

**Especialización en  
Administración  
Financiera y Control  
del Sector Público**



TRABAJO FINAL INTEGRADOR

**INICIATIVA PRIVADA: UNA MIRADA  
SOBRE EL RÉGIMEN DEL DECRETO  
Nº 966/2005**

Alumna: Lic. María Guillermina Domian

Tutor: Cdor. Germán Murdolo

“...cuando el Estado sabe lo que quiere y como lo quiere, llama a licitación pública; cuando sabe lo que quiere pero no como hacerlo, llama a un concurso de proyectos integrales; cuando no sabe lo que quiere ni como lo quiere, llama a presentación de iniciativas”

Fanelli Evans, Guillermo “La concesión de la obra pública” Ciencias de la Administración.

La obra pública es una de las principales herramientas que dispone el Estado para lograr el progreso conjunto de toda comunidad, ya que es un importante instrumento de política económica. “Así es como la inversión en infraestructura constituye uno de los principales medios de que dispone el sector público para promover el incremento de renta, el empleo y la productividad en una región determinada, especialmente en momentos de crisis”.<sup>1</sup>

Desencadena importantes efectos económicos, los cuales contribuyen al crecimiento sostenido de la economía y, en momentos de crisis, puede actuar como un elemento de estabilización anticíclica. Invertir en infraestructura es apostar por un área que permite una altísima rentabilidad social, que se traduce en más trabajo y más calidad de vida para la población. Es importante privilegiar la obra pública para el desarrollo de la economía.

En nuestro país surge un enorme déficit de fondos para fines de desarrollo de infraestructura. Por tal motivo, uno de los desafíos que tiene la Argentina es aumentar la inversión en obras y mejorar la eficiencia en la provisión de los servicios públicos.

---

<sup>1</sup> Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael. “Infraestructura Pública y Participación Privada. Conceptos y Experiencias en América y España. CAF

Es posible identificar a lo largo de la historia, diferentes etapas en cuanto al desarrollo de la infraestructura y su vinculación con el papel que ha tenido el Estado en relación a la economía en general y a la obra pública en particular.

El rol que el Estado debe jugar en la economía de un país, es un tema muy discutido a lo largo de la historia. El debate se basa en cuál es el equilibrio adecuado entre el sector público y el privado, cuestión que parece variar con el paso del tiempo.

A fines del siglo XVIII surgía el Estado liberal. Es aquí donde Adam Smith desempeñó un papel muy importante al popularizar la teoría económica del *laissez faire* y el libre mercado. Sostenía que leyes del mercado basadas en el juego de la oferta y la demanda eran la mano invisible que regía la economía y por ende tenía confianza absoluta en las capacidades del mercado para autorregularse. Las regulaciones sociales, desde este punto de vista, resultaban poco deseables. Esta corriente concebía que la no intervención del Estado aseguraba la igualdad de condiciones de todos los individuos, lo que permitía que se estableciera un marco de competencia justa, sin restricciones ni manipulaciones. Su función se circunscribía a ser Estado Gendarme, a ser garante externo del orden social establecido, a defender la libertad de una actividad económica autónoma de cualquier regulación política, es decir se limitaba a restablecer el orden del mercado capitalista en momento de crisis o desorden social.

Pero este modelo entró en crisis ya que el resultado del funcionamiento liberal del Estado no era el más beneficioso para todos, sino que por el contrario tendió a beneficiar básicamente a unos pocos, generalizando la pobreza y la injusticia entre las clases populares. El desigual reparto de la riqueza hizo ilusorios las ideas liberales respecto al bienestar ciudadano y la igualdad de todos los hombres.

Luego de la profunda crisis de 1929 y de la Segunda Guerra Mundial, el economista John M. Keynes, aconsejó dejar de lado el modelo descrito en los

párrafos anteriores y volcarse a un Estado de Bienestar, en donde el Estado debía intervenir activamente en la economía y la sociedad, complementando el funcionamiento del mercado y garantizando un mínimo nivel de bienestar básico para toda la sociedad. Esto se formulaba sobre la idea de que si el mercado era quien regula las relaciones socio-económicas siempre habría sectores perjudicados y la creciente riqueza de unos pocos podía llevar a un gran desequilibrio resultante en profundas crisis. Así, el Estado de Bienestar proponía la regulación de cuestiones como el empleo, la producción, el acceso a la vivienda, la educación y salud pública, etc.

En la República Argentina, en este período las obras de infraestructura eran financiadas por el tesoro público mediante impuestos y recursos obtenidos por vía de los empréstitos públicos.<sup>2</sup> La ejecución era llevada a cabo por el propio Estado o por el sector privado mediante contratos de obra pública. Podemos decir, que el país transitaba una etapa en la que el Estado contaba con capacidad de financiar su propio gasto y además con amplia capacidad de regulación.

Pero este modelo entró en crisis de financiamiento. Ante la evolución progresiva del gasto social, la disminución de la recaudación, el incremento imparable de la deuda pública estatal, y otras causas de índole económica como la hiperinflación, el Estado Argentino se vio obligado a reducir el déficit fiscal, y como consecuencia de ello abandonó su responsabilidad en materia de infraestructura.

En definitiva, el mayor problema radicaba en que la necesidad de dotar al país de infraestructura se veía limitada por la insuficiencia de recursos estatales para llevar adelante las inversiones que requieren dichas obras.

---

<sup>2</sup> Ruiz Ojeda, Alberto. "El Eurotúnel. La provisión y financiamiento de infraestructura pública en el régimen de concesión" Revista de Administración Pública N° 132.

Por estos motivos, el modelo tradicional del Estado que financiaba directamente el costo de la construcción de estas infraestructuras públicas a través de lo recaudado por impuestos o préstamos de organismos públicos internacionales, se sumergía en una profunda crisis, y con él también el clásico “contrato de obra pública”, en el cual, además de costearse la construcción con fondos del tesoro público, la relación contractual se caracteriza por el hecho de que es la Administración contratante quien paga al constructor privado a medida que la obra avanza.

La caída del Estado de Bienestar, iniciada en 1975 con la crisis del petróleo, significó, un cambio en las políticas de Estado, de muchos países en el mundo. “Este Estado de Bienestar entró en aguda crisis de financiamiento, lo que unido a una excesiva burocratización generó ineficiencias en la producción y en la asignación de recursos presupuestarios”.<sup>3</sup>

Ante ello nacería un nuevo modelo: el Estado Neoliberal. Este con una renovada concepción del rol del Estado en la sociedad, impondría importantes cambios en la realidad social. La Argentina, sin escapar a este proceso, durante la década del 90, se vio encaminada hacia una “Reforma del Estado”, llevando a redefinir el rol del sector privado y público.

Tal redefinición recogió muchas de las recomendaciones teóricas, económicas y políticas del Consenso de Washington. Este proceso de Transformación del Estado, generó políticas de desregulación de las actividades económicas, desburocratización y desestatización, privatizaciones: todo ello bajo el proceso denominado Reforma del Estado. Entre las cuestiones más promovidas por esta corriente neoliberal está la extensión de la iniciativa privada a todas las áreas de la economía unida con la reducción de la intervención del Estado al mínimo.

---

<sup>3</sup> Muñoz, Ricardo A. “La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina”. Ediciones RAP.

Este proceso transitó por la etapa denominada de primera generación orientadora de los programas dirigidos al equilibrio de las cuentas y a una mayor eficiencia en la administración de los recursos para poder concretar inversiones y auto-sustentar las diferentes políticas públicas. Y por la segunda etapa de reforma del Estado cuyo desafío fue el de cubrir los déficit preexistentes y avanzar con la ejecución de reformas estructurales. Aparecen conceptos como racionalidad, eficacia y eficiencia, creatividad y agilidad en la gestión, descentralización. Mientras las reformas de primera generación se concentraban en la reducción del Estado, las de segunda generación hacen hincapié en el cambio en el modo de intervención del mismo, promoviendo a través de su actividad de regulación el mejor funcionamiento de los mercados.

Debido al desfinanciamiento existente, es necesario implementar nuevos esquemas de colaboración público privada para el desarrollo de obras públicas, dado que como se dijo en un principio la infraestructura pública, incide no sólo en las condiciones de vida y salud de la población sino también en el crecimiento de la actividad productiva, pues no es posible un proceso de desarrollo sostenible sin inversiones en infraestructura pública.

Frente a estas restricciones aparecen varios modelos que incluyen financiamiento privado para obras de infraestructura. Nuevas formas de contratación pública, entre las que se encuentran algunas en las que el costo de construcción de la infraestructura no resulta soportado por el Estado, sino por aquellos sujetos que directamente la utilizan, asignándose de esta manera en forma más equitativa el esfuerzo económico que implica la realización de estas obras, así como otras modalidades contractuales en las que, si bien el precio es abonado con recursos públicos, no es el Estado quien carga con el costo de financiamiento de la obra durante la etapa de construcción, además de transferir al sector privado algunos de los riesgos implícitos en este tipo de contratos y asegurándose, de esta manera, la operatividad de la infraestructura de que se trate.

En este esquema contractual, el contratista privado no sólo tiene a cargo la construcción -como en el tradicional modelo del contrato de obra pública-, sino que también debe encarar la financiación de la obra, cuyo costo financiero se difiere en el tiempo por el Estado, en el caso de emprendimientos pagados directamente con fondos del tesoro público, o afrontado por aquellas personas o empresas que obtienen una directa utilidad con el uso de la obra.

Obviamente, esta asunción del financiamiento de la obra por el contratista privado suele traer como consecuencia un encarecimiento de su costo, sobre todo cuando se trata de sistemas donde el precio es pagado por los usuarios, pero esta circunstancia no alcanza para desvirtuar las múltiples ventajas que estos nuevos contratos representan.

Cabe aclarar que en el marco de estas nuevas modalidades contractuales, el Estado reasigna algunos de los poderes de dirección y control sobre la ejecución de los trabajos que tenía en el contrato de obra pública, pero conserva plenamente la potestad de planificación para el desarrollo de las obras, como gestor del interés público, además de beneficiarse con la delegación de la financiación que realiza y con la traslación de ciertos riesgos al contratista privado, en tanto paga por la infraestructura una vez que se libra al uso público, garantizándose así su adecuado funcionamiento.

Entre ellos podemos mencionar las **Concesiones**, en donde se traslada a los privados el costo y riesgo de la financiación de las obras, además de su explotación, con la autorización de percibir un precio de los usuarios a los fines de la inversión primitiva y obligándoles posteriormente a transferir al Estado la propiedad de la obra. Como señala Ruiz Ojeda, este es un “sistema horizontal, donde a cada parte implicada se le atribuyen funciones que son comunes a las otras, y todo ello está encauzado en un mismo bloque operativo. La

administración paga, gestiona y controla; el constructor construye, financia, gestiona y usa; el beneficiario paga, usa, gestiona y controla.”<sup>4</sup>

El **leasing**, que se diferencia del modelo anterior en que quien paga es el Estado por ser el único usuario. En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

Y por último el modelo mixto de financiamiento, la **Asociación Público-Privada**, por medio de la cual el sector público y el privado se vinculan para trabajar en conjunto, “apuntando al mejor aprovechamiento de los recursos públicos y a la optimización de las competencias del sector privado, asignando los riesgos a la parte que se encuentre en mejor posición para controlarlos”.<sup>5</sup> El objetivo primordial es consolidar el ingreso de capitales privados en la financiación, creación y diseño de infraestructura y servicios públicos.

En este marco nace el mecanismo de **INICIATIVA PRIVADA**, como un instrumento dentro del marco de la Reforma del Estado, para lo cual, resultó necesario establecer un régimen de alcance nacional para promover la participación privada en aquellos proyectos que no podían ser financiados exclusivamente por sus usuarios y destinados al desarrollo de infraestructura económica y social. “Se trata de habilitar normativamente la posibilidad de que un particular en lugar de aguardar a que el Estado convoque a una licitación para realizar una obra, tome la iniciativa y sea él quien proponga la contratación y sus condiciones”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Ruiz Ojeda, Alberto. “El Eurotúnel. La provisión y financiamiento de infraestructura pública en el régimen de concesión”. Revista de Administración Pública N° 132.

<sup>5</sup> Guglielminetti, A y Bensadón, P. “Algunos aspectos jurídico económicos de la asociación público privada” .Edición Administrativa.

<sup>6</sup> Botassi Carlos Alfredo. “Contratos de Administración Provincial”. Editorial Scotti 1996.

“La iniciativa privada constituye un procedimiento administrativo precontractual que configura una herramienta para elevar el porcentaje de participación privada en la administración de obras y servicios públicos”.<sup>7</sup>

Al ser “el sector privado quien identifica, concibe, diseña y propone a la administración una determinada obra a efectos de ser implementada”<sup>8</sup>, contribuye enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos, al permitir al sector privado integrar todas las fases del ciclo del proyecto (diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y explotación) y al generar una mayor competencia que fuerza a los licitadores a hacer una oferta lo más competitiva posible, lo que les obligará a buscar la manera de reducir sus costos al máximo.

Consideramos que la iniciativa privada constituye una herramienta de gobierno importante para lograr el avance en materia de infraestructura necesaria para el desarrollo de la economía en su conjunto. Sin embargo creemos que el mismo no se encuentra exento de riesgos, que es necesario evaluar, así como cuestiones que son imprescindibles de considerar como la necesidad de un marco normativo adecuado, de mantener un alto nivel de transparencia, de procesos administrativos eficientes y eficaces, etc.

---

<sup>7</sup> Botassi Carlos Alfredo. “Contratos de Administración Provincial”. Editorial Scotti 1996.

<sup>8</sup> REI en Infraestructura y Transporte.

## Antecedentes Nacionales

### **Ley de Concesiones de Obras Públicas N° 17.520**

El instrumento de la iniciativa privada aparece por primera vez en el marco de la Ley Nacional N° 17.520 de Concesiones de Obras Públicas, promulgada el 7 de noviembre de 1967.

Ya en la exposición de motivos de la mencionada ley, describe el objetivo que llevó en el año 2005 a crear el Régimen Nacional de Iniciativa Privada. En este sentido, establece que “la experiencia en otros países ha demostrado que una legislación adecuada que despierte en la iniciativa privada, con las garantías e incentivos necesarios, el interés por la inversión en obras públicas, ha permitido resolver problemas cuya solución, de otra manera, hubiera requerido muchos años y un gran esfuerzo estatal”.<sup>9</sup>

### **Ley de Reforma del Estado Nacional N° 23.696**

La Ley de Reforma del Estado Nacional N° 23.696, promulgada el 17 de agosto de 1989, autoriza el otorgamiento de concesiones para la explotación de obras ya existentes con la finalidad de que el concesionario obtenga los fondos necesarios para la construcción o conservación de otras obras vinculadas física o técnicamente con aquellas. A la vez, reforma la Ley N° 17.520, introduciendo en el derecho argentino la figura de Iniciativa Privada, a través del artículo 58°, que se cita a continuación:

Incorporase como párrafo segundo del artículo 1° de la Ley N° 17.520, el siguiente: "Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación

---

<sup>9</sup> Ley 17.520 Concesiones de Obra Pública.

física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario”.<sup>10</sup>

Es importante notar que la figura introducida sólo era válida exclusivamente para el caso de los contratos de concesión de obra pública.

La Ley de referencia, establece cuales son los procedimientos mediante los cuales se otorgan estas concesiones. El artículo 4º define estos últimos:

- a) Por licitación pública
- b) Por contratación directa con entes públicos o con sociedades de capital estatal
- c) Por contratación con sociedades privadas o mixtas.

En el inciso c), la norma incorpora la posibilidad de presentar iniciativas privadas que identifiquen el objeto por contratar y sus lineamientos generales. Las tratativas preliminares entre el privado y la entidad pública concedente, se llevarán a cabo hasta fijar las bases principales de la futura concesión. Así se establece un sistema de negociación directa entre el privado y el organismo público, en el cual el privado propone la realización de la obra incluyendo las bases para el llamado a la licitación y el ente público determina llamar a licitación pública o concurso de proyectos integrales. En el último caso convocará a la presentación de los mismos mediante anuncios en el Boletín Oficial y en dos diarios de principal circulación a nivel nacional por el término de cinco días. Dichos anuncios deberán explicitar la síntesis de la iniciativa privada, fijar las condiciones de la presentación de la oferta y de la apertura de las mismas. El término entre la última publicación de los anuncios y la fecha de presentación de ofertas será de treinta (30) días corridos como mínimo y noventa (90) días corridos como máximo, salvo supuestos de excepción debidamente ponderados por el ministro competente en los que se podrá extender el plazo máximo.

---

<sup>10</sup> Ley 23.696 Reforma del Estado

Si no se presentaran mejores ofertas, el contrato podrá celebrarse directamente con la persona o entidad privada que inició las tratativas preliminares. Para el caso del concurso de proyectos integrales, si se presentaran ofertas mejores, a juicio exclusivo del Estado, el autor de la iniciativa y el de la oferta más conveniente podrán mejorar sus respectivas propuestas en una especie de segunda vuelta o desempate. Esta norma introduce una garantía para el autor de la propuesta dentro del marco del proceso del concurso de proyectos integrales al permitir mejorar su oferta.

En este sentido Agustín Gordillo dice que “Así como el autor de la iniciativa queda inicialmente desprotegido al permitirse a los terceros mejorar su oferta e iniciativa conocida, queda luego equilibrado frente a tales terceros con el equivalente derecho que se le reconoce de superar a su vez la mejor oferta que aquellos presenten, y el derecho de preferencia de ser el adjudicatario en caso de razonable equivalencia de las ofertas mejoradas”.<sup>11</sup> Sin embargo creemos que ese derecho de mejorar la oferta sólo se da en el caso de concurso de proyectos integrales, quedando el autor de la iniciativa desprotegido en el caso de que se optara como procedimiento de selección del contratista la licitación pública.

Finalmente podemos decir que con la ley de concesiones públicas y sus modificatorias, se habilita normativamente la posibilidad de que un particular en lugar de esperar a que el Estado convoque a una licitación para contratar una concesión, tome la iniciativa y sea él quien proponga la contratación y sus condiciones. Como sostiene Carlos Botassi, “este mecanismo tiende a facilitar la privatización de obras y servicios públicos y responde a la política de transformación del Estado.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Gordillo Agustín. “Después de la Reforma del Estado”. Fundación Derecho Administrativo.

<sup>12</sup> Botassi Carlos Alfredo. “Contratos de Administración Provincial”. Editorial Scotti 1996.

## **Decreto Reglamentario Nº 1.105/1989**

El Decreto Nº 1.105 del año 1989, reglamentó la Ley Nº 23.696 determinando algunas cuestiones pertinentes a la iniciativa privada. Estableció, en el Artículo 58 inciso e) que la calificación de interés público y la opción sobre el procedimiento de selección serían resueltas en un solo acto por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos; quien sería la Autoridad de Aplicación. Asimismo establece en el inciso f) el requisito de una garantía: toda iniciativa deberá anexar una garantía de mantenimiento en la forma prevista por la Ley Nº 17.804 (Régimen Seguro de Caución para obras públicas) o fianza bancaria, que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) del monto de la obra. Esta garantía será ejecutable en caso de no presentación de la oferta. Si al efectuar posteriormente la oferta la garantía resultare inferior al porcentual precedentemente estipulado, con una tolerancia de hasta un treinta por ciento (30%), el oferente no será considerado autor de la iniciativa. Además la garantía de mantenimiento de la iniciativa podrá convertirse en garantía de oferta en caso de llamarse a licitación o a concurso.

Respecto al derecho de preferencia a favor del autor de la iniciativa es aplicable ya sea para el procedimiento de licitación pública como para el concurso de proyectos integrales, ya que en caso de existir equivalencia entre las ofertas será preferida la perteneciente al iniciador en ambos casos.

Respecto al derecho de segunda vuelta difiere su tratamiento dependiendo del tipo de procedimiento elegido para otorgar la concesión. Para el caso de concurso de proyectos integrales, si otra oferta es más conveniente que la del autor de la iniciativa, se realizará un balotaje entre estos dos, otorgándoles la oportunidad de mejorar sus ofertas. Si la propuesta del no iniciador siguiera siendo más conveniente, será el ganador del concurso. Si hubiese igualdad de conveniencia, el vencedor será el autor de la iniciativa. Otro será el caso en el procedimiento de licitación pública. Aquí no existe la posibilidad del balotaje, por lo que no podrá mejorar su oferta.

Otro aspecto importante que destacar de este Decreto, es que extendió el alcance de este instrumento, al preverse la aplicación del régimen de concesiones de obra pública a las concesiones de uso y servicio público que no tuvieran por objeto principal la ejecución de obras nuevas o de mantenimiento, reparación y ampliación.

### **Decreto N° 635/1997**

El Decreto N° 635 dictado el 11 de julio de 1997 agrega aspectos tendientes a reglamentar la presentación de iniciativas privadas, debido a que el régimen no venía logrando los objetivos planteados dado el alto costo que suponían los estudios de factibilidad e ingeniería y los escasos mecanismos de protección de los derechos del autor de la iniciativa. Desdobla el procedimiento en dos fases, siendo la primera la pertinente al desarrollo del estudio de factibilidad del proyecto, y la segunda para la ejecución de las obras. Esto permitía otorgar un resguardo mayor al iniciador.

En la primera fase deberá presentar los estudios de factibilidad técnico económicos del proyecto, que deberán ser aprobados por la Administración con las modificaciones que considere necesarias. El iniciador tendrá derecho a redeterminar el costo estimado y en caso de existir una variación en más o en menos de un veinte por ciento (20%) de la propuesta inicial, a retirar la iniciativa sin penalidades. Asimismo fijará los costos máximos eventualmente reembolsables y establecerá un honorario contingente máximo. El proponente deberá realizar y presentar los estudios y acreditar los gastos incurridos en los mismos. Luego la Administración tendrá ciento veinte (120) días de plazo para aceptarlo o desestimarlos, decisión que podrá tomarse discrecionalmente. Si el Poder Ejecutivo rechazare la propuesta, el autor perderá sus derechos (no recibirá compensación por gastos ni honorarios) y se ejecutará la garantía de mantenimiento de la propuesta.

Si el proyecto fuese aceptado, se declara de interés público, reconociendo al proponente como autor de la iniciativa. Asimismo, y en el mismo acto puede la Administración convocar a una licitación pública, dando comienzo a la segunda fase de ejecución y concesión de la obra. Si las ofertas fueran de

equivalente conveniencia, será preferida la de quien presentó la iniciativa. Para el caso de no resultar adjudicatario, tendrá derecho no obstante a percibir de quien resulte adjudicatario los costos máximos reembolsados y el honorario contingente conforme escala prevista en la norma, pero de ningún modo representará gasto alguno para el Estado. Una vez percibido no tendrá posibilidad de reclamo derivado de la autoría de la iniciativa.

En caso de que la licitación se declare desierta o el llamado fuera dejado sin efecto, el autor de la iniciativa conservará los derechos por el plazo máximo de dos años a partir del primer llamado, siempre que el nuevo llamado se realice utilizando los mismos estudios y el mismo proyecto.

#### **Decreto de Contrataciones Nacionales N° 436/2000**

También en el Decreto N° 436/2000 referido a la Reglamentación para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional, aparece en el artículo 37° el instrumento de la iniciativa privada como una de las posibles modalidades de contratación. Luego es desarrollado en el artículo 40°, que se cita a continuación:

“CON INICIATIVA PRIVADA. Las personas físicas o jurídicas podrán presentar iniciativas al ESTADO NACIONAL para la realización de los contratos comprendidos en el Artículo 2° del presente Reglamento. Tales iniciativas deberán ser novedosas u originales o implicar una innovación tecnológica o científica, y deberán contener los lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así como la aptitud suficiente para demostrar la viabilidad jurídica, técnica y económica del proyecto.

Si la oferta más conveniente fuera la del autor de la iniciativa, se adjudicará a éste, conforme con el procedimiento previsto en los artículos 132° y 133° del Reglamento.

Sólo procederá la modalidad encuadrada en este Artículo cuando se realice mediante el procedimiento de selección de licitación pública.”<sup>13</sup>

Con este Decreto se amplía el ámbito de aplicación de la iniciativa privada, ya que el mismo dispone la aplicación obligatoria de sus disposiciones a todos los procedimientos de contratación en los que sean parte los organismos de la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados. Los organismos del sistema bancario oficial, lo aplicarán en tanto no se oponga a sus respectivas cartas orgánicas.

Los Artículos 132° y 133° se refieren a la contratación con iniciativa privada, básicamente al procedimiento mediante el cual se contrata.

“ARTÍCULO 132°. — DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO. La iniciativa deberá ser declarada de interés público por la más alta autoridad de la jurisdicción o entidad, previo dictamen técnico. Efectuada esta declaración, la iniciativa será tomada como base para la selección de ofertas de acuerdo con el procedimiento de licitación pública.

La declaración de interés público de la iniciativa no generará obligaciones a cargo del ESTADO NACIONAL, quien en ningún caso estará obligado a reembolsar gastos ni honorarios al autor del proyecto por su calidad de tal.”

“ARTÍCULO 133°. — DERECHO DEL AUTOR DE LA INICIATIVA. Si la oferta más conveniente fuera la del autor de la iniciativa, se adjudicará a éste.

---

<sup>13</sup> Decreto 436/2000 Reglamentación para la Adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado.

En caso de existir una oferta más conveniente, se convocará al oferente de la misma y al oferente autor de la iniciativa para que mejoren sus respectivas propuestas. En los casos en que, recibidas dichas mejoras, las ofertas fueran de conveniencia equivalente, será preferida la del autor de la iniciativa.”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Decreto 436/2000 Reglamentación para la Adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado.

## **Decreto N° 966/05 Régimen Nacional de Iniciativa Privada**

El Decreto N° 966/05 instala el Régimen de Iniciativa Privada a nivel Nacional. Es un instrumento de gestión que implementa un procedimiento ágil para identificar y evaluar proyectos de inversión con interés público. Las iniciativas privadas son evaluadas desde una perspectiva social a fin de determinar el interés público comprometido, verificando su factibilidad técnica, económica y financiera, y estableciendo la fortaleza del proyecto de inversión que garantice su sustentabilidad.

- *Presentación espontánea de un proyecto por parte de un particular al Estado.*

El régimen otorga a los individuos la facultad de identificar prioridades y proponer ideas suficientemente estudiadas de infraestructura o servicios públicos, que siendo de interés empresarial del proponente también compartan la viabilidad pública, es decir que sea un proyecto socialmente rentable, sostenible y concordante con las políticas y lineamientos del Estado.

Esta es una de las principales diferencias respecto a los regímenes enunciados con anterioridad, como el Régimen para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura o el Régimen de Asociación Público Privada, ya que en aquellos es la Administración la que convoca a los particulares a la presentación de iniciativas privadas.

Para atraer a los participantes privados se requiere un marco jurídico, que resguarde la iniciativa, otorgue cierta privacidad a la información y brinde una ventaja comparativa frente a otros posibles inversores para la concreción del negocio que se propone.

El proyecto ingresa a la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas CEDIP a efectos de verificar los requisitos de admisibilidad de la propuesta.

- Requisitos de admisibilidad de la propuesta

La norma, en el Anexo I, artículo 2° establece los requisitos que como mínimos debe tener la presentación de la iniciativa privada.

a) Identificación del proyecto y su naturaleza: con este tema existe cierta controversia ya que implica la existencia de un conflicto entre la necesidad de que la Administración cuente con la mayor cantidad de información posible a efectos de conocer y poder estudiar la iniciativa y de esta forma poder determinar su calidad de interés público, y la protección de los derechos del autor de la iniciativa.

Fanelli Evans, señala que “no debe exigirse al particular la revelación de datos que hacen al derecho de propiedad hasta la oportunidad en que toda eventual competencia, en un mismo momento lo revela; es decir hasta el momento en que formule la oferta en la etapa de selección del contratista”.<sup>15</sup>

Creemos que esto no implica que la Administración sólo deba exigir poca información sobre las características de la propuesta, sino que debe exigir lo que le permita determinar la factibilidad jurídica, económica y técnica, sin comprometer el principio de igualdad.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su formulario de preguntas frecuentes desarrolla los tópicos a considerar dentro del citado requisito. Los mismos son:

1. Objetivos y metas del proyecto: objetivo del proyecto; metas del proyecto o resultados esperados; beneficios y beneficiarios.
2. Marco de Referencia: área de referencia y de influencia.
3. Localización: disponibilidad y propiedad del terreno; expropiaciones; condiciones físicas-geográficas; accesibilidad; disponibilidad de recursos, de infraestructura y servicios básicos.

---

<sup>15</sup> Fanelli Evans, Guillermo. “La Concesión de la obra Pública. La Reforma del Estado”. Ciencias de la Administración.

4. Cualquier otra información complementaria que se considere apropiada para la comprensión integral del proyecto.

Según señala Mertehikian, comentando el régimen de concesiones de obras públicas instaurado por la Ley N° 17.520, “no es posible desarrollar un catálogo único e invariable de aspectos que la presentación debe contener, por cuanto el grado de especificidad que resulte necesario variará en función de la complejidad del objeto y la naturaleza de la concesión propuesta así como el mayor o menor grado de conocimiento o experiencia que tanto la Administración como los particulares hayan adquirido en la materia contenida en la iniciativa”.<sup>16</sup>

b) Las bases de su factibilidad económica y técnica: en lo que respecta a lo económico, se pretende saber si la iniciativa es rentable o no y por ende si merecerá o no subsidios implícitos o explícitos, sin que ello implique la revelación de datos pertinentes al momento de la apertura de los sobres de oferta. En lo relativo a la factibilidad técnica deberá otorgar los lineamientos técnicos de su iniciativa con el mayor grado posible de detalle, aunque sin vulnerar secretos, a fin de demostrar que conoce el objetivo, los medios y los procedimientos para llevarlo adelante.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su formulario de preguntas frecuentes desarrolla los tópicos a considerar dentro del citado requisito. Los mismos son:

a. Análisis de las bases de la oferta y la demanda: identificación de la demanda, análisis de la oferta; grado de cobertura de la oferta actual y proyectada.

b. Evaluación económica: vida útil del proyecto; los costos y los beneficios de la inversión; los precios, beneficio social y costos no valorados, costos operativos y de mantenimiento; el flujo de fondos y el horizonte temporal; rentabilidad del proyecto, criterios de decisión.

---

<sup>16</sup> Mertehikian, Eduardo. “La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos”. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

- c. Evaluación ambiental del proyecto: declaración jurada del iniciador en la que manifieste si las obras o actividades afectaran el ambiente; declaración jurada del iniciador catalogando la obra; caracterización del proyecto; evaluación de impactos; la información que deberá ser suscripta por el iniciador y responsable técnico matriculado, con carácter de declaración jurada.
- d. Descripción técnica del proyecto: memoria descriptiva y técnica; estudios básicos; cómputo y presupuesto; plan de trabajos y curva de inversiones; tecnología, especificaciones técnicas, planos generales; modelos y gastos en ingeniería, administración, operación y mantenimiento.
- e. Anteproyecto de ingeniería: ingeniería preliminar de los procesos productivos, maquinarias y equipos empleados, de las construcciones, civiles, de obras instalaciones, procesos y equipos auxiliares de manufactura; de los caminos de acceso e interiores, y playas de maniobras y estacionamientos; organización técnica del proyecto.

Otra vez aparece el conflicto de intereses entre la Administración, “que sujeta al principio de legalidad debe poseer la mayor y mejor información respecto de la iniciativa que a su consideración se somete y la protección de los derechos del autor de la misma”, vinculado esto último con los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia, los cuales deben ser garantizados por la propia Administración.<sup>17</sup>

c) Monto estimado de la inversión

d) Los Antecedentes completos del autor de la iniciativa: la normativa solicita los antecedentes del iniciador, pero no especifica quienes pueden presentarse ni los requisitos que debe reunir.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su formulario de preguntas frecuentes desarrolla los tópicos a considerar dentro del citado requisito. Los mismos son:

---

<sup>17</sup> Mertehikian, Eduardo. “La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos”. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

Aspectos legales e institucionales: marco legal; antecedentes institucionales; antecedentes sobre capacidad técnica y económica; antecedentes de obras.

e) La fuente de recursos y de financiamiento, el cual deberá ser privado: al exigir que el proyecto sea sustentado económicamente con fondos privados exclusivamente condiciona la factibilidad económica, ya que se excluye del ámbito de aplicación del Régimen de Iniciativa Privada al clásico contrato de obra pública con sustento en la Ley N° 13.064, al ser éste financiado y ejecutado exclusivamente con fondos provenientes del Tesoro de la Nación.

Este requisito es el que diferencia al régimen del dispuesto por el Decreto N° 967/2005 de Asociación Público Privada y del de Concesiones de Obra Pública, ya que ambos contemplan la posibilidad de aportes del Estado.

El Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su formulario de preguntas frecuentes desarrolla los tópicos a considerar dentro del citado requisito. Los mismos son:

1. Identificación de las fuentes: recursos propios y de terceros.
2. Estructura de financiamiento
3. Proyecciones
4. cualquier otra información complementaria que se considere apropiada para la comprensión integral del proyecto.

La Administración no debería exigir del iniciador información que debe estar contenida en la futura oferta, como puede ser el “flujo de fondos” o cash flow de la inversión, ya que eso importaría una gran desventaja para el iniciador de la propuesta frente a sus competidores.

f) Garantía de mantenimiento de la Iniciativa. Otro de los requisitos referido a la viabilidad formal y establecido en el Anexo I del Decreto N° 966/2005 artículo 3° es la inclusión de una garantía de mantenimiento de oferta en la forma prevista por la Ley N° 17.804 o mediante fianza bancaria. La norma establece una escala que varía según la inversión prevista, entendida esta última como el valor total de la obra o servicio.

Inversión prevista	Monto de la garantía
a) Hasta pesos un millón (\$ 1.000.000)	Pesos cinco mil (\$ 5.000)
b) Hasta pesos cinco millones (\$ 5.000.000)	Pesos veinticinco mil (\$ 25.000)
c) Hasta pesos veinticinco millones (\$ 25.000.000)	Pesos ciento veinticinco mil (\$ 125.000)
d) Hasta pesos ciento veinticinco millones (\$125.000.000)	Pesos seiscientos veinticinco mil (\$ 625.000)
e) Hasta pesos seiscientos veinticinco millones (\$ 625.000.000)	Pesos tres millones ciento veinticinco mil (\$3.125.000)
f) Más de pesos seiscientos veinticinco millones (\$ 625.000.000)	Cero punto seis por ciento (0.6%) de la inversión prevista.

En caso de que una vez que el proyecto hubiese sido declarado de interés público, el autor desista de su proyecto y/o no presente la oferta, la garantía será ejecutable sin necesidad de requerimiento alguno. Esto encuentra justificación en el perjuicio que se le causa a la Administración por los gastos incurridos y a la comunidad por verse frustrada de una obra de interés público.

Debemos tener en cuenta que estos son los requisitos mínimos que la normativa establece para admitir un proyecto de iniciativa, por lo que se infiere que la Administración podrá establecer otros que considere pertinentes.

Es del caso señalar, la necesidad de que la propuesta sea completa y clara, teniendo siempre en mira que será la que a fin de cuentas configure el contenido de la iniciativa privada, incluso en una mayor medida que el pliego de bases y condiciones que se elaborará sobre la base de aquélla, o bien de las bases sobre las cuales se llame a concurso de proyectos integrales, en su caso.

Queremos resaltar en cuanto a la información que se debe incluir al momento de presentar una iniciativa privada, que no debe incluir los aspectos

confidenciales o secretos de la propuesta que cada empresa se reserva para no alterar su ventaja competitiva respecto de otros oferentes. De otro modo, se estaría haciendo entrega de información sensible sobre la propia oferta a eventuales competidores, perjudicando así su situación frente a una posible licitación.

Se ha sostenido también que “determinar en forma taxativa qué debe contener una iniciativa como requisitos de presentación para ser admitida como tal, es como tratar de determinar de antemano un punto de equilibrio entre la puja de la Administración por conocer más detalles de las presentaciones con el sector privado al intentar no desnudar estrategias que podrían comprometerlo al tiempo de un llamado a licitación”.<sup>18</sup>

- La declaración de interés público

El Decreto N° 966/2005 establece en el artículo 5° del Anexo I que para la viabilidad de la iniciativa privada y su inclusión dentro del régimen en estudio, la misma deberá ser declarada de interés público por el Poder Ejecutivo.

En ese sentido Eduardo Mertehikian sostiene que “cuando se establece que una determinada actividad es de interés público, dicha actividad se incorpora a la esfera de competencia estatal. Ahora bien, por aplicación del principio de subsidiariedad que caracteriza al bien común, el Estado determina que dicha actividad sea prestada por particulares. Es decir, transfiere a un sujeto privado su gestión, su ejercicio, pero no pierde su titularidad”.<sup>19</sup>

“Así cuando un particular formula una iniciativa a la Administración, ésta practica una valoración de la idea contenida en ella a la luz de la necesidad de satisfacer el interés general. La decisión que recaiga estará fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, e importará precisamente, la

---

<sup>18</sup> De Goycochea, Juan Carlos. “Iniciativa privada.” Concurso integral de proyectos, Advocatus, Córdoba.

<sup>19</sup> Mertehikian Eduardo. “La Iniciativa Privada en la concesión de obra y servicios públicos”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

incorporación de la misma a la esfera de competencia estatal, definiendo al mismo tiempo que tal actividad sea desarrollada por los particulares. De aquí se desprende que tal declaración tiene un doble contenido relativo, por una parte al objeto de la propuesta privada (que satisface el interés general) y al modo de llevarlo adelante (la actividad de los particulares para su prestación)".<sup>20</sup>

Podemos agregar que dicha declaración incluye un innegable contenido económico para el autor de la iniciativa, ya que como escribimos más arriba, implica la transferencia al privado de la gestión de la propuesta pero una vez producida pasará a ser parte del patrimonio del oferente.

La declaración de interés público constituye una facultad discrecional de la Administración ya que la norma no aporta parámetros objetivos que permitan realizar el análisis acerca de si existe o no interés público en la iniciativa propuesta. En el Decreto N° 966/2005 no surge en base a que parámetros objetivos y predeterminados se procederá a la evaluación del proyecto para determinar si existe o no interés público.

- Modalidad de selección

El artículo 6° reglamenta los pasos a seguir a partir de la declaración de interés público de una propuesta y su inclusión en el régimen de iniciativa privada. A tal efecto, dispone que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios determinará la modalidad de contratación, debiendo optar entre la licitación pública o el concurso de proyectos integrales.

Corresponde señalar que la "licitación" es un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública, que se realiza sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera. El procedimiento tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio o condiciones más convenientes para el Estado.

---

<sup>20</sup> Mertehikian Eduardo. "La Iniciativa Privada en la concesión de obra y servicios públicos". Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Por “licitación pública”, en cambio, debe entenderse aquella donde el número de oferentes no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ella todas las personas o entidades que, de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate.

Para el caso de que se opte por la licitación pública, el mencionado Ministerio elaborará el pliego de bases y condiciones y demás documentación respectiva, conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de iniciativa privada y convocará a licitación pública dentro del plazo de sesenta (60) días desde la fecha que dispone la implementación del procedimiento de licitación. Es decir, la administración proporciona el proyecto muy avanzado y el concursante se limita a proponer pequeñas variaciones y a plantear una oferta económica de acuerdo con las bases de licitación correspondientes. Entre sus ventajas se encuentra el hecho de que es un proceso de selección mucho más objetivo, ya que todos los concursantes parten prácticamente del mismo proyecto con la consiguiente transparencia en la adjudicación. Reduce los costos de presentación de las ofertas al ser la administración la que se encarga de realizar los trabajos iniciales. Sin embargo es difícil que los licitadores asuman un compromiso serio sobre un proyecto que no han llevado a cabo y se pierden las ventajas de innovación privada para incrementar la eficiencia.

A través del concurso de proyectos integrales también puede seleccionarse al cocontratante de la Administración. Básicamente, en el caso de estos concursos se opera una verdadera transferencia a los particulares de actividades que son de naturaleza materialmente administrativa, dado que serán ellos quienes elaboren los respectivos proyectos y no la Administración.

En este caso, ya no es la Administración quien define las reglas y cualidades que la obra o el servicio han de tener, sino que serán los eventuales oferentes los que elaboren el modelo de obra o servicio que pretenden encarar en forma integral, es decir, desde los puntos de vista técnico, económico, financiero y jurídico. La administración define una necesidad determinada,

dejándole al licitador la responsabilidad de definir la solución que crea más adecuada en función de la cual deberá plantear su oferta económica.

Al permitir al oferente adaptar el proyecto a sus características y a tener una visión más global de todo el servicio puede derivar en una reducción de costos y por ende en un incremento de la eficiencia técnica. La dificultad de este procedimiento es que se trata de comparar ofertas disímiles, con lo cual está más expuesto al subjetivismo. Este sistema de selección apunta básicamente a valorar las cualidades de la propuesta, más que el precio ofrecido para la implementación de un proyecto determinado; por ello es necesario que se establezca previamente los lineamientos sobre los cuales se ha de evaluar el proyecto, ya que no se tratará exclusivamente de una comparación numérica.

Una posible solución es el sistema de evaluación sobre la base de una fórmula polinómica, en la que se asigne previamente a cada uno de los aspectos de la propuesta una determinada puntuación sobre la total posible. Para ello es necesario establecer con claridad las bases para la fórmula polinómica en sujeción a la cual se calificará cada aspecto de la propuesta (económico, técnico, financiero, jurídico).

Si se opta por el concurso de proyectos integrales, el iniciador de la propuesta deberá presentar los términos de referencia de los estudios, su plazo de ejecución y presentación, y el costo estimado de su realización, dentro del término de treinta (30) días. Vencido éste, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios llamará a concurso de proyectos integrales en el plazo de treinta (30) días más.

Se ha sostenido que la opción entre uno u otro procedimiento es una facultad discrecional de la Administración y que una vez tomada la decisión se confiere ya un derecho de carácter reglado al autor de la iniciativa, sin posibilidad de modificarlo.

Coincidimos en la estabilidad del derecho adquirido, pero no creemos que sea totalmente discrecional optar entre los procedimientos de selección.

Tanto Gordillo como Fanelli Evans sostienen que debe preferirse el concurso de proyectos a la licitación pública, ya que esta última es menos rica en cuanto a ideas y requiere mayor esfuerzo del Estado en la formulación de estudios, proyectos, pliegos.<sup>21</sup>

Sin embargo en concordancia con el pensamiento de Muñoz creemos que la elección del tipo de procedimiento depende de un hecho concreto. En este sentido, “si la Administración interpreta que la plena satisfacción del interés público, estará condicionada a que se disponga de manera unilateral y uniforme reglas o especificaciones técnicas, económicas y jurídicas, respecto de los cuales los participantes no podrán apartarse sin que sus ofertas fueran declaradas inadmisibles, el procedimiento más adecuado será el de licitación pública. En cambio, si la administración entendiese que por las características intrínsecas del proyecto, el concedente debe definir la menor cantidad de variables, librando a los oferentes la estipulación de las cuestiones relativas al proyecto, entonces la modalidad que corresponde es el concurso de proyectos integrales”.<sup>22</sup>

- Ámbito de aplicación

De acuerdo al Decreto N° 966/2005 el Régimen Nacional de Iniciativa Privada está orientado a proyectos de infraestructura, tales como obras públicas, servicios públicos, concesión de obras públicas, licencias y cualquier otra modalidad desarrollada mediante los sistemas de contratación regulados

---

<sup>21</sup> Fanelli Evans, Guillermo. “La Concesión de la obra Pública. La Reforma del Estado”. Ciencias de la Administración.

Gordillo Agustín. “Después de la Reforma del Estado”. Fundación Derecho Administrativo.

<sup>22</sup> Muñoz, Ricardo A. “La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina”. Ediciones RAP.

por las leyes N° 13.064 (Ley Nacional de Obras Públicas), N° 17.520 (Ley de Concesión de Obra Pública) y N° 23.696 (Ley de Reforma del Estado).<sup>23</sup>

- Comisión de evaluación y desarrollo de iniciativas privadas

El Decreto N° 966/2005 en su artículo 4° instruye al Ministerio de Economía y Producción y al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para que por medio de una resolución conjunta procedan a integrar con carácter ad-hoc la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas CEDIP. Dicha comisión es la encargada de recibir y evaluar los proyectos de iniciativa privada presentados por los interesados. Aclara que cuando en razón de la materia, la presentación del proyecto excediera el ámbito de actuación de las jurisdicciones antes mencionadas, se convocará para ser parte de dicha Comisión al Ministerio o jurisdicción que resulte competente. La norma también determina que la misma no implicará erogación presupuestaria alguna.

Así, se dictó la Resolución conjunta N° 526/2005 del MEP y la Resolución conjunta N° 1231/2005 del MPFIPyS, que en su artículo 3° faculta a la Comisión a dictar los actos administrativos que resultan conducentes a efectos de dar cumplimiento a sus funciones y en el artículo 4° sostiene que la asignación de funciones no debe ocasionar erogación presupuestaria adicional alguna para el Estado Nacional.

Dentro del procedimiento que se debe llevar a cabo para la presentación de la iniciativa privada, la CEDIP interviene en varias instancias. En un primer momento, recibe el proyecto y lo analiza a los efectos de verificar los requisitos de admisibilidad de la propuesta establecidos en los artículos 2° y 3° del Anexo. Si se cumplen los requerimientos, la CEDIP requiere al organismo competente la evaluación de la presentación efectuada, debiendo enviar a la comisión un informe circunstanciado en el plazo de treinta (30) días, prorrogable por otros treinta (30) días a criterio de la comisión, si la complejidad del proyecto lo exigiese.

---

<sup>23</sup> Decreto 966/2005

Recibido el informe cuenta de sesenta días para dictaminar sobre el interés público comprometido, elevando al Poder Ejecutivo Nacional un informe circunstanciado sobre la elegibilidad de la propuesta.

Finalmente es el Ejecutivo el que decide la calificación de interés público y la inclusión en el régimen de iniciativa privada; esto está reflejado en el artículo 5°, segundo párrafo del Anexo, que señala "...el Poder Ejecutivo Nacional decidirá la calificación de interés público y la inclusión en el Régimen de Iniciativa Privada de la propuesta".<sup>24</sup> Con esto podríamos inferir que la competencia de la Comisión de evaluación de las iniciativas privadas es sólo de carácter consultivo, ya que el que finalmente toma la decisión sobre el interés público es el Ejecutivo.

Pero no se puede ser tan taxativo en cuanto al carácter de sus competencias, ya que adicionalmente es competencia de la Comisión desestimar la propuesta en un plazo de treinta (30) días prorrogable en igual plazo, si la complejidad del proyecto lo exigiese. Por lo que se puede notar que la Comisión está facultada para desestimar la propuesta; teniendo en este momento facultades resolutivas más que consultivas. Así queda demostrado que existen ciertas inconsistencias legislativas.

Cabe resaltar que la Administración se encuentra obligada a expedirse sobre la presentación, es decir, a declararla de interés público y proceder, en consecuencia, o bien, a desestimarla, en ambos casos, a través del dictado de un acto administrativo suficientemente motivado en su causa y finalidad. La facultad de optar entre efectuar la declaración o desestimar el proyecto es, en principio, de naturaleza discrecional.

- *Prerrogativas al iniciador*

La idea de fondo de estos mecanismos se fundamenta en incentivar al sector privado, mediante un premio por la idea de llevar a cabo propuestas que puedan tener un determinado interés para la sociedad.

---

<sup>24</sup> Decreto 966/2005. Anexo I.

La dinámica de las iniciativas privadas internacionalmente ha fluctuado en regular los diferentes mecanismos de otorgamiento de incentivos para el titular de la iniciativa.

Uno de ellos es el sistema de bonos, según el cual el iniciador tiene un premio en la calificación de su propuesta en caso de concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto ya que se le asigna un puntaje, generalmente expresado en porcentaje, superior a sus competidores por el hecho de ser titular del proyecto o se le otorga el beneficio de ser elegido siempre que su propuesta no sea superada en un porcentaje estipulado.

Otro sistema es el conocido como Swiss Challenge o derecho a igualar, un proceso abierto y competitivo de selección que asegura la más amplia participación de las empresas interesadas, en procura de que se obtengan las mejores condiciones factibles. Implica, en resumen, que el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta.

Otros países utilizan como incentivo el reconocimiento de los gastos en los que ha incurrido el titular de la iniciativa, estableciendo la administración, determinados toques.

Analizaremos en el marco del Decreto N° 966/05 cuales son los privilegios o las exenciones que se le conceden al autor de la iniciativa.

#### I. Derechos del iniciador ante el rechazo de su propuesta

El artículo 7° establece que, en caso de desestimarse el proyecto, es decir que no fuese declarado de interés público, cualquiera fuere la causa, el autor de la iniciativa no tendrá derecho a percibir del Estado ningún tipo de compensación por gastos, honorarios u otros conceptos.

El ordenamiento jurídico le niega al proponente cualquier tipo de resarcimiento por los daños y compensación por los gastos originados por su presentación. El particular, al proponer un proyecto de iniciativa privada, acepta participar en un procedimiento en donde el organismo no está obligado a declarar la utilidad pública del proyecto y por lo tanto tampoco está obligado a

reintegrar gasto alguno por este motivo. El proponente asume el riesgo económico en el caso en que su propuesta no fuese declarada de interés.

Si en cambio, la iniciativa fuese declarada de interés público pero el autor no hubiese ganado en el procedimiento de selección, el mismo tendrá derecho a percibir de quien resulte adjudicatario un porcentaje del monto que resulte aprobado al momento de la declaración de interés público, en calidad de honorarios y gastos reembolsables. El fundamento jurídico se encuentra en el hecho de que su contrincante gozará de los beneficios patrimoniales de un contrato administrativo con sustento en un proyecto ajeno.

En este sentido, el artículo 10° pone en cabeza del autor de la iniciativa el derecho a percibir del adjudicatario -en caso de no haber resultado elegido él-, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del uno por ciento (1%) del monto que resulte aprobado en los términos del artículo 5°.

Este sistema de reembolso de gastos y honorarios es efectivo en el sentido de que incentiva al iniciador a desarrollar responsablemente y con dedicación su proyecto, con independencia de resultar o no adjudicatario. Sin embargo, dicha compensación económica es escasa ya que lo que efectivamente se reintegra no es el costo real del proyecto y sus estudios complementarios sino un porcentaje sobre un valor estimado por el mismo iniciador al presentar el proyecto y no sobre el monto adjudicado. Además, la experiencia demuestra que este mecanismo no constituye un incentivo para la generación de iniciativas privadas, en la medida que quienes formulan proyectos pretenden ejecutarlos y no que únicamente le sean reembolsados los gastos realizados en su formulación.

## II. Ventaja del iniciador en el proceso de selección

El artículo 8° establece beneficios a favor del autor de la iniciativa, puesto que dispone que si las ofertas presentadas fueren de conveniencia equivalente, será preferida la de éste. Pero lo que no deja claro la norma son los criterios para considerar a dos ofertas equivalentes.

Aquí aparecen dos cuestiones que es necesario considerar. Por un lado cómo determinar la oferta más conveniente y por el otro cómo establecer la equivalencia entre dos propuestas.

En nuestro país la propuesta más conveniente resulta de la ponderación conjunta del precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta que acrediten el mayor beneficio para el interés de la sociedad, tal como lo expresa el artículo 15° del Régimen de Contrataciones establecido por el Decreto Nacional N° 1023/2001.

En cuanto a la expresión oferta más conveniente, existen diferentes posturas sobre si la misma “comporta un concepto jurídico indeterminado donde sólo es posible arribar a una solución justa, o bien autoriza el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Administración.”<sup>25</sup> Sería concepto jurídico indeterminado si la ley no determinase con exactitud los límites de ese concepto ya que el mismo no admite determinación precisa; por lo que se utiliza para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho.

Así, un sector de la doctrina sostiene que la selección de la oferta más ventajosa debe realizarse en base a juicios objetivos que aseguren una solución justa. En ese sentido, Cassagne sostiene que “la selección se realiza desde el punto de vista de la idoneidad moral, técnica y económico-financiera de las propuestas, y en ese sentido destaca las dificultades existentes para adoptar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección”<sup>26</sup>. La elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas sean comparables entre sí, y en este sentido, las bases de selección juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados. En este sentido, Cassagne dice que es “imprescindible

---

<sup>25</sup> Sesin, Domingo J. “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”.

<sup>26</sup> Cassagne, Juan Carlos. “Curso de derecho administrativo. Tomo II”, Ed. La Ley.

establecer en el pliego de bases y condiciones generales el sistema y el procedimiento que regirán para la adjudicación de la oferta, tanto en garantía del principio de concurrencia como del de igualdad. Postula que la selección puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta como precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, y antecedentes similares”.<sup>27</sup>

Sin embargo, no siempre es posible aplicar criterios objetivos que determinen una única e incuestionable solución justa. Es el caso en que existen varias ofertas que técnica y económicamente son equivalentes y por ello la valoración subjetiva del órgano competente se vuelve ineludible. Esto es lo que opina otro sector de la doctrina, sosteniendo que la expresión oferta más conveniente autoriza el ejercicio de una facultad discrecional de la Administración, dentro de los límites de la juridicidad.<sup>28</sup>

Consideramos que la apreciación de la oferta más conveniente, es una facultad que si bien es discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe tener toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos y por ello es imprescindible que los pliegos de bases y condiciones sean suficientemente claros para garantizar la transparencia necesaria en estos procedimientos. En este sentido, los criterios elegidos con arreglo a los cuales se valorarán las ofertas deben quedar determinados con la antelación suficiente como para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlos y formular sus ofertas a la vista de los mismos.

Con esta regla se trata de garantizar: la objetividad de la valoración; la igualdad de los ofertantes; y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos representados por la Administración contratante. Es más probable que una oferta sea bien valorada y satisfaga

---

<sup>27</sup> Cassagne, Juan Carlos. “Curso de derecho administrativo. Tomo II”, Ed. La Ley.

<sup>28</sup> Comadira, Julio. “La licitación Pública”, Ed. De Palma.

óptimamente el interés general cuando la misma se elaboró a la vista de los criterios realmente utilizados para valorarla, cuando el ofertante pudo acomodarla efectivamente a los mismos. Por otro lado, la precisión a posteriori de los criterios aumenta notablemente el peligro de que éstos se confeccionen a la medida de una de las ofertas, no necesariamente la mejor, de que la Administración se sirva de ellos para tratar de disfrazar con un traje de aparente objetividad lo que no es sino una decisión arbitraria tomada de antemano.

La norma aporta un criterio para establecer cuándo hay equivalencia de ofertas: oportunidad en caso de que la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no supere en cinco por ciento (5%) a esta última. Así el artículo 8° del Decreto N° 966/05 establece:

“que en todos los casos en que las ofertas fueran de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no superare el cinco por ciento (5%) de esta última”.

Asimismo aclara que “la prerrogativa precedente se aplicará cualquiera sea la modalidad de selección adoptada, conforme lo dispuesto por el artículo 6° del presente Anexo”. Por ende, esta ventaja se aplicará tanto en caso de que se opte por la licitación pública como por el concurso de proyectos integrales.

En el régimen establecido por el Decreto N° 966/05 el sistema de garantías y preferencias para el iniciador está definido independientemente del procedimiento de selección elegido, a diferencia de regímenes anteriores en donde se distinguían los derechos del autor de la iniciativa según cual fuera el procedimiento. En el régimen instaurado por la Ley N° 23.696, si se optaba por el concurso de proyectos integrales, se le otorgaba al iniciador, tanto el derecho de balotaje como el de preferencia. En cambio si se optaba por la licitación

pública, el iniciador sólo podrá contar con el derecho de preferencia y no así con la posibilidad de mejorar la oferta.

Sin embargo la norma no precisa cuales son los parámetros por los cuales se considerara que una oferta es equivalente. En la opinión de Gordillo, deberán meritarse los antecedentes de la empresa, la capacidad técnico financiera del proyecto, la bondad técnica, etc. Lo que es claro, es que la determinación deberá realizarse sobre la base de pautas objetivas y racionales de valoración. El mismo autor, propone un sistema de puntajes sobre los elementos que conforman la bondad y conveniencia de un proyecto, puntajes preestablecidos en los pliegos a los fines de su aplicación por la comisión evaluadora de las propuestas.<sup>29</sup>

Podríamos decir que este sistema de preferencia para aquella propuesta del iniciador que no se vea superada en más de un cinco por ciento con respecto a su principal competidor no hace más que autorizar una adjudicación a una oferta que precisamente no es la más conveniente. Sin embargo, ante la búsqueda de dos intereses públicos, igualmente importantes, como son la contratación con el mejor oferente por un lado, y la financiación privada de proyectos, por el otro, el sistema de iniciativa privada privilegia el último con el objetivo de incorporar capital privado en el ámbito público.

Otro mecanismo destinado a incentivar a los particulares está conformado por el denominado derecho a igualar según el cual el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta.

El artículo 9° sugiere el derecho a balotaje o segunda vuelta. Prescribe el reconocimiento de otra ventaja para el autor, ya que si su oferta resultase superada por hasta un veinte por ciento (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas, en forma simultánea

---

<sup>29</sup> Gordillo Agustín. "Después de la Reforma del Estado". Fundación Derecho Administrativo.

y en sobre cerrado. Según Gordillo, “el derecho a mejorar la oferta, constituye un medio de no desalentar la presentación de futuras iniciativas y al mismo tiempo de no desalentar la concurrencia de oferentes a la licitación”<sup>30</sup>.

Para el caso de que ello suceda, y ante la mejora de ofertas, ya no será de aplicación para su valoración la fórmula de equivalencia de ofertas establecida en el artículo 8º en esta segunda vuelta, resultando ser la oferta más conveniente la que así sea evaluada, sin ninguna ventaja de un oferente sobre otro.

La segunda vuelta se llevará a cabo por las mismas reglas que el llamado original. No obstante, explica Mertehikian “puede suceder que la Administración considere para la plena satisfacción del interés público correspondiente que los postulantes encausen su oferta en algún sentido o centren su atención en algún aspecto de la misma, siempre que no se desnaturalice el contenido y alcance del objeto de la iniciativa privada”.<sup>31</sup>

En resumen, si la diferencia entre las ofertas no supera el cinco por ciento (5%) se adjudicará al iniciador. En caso contrario, si existe una diferencia mayor pero menor al veinte por ciento (20%), el iniciador podrá mejorar la oferta. El resultado de esta segunda vuelta implica el resultado definitivo. No habrá posibilidad de ejercer el derecho de preferencia una vez que se hizo uso del de balotaje.

### III. Derechos de autor

El artículo 11º limita los derechos del autor de la iniciativa a una vigencia de dos años, aún en caso de no ser declarada de interés público.

---

<sup>30</sup> Gordillo Agustín. “Después de la Reforma del Estado”. Fundación Derecho Administrativo.

<sup>31</sup> Mertehikian Eduardo. “La Iniciativa Privada en la concesión de obra y servicios públicos”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

Si fuese declarada de interés público, y luego la licitación o el concurso fueren declarados desiertos, o bien no se presentasen ofertas admisibles, o el llamado fuera dejado sin efecto, cualquiera fuera la causa, el autor de la iniciativa conservará los derechos previstos en el régimen por el plazo de dos años a partir del primer llamado, siempre y cuando la nueva convocatoria se realice utilizando los mismos estudios y el mismo proyecto.

Aunque la incorporación de los plazos de duración de los derechos del autor de la iniciativa se realizó con el objetivo de instalarlo como una garantía para el mismo, ya que implicaría un plazo dentro del cual puede hacer valer los beneficios derivados de la autoría de su proyecto; las recurrentes demoras de la Administración indican que los plazos de caducidad son demasiados exigüos, lo que menoscaba gravemente los derechos del iniciador.

Dada la complejidad de determinados proyectos podría ocurrir que los tiempos del procedimiento de iniciativa privada no sean cumplidos estrictamente. Podría suceder que por motivos presupuestarios, burocráticos o simplemente políticos, al traspasar un cometido para la próxima gestión la administración demore la declaración de interés público o la realización del procedimiento de selección.

Asimismo, es injusto que el iniciador se vea perjudicado con la finalización del plazo de vigencia de sus derechos si un procedimiento de selección queda sin efecto por causales que le son imputables a la propia administración.

En la presentación de iniciativas privadas los riesgos propios de cualquier contratación administrativa se multiplican desde mucho antes de que exista contrato ya que el particular asume los gastos del anteproyecto de una obra determinada sin saber aún si la misma es factible técnica, económica y jurídicamente.

- *Sistema de Preferencia por nacionalidad*

El artículo N° 12 del Anexo reglamentario del Decreto N° 966/2005 establece que se deberá tener en cuenta lo establecido por la Ley N° 25.551

“Compre Trabajo Argentino”, Decreto Ley N° 5340/63 “Compre Nacional” y Ley N° 18.875 “Reglamentación Compre Nacional”.

Con este artículo se incluyen medidas con el objetivo de fomentar las actividades nacionales de producción de bienes; preservando del modo más eficiente la industria nacional y no la extranjera, con el fundamento de producir la mejora gradual y progresiva de las condiciones de competitividad de la industria local.

El objetivo de los regímenes mencionados en el artículo es utilizar el poder de compra del Estado Nacional como instrumento de promoción y protección de la industria nacional, con especial énfasis en las pequeñas y medianas empresas. De este modo, otorga preferencia a la oferta nacional en el momento de las licitaciones. Es decir, los bienes nacionales, gozan de una ventaja comparativa en las selecciones del cinco por ciento (5%), incrementándose para las Pymes en un siete por ciento (7%). El beneficio indicado, determina que un producto nacional, con relación a uno extranjero, goza de una ventaja del 5 o 7 % en el cuadro comparativo de precios que determina la adjudicación. En consecuencia, debe adquirirse el producto nacional, aunque su precio supere en un 5 o 7% al importado.

Como señala Muñoz, hay que tener en cuenta que, “toda preferencia que se pudiera efectuar sobre la base de la nacionalidad podría resultar contraria a procesos de integración regional y global que encuentran sostén en los principios de igualdad y no discriminación entre sus Estados miembros”.<sup>32</sup>

- Controversias

El artículo N° 13 establece que para todas las eventuales controversias que pudieran surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el Régimen de Iniciativa Privada, podrá determinarse mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

---

<sup>32</sup> Muñoz, Ricardo A. “La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina”. Ediciones RAP.

Estos son mecanismos de Conciliación Extrajudicial, métodos de solución de conflictos en los cuales las partes tienen la oportunidad de superar o componer de manera directa, rápida y económica sus diferencias.

Existen numerosas ventajas en cuanto a celeridad, economía, flexibilidad, confidencialidad, participación que ofrecen los métodos alternativos de resolución de conflictos, en contraposición al sistema tradicional judicial. Además los tribunales judiciales carecen de suficiente especialidad para dirimir conflictos que puedan suscitarse en un contrato de características complejas como la inversión en infraestructura.

El Avenimiento es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente. Que sea autocompositivo implica que las partes resuelven directamente el conflicto, sin necesidad de intervención de un tercero. Se puede definir como el acto procesal por el cual las partes vinculadas a un proceso, convienen en terminar el conflicto estableciendo las condiciones que cada parte ha de cumplir.

El Arbitraje es un mecanismo heterocompositivo, toda vez que en este caso será un tercero, ajeno al conflicto, quién dará con carácter de obligatoria, la solución a la diferencia. Las partes someten de mutuo acuerdo sus diferencias futuras o presentes, para que sean resueltas por uno o más árbitros, que dictarán, luego de un procedimiento, la solución que deberá ser cumplida por aquéllas de manera obligatoria.

Debemos aclarar por tanto que la conciliación extrajudicial, a pesar de que en algunos casos cuenta con la intervención de un tercero, es en general, un método autocompositivo, toda vez que serán las mismas partes en conflicto las que lo compondrán con la ayuda o asistencia de aquél, quien con el uso de técnicas especiales procurará, profesionalmente, el avenimiento de las partes; de aquí que gran parte de la doctrina bien la denomina negociación asistida.

## **Régimen de Iniciativa Privada en la Provincia de Buenos Aires**

A través de la Ley N° 13.810 la Provincia de Buenos Aires adhiere al Régimen Nacional de Iniciativa Privada y al Régimen Nacional de Asociación Público Privada, aprobados por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 966/05 y N° 967/05.

Luego por Decreto Provincial N° 1230 del año 2008, más tarde derogado por el Decreto N° 372 del año 2010, se procedió a la reglamentación de los regímenes mencionados anteriormente. Aquí vemos una primera distinción entre los dos niveles de gobierno. La Nación trató separadamente a cada uno de los Regímenes dictando una norma específica para cada uno de ellos, mientras que la Provincia sólo redactó una norma.

- Ámbito de aplicación

De acuerdo al Decreto N° 372/2010, el Régimen de Iniciativa Privada está orientado a proyectos de infraestructura, obras públicas, concesión de obras públicas, concesión de servicios públicos, licencias y cualquier otra modalidad desarrollada mediante los sistemas de contratación local regulados por la Ley N° 6021 (Ley Provincial de Obras Públicas) y los Decretos-Leyes N° 9254/79 (Concesiones de Obra Pública), N° 9654/80 (Concesiones de Obra Pública municipal) y N° 9533/80 (Régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial) y sus modificatorias.

Asimismo en el artículo 2° del Anexo Único Reglamentario del Régimen, establece que toda presentación de iniciativas privadas ante los órganos y entidades del sector público provincial según el artículo 8° de la Ley N° 13.767 y los entes públicos no estatales de la Provincia de Buenos Aires, cuyo objeto sea regulado por la normativa enunciada en el párrafo precedente, quedará sujeta al régimen de iniciativa privada.

- Autoridad de Aplicación

La ley N° 13.810 en el artículo 6° faculta al Poder Ejecutivo a determinar la Autoridad de Aplicación. De esta forma, el Decreto N° 372/2010

en el artículo 7º establece a la Secretaría General de la Gobernación, al Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y al Ministerio de Economía como autoridades de aplicación e interpretación del Decreto mencionado. En Nación, la autoridad de aplicación es el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, lo que a nuestro punto de vista parecería ser más apropiado dado que el régimen está encauzado hacia proyectos de infraestructura, obras públicas y concesiones de obras y servicios públicos.

- Comisión Técnica de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas

La Ley Nº 13.810 en su artículo 4º establece la creación en el ámbito de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, de una COMISION BICAMERAL para la iniciativa privada, integrada por cuatro senadores y cuatro diputados, designados por los Presidentes de cada una de las Cámaras. Entre sus funciones se encuentran las de emitir un dictamen de la iniciativa en forma previa a la calificación de interés público por parte del Poder Ejecutivo y la de ejercer la coordinación entre la Legislatura Provincial y el Poder Ejecutivo en lo referido al Régimen en estudio. En la normativa nacional específica al régimen en estudio, no se hace mención a ninguna comisión bicameral de estudio de las iniciativas privadas.

Sin embargo, a los efectos de dotar de mayor transparencia al accionar del Poder Ejecutivo se propuso que la Comisión Bicameral Especial de Seguimiento de las Facultades Delegadas al Poder Ejecutivo Nacional creada por el artículo 20º de la Ley Nº 25.561 (Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario), sea quien controle, verifique y dictamine sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo. Para ello, se ampliaron las facultades de la mencionada Comisión, quién deberá controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo sobre los proyectos que intente aprobar en virtud del Decreto Nº 966/05. Esto sucedió debido a que la temática del Decreto que aprueba el Régimen de Iniciativa Privada no resultaba ajena a los temas que trataba con anterioridad y se aprovechó de esta manera, la estructura y experiencia de la Comisión Bicameral Especial. La mencionada Bicameral es integrada por seis senadores y seis diputados elegidos por las Honorables

Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación, respetando la pluralidad de la representación política de las Cámaras. El Presidente de la Comisión es designado a propuesta del bloque político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

El Decreto N° 1230/2008 crea la COMISIÓN TÉCNICA DE EVALUACIÓN Y DESARROLLO DE INICIATIVAS PRIVADAS Y DE ASOCIACIONES PUBLICO-PRIVADAS COTEDIPAPP, la que funcionará en el ámbito de la Secretaria General de la Gobernación y será integrada por un miembro titular y uno suplente en representación de la Secretaría General de la Gobernación, del Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno y del Ministerio de Economía.

Asimismo determina que cuando en razón de la materia, la presentación de iniciativas exceda el ámbito de aplicación de los órganos mencionados, se convocará para ser parte de la Comisión a un representante del ministerio o jurisdicción que resulte competente, el que deberá contar con demostrada idoneidad y especialidad en la materia del proyecto.

Tendrá a su cargo la evaluación de la viabilidad económica, financiera, jurídica y técnica de las iniciativas privadas. En el caso nacional, el Decreto N° 966/05 determina que la Comisión no implicará erogación presupuestaria alguna. Esto no aparece en la norma provincial.

Dentro del procedimiento que se debe llevar a cabo para la presentación de la iniciativa privada, la COTEDIPAPP interviene en varias instancias. A diferencia de lo que ocurre a nivel Nacional, la COTEDIPAPP no recibe el proyecto. En su lugar la iniciativa debe ser presentada en la Jefatura de Gabinete de Ministros quien la recibirá y analizará a los efectos de verificar los requisitos de admisibilidad de la propuesta establecidos en el artículo 8° del Título II del Anexo Único Reglamentario. Una vez cumplidos, se remite la propuesta original a la Comisión, la que tendrá un plazo de hasta treinta (30) días desde que recibió el proyecto, prorrogable por razones que lo ameriten, para determinar:

- 1) si existe una propuesta similar inscripta en el Registro de Iniciativas Privadas, deberá rechazar sin más trámite la presentación tras lo cual notificará al proponente y archivará las actuaciones;
- 2) si no existe una propuesta similar inscripta, dispondrá en forma inmediata la inscripción del proyecto en el Registro y evaluará la viabilidad económica, financiera, jurídica y técnica de aquella, a cuyo efecto producirá un dictamen sobre la elegibilidad de la propuesta.

Para el caso Nacional reglamentado por el Decreto N° 966/05, la CEDIP recibe el proyecto y verifica los requisitos de admisibilidad. Luego requiere al organismo competente la evaluación de la presentación efectuada, debiendo este último enviar a la comisión un informe circunstanciado en el plazo de treinta (30) días, prorrogable por otros treinta (30) días a criterio de la comisión, si la complejidad del proyecto lo exigiese. Pareciera ser más acertado el criterio nacional, ya que al requerir al organismo competente su intervención logra mayor especificidad y mejor análisis.

Una vez que producido el dictamen, la Comisión Técnica de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas y Asociaciones Público Privadas, deberá en forma inmediata dar intervención simultáneamente a la Comisión Bicameral, a la Asesoría General de Gobierno, quien luego de dictaminar remitirá las actuaciones a la Contaduría General de la Provincia. Finalmente, emitidos los dictámenes de los organismos mencionados anteriormente, se remitirá a la vista del Fiscal de Estado.

Finalmente, al igual que en el caso de la Nación es el Ejecutivo el que decide la calificación de interés público, la inclusión en el régimen de iniciativa privada y el modo de selección del contratista a implementar.

El Decreto N° 1230/2008, rectificado en el N° 372/2010, establece la Creación de un REGISTRO DE INICIATIVAS PRIVADAS a cargo de la Comisión COTEDIPAPP, en el que se asentarán las propuestas presentadas bajo este Régimen en forma inmediata a su presentación. A tal efecto se

archivará una copia de la iniciativa privada y se dejará constancia en forma sumaria, del objeto y las particularidades de ésta. En el ámbito nacional, la normativa no menciona la existencia de este Registro.

- Requisitos de admisibilidad de la propuesta

La norma, en el Anexo I artículo 2°, establece los requisitos que como mínimos debe tener la presentación de la iniciativa privada.

I. Identificación del proyecto y su naturaleza:

- Objetivos de la iniciativa
- El interés público comprometido en la concreción de la iniciativa.
- Cronograma de obras, su conservación o explotación, o de los servicios y/o su ampliación.

II. Las bases de su factibilidad económica, técnica y jurídica

- Estudio económico financiero y de rentabilidad
- Evaluación ambiental del proyecto;
- Monto estimado de la inversión

III. Los Antecedentes completos del autor de la iniciativa.

IV. La fuente de recursos y de financiamiento, el cual deberá ser privado.

V. Todo otro antecedente que se considere adecuado para una mejor individualización del proyecto.

VI. Garantía de mantenimiento de la Iniciativa. Otro de los requisitos referido a la viabilidad formal y establecido en el Anexo único del Decreto N° 372/2010 artículo 17° es la inclusión de una garantía de mantenimiento de oferta en la forma prevista por el artículo 16° de la Ley N° 6021, en la suma equivalente al cero punto seis por ciento (0.6 %) del monto de inversión prevista.

La norma en este caso, no establece una escala tal como lo hacía el Régimen Nacional.

El Régimen Provincial parece más completo en cuanto al concepto de la garantía ya que especifica tres posibles situaciones:

\*En caso de que una vez que el proyecto hubiese sido declarado de interés público, el autor desista de su proyecto y/o no presente la oferta, la garantía será ejecutable sin necesidad de requerimiento alguno.

\*En caso de que el proyecto hubiese sido declarado de interés público, la garantía será reintegrada al momento de presentación de la oferta en el procedimiento de selección. El autor podrá integrar la garantía presentada oportunamente a la de mantenimiento de la oferta.

\*En caso de que el proyecto no hubiese sido declarado de interés público, el autor tendrá derecho al reintegro de la garantía.

- Modalidad de selección

El artículo 13º atribuye al Ejecutivo la determinación del modo de selección del contratista, una vez que la iniciativa ha sido declarada de interés público. El artículo 15º establece que es la autoridad competente quién implementará la modalidad de selección, debiendo optar entre la licitación pública o el concurso de proyectos integrales.

Para el caso de que se opte por la **licitación pública**, la autoridad convocante confeccionará el pliego de bases y condiciones y demás documentación respectiva, conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de iniciativa privada y convocará a licitación pública dentro del plazo de sesenta (60) días desde la fecha que dispone la implementación del procedimiento de licitación.

Si se opta por el **concurso de proyectos integrales**, el iniciador de la propuesta deberá presentar los términos de referencia de los estudios, su plazo de ejecución y presentación, y el costo estimado de su realización, dentro del término de treinta (30) días. La autoridad convocante, llamará a concurso de proyectos integrales en el plazo de treinta (30) días más, habiendo previamente consignado los factores de ponderación que habrán de considerarse para la

evaluación de las propuestas y los coeficientes de ponderación relativa que se asignará a cada factor.

El concurso de proyectos tiene la ventaja de mejorar la eficiencia técnica al permitir al oferente adaptar el proyecto a sus características y a tener una visión más global de todo el servicio. La desventaja reside en el hecho de que es un procedimiento que trata de comparar ofertas disimiles, con lo cual está más expuesto al subjetivismo. Sin embargo, la normativa provincial ha tratado de solucionar este problema, estableciendo previamente los lineamientos sobre los cuales se ha de evaluar el proyecto, a través del artículo 16°. En esto corrige un defecto de la normativa nacional, ya que la misma no contempla los criterios que se deben tener en cuenta para evaluar la propuesta ni las ponderaciones a otorgar a cada uno de ellos.

- Prerrogativas del iniciador

*a) Derechos del iniciador ante el rechazo de su propuesta*

El artículo 14° establece que, en caso de desestimarse el proyecto, es decir que no fuese declarado de interés público, cualquiera fuere la causa, el autor de la iniciativa no tendrá derecho a percibir del Estado ningún tipo de compensación por gastos, honorarios u otros conceptos.

El proponente asume el riesgo económico en el caso en que su propuesta no fuese declarada de interés.

Si a diferencia del caso anterior, la iniciativa fuese declarada por el Poder Ejecutivo, de interés público pero el autor no hubiese sido elegido en el procedimiento de selección, el mismo tendrá derecho a percibir de quien resulte adjudicatario un porcentaje del monto de la oferta de quien sea el ganador, en calidad de honorarios y gastos reembolsables.

En este sentido, el artículo 20° pone en cabeza del autor de la iniciativa el derecho a percibir del adjudicatario -en caso de no haber resultado elegido él-, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del uno por

ciento (1%) del monto que resulte aprobado en los términos del artículo 15° del Anexo Único Reglamentario.

*b) Ventaja del iniciador en el proceso de selección*

El artículo 18° establece beneficios a favor del autor de la iniciativa, puesto que dispone que, cualquiera sea la modalidad de contratación, si las ofertas presentadas fueren de conveniencia equivalente, será preferida la de éste. Pero esta normativa, al igual que la nacional, no deja claro cuáles son los criterios para considerar a dos ofertas equivalentes.

La norma aporta un criterio para establecer cuándo hay equivalencia de ofertas: oportunidad en caso de que la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no supere en cinco por ciento (5%) a esta última.

Con esto podemos inferir nuevamente, que tanto en el Régimen Provincial establecido por el Decreto N° 372/2010 como en el Régimen Nacional, establecido por el Decreto N° 966/05, el sistema de garantías y preferencias para el iniciador está definido independientemente del procedimiento de selección elegido, a diferencia de regímenes anteriores en donde se distinguían los derechos del autor de la iniciativa según cual fuera el procedimiento.

El artículo 19° establece el ya nombrado derecho a balotaje o segunda vuelta. Si la oferta del autor de la propuesta resultase superada en más del cinco por ciento (5%) pero en hasta un veinte por ciento (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas, en forma simultánea y en sobre cerrado. Para el caso de que ello suceda, y ante la mejora de ofertas, ya no será de aplicación para su valoración la fórmula de equivalencia de ofertas.

*c) Derechos de autor*

El artículo 21°, al igual que su equivalente en el Régimen instaurado a nivel Nacional, limita los derechos del autor de la iniciativa a una vigencia de dos años, aún en caso de no ser declarada de interés público.

Si fuese declarada de interés público, y luego la licitación o el concurso fueren declarados desiertos, o bien no se presentasen ofertas admisibles, o el llamado fuera dejado sin efecto, cualquiera fuera la causa, el autor de la iniciativa conservará los derechos previstos en el régimen por el plazo de dos años a partir del primer llamado, siempre y cuando la nueva convocatoria se realice utilizando los mismos estudios y el mismo proyecto.

- Solución de Controversias

El artículo 22° propone para la solución de posibles controversias Mecanismos de Conciliación Extrajudicial. Son mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, en los que las partes en conflicto se someten a un trámite conciliatorio a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual, es decir que los acuerdos adoptados obedecen únicamente a la voluntad de las partes. Con la conciliación se busca lograr un acuerdo de voluntades entre dos a más personas en controversia mediando generalmente, un conciliador. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian. Aporta flexibilidad, ahorra costos y tiempo.

En última instancia, las controversias serán dirimidas en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

## Algunos Casos de Iniciativas Privadas

### **AUTOPISTA PILAR PERGAMINO**

La iniciativa fue presentada por Corporación América S.A.- Helport S.A. en octubre del año 2005, proponiendo la construcción, mantenimiento y explotación en concesión de un tramo de la Ruta Nacional N° 8, comprendido entre las ciudades de Pilar y Pergamino, en la Provincia de Buenos Aires, denominado Autopista Pilar-Pergamino. La presentación fue realizada bajo los lineamientos del Decreto N° 1105/89 y Decreto N° 635/97 ambos relativos a la Reforma del Estado, vigentes al momento de la presentación.

Entre las razones que llevaron a que este proyecto fuese declarado de interés público podemos mencionar que el mismo mejoraría la fluidez de la comunicación obteniendo menores tiempos de viaje, superando problemas de tránsito y congestión; permitiría reducir la siniestralidad, disminuyendo la cantidad de accidentes, y mejorando la seguridad vial; así como también lograría menor contaminación ambiental, mejor asistencia al usuario y mejores servicios.

En el mismo sentido, el OCCOVI, en oportunidad de evaluar la factibilidad del proyecto concluyó que quedaba demostrada la necesidad de realización de la obra ya que repercutiría ampliamente en beneficio de la sociedad y de esta manera sugería la declaración de interés público. Basándose en la mencionada opinión, la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas, concluyó en su propio informe sobre la elegibilidad de la propuesta, que esta “abre la posibilidad de importantes inversiones a riesgo empresario, que merecen ser desarrolladas bajo el Régimen del Decreto N°966/05”.

Por Decreto N° 248 del 8 de marzo de 2006 el proyecto fue declarado de interés público, en el marco del Régimen Nacional de Iniciativa Privada, reconociendo a los iniciadores e instruyendo al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a continuar con el procedimiento según lo dispuesto por el Decreto N° 966/05.

Se determinó por Resolución del Ministerio mencionado N° 591/06 la Licitación Pública Nacional como modalidad de contratación, instándose a su llamado en el plazo de sesenta (60) días a partir de su publicación y a su organización a través del OCCOVI, disponiéndose la integración de la Comisión de Adjudicación con representantes de Vialidad Nacional y Provincial, del Ministerio de Economía y Producción, de los usuarios e invitándose a los intendentes de los partidos beneficiados.

Según los antecedentes, la documentación presentada por los iniciadores fue analizada por el OCCOVI, quién elaboró los aspectos técnicos del pliego de condiciones generales y particulares.

La licitación se realizó en múltiples etapas, siendo el elemento de comparación competitiva la tarifa básica ofertada a partir de la tarifa tope fijada en \$ 11,7366 sin IVA.

El llamado a licitación se realizó por Resolución MPFIPYS N° 1182 del 29 de junio de 2006, que aprobó los pliegos y el texto del futuro contrato.

El iniciador “Corporación América S.A.-Helport S.A.”, resultó pre adjudicatario de la concesión con una tarifa de \$11,7340 sin IVA, constituyendo así el primer proyecto de iniciativa privada en ser adjudicado al iniciador en Argentina.

Se presentaron tres ofertas, una de ellas declarada inadmisibles a instancias de la apertura del segundo sobre por encontrarse supeditada a condicionamientos. Entre las dos ofertas restantes existía una diferencia de cero coma nueve mil ochocientos ochenta por ciento (0,9880%) a favor de la propuesta del no iniciador. Pero teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 8° del Decreto N° 966/05, dado que la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada no superó al cinco por ciento (5%), fue elegida la del iniciador.

El Decreto N° 1875 del 18 de diciembre del 2006 aprobó la adjudicación y otorgó la concesión de ese tramo a favor de Corporación América S.A.- Helport S.A. (UTE), bajo la modalidad de concesión de obra pública gratuita no

subsidiada, por un plazo de 30 años. Estas firmas conformaron la empresa CORREDOR AMERICANO SOCIEDAD ANÓNIMA.

El concesionario tenía que construir la autopista en un plazo máximo de seis años. A cambio de la inversión, recibió 24 años de concesión para mantener y operar la autopista con el cobro de peajes.

El contrato de concesión comprendía la realización de obras y de mantenimiento de la autopista durante el plazo de treinta años, y la administración y explotación por peaje de la autopista por el mismo plazo concesión.

Los problemas contractuales suscitaron antes de los primeros dos años de la concesión. Por falta de financiación, el concesionario paralizó las obras, incumpliendo con el plan de inversiones pactado y el Estado no concedió los aumentos de peaje que estaban previstos. Basándose en esos incumplimientos mutuos, el Gobierno resolvió dar de baja la concesión.

En 2010 el Estado rescindió el contrato de concesión a través del Decreto N° 891/10. La norma argumenta que “la grave crisis económica global desatada durante los años 2008 y 2009 y la consecuente imposibilidad de financiamiento, ha impactado en la ecuación económico- financiera del contrato, hecho que derivó en el cumplimiento parcial de las obligaciones recíprocas a cargo de las partes”. La falta de financiamiento y el congelamiento de las tarifas de peaje determinaron en los dos primeros años de concesión la paralización de las obras. Estos han sido el obstáculo principal para el funcionamiento de cualquier concesión.

## **TERMINAL MULTIMODAL DE PASAJEROS FERROAUTOMOTOR DE LA CIUDAD DE LA PLATA**

La iniciativa fue presentada por Néstor Emilio Otero y la firma Emepa S.A., proponiendo la concesión de las obras de construcción de la nueva Terminal Multimodal Ferroautomotor de Pasajeros de la Ciudad de La Plata, gerenciamiento, administración y explotación integral incluidas las actividades

accesorias y complementarias. La presentación fue realizada bajo los lineamientos del Decreto N° 1105/89 y Decreto N° 635/97, ambos relativos al proceso de Reforma del Estado, vigentes al momento de la presentación.

Entre las razones que llevaron a que este proyecto fuese declarado de interés público podemos mencionar que el mismo acompañaba las políticas de ordenación territorial plasmadas en el Plan Estratégico para el Desarrollo del Transporte Ferroviario a nivel Nacional. Aseguraría el acceso de la población a los servicios públicos de transporte, favoreciendo a la integración de la ciudad.

En el mismo sentido, la Subsecretaría de Transporte Ferroviario, en oportunidad de evaluar la factibilidad del proyecto concluyó que la iniciativa contribuía a la recuperación del modo ferroviario y a la integración racional del modo automotor; y de esta manera sugería la declaración de interés público.

Por Decreto N° 735 del 14 de junio de 2006 el proyecto fue declarado de interés público, en el marco del Régimen Nacional de Iniciativa Privada, reconociendo a los iniciadores e instruyendo al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a continuar con el procedimiento según lo dispuesto por el Decreto N° 966/05.

Se determinó por Resolución del Ministerio mencionado N° 1702/06 la Licitación Pública Nacional como modalidad de contratación, instándose a su llamado en el plazo de sesenta (60) días a partir de su publicación y a su organización a través de la Secretaría de Transporte, disponiéndose la integración de la Comisión de Adjudicación con representantes del Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONAB), de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) y del Municipio de la ciudad de La Plata.

La Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios elaboró los pliegos de condiciones generales y particulares para realizar el proceso licitatorio, que fueron aprobados por Resolución del Ministerio N° 1155/2007. Dicho acto administrativo llamó a Licitación Pública Nacional para otorgar la concesión fijando como fecha de apertura de los sobres el 20 de diciembre de 2007.

La licitación se realizó en múltiples etapas, siendo el elemento de comparación competitiva el canon ofertado.

La firma Néstor Emilio Otero- Rotran S.A.- Ferrovías S.A. Concesionaria (Unión Transitoria de Empresas), resultó adjudicataria de la concesión por un monto de cuarenta y nueve millones doscientos cuarenta y ocho mil trescientos ochenta y cinco, con un canon mensual de pesos veinte mil seiscientos setenta. Dicha adjudicación fue aprobada por Decreto del Poder Ejecutivo N° 549/2009.

De este modo, se adjudicó la construcción y gestión a la UTE denominada "Terminal La Plata SA". Sin embargo, luego de casi cinco años, aún no se ha concretado la obra.

## **PLANTA POTABILIZADORA EN LA REGIÓN DE LA PLATA**

La iniciativa fue presentada por las firmas MEKOROT Development & Enterprise LTD (empresa subsidiaria de MEKOROT Compañía Nacional de Aguas del Estado de Israel Ltd), ASHTROM BV. (empresa subsidiaria de Ashtrum Internacional Ltd) y 5 de SEPTIEMBRE S.A, proponiendo el diseño, financiación, construcción y operación de una planta potabilizadora de agua para la prestación del servicio público a cargo de la empresa Aguas Bonaerenses S.A. en la región comprendida por el partido de La Plata y zonas aledañas.

La presentación fue realizada bajo los lineamientos de la Ley N° 13.810 (Adhesión de la Provincia de Buenos Aires al Régimen de Iniciativa Privada) y de su Decreto Reglamentario N° 1230/08, vigentes a ese momento.

En una primera instancia, la Jefatura de Gabinete observó el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y no encontrando objeciones, sometió el proyecto a consideración de la Comisión Técnica de Evaluación y Desarrollo de Iniciativa Privada y Asociaciones Público-Privadas.

La COTEDIPAPP elaboró su informe en el cual determina las siguientes cuestiones:

- a) No se verifica la existencia de propuestas similares, lo cual implica que no debería rechazar la presentación y que debería inscribirse la misma en el Registro de Iniciativas Privadas.
- b) Se consideran satisfechos los recaudos de viabilidad económica y financiera.
- c) Cumple con el recaudo de viabilidad técnica conforme el informe generado por ABSA.
- d) Se ha verificado la viabilidad jurídica.
- e) Se estima conveniente recurrir al procedimiento de selección del contratista mediante un llamado a licitación pública.

Entre las razones que llevaron a que este proyecto fuese declarado de interés público podemos mencionar que el mismo tendería a generar una serie de aspectos positivos que se detallan a continuación: duplicación de la capacidad de producción de agua potable para la región, posibilidad de ampliar la cobertura del servicio de agua potable a cien mil habitantes, cubriendo el actual déficit; disminución superior al cincuenta por ciento de los costos de operación y mantenimiento de la planta; mejora en la calidad del agua y por ende en las condiciones sanitarias de la población.

En cuanto a la fuente de financiamiento del proyecto, se propone un esquema de recursos y financiamiento provenientes en su totalidad del sector privado, determinándose como modalidad de pago la creación de un cargo de obra que será afrontado por los eventuales beneficiarios del servicio público de distribución de agua potable en la región correspondiente.

Luego de la intervención de la Asesoría General de Gobierno, de la Contaduría General de la Provincia, de la Comisión Bicameral y de Fiscalía de Estado, pasa al Poder Ejecutivo para la intervención de su competencia.

Por Decreto N° 2576 del 17 de noviembre de 2009 el proyecto fue declarado de interés público, en el marco del Régimen de Iniciativa Privada en los términos del artículo 8° del Anexo Único del Decreto N° 1230/08, reglamentario de la Ley N° 13.810; reconociendo a los iniciadores y sus

derechos. El mismo Decreto establece al Ministerio de Infraestructura como la autoridad competente para implementar el procedimiento de selección del contratista.

Se estableció la Licitación Pública Internacional como modalidad de contratación, por Decreto N° 1916/11 se aprobó la documentación confeccionada por la Dirección Provincial de Servicios Públicos de Agua y Cloacas, perteneciente al Ministerio de Infraestructura, que regirá el llamado y la ejecución de la obra.

A la apertura de las propuestas, que se llevó a cabo el 11 de abril del año 2012, se presentaron dos ofertas: la primera un consorcio integrado por Tahal Group Bv- Eleprint SA- Mako SA- Tahal Consulting Engineers Ltd- 5 de Septiembre SA- Mekorot Development & Enterprise Ltd y la segunda oferta perteneciente a la empresa Constructora Norberto Odebrecht SA.

Por Resolución N° 471/12 se pre adjudicó la obra al consorcio mencionado en primer lugar.

Debemos indicar que en este caso, los derechos y prerrogativas del autor de la iniciativa se perdieron, en razón que la integración del consorcio oferente no es la misma del que presentó la iniciativa privada.

Finalmente, y luego de varias instancias de negociación, la licitación se dio por fracasada a través de la Resolución N° 440/14 del Ministerio de Infraestructura, debido a que el consorcio pre adjudicatario manifestara que las actuales circunstancias financieras de la República Argentina en el contexto internacional generan la imposibilidad de contar con los seguros internacionales que requiere un sistema de financiamiento de este tipo.

## Conclusiones

En definitiva, el régimen bajo estudio, trata de que tanto el sector público como el privado colaboren conjuntamente y concentren su actividad hacia aquello que sean capaces de gestionar mejor.

Tal como argumenta Morón Urbina, “La institución de la iniciativa privada reconoce a las personas naturales, jurídicas o consorciadas, la facultad de participar en la tarea de identificar y plantear al Estado estudios sobre posibilidades innovadoras de infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre los recursos públicos, que si bien son del interés empresarial del proponente, también pueden ser prioritarias para el interés público, es decir, que se traten de proyectos socialmente rentables sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado”.<sup>33</sup>

Uno de los argumentos más importantes para el uso de este mecanismo es el aumento en la eficiencia. Gran parte de la bibliografía sostiene que la clave del éxito de estas asociaciones público privadas consiste en sacar partido de las mejores cualidades de cada uno de sus integrantes. En esa línea, considera que es mejor que el sector privado tome la iniciativa y participe de alguna forma, para así compartir los riesgos y obtener una eficiente gestión del proyecto. El sector privado desea contribuir a la financiación directa de gran escala atraído por la potencial tasa de rentabilidad de la inversión. Para ello intentará mantener acotados los riesgos, utilizar la combinación óptima de financiación y mejorar la eficiencia en las operaciones de diseño, construcción, explotación y mantenimiento. Por su parte el sector público puede asumir parte del riesgo al ofrecer derechos de explotación y permisos y ofrecer apoyo a la financiación. La sociedad en su conjunto se beneficiará de esta división de responsabilidades si esta se realiza de modo eficiente.

En este mismo sentido, permite realizar importantes ahorros ya que se pone en marcha un proceso de carácter integrado. El sector privado participa

---

<sup>33</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. “Las Concesiones de Infraestructura a iniciativa del inversionista”. Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico N°2.

del diseño del proyecto, a través de la presentación de la iniciativa, de la construcción de la obra, del financiamiento de la inversión y de la explotación de la misma. Al participar en todas las etapas, se pueden reducir los costos en cada una de ellas. A través de este mecanismo el iniciador tiene un fuerte incentivo para racionalizar todo el proceso.

El sector privado actúa como catalizador financiero, al emprender nuevos proyectos ofreciendo financiación de los mismos, de forma que puedan ser acometidos con mayor rapidez que si tuvieran que seguir todos los retrasos de la política fiscal y restricciones presupuestarias del gobierno.

Por ende podemos concluir que implica un significativo ahorro de tiempo y de fondos públicos para el Estado, el cual normalmente elabora el proyecto y los pliegos y bases sobre los que se realizara la selección del contratista.

Sin embargo, si bien constituye una herramienta valiosa no se encuentra libre de riesgos, siendo una fuente de controversias y de corrupción.

El régimen de iniciativa privada requiere de un aparato estatal sólido, con suficiente respaldo técnico que permita evaluar de manera objetiva, imparcial y autónoma las iniciativas que se presenten. En la práctica se ha notado una **falta de capacidad de Estado para evaluar adecuadamente las iniciativas privadas**. Además el mecanismo establecido por el Decreto N° 966/05 no establece con precisión el nivel mínimo de información técnica del proyecto para la presentación de las propuestas por parte de los privados, quedando este aspecto a discrecionalidad del proponente.

Debido precisamente a la inexistencia de los instrumentos adecuados para evaluar las iniciativas privadas, existe un alto riesgos de que los proponentes presenten alternativas tecnológicas costosas e innecesarias como parte de un proyecto integral que pretende atender un problema identificado.

Asimismo, **los procedimientos para la tramitación de las iniciativas privadas suelen ser muy engorrosos y demasiado prolongados**, por lo que convendría simplificarlos. El Estado debe incentivar los mecanismos de

colaboración administrativa en el trámite de las iniciativas privadas, de forma tal que los esfuerzos no se agoten en la mera tramitación.

Respecto a la **declaración de interés público**, podemos decir que dicha decisión y la de iniciar un procedimiento competitivo se desarrolla en un contexto de incertidumbre y discrecionalidad que lejos de generar incentivos para la promoción de la inversión privada, las ahuyenta. Como ya hemos dicho, en el Decreto N° 966/2005 no surge en base a que parámetros objetivos y predeterminados se procederá a la evaluación del proyecto para determinar si existe o no interés público en la iniciativa propuesta.

Otra cuestión que hay que considerar es el **conflicto de intereses entre la mayor y mejor información** respecto de la iniciativa que la Administración necesita **y la protección de los derechos del autor de la misma**.

Es necesario que se expida un conjunto de disposiciones complementarias con el objeto de garantizar la confidencialidad de los proyectos sometidos al Régimen de Iniciativa Privada, y evitar así, que en algunos casos se pierda la protección administrativa que se les otorga a las mismas.

Es indispensable crear un registro de iniciativas privadas con el objeto no sólo de proteger a los proponentes de las mismas, sino también para identificar a nivel cuantitativo y cualitativo, el conjunto de proyectos existentes y evitar la duplicidad de proyectos.

Otro inconveniente se suscita en el **límite temporal para la evaluación y el pronunciamiento de la administración**. Los plazos establecidos para evaluar las iniciativas privadas por las diferentes entidades de Estado resultan insuficientes debido a que no sólo se debe analizar la documentación presentada sino, además, validarla, realizar un análisis propio, en los ámbitos jurídicos (sobre la viabilidad de la iniciativa), económico-financiero (sobre la confiabilidad del enfoque financiero proyectado), y, probablemente ambiental, social, etc, requerir informes a otras dependencias públicas sobre el proyecto.

Hay que tener en cuenta que cuando uno habla de proyectos de asociación público privada o de proyectos de iniciativa privada, erróneamente lo asocia y limita a grandes obras de infraestructura, obras que por supuesto se incluyen dentro de los proyectos que pueden llevarse a cabo mediante estas técnicas pero que, bajo ningún punto de vista, se limitan a ellas.

Por otro lado, al exigir que el proyecto sea sustentado económicamente con fondos privados exclusivamente condiciona la factibilidad económica. Acá nos encontramos con uno de los principales motivos de falla del régimen. La fuente de recursos y de financiamiento privada del proyecto, que parecía la mejor ventaja, una de las principales motivaciones que llevó a la creación del sistema de iniciativa privada, es justamente lo que condiciona la factibilidad económica de los mismos.

La compleja situación del mercado financiero y la crisis de liquidez dificultan la materialización de estos proyectos en la actualidad. Además, encontramos a las empresas constructoras o de servicios que están acostumbradas al sistema tradicional de obra pública o de prestación de servicios al Estado, donde bajo ningún punto de vista se preocupan por la financiación del sistema y se limitan a realizar sus tareas y cobrar contra los avances de éstas, no pareciéndoles razonable pensar en la posibilidad de financiar las obras o servicios y cobrarlos contra la finalización de ellas o su efectiva prestación.

Los bancos y entidades financieras constituyen un pilar fundamental del sistema y, lógicamente, en nuestro país tienen serias dudas en términos de la seguridad del recobro de los préstamos que otorguen. Por eso, además de trabajar en términos de seguridad jurídica, el Estado debe generar mecanismos que garanticen el pago de los créditos adecuadamente.

Podríamos mencionar también que, en caso de que sucediera el financiamiento privado, esta asunción del financiamiento de la obra por el contratista privado suele traer como consecuencia un encarecimiento de su costo, sobre todo cuando se trata de sistemas donde el precio es pagado por los usuarios. En general, se considera que es más arriesgado ofrecer

financiación a una empresa privada que contribuye o gestiona infraestructura, dependiendo de sus ingresos futuros, que financiar al sector público. Por ello, el coste del endeudamiento será mayor, debido a la correspondiente prima de riesgo.

En particular el encarecimiento de la financiación hace que a pesar de la evidencia de que existen bastantes recursos que podrían aflorar de los fondos de inversión privados, determinados esquemas de reparto de riesgos y la falta de incentivos y garantías públicas hacen que muchos proyectos que se proponen incluso por parte de los eventuales socios privados, no se acaben concretando o, en muchos casos, no se traduzcan ni tan solo en la presentación de ofertas

Los incentivos a los financistas y la reducción de riesgos se han revelado como precondiciones para el éxito del proyecto, por lo que son necesarios mayores mecanismos de compensación para evitar desincentivos de este tipo de participantes y que se incorporen esquemas alternativos de financiamiento

Consideramos que la iniciativa privada constituye una herramienta de gobierno importante para lograr el avance en materia de infraestructura necesaria para el desarrollo de la economía en su conjunto. Sin embargo creemos que el mismo no se encuentra exento de riesgos, que es necesario evaluar, así como cuestiones que son imprescindibles de considerar como la necesidad de un marco normativo adecuado, de mantener un alto nivel de transparencia, de procesos administrativos eficientes y eficaces, etc.

Si el Estado no es capaz de elaborar e implementar determinadas políticas públicas, de promulgar las leyes necesarias para apoyar esas políticas, de dotarse de una administración burocrática eficaz y eficiente, de mantener un elevado nivel de transparencia y rendición de cuentas y de hacer que las leyes se cumplan, es difícil imaginar que alguien quiera colaborar con él. Es necesario reforzar las capacidades institucionales de la administración para poder afrontar con garantías el vínculo con el sector privado.

### Bibliografía

- Botassi Carlos Alfredo. “Contratos de Administración Provincial”. Editorial Scotti 1996.
- Cassagne, Juan Carlos. “Curso de derecho administrativo. Tomo II”, Ed. La Ley.
- Comadira, Julio. “La licitación Pública”, Ed. De Palma.
- Fanelli Evans, Guillermo. “La Concesión de la obra Pública. La Reforma del Estado”. Ciencias de la Administración.
- Gordillo Agustín. “Después de la Reforma del Estado”. Fundación Derecho Administrativo.
- Guglielminetti, A y Bensadón, P. “Algunos aspectos jurídico económicos de la asociación público privada” .Edición Administrativa.
- Mertehikian, Eduardo. “La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos”. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Morón Urbina, Juan Carlos. “Las Concesiones de Infraestructura a iniciativa del inversionista”. Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico N°2.
- Muñoz, Ricardo A. “La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina”. Ediciones RAP.
- REI en Infraestructura y Transporte.
- Ruiz Ojeda, Alberto. “El Eurotúnel. La provisión y financiamiento de infraestructura pública en el régimen de concesión” Revista de Administración Pública N° 132.
- Sesin, Domingo J. “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”.
- Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael. “Infraestructura Pública y Participación Privada. Conceptos y Experiencias en América y España. CAF.