lo explota hasta el momento en que revierte al Estado.

(c) Build, Own, Operate (BOO). Es el modelo anterior, con la diferencia de que no se produce la transferencia final de los activos.

(d) Build, Lease, Transfer (BLT). Utilizado para pequeños proyectos de infraestructura pública, tiene como objeto encargar el leasing de un proyecto necesario para una administración pública, que generalmente incluye mantener y explotar el activo. En este caso, la sociedad privada se constituye con el objeto de construir el proyecto a su riesgo y ventura, y

percibe de la administración unos pagos periódicos previamente acordados.

(e) Design, Build, Finance, Operate (DBFO). Este mecanismo, cuyo nombre se acuñó en Reino Unido dentro de las denominadas Private Finance Initiative (PFI), es muy parecido al mecanismo BOT, con la diferencia de que en este caso el sector privado asume un papel mucho más importante en el diseño del proyecto. La propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la administración pública, por lo que ésta debe remunerar al consorcio privado encargado de explotar el proyecto, habitualmente, a través de la modalidad de peaje sombra, siendo asimilable a la figura de la concesión.

(f) Design, Construct, Manage, Finance (DCMF). Este mecanismo tiene las mismas características que el DBFO, salvo que, junto a la construcción de la infraestructura, se transmite al sector privado la gestión de un servicio íntimamente ligado a la misma.[51]

Dice BALBIN que el contrato BOT "... encaja con los sistemas de financiamiento privados sean mixtos o puros. En efecto esta técnica contractual puede ser utilizada con modelos de financiamiento mixto con pagos del Estado diferidos (asociaciones público - privadas, "peaje a la sombra" y Decreto 1299/00) o bien con sistemas de financiamiento privado puro (concesiones y "project finance") [52]

En el Reino Unido se destaca que la aplicación de los contratos DFBO, por parte la Agencia de Autopistas (Highways Agency) con el fin de promover la participación del sector privado en la construcción, el mantenimiento y la operación de carreteras[53].

Es interesante ver que en estos contratos la distribución de riesgos "...se llevó a cabo de modo que algunos fueron asignados completamente al sector privado (proyecto, construcción, vicios ocultos, explotación y conservación), otros se compartieron entre ambas partes (fuerza mayor, actos de protesta y riesgo de tráfico) y algunos más, como el procedimiento administrativo y la obtención de licencias, quedaron bajo la completa responsabilidad del sector público".

Esta modalidad contractual ha tenido oportunidad de ser incluso analizada por la CSJN en autos PLUSPETROL[54] y donde el más alto tribunal dejó sentado que en estos contratos - aun cuando estén suscriptos entre privados - si comprometen servicios públicos, el Estado no puede estar ajeno y por ende deben ser formalizados bajos los principios que rigen las contrataciones públicas y debe controlar la constitución, administración y destino de los fondos afectados al pago del canon complementario, en su caso.

Por su parte, los contratos "CREMA" configuran otra modalidad que tiene como objeto la rehabilitación y mantenimiento de obras (principalmente se ha aplicado a rutas nacionales en nuestro país) y como contraprestación

reciben un precio determinado, abonado en cuotas determinadas y que resulta asimilable a los denominados contratos llave en mano.

Respecto a la categoría BOO, su objeto es la construcción y administración de una obra, pero al cabo de la terminación del contrato, la misma no se transfiere al Estado, sino que queda en poder del constructor. Esta modalidad no tiene desarrollo en nuestro país, ya que no se advierte el interés público en trastocar el principio receptado en las normas de contratos de obras y concesiones, donde indefectiblemente se prevé la transferencia del bien al final del contrato de obra o modalidad asociada a la misma[55]. En este sentido es preciso determinar que si tal conveniencia existiera – por la extinción de la vida útil del bien para fines públicos expresamente determinados – pudieran recomendar la aplicación de la figura. Sería esencial que el mantenimiento del derecho de propiedad en cabeza del constructor implicara una ventaja comparativa en términos estrictamente económicos para el erario público, en comparación con otras figuras posibles.

VII. Conclusiones

Si partimos de la idea que el contrato llave en mano configura la concreción de un opus, y que esa es la voluntad de las partes expresada en el contrato, resulta que, desde el ámbito del derecho público tal contrato, ante la falta de un régimen jurídico completo, debe sujetarse a lo pactado, y en forma supletoria al régimen mas asimilable y que comparte su naturaleza jurídica de LOCACIÓN DE OBRA; esto es el CONTRATO DE OBRA PUBLICA.

Y vamos a destacar que en este estadio, la modalidad analizada comporta un contrato atípico desde el punto de vista legal, pero sin inconvenientes para ser integrado a los sistemas jurídicos nacionales, teniendo como norte los principios aplicables, y como norte, la justicia y equidad.

Es sin dudas, de gran utilidad para el Estado, en cuanto a proyectos que impliquen un gran despliegue de infraestructura, y de alta tecnología, ya que de otra manera, debería contratar diseñadores, constructores y proveedores de material por separado, con el esfuerzo que implica tamaña coordinación, sin mencionar que seguramente conducirá a una demora en la construcción y la consiguiente readecuación de costos para cada contratista.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que los contratos llave en mano, incorporan costos en concepto de gerenciamiento de los diferentes alcances y por el alto grado de responsabilidad que asume el contratista, los cuales deberán ser debidamente analizados, de cara a determinar la razonabilidad de los precios que se aprueben.

El análisis de costo beneficio deberá hacerse en cada caso, cotejando este modelo contra la realización de "n" numero de llamados o contrataciones de menor entidad e independientes, costos en materia de control de cada una de ellas, gasto publico asociado, etc., contra el valor del contrato llave en

mano y la garantía de asunción de todos los riesgos, que el contrato lleva consigo, a cargo de un solo contratante particular.

No obstante, nada desdeñable sería poder contar con una regulación normativa mas específica para este tipo de contratos y las nuevas modalidades contractuales enunciadas en el presente, tales como los contratos BOO, BOT, EPC, CREMA, etc, y que no sean producto de la casuística de cada proceso contractual.

De las modalidades vistas, advertimos que las mismas se orientan a buscar nuevas formas de participación del sector privado en el desarrollo, principalmente, de infraestructuras. Y para ello es importante establecer cuales de las variables pueden erigirse como aplicables por la administración, de cara al interés publico.

En este punto, la clara determinación de la asunción de los riesgos es esencial para que estas figuras no terminen comportando variables que de tan confusas, permitan modalidades donde se garantiza la ventura del particular contratista, so pena de que los riesgos sean de la administración o de todos los contribuyentes.

La justicia intergeneracional debe ser valorada en la elección del modo, evitando imponer soluciones que sacrifiquen generaciones actuales, en pos de beneficios que no podrán disfrutar.

Y en igual sentido que lo anterior, la determinación de la asunción de riesgos[56]es un punto que debería ser incorporado en las regulaciones de nuevos contratos.

En igual sentido la posibilidad de incorporar procedimientos de selección donde se prevea una etapa de discusión, entre los diferentes actores privados y el convocante público, mediante los mecanismos denominados "dialogo competitivo"[57] que fueran incorporados por la Directiva de la Unión Europea, Nro. 2004/18.[58]

Entonces, hoy y prima facie, la interpretación jurídica podrá darnos algunas respuestas, ante la aplicación de la modalidad de contratación llave en mano, y de este modo podremos enderezar algunas disvaliosas apreciaciones.

El pliego o marco regulatorio que rijan cada contratación deberá ser autosuficiente en esta etapa. Esto será esencial.

Pero ello es así, en tanto no se cuente con un régimen de los contratos de las Administraciones Públicas que brinde la seguridad jurídica a los privados, y garantice las reglas que hacen a la vigencia siempre efectiva del interés público comprometido, mediante un ordenamiento legal que despeje las dudas que aun con las prevenciones comentadas se nos presenta en la practica.

Las reglas jurídicas deben tener en cuenta, a mi entender, la nueva ecuación entre el Estado, el mercado y la sociedad, en la que deben existir acuerdos políticos para un nuevo compromiso social e intergeneracional, con responsabilidades muy bien definidas y una clara rendición de cuentas[59].

En esto, también está la posibilidad de crecimiento de los países en vías de desarrollo, como la Argentina, que aun requiere de la construcción de grandes infraestructuras productivas, para poder consolidarse en el concierto internacional, por que sin infraestructuras no hay desarrollo.

Y sin reglas claras del juego de lo jurídico, todo proyecto de desarrollo también ira al fracaso, por que será de corto plazo.

1] Gabriela Stortoni es abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata; Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral; Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid, España, Paris X, Nanterre, Francia y El Salvador, Buenos Aires, Argentina. Es Especialista en Derecho de la Integración por la Universidad Austral y en transporte y urbanismo por JICA (Japan International Cooperation Agency). Es profesora de materias de derecho administrativo en diversas casas de estudio y autora de numerosos artículos de su especialidad.

[2] CASSAGNE, Juan Carlos "El Contrato Administrativo", Editorial Abeledo Perrot, Bs As Argentina, 1999, p. 29.

[3] Decr. 525/85 (BO, 20/3/85) viene a complementar la Ley 23.101 de Promoción de las Exportaciones, por la cual se crea el Fondo Nacional de Promoción de las Exportaciones (BO, 2/11/84). La misma establece que "la exportación de plantas completas, llave en mano y obras de ingeniería destinadas a la prestación de servicios, que se vendan bajo la modalidad de 'Contrato de Exportación' gozarán de un reembolso adicional".

[4] Derogado por Decreto 893/2012, Art. 6º.

[5] En tal sentido dice el artículo 43 que "Las contrataciones llave en mano se efectuarán cuando se estime conveniente para los fines públicos concentrar en un único proveedor la responsabilidad de la realización

integral de un proyecto. Se aplicará esta modalidad cuando la contratación tenga por objeto la provisión de elementos o sistemas complejos a entregar instalados; o cuando comprenda, además de la provisión, la prestación de servicios vinculados con la puesta en marcha, operación, coordinación o funcionamiento de dichos bienes o sistemas entre sí o con otros existentes, mediante el uso de tecnologías específicas. Los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares deberán prever que los oferentes acompañen información acerca del financiamiento del proyecto, se hagan cargo de la provisión de repuestos, ofrezcan garantías de calidad y vigencia apropiadas, detallen los trabajos de mantenimiento a realizar y todo otro requisito que resulte conducente al buen resultado de la contratación.”

[6] B.O. 14/6/2012.

[7] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y Poder Público. La figura del Contrato Administrativo en el Derecho Español y Europeo”, en “Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff”, Buenos Aires, 1998, p. 867 y ss.; BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo V, p. 1; BARRA, Rodolfo, “Contratos Administrativos”, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1988, Tomo II; CASSAGNE, Juan Carlos, “El contrato Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999; CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, “La contratación pública”, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; COMADIRA, Julio Rodolfo, “Elementos de Derecho Administrativo: Colección de análisis jurisprudencial”, La Ley, Buenos Aires, 2005, Capítulo XIII; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, “Curso de Derecho Administrativo”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, Capítulo XII; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, “Curso de Derecho Administrativo”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, Capítulo XVII; ELGASSI, Alberto A., “El régimen de contrataciones de la administración pública nacional”, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2006; ESCOLA, Héctor Jorge, “Tratado integral de los contratos administrativos”, E.D, Buenos Aires, 1977, Tomo I, p. 127; FARRANDO, Ismael (h), “Contratos

Administrativos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo I, Capítulo XIII; GORDILLO, Agustín, “El contrato administrativo en la actualidad”, La Ley, Buenos Aires, 2004; HUTCHINSON, Tomás, “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario”, 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo I, p. 475 y ss.; MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, E.D., Buenos Aires, 1979, p.179; MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ªed., 2010, Tomo III; REJTMAN FARAH, Mario, “Régimen de contrataciones de la administración nacional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010; TAWIL, Guido Santiago, “Contratos administrativos”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

[8] En tal sentido, la PTN ha sostenido que “Un contrato de locación de obra puede referirse tanto a objetos muebles como inmuebles, o cosas inmateriales, tal, al menos, es la firme solución que se ha dado en nuestra legislación y jurisprudencia civiles.” Dictámenes 81:244

[9] PTN, Dictámenes 139:269

[10] PTN, Dictámenes 9:311

[11] CSJN, “Arenera el Libertador”, Fallos 314:595

[12] En igual y más moderno sentido luce la Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000, donde se deja asentado claramente la necesidad de que, para que la concesión de obras públicas conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación.

[13] Revisión que es propia de todo contrato público de largo plazo. En ese sentido la Corte Suprema ha resuelto que los arts. 30, 37 y 38 de la ley 13.064, tienden a cubrir el amplio margen de variaciones que puede

experimentar un proyecto dentro de una misma obra pública, pero no fuera de ella. ("Stamei SRL v. Universidad de Buenos Aires", Fallos 310:2278).

[14] CNCAF, sala V, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Dirección General Impositiva", sentencia del 26 de mayo de 1998.

[15] Dirigido a las plantas de amoníaco y urea.

[16] UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION (UNIDO), Alliances and joint ventures Patterns of internationalization for developing country enterprises, Part one, Vienna, 2006.

[17] Op. cit., p. 15.

[18] Original en Inglés en <http://www.unido.org/>.

[19] UNCTC, Features And Issues In Turnkey Contracts In Developing Countries: A Technical Paper, United Nations, New York, 1983

[20] Idem Op. cit.

[21] Resulta interesante el reporte del Comité Asesor en Cuestiones Presupuestarias y Administrativas de la ONU, presentado el 29 de abril de 2009 en la 63º sesión de la Asamblea General de la ONU, llevada a cabo en New York. Allí, el Comité informa que, siguiendo recomendaciones de la IATA (Asociación Internacional de Transporte Aéreo, siglas en inglés) y a través de experiencias favorables, se implementó la modalidad "llave en mano" para la contratación del suministro de combustible en la misiones de paz de la ONU. En dichos contratos, según relata el informe, el contratista es "responsable por la cadena completa de suministro del combustible y su operación". El reporte señala como ventajas "la menor exposición al fraude, disminución del riesgo operacional y financiero, reducción en la obligación de mantener personal de planta y recursos humanos asociados, mayor flexibilidad para ajustar el suministro en mayor o menor medida y potencialmente disminuir el costo de los servicios de suministro a lo largo del ciclo contractual". El documento en inglés puede ser consultado en www.unaudit.org.cn.

[22] En el mismo sentido se expresa la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (o UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International Trade Law) en su informe anual del año 1998 (New York, 1999). En el mismo, se dice que "El contrato se dice que es "Diseño-construcción y de llave en mano", cuando la empresa constructora asume además, la responsabilidad por el diseño de la infraestructura." Sigue diciendo el reporte que "El contrato por lo general requiere que el contratista de la construcción provea garantías de que la obra de infraestructura se operará con los estándares de rendimiento predeterminados. La responsabilidad de los contratistas de la construcción puede extenderse más allá de la fecha de finalización conforme a los términos de sus contratos o las disposiciones de la legislación aplicable".

[23] UNCTC, Features And Issues In Turnkey Contracts In Developing Countries: A Technical Paper, United Nations, New York, 1983.

[24] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL UNCTAD/GATT GINEBRA - 1994.

[25] CONCHA JARABA, Manuel, "La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras" en AA.VV., "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública", Hispalex, Sevilla, España, 2005, p. 55.

[26] Op. cit., p. 55.

[27] Op. cit., p. 58.

[28] Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. 1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio

público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

[29] Ver asimismo CHOJKIER, DUBISNKY y J.V. CASELLA en "Contrataciones del Estado", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 120 en ocasión de comentar el artículo 43 del Decreto 436/2000; la obra conjunta dirigida por el Prof. Ismael FARRANDO (h) "Contratos Administrativos", p. 74, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina, 2002; y con más detalle en GUIRIDIAN LAROSA, Javier, en su obra "Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras - Nuevas formas de gestión y de financiamiento", Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 50-59. No obstante en esta última se identifica al instituto con la realización de una obra por un precio determinado, pagadero al final de la obra, como elemento definitorio,

siguiendo en este caso la legislación española, pero no el régimen jurídico argentino que no destaca esa particularidad.

[30] ROCA, Eduardo "Alcances de la responsabilidad por ruina en los contratos llave en mano" DE, t. VII N° 75, junio, Págs. 769 y sgtes.; SPOTA, Alberto "Tratado de Locación de Obra" t. I, Págs. 32 y sgtes., Depalma, Buenos Aires, 1995; MARZORATTI, Osvaldo J., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, Págs. 276 y sgtes.)

[31] MARZORATTI, Osvaldo J., op. cit., pág. 277/278.

[32] ENCICLOPEDIA JURÍDICA CIVITAS, Voz "CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA" desarrollado por J.L.Castro, Págs. 1603 a 1605. Vol. I, Editorial Civitas. Primera Edición, 1995.

[33] ENCICLOPEDIA JURÍDICA CIVITAS, op. cit.

[34] MARZORATTI, Osvaldo J., op. cit., pág. 281.

[35] POLOTTO, Ernesto R., "Los Contratos de construcción bajo la modalidad llave en mano", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2009, pág. 104.

[36] POLOTTO, Ernesto R., op. cit., pág. 149.

[37] GARRO, Alejandro M. y ZUPPI, Alberto L., "Compraventa Internacional de Mercaderías", Ed. La Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990, Págs. 74 y sgtes.

[38] BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991, T.II, págs. 783 y 784

[39] <http://icsid.worldbank.org>. El CIADI (en inglés, ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes) es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio de Washington), con más de ciento cuarenta Estados miembros. La Convención establece el mandato del CIADI, la organización y las funciones básicas. El propósito principal del CIADI es

proporcionar medios de conciliación y arbitraje de controversias relativas a inversiones internacionales.

[40] BALBIN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo V, p. 61 y 62.

[41] Op. cit., p. 61.

[42] Y en este sentido el Artículo 2 del régimen de compras citado establece los CONTRATOS COMPRENDIDOS, destacándose que "... Se registrarán por este Reglamento los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas y concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del ESTADO NACIONAL, que celebren las entidades estatales comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial..."

[43] INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

[44] POLOTTO, Ernesto R., op. cit., pág. 161.

[45] CS, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. Provincia de Corrientes y otro", Fallos 315:158.

[46] En tal sentido el ACUERDO DE COOPERACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN MATERIA DE COMUNICACIONES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA, aprobado por la Ley 26.546, prorrogada por los Decretos 2053 y 2054 del 22 de diciembre de 2010 introduce el modelo de contrato para el desarrollo de obras ferroviarias en nuestro país, a cargo de empresas chinas seleccionadas por el Gobierno Chino, bajo la condición de su financiación a tasas razonables y justas. Conforme dicho Acuerdo, la cooperación se materializa a través del desarrollo de proyectos de infraestructura en materia de comunicaciones, la asistencia técnica conjunta de profesionales y la adquisición de maquinarias y equipos necesarios para la implementación de los proyectos de infraestructura. Estas actividades son

llevadas a cabo a través de contratos o proyectos desarrollados por instituciones públicas o privadas de ambos países.

[47] CS, "El Rincón de los Artistas SRL v. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro", Fallos 326:3700.

[48] "J.J. Chediak SA v. Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina), Fallos 319:1681.

[49] Es que en tal caso ha dicho la CSJN que "la oferta más la cláusula de reajuste constituyen el precio del trabajo, que pactado de tal forma representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional" "Marocco y Cía. SACIFICA v. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos 312:84.

[50] Desde hace unos años se plantean mecanismos de licitación basados en los ingresos acumulados, especialmente aplicados a figuras concesionales. La idea es que, una vez que el concesionario haya obtenido los ingresos acumulados que se solicitan al inicio, la concesión finalice, de tal manera que si el tráfico es superior al previsto, la concesión finalizará antes y, si el tráfico es inferior al previsto, la concesión finalizará más tarde, lo que minimiza el riesgo que asume el concesionario. La primera concesión en aplicar plazos variables fue la del Second Severn Crossing en Reino Unido, la cual estableció que la duración del contrato se encontraba vinculada a un objetivo prefijado en términos de los ingresos reales acumulados. El contrato instauró un valor de ingresos (en unidades monetarias de 1989) de tal modo que la concesión expiraría una vez alcanzado ese nivel. De manera similar, la concesión de Lusoponte en Lisboa, Portugal, que fue adjudicada en 1990, se constituyó de tal manera que finalizará al alcanzarse un tráfico acumulado igual a 2.250 millones de vehículos o, si esta cantidad no se alcanzara, en 2028. En Colombia se viene aplicando ya desde hace algunos años un mecanismo de licitación por ingreso esperado. Mediante este mecanismo, los licitadores ofertan el ingreso total acumulado que necesitan percibir a lo largo de la vida de la concesión, de modo que ésta finalizará en el momento en el que dichos ingresos acumulados se alcancen, resultando el

plazo de la concesión variable. El mecanismo de mínimo VPI fue desarrollado por Engel, Fischer y Galetovic en respuesta a una propuesta llevada a cabo por uno de los directores de la Coordinación General de Concesiones de Chile. Con este mecanismo, la concesión se adjudica al licitador que ofrezca el mínimo valor presente de los ingresos a recibir en la vida de la concesión, descontado a un tipo de interés establecido en el contrato. De tal modo que la concesión finalice cuando el valor presente de los ingresos solicitado por el ganador de la propuesta sea alcanzado. Como consecuencia de ello, si el tráfico es finalmente más alto que el esperado, la concesión finalizará antes de lo previsto, mientras que si el tráfico es más bajo, la concesión finalizará más tarde.” INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y PARTICIPACION PRIVADA: Conceptos y experiencias en América y España” pag.153 , CORPORACION ANDINA DE FOMENTO, Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. Colombia, 2010

[51] El sumario de tipos contractuales ha sido extraído de INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y PARTICIPACION PRIVADA: Conceptos y experiencias en América y España” CORPORACION ANDINA DE FOMENTO, Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. Colombia, 2010.

[52] BALBIN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo V, p. 64.

[53] “En 1996, se firmaron los cuatro primeros contratos DBFO por un monto aproximado de USD 1.000 millones (A69 Carlisle–Newcastle, M1-A1 Yorkshire Link, A1(M) Alconbury– Peterborough y A419/A417 Gloucester–Swindon). ...Con el paso del tiempo se constató que el resultado de la iniciativa fue muy satisfactorio, pues todos los proyectos consiguieron superar la fase de construcción y entrar con normalidad en la fase de plena explotación. Con posterioridad, se siguieron desarrollando proyectos DBFO. En 1998 se adjudicaron nueve contratos; posteriormente, en marzo de 2002, se sacó a concurso la autopista A249 de Stockbury a Sheerness y la autopista A1 de Darrington a Dishford. En algunas ocasiones se incluyó, junto a los trabajos propios del proyecto principal, el mantenimiento de

tramos de carretera existentes relacionados con dicho proyecto.”
INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y PARTICIPACION PRIVADA: Conceptos y experiencias en América y España” pag. 117, CORPORACION ANDINA DE FOMENTO, Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. Colombia, 2010

[54] Pluspetrol Energy S.A. y Central Térmica Güemes en calidad de comitentes, con Transener S.A., en calidad de contratista, Fallos 330:2286. Citado en BALBIN, Op. Cit., p. 65.

[55] Esto ya por ser bienes afectados a un servicio público y por ende formar parte del dominio público, o bien por ser así declarados en los pliegos o normas aplicables

[56] En una caprichosa, como es siempre la clasificación que se hace, algunos riesgos identificables son: riesgos que afectan a la inversión inicial; riesgos que afectan a los ingresos; riesgos que afectan a los costos de operación y financieros de la concesión; riesgos de mercado; riesgos de fuerza mayor o causados por circunstancias imprevisibles; riesgos políticos y legislativos; riesgos del proyecto, tales como demanda de tráfico: la determinación de cuales, en rigor de justicia el contrato llave en mano – como los demás contratos administrativos - debe ser asumido por el Contratante particular, y cuales –por excepción deben ser asumidos por el Estado contratante es una cuestión a debatir y reglar para establecer HONESTAS contraprestaciones.

[57] El diálogo competitivo consiste en que la administración podrá invitar a varios candidatos del sector privado a que planteen sus ideas en una primera fase para proyectos en los que su solución presenta una extremada complejidad. Los candidatos al diálogo competitivo serán seleccionados por la administración adjudicadora, quien, en todo caso, deberá respetar los criterios de transparencia y la objetividad en dicho proceso de selección. Con cada uno de ellos se llevará a cabo un diálogo que sirva para definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades del mejor modo posible. Tras haber decidido la solución más conveniente, la entidad adjudicadora invitará a los participantes a que presenten una oferta final basada en la

solución especificada durante la fase de diálogo. El contrato se adjudicará únicamente sobre la base de los criterios fijados, para que así la oferta adjudicataria sea la más ventajosa de acuerdo a dichos criterios. "Infraestructuras..." Op. Cit, pag. 136/137

[58] El artículo 29 de dicha directiva establece, concretamente, que la entidad concedente podrá usar el diálogo competitivo en contratos particularmente complejos, en los que el uso del procedimiento abierto o restringido no permita la adjudicación del contrato...El problema es definir lo que se entiende por contrato particularmente complejo. En este sentido, la ley española avanza algo más que la directiva comunitaria, pues considerara que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. "Infraestructuras..." Op. Cit. Pag.196

[59] CEPAL, 2010