



Título: “Conexidad de contratos del Estado Nacional: el caso de los contratos de inversión pública ferroviaria con financiamiento externo asociado entre Argentina y China (2006-2019)”

Nombre y Apellido completo del tutor: Héctor Leonardo Pérez

Nombre y Apellido completo del tesista: Alejandro Ezequiel Coto

Título a obtener con la presentación de la tesis: Magíster en Derecho Administrativo

Facultad en la que se presenta: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sede Central)

Fecha: diciembre de 2020

Abstract

La tesis de este trabajo es que la aplicación del instituto de la conexidad contractual en la negociación de operaciones integradas por contratos de inversión pública y financiamiento fortalecería la posición del Estado Nacional y, fundamentalmente, mejoraría su cobertura ante la ocurrencia de contingencias en uno de los contratos que tuvieran implicancias en la ejecución o vigencia del otro contrato. Para su justificación, se analizan los casos de las operaciones de inversión pública ferroviaria y crédito público que celebró el Estado Nacional con empresas y entidades de la República Popular China entre 2006 y 2019.

Palabras clave

Contratos conexos – contratos del Estado Nacional – inversión pública – crédito público – régimen exorbitante

Índice

Índice.....	3
Resumen.....	¡Error! Marcador no definido.
Términos definidos.....	10
1. Introducción	13
1.1. Financiamiento externo de proyectos de inversión pública	13
1.2. Relación comercial en materia ferroviaria con la República Popular China....	14
2. Relevancia de la cuestión	15
2.1. Sometimiento de los contratos a derecho extranjero, con renunciaciones de inmunidad, y de la jurisdicción sobre las controversias derivadas a tribunales arbitrales con sede en el extranjero.	16
2.2. Sustanciación de las contrataciones por un régimen jurídico de excepción para las contrataciones públicas.....	17
2.3. Limitación general de las consecuencias jurídicas derivables del vínculo económico-funcional entre los contratos que beneficiaban al Estado Nacional y la reafirmación de las que beneficiaban a los contratistas y/o financistas.	18
2.4. Relevancia económica de los contratos integrantes de las operaciones	19
2.5. Ausencia de consideración por la práctica administrativa y la doctrina	19
3. Objetivo.....	20
4. Marco teórico	20
4.1. Marco teórico general.....	20
4.2. Marco teórico especial (estado del arte).....	21
4.2.1. Frustración del fin del contrato	22
4.2.2. Conexidad contractual.....	25
4.2.3. Aplicabilidad de institutos del Derecho Privado en el Derecho Administrativo	30
4.2.4. Extensibilidad de los elementos del acto administrativo a los contratos administrativos.....	32
4.2.5. Inextensibilidad del concepto de causa contractual del Derecho Privado al Derecho Administrativo	36
4.2.6. Contratos del Estado regidos por el Derecho Privado	37
4.2.7. Posición que este autor sostiene.....	39
5. Tesis	43
6. Metodología	43
6.1. Diseño de la investigación.....	43
6.1.1. Contratos Relevantados.....	44
6.1.2. Marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales entre la Argentina y China.	46
6.1.3. Perfil de los contratistas y las entidades financieras que contrataron con el Estado Nacional en los Contratos Relevantados, y relación con el Estado de la República Popular China.....	47

6.1.4.	Cláusulas de los Contratos Relevantes de inversión pública por las cuales se explicitaría su conexidad con los de financiamiento.	47
6.1.5.	Cláusulas de los Contratos Relevantes de financiamiento por las cuales se explicitaría su conexidad con los de inversión pública.	47
6.1.6.	Consideración de los Contratos Relevantes de inversión pública bajo derecho argentino.	49
6.2.	Fuentes de datos	50
7.	Desarrollo	51
7.1.	Marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales entre la República Argentina y la República Popular China.....	51
7.1.1.	Marco constitucional.....	51
7.1.2.	Período de las décadas de 1940 a 1970: Tratado de amistad y Convenio Comercial	51
7.1.3.	Período de la década de 1980: Convenio de cooperación económica y Protocolo adicional.....	52
7.1.4.	Período de la década de 1990: profundización de las relaciones entre la República Argentina y la República Popular China	53
7.1.5.	Período de las décadas de 2000 y 2010: asociación estratégica integral entre la República Argentina y la República Popular China.....	53
7.2.	Descripción del esquema de los contratos de inversión pública y de financiamiento relevados	61
7.2.1.	Perfil de los Contratos Relevados de inversión pública.....	61
7.2.2.	Perfil de los Contratos Relevantes de financiamiento.....	72
7.2.3.	Contrato de seguro de crédito a la exportación con China Export & Credit Insurance Corporation (SINOSURE).....	80
7.3.	Síntesis de las Cláusulas Relevantes	81
7.3.1.	Contrato de suministro de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas nros. 1, 2, 3 y 4, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10.....	82
7.3.2.	Contrato de suministro de locomotoras, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas nros. 1, 2 y 3, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas	

Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10	88
7.3.3. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrados entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y CITIC International Cooperation Company Limited (CITICICC), ratificados por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd. y China Construction Bank Corp. (CCB), y aprobado por el decreto n° 118/10	93
7.3.4. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 2° Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., y aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011	96
7.3.5. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011; y Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011	98
7.3.6. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, con su adenda, ratificados por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010, y su adenda aprobada por la decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014; y Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010	100
7.3.7. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), suscripto el 4 de diciembre de 2013 y ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017; y el Convenio de Crédito Comprador celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank	

Corp. e Industrial and Commercial Bank of China Ltd., suscrito el 25 de junio de 2012, con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014.....	104
7.3.8. Contrato para la Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca, celebrado entre el Ministerio de Transporte y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., aprobado por la decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2017; y el Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019	107
7.4. Relaciones de conexidad entre los Contratos Relevantes.....	111
7.4.1. Cláusulas de contratos de inversión pública por las cuales se explicitaría su conexidad con contratos de financiamiento	111
7.4.2. Cláusulas de los contratos de financiamiento por las cuales se explicita su conexidad con contratos de inversión pública	113
7.4.3. Ejemplos de los riesgos a los cuales se expone el Estado Nacional al estar excluida de las consecuencias jurídicas de la conexidad contractual	132
7.4.4. Frustración del fin del contrato	134
7.4.5. Derecho aplicable a los Contratos Relevantes	135
8. Conclusiones	143
8.1. Control de las empresas contratistas y entidades financieras que contrataron con el Estado Nacional por el Estado de la República Popular China.....	143
8.2. Coordinación entre las empresas contratistas y las entidades financieras.....	143
8.3. Relaciones de conexidad material o económica entre los Contratos Relevantes	145
8.4. Relaciones de conexidad jurídica entre los Contratos Relevantes	147
8.5. Epílogo	148
9. Anexos	151
9.1. Organización de los grupos societarios de las contratistas y su relación con el Estado del RPC	151
9.1.1. Organización de los grupos societarios de las contratistas y su relación con el Estado del RPC	151
9.2. Cláusulas Relevantes	152
9.2.1. Contrato de suministro de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas nros. 1, 2, 3 y 4, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10	152
9.2.2. Contrato de suministro de locomotoras, repuestos, herramientas,	

documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas nros. 1, 2 y 3, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10.	163
9.2.3. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrados entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y CITIC International Cooperation Company Limited (CITICICC), ratificados por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd. y China Construction Bank Corp. (CCB), y aprobado por el decreto n° 118/10.	173
9.2.4. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 2° Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., y aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011	185
9.2.5. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011; y Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011.	194
9.2.6. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, con su adenda, ratificados por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010, y su adenda aprobada por la decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014; y Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010	197

9.2.7.	Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), suscripto el 4 de diciembre de 2013 y ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017; y el Convenio de Crédito Comprador celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp. e Industrial and Commercial Bank of China Ltd., suscripto el 25 de junio de 2012, con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014.....	206
9.2.8.	Contrato para la Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca, celebrado entre el Ministerio de Transporte y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., aprobado por la decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2017; y el Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019	216
10.	Fuentes	226
10.1.	Bibliográficas y hemerográficas	226
10.2.	Contratos Relevados	230
10.3.	Jurisprudenciales.....	235
10.4.	Tratados, convenios, protocolos, memorandos y documentos derivados de la relación Argentina-China	236

COTO, Alejandro Ezequiel (2020) “Conexidad de contratos del Estado Nacional: el caso de los contratos de inversión pública ferroviaria con financiamiento externo asociado entre la República Argentina y la República Popular China (2006-2019)”

Términos definidos

Por “ADIFSE” se significa Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.

Por “AMBA” se significa el Área Metropolitana de Buenos Aires.

Por “APN” se significa Administración Pública Nacional, con el alcance establecido en el artículo 8°, inciso a, de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156.

Por “Bancos de Desarrollo” se significan las entidades financieras que tienen por objeto prestar capitales en condiciones financieras concesionales para facilitar la realización de proyectos de desarrollo económico-social de los países prestatarios (p.ej, BID, BIRF, CAF, FONPLATA).

Por “BCRA” se significa el Banco Central de la República Argentina.

Por “BID” se significa Banco Interamericano de Desarrollo.

Por “BIRF” se significa Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento.

Por “CAE” se significa el Cuerpo de Abogados del Estado, creado por la ley 12.954.

Por “CAF” se significa Banco de Desarrollo de América Latina (anteriormente, Corporación Andina de Fomento).

Por “CCB” se significa China Construction Bank Corporation.

Por “CCyCN” se significa el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994 con sus modificaciones.

Por “CCivN” se significa el anterior Código Civil de la Nación, aprobado por la ley 340 con sus modificaciones.

Por “CDB” se significa el China Development Bank Corporation.

Por “CITICICC” se significa CITIC International Cooperation Company Limited.

Por “Cláusulas Relevantes” se significan las cláusulas de los Contratos Relevados que fueron seleccionadas para la consideración de la posible existencia de relaciones de conexidad contractual.

Por “Cláusulas de Limitación” se significan las cláusulas de contratos de financiamiento por las que se negaba la posibilidad de que una controversia, incumplimiento o alteración en la vigencia de un contrato de inversión pública permitiera a la APN exceptuar el cumplimiento de obligaciones asumidas en el marco del referido contrato de financiamiento.

Por “CMEC” se significa China Machinery Engineering Corporation, sociedad estatal de la República Popular China.

Por “CPCCN” se significa el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 17.454 (t.o. 1981) con sus modificaciones.

Por “contratista” se significa la persona jurídica que celebró un Contrato Relevado de inversión pública con el Estado Nacional.

Por “Contratos Relevados” se significa a los contratos de inversión pública en materia ferroviaria y de financiamiento relacionados con aquellos que celebró el Estado Nacional con empresas y entidades de la República Popular China durante el Período Considerado.

Por “Contratos Relevantes” se significa a los Contratos Relevados que son considerados para el presente trabajo por contener términos que los relacionan expresamente con otro de los Contratos Relevados.

Por “Convención de Viena” se significa la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería* y el *Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, firmadas en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por la ley 22.765.

Por “Convenio Marco” se significa el Convenio marco de cooperación en materia económica y de inversiones, celebrado el 18.07.2014 y aprobado por la ley 27.122.

Por “Convenio Complementario” se significa el Convenio complementario de cooperación en materia de infraestructura, celebrado el 18.07.2014, en el marco del Convenio Marco.

Por “CNR” se significa CNR Company Limited.

Por “CRRC” se significa CRRC Company Limited.

Por “CRRCG” se significa CRRC Group Company Limited.

Por “CSJN” se significa la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por “CSR” se significa CSR Company Limited.

Por “Cuadro de Análisis” se significa el cuadro de doble entrada en el que se identifican los Contratos Relevados y sus Cláusulas Relevantes, y que integra al presente análisis como Anexo I.

Por “EXIMBANK” se significa el Export-Import Bank of China.

Por “ICBC” se significa el Industrial and Commercial Bank of China Limited.

Por “PByCP” se significa pliego de bases y condiciones particulares.

Por “Período Considerado” se significa al lapso temporal entre los años 2006 y 2019.

Por “PTN” se significa la Procuración del Tesoro de la Nación.

Por “RCAN” se significa el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, comprendido por el decreto delegado n° 1023 del 13 de agosto de 2001.

Por “Reglamento del RCAN” se significa el Reglamento del RCAN aprobado por el decreto n° 893 del 7 de junio de 2012 o por el decreto reglamentario n° 1030 del 16 de septiembre de 2016, según corresponda por la situación temporal involucrada.

Por “RPC” se significa la República Popular China.

Por “SINOSURE” se significa China Export & Credit Insurance Corporation.

Por “SOFSE” se significa Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado.

Por “USD” se significa dólares estadounidenses.

1. Introducción

1.1. Financiamiento externo de proyectos de inversión pública

La ejecución de los principales proyectos de inversión pública¹ de la Administración Pública Nacional (en adelante, la “APN”) necesita bienes o servicios del extranjero. La causa de esta necesidad es que los bienes requeridos no se producen en nuestro país, o se producen en cantidad insuficiente; o en que se requiere la aplicación de técnicas, insumos o máquinas que no existen o son escasos en nuestro país. Independientemente de las particularidades de cada caso, estos proyectos presentan un obstáculo común: su contratación en el mercado se acuerda en moneda extranjera (principalmente, dólares estadounidenses) porque nuestra moneda no se usa como unidad de cambio en operaciones internacionales.

Ahora bien, es un hecho público y notorio que la balanza de pagos nacional ha tenido desequilibrios recurrentes en durante las últimas décadas, los cuales se han reflejado en la evolución y cumplimiento irregular de nuestra deuda pública externa. La insuficiencia de las divisas genuinas generadas en nuestras cuentas nacionales para costear las salientes ha implicado que los proyectos de inversión pública con mayor incidencia de bienes o servicios extranjeros hayan dependido frecuentemente de la obtención de recursos financieros derivados de empréstitos o contratos de financiamiento con el sector externo (GORDILLO, 2013: 421).²

Por otra parte, los referidos incumplimientos de la deuda pública (externa) han implicado reducciones sustanciales del crédito público³ (externo) de la Nación. En estos

¹ La Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública N° 24.354 define como “inversión pública” a “[l]a aplicación de recursos en todo tipo de bienes y de actividades que incrementen el patrimonio de las entidades que integran el sector público nacional, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios” (art. 2°).

² Al respecto, GORDILLO (2013) apunta que “[u]na de las primeras circunstancias que lleva a aquella situación es la insuficiencia tanto de capitales internos como, en consecuencia, de la disponibilidad del crédito público interno [...]. En el caso del financiamiento interno, parece poco probable que el crédito privado pueda ser suficiente para solventar grandes obras públicas; en cuanto al crédito público, él no puede hallarse por la vía de los bancos provinciales, cuyas cartas orgánicas, por lo general, suelen tener cláusulas prohibitivas de la efectivización de créditos a los entes estatales nacionales, provinciales o municipales. Igual prohibición encontramos en el Banco de la Nación Argentina [...]. Por su parte, las empresas públicas generalmente adolecen de una deficiente estructura financiera y no cuentan por ello con recursos propios para atender a las necesidades de su expansión, debido en parte a decisiones de política económica del gobierno central, en el sentido de que los usuarios no costeen íntegramente el servicio y su crecimiento” (pp. 421-422).

³ Según la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, el “crédito público” es “la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos” (art. 56).

casos, nuestras fuentes de crédito externo⁴ se han limitado principalmente a los Bancos de Desarrollo que integra el Estado Nacional (BID, BIRF, CAF, FONPLATA, etc.)⁵ y, excepcionalmente, a algunos bancos extranjeros.⁶ En especial, la participación de estos últimos en el financiamiento de proyectos de inversión pública cuando el crédito público externo nacional estaba fuertemente restringido ha coincidido con la aplicación de una política exterior orientada a fortalecer las relaciones comerciales de la República Argentina con países del hemisferio oriental y, en especial, con la República Popular China.⁷

1.2. Relación comercial en materia ferroviaria con la República Popular China

La cooperación en materia ferroviaria es uno de los ejes de la relación comercial entre la República Argentina y la República Popular China. Sus términos están explicitados en los acuerdos y declaraciones bilaterales en los últimos quince años, algunos de los cuales incluso tienen jerarquía suprallegal de conformidad con nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).⁸ De esta manera, en el período comprendido entre los años 2006 y 2019 (en adelante, el “Período Considerado”), el Estado Nacional celebró doce contratos de inversión pública adjudicados directamente a contratistas chinos por un monto total de USD 4.647.107.367;⁹ y seis contratos de financiamiento con entidades chinas por un monto total de USD 3.008.702.748 afectado específicamente a algunos de los proyectos antes referidos.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, los contratos de inversión pública considerados son especiales. En primer lugar, por el procedimiento administrativo sustanciado para su celebración, pues siete de los ocho considerados fueron adjudicados directamente y sin que se aplicaran los principios generales establecidos en el Régimen

⁴ Según la ley 24.156, la “deuda externa” es “aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible fuera de su territorio” (art. 58, párr. 2°).

⁵ Las operaciones de crédito público con estos organismos multilaterales de crédito en los que la Nación participa tienen la particularidad de estar exceptuados del requisito de estar autorizadas por la ley de presupuesto del ejercicio en cuestión o ley especial (art. 60, ley 24.156).

⁶ Esta referencia a bancos extranjeros está concebida especialmente en atención a los casos que son objeto de análisis en el presente trabajo.

⁷ Cfr. acápite 7.1.5. En cualquier caso, se advierte un significativo aumento de la cantidad y significación de estos acuerdos durante el período en cuestión.

⁸ Ver el Convenio Marco de Cooperación en Materia Económica y de Inversiones, suscripto en la Ciudad de Buenos Aires el 18 de julio de 2014 entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China y el Convenio Complementario de Cooperación en Materia de Infraestructura, suscripto esa misma fecha entre las mismas partes, aprobados por la ley 27.122.

⁹ Este monto resulta del cómputo de sus respectivas enmiendas y la consideración de todos contratos de inversión pública ferroviaria celebrados con empresas chinas, independientemente de que tales contratos contasen con financiamiento chino.

de Contrataciones de la Administración Nacional (“RCAN”). Segundo, por el régimen jurídico aplicable, porque cinco de los ocho considerados fueron sometidos a derecho extranjero (tres al de Hong Kong y dos al de Inglaterra). Tercero, por el mecanismo de resolución de controversias, pues la jurisdicción fue prorrogada a favor de tribunales arbitrales extranjeros en siete de los ocho contratos de inversión pública considerados. Sin embargo, más allá de estos aspectos infrecuentes para contratos de inversión pública, el interés en éstos reside en que se relacionaban de una manera particular con ciertos contratos de financiamiento por línea de crédito con entidades financieras de la República Popular China, de modo tal que (a) la entrada en efectividad del contrato de inversión pública estaba condicionada al perfeccionamiento o entrada en vigencia del contrato de financiamiento; (b) el financiamiento derivado del contrato de financiamiento estaba expresamente afectado al pago del contrato de inversión pública; (c) los fondos del financiamiento eran transferidos directamente del financista al contratista del contrato de inversión pública; (d) la terminación anticipada, incumplimiento o modificación del contrato de inversión pública sin el consentimiento del financista implicaba el incumplimiento del contrato de financiamiento y autorizaba la aceleración de sus plazos; y (e) la tasa de interés del contrato de financiamiento era más beneficiosa que la que el Estado Nacional podía conseguir en el mercado financiero internacional según su crédito público externo.¹⁰

2. Relevancia de la cuestión

La relevancia de la cuestión abordada consiste en la posibilidad de que el Estado Nacional pueda fortalecer su posición negocial en las operaciones de cooperación internacional construidas a partir de contratos de inversión pública y de financiamiento vinculados en términos económico-funcionales, en especial cuando sean celebradas con empresas y entidades financieras chinas. Al respecto, se plantea que una concepción integrada de los contratos considerados evidenciaría una necesidad de mayor claridad de ciertas cláusulas para la limitación y reducción de los riesgos asumidos por el Estado Nacional en tales operaciones; y, asimismo, su conveniencia de vincular las contingencias posibles entre los contratos y sus consecuencias jurídicas.

Como se señalara anteriormente, el objeto de análisis son los contratos de inversión

¹⁰ Cfr. acápite 7.4.2.1.

pública ferroviaria y sus correspondientes contratos de financiamiento celebrados por el Estado Nacional con empresas y entidades financieras chinas entre 2006 y 2019. A pesar del interés público nacional involucrado en la relación jurídico-institucional con la República Popular China, nuestra doctrina administrativista no ha abordado esta cuestión ni las singulares características de los contratos derivados de aquélla. Entre las características advertidas, se destacan especialmente (a) el sometimiento de los contratos a derecho extranjero, con distintas renunciaciones de inmunidad, y el de las controversias derivadas a tribunales arbitrales con sede en el extranjero; (b) la sustanciación de las contrataciones por un régimen jurídico de excepción para las contrataciones públicas; (c) la limitación general de las consecuencias jurídicas derivables de los vínculos económico-funcionales entre los contratos que beneficiaban al Estado Nacional y la reafirmación de aquéllas que beneficiaban a los contratistas y/o financistas; y (d) la relevancia económica de los contratos integrantes de las operaciones.

2.1. Sometimiento de los contratos a derecho extranjero, con renunciaciones de inmunidad, y de la jurisdicción sobre las controversias derivadas a tribunales arbitrales con sede en el extranjero.

En primer lugar, los contratos de inversión pública y de financiamiento considerados estaban mayoritariamente sometidos al derecho extranjero. Más precisamente, todos los contratos de financiamiento fueron sometidos a las leyes de Inglaterra y preveían distintas renunciaciones de inmunidad del Estado Nacional; mientras que tres de los contratos de inversión pública fueron sometidos a las leyes de Hong Kong (región administrativa especial de la República Popular China) y dos de ellos, también a las leyes de Inglaterra.¹¹ Asimismo, la jurisdicción sobre las controversias de siete de los ocho contratos de inversión pública considerados y de todos los de financiamiento fue sometidas a tribunales arbitrales con sede en el extranjero.

En comparación con la interpretación del derecho nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales, el derecho extranjero y la jurisdicción arbitral implican un mayor grado de incertidumbre en cuanto a la eventual resolución de conflictos sobre las implicancias de las cláusulas contractuales y las normas supletorias aplicables. En atención a ello, y si bien esta consideración es extensible a todos los contratos, se considera que la claridad de los términos de estas operaciones y el mejor entendimiento

¹¹ Cfr. acápite 7.4.5.

de su diseño eran elementos especialmente necesarios para la reducción de los riesgos que asumía el Estado Nacional en aquéllas.

En relación con este punto, podría considerarse que la aplicabilidad del derecho extranjero a los Contratos Relevantes es un obstáculo sustancial para la tesis planteada. Aquí se sostiene una posición contraria: la ausencia de previsiones expresas en relación con la conexidad de los Contratos Relevantes es el factor que libera la cuestión a las normas supletorias del derecho aplicable correspondiente, mientras que el acuerdo expreso sobre la base de la conexidad permitiría regular con un mayor grado de predictibilidad. De hecho, como se señalará en el desarrollo, en los contratos de financiamiento se prevén cláusulas negatorias de los efectos potencialmente beneficiosos para el Estado Nacional y afirmativa de los beneficiosos para las entidades financieras chinas.

Por otra parte, si bien este sometimiento a derecho extranjero conllevó la sustracción de los contratos de inversión pública del régimen exorbitante de derecho público, la construcción de la voluntad del Estado Nacional siempre se rigió por nuestro Derecho Administrativo,¹² que comprende a los principios de nuestras normas administrativas. De esta manera, la inaplicación del régimen exorbitante no absuelve al Estado Nacional de su deber de tutela de los intereses públicos atendidos por aquél, en aplicación de los principios “economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos” de la ley 24.156 y de “eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado” del RCAN. De la misma manera que el Estado Nacional debería ejercer las prerrogativas pertinentes en el marco del régimen exorbitante de Derecho Público para la tutela de los intereses públicos comprometidos, debe extremar (aún más) los recaudos fuera de ese régimen para lograr esa misma satisfacción. Así, se plantea que la conexidad contractual es relevante en el marco de estas operaciones sometidas a derecho extranjero porque es un instituto útil para suplir la indisponibilidad del régimen exorbitante de Derecho Público para la tutela de intereses públicos en determinadas circunstancias.

2.2. Sustanciación de las contrataciones por un régimen jurídico de excepción para las contrataciones públicas.

¹² Cfr. acápite 4.2.6.

En segundo lugar, la contratación de siete de los ocho contratos de inversión pública se sustanció por un régimen jurídico de excepción para las contrataciones públicas, y el caso restante también fue perfeccionado por adjudicación directa.¹³ A partir de la calificación de los contratistas como sujetos *estatales*,¹⁴ el Estado Nacional consideró tácitamente que la mayoría de los procedimientos excedían al ámbito de aplicación del RCAN (art. 5º, inc. c)).¹⁵ Ante la inaplicación de procedimientos abiertos y competitivos de selección de contratistas y la existencia de un interés público manifiesto en relación con la eficacia y eficiencia de la administración de los recursos públicos,¹⁶ se insiste en el deber del Estado Nacional de extremar de los recaudos tendientes a la tutela de tales intereses y la minimización de los riesgos jurídicos asumidos.

Por el contrario, la inaplicación del RCAN a los contratos de financiamiento era manifiestamente procedente por constituir operaciones de crédito público (art. 5º, inc. d)).¹⁷⁻¹⁸

2.3. Limitación general de las consecuencias jurídicas derivables del vínculo económico-funcional entre los contratos que beneficiaban al Estado Nacional y la reafirmación de las que beneficiaban a los contratistas y/o financistas.

¹³ La excepción a esta afirmación es el contrato de adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca celebrado con CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd. en los términos del RCAN (art. 25, inc. d, ap. 3). Si bien hay otros contratos de inversión pública considerados que fueron celebrados bajo derecho argentino, ninguno habría sido el resultado de un procedimiento de contratación regido por el RCAN de conformidad con la motivación explicitada en los actos administrativos por los que fueron aprobados.

¹⁴ Cfr. acápite 7.2.1.2.

¹⁵ Esta interpretación es coherente con la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación de que las sociedades controladas “-aún regidas por el derecho privado- no dejan de ser estatales” (*Dictámenes* 301:49); y armónica con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que “el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública” (*Fallos*: 311:750).

¹⁶ En este sentido, la ley 24.156 tiene el objetivo de “[g]arantizar la aplicación de los principios de [...] economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos” (art. 4º, inc. a)); y, similarmente, el RCAN tiene el objetivo de “que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades [...] al menor costo posible [...], coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad” (art. 1º) y recepta el principio de “eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado” (art. 3º, inc. a).

¹⁷ De conformidad con la ley 24.156, la contratación de préstamos constituye una operación de crédito público (art. 57, inc. c)).

¹⁸ Respecto de estos contratos de préstamo, GORDILLO (2013) señala que “[e]l contrato es público, y con ello se aplica el derecho internacional público, cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional o con otro Estado. El segundo caso es poco común, ya que cuando un Estado oficialmente otorga créditos a otros Estados, suele hacerlo a través de institutos descentralizados [...], con lo cual, en la interpretación vigente, también cae dentro de la órbita del derecho internacional privado y del derecho privado pertinente” (p. 422).

Una tercera regularidad de siete de los ocho contratos de inversión pública y de todos los de financiamiento era la limitación de las consecuencias jurídicas derivables del vínculo económico-funcional entre aquéllos que beneficiaban al Estado Nacional en determinados casos, y su reafirmación cuando eran beneficiosas para los contratistas o financistas. Estos términos contractuales implicaban una negación de la relación causal de la celebración de tales contratos ante la ocurrencia de contingencias que pudieran obstar a la finalidad de la operación, a pesar de que los contratos condicionaban su entrada en vigencia o la exigibilidad de alguna de sus principales prestaciones a la verificación de hechos relativos a la celebración, cumplimiento o vigencia de los contratos respectivos.

2.4. Relevancia económica de los contratos integrantes de las operaciones

En cuarto lugar, los contratos en cuestión eran relevantes por la magnitud de las prestaciones involucradas, por su relación directa o indirecta con el crédito público externo de la Nación, y porque los contratistas y los financistas eran sujetos finalmente controlados por el Estado de la República Popular China, que es uno de los socios comerciales principales de la República Argentina. Estas circunstancias tornaban potencialmente costoso a cualquier abordaje adversarial y/o heterocompositivo de las controversias que pudieran derivarse de tales operaciones, por lo cual se considera nuevamente que la claridad de sus términos y el mejor entendimiento de su diseño eran elementos especialmente necesarios para la reducción de los riesgos que asumía el Estado Nacional en tales operaciones.

En este sentido, la dificultad de que las eventuales controversias sean abordadas de manera adversarial por el fuerte involucramiento de factores políticos en este tipo de contratos no obsta a que puedan contrastarse las deducciones planteadas en atención a la diferencia que existe entre el ser y el deber ser jurídico a partir del marco teórico adoptado (acápito 4.1).¹⁹

2.5. Ausencia de consideración por la práctica administrativa y la doctrina

Otro factor constituyente de la relevancia del problema planteado es que la APN no consideró (al menos, expresamente) la conexidad contractual de sus contratos de

¹⁹ Según Kelsen (2009), “la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser” (p. 55). En consecuencia, el análisis jurídico a realizarse es independiente de la solución práctica que hubiera ocurrido en el caso de que las eventuales controversias se hubieran resuelto jurídicamente, es decir, en la dimensión del ser por jurisdicción arbitral; sin perjuicio de que, se insiste, tal solución pudiera ser indicativa de la norma (deber ser) que regulase la cuestión del caso.

inversión pública ferroviaria y de crédito público externo con empresas y entidades de la República Popular China por un monto financiado total de aproximadamente USD 2.924.000.000 durante el Período Considerado, en el marco de sus procesos de negociación. Accesoriamente, se advierte que nuestra doctrina tampoco ha analizado específicamente esta cuestión o estos contratos. Por el contrario, los términos de los Contratos Relevantes (y, en especial, los de financiamiento) son coincidentemente indicativos de que las empresas y entidades financieras chinas sí negociaban en consideración de esta cuestión con interés de que el Estado Nacional no pudiera aprovechar las consecuencias jurídicas de la conexidad económico-funcional de los Contratos Relevantes.

En cualquier caso, esta inadvertencia expresa del problema por el Estado Nacional y la doctrina especializada es suficiente para afirmar que la tesis planteada es novedosa y, en consecuencia, su desarrollo constituye un aporte exploratorio útil en la materia, al menos, en la medida de que se continúen celebrando operaciones análogas a las consideradas.

3. Objetivo

El objetivo de este estudio es analizar la posibilidad de fortalecer la posición negocial del Estado Nacional con la consideración y eventual aplicación del instituto de la conexidad contractual, originario del Derecho Privado, a partir del análisis de los contratos de inversión pública ferroviaria y de financiamiento vinculados que celebrara con empresas y entidades financieras de la República Popular China entre 2006 y 2019.

4. Marco teórico

4.1. Marco teórico general

En primer lugar, las consideraciones del presente trabajo se fundan en dos tipos básicos de elementos: (a) elementos²⁰ jurídicos estatales (tratados, leyes, reglamentos, actos administrativos, acuerdos bilaterales, decisiones judiciales y opiniones de órganos

²⁰ Se utiliza el término “elemento” en lugar de “enunciado” a partir del entendimiento de que los principios jurídicos e, incluso, determinadas costumbres integran los sistemas jurídicos sin que aquéllos necesariamente califiquen como enunciados.

autorizados)²¹; y (b) enunciados sobre tales elementos jurídicos estatales (doctrina académica). Esta distinción tiene por propósito aclarar el valor epistémico diferente que se le atribuye a estas “fuentes del derecho”, dado que sólo los primeros son pasibles de una validez inmediata por integrar el sistema jurídico o ser derivados directos de éste.²² Sin embargo, esto no obsta a que el significado de los segundos pueda significar una descripción adecuada (y/o útil) de aquel sistema, sus elementos y derivados, o sus respectivas implicancias. Por esta razón, la presente tesis se funda sustancialmente en elementos jurídicos estatales, sin perjuicio de que sean consideradas las posiciones relevantes de la doctrina.

En segundo lugar, se advierte que los elementos jurídicos estatales considerados son el producto de actos positivos —es decir, ocurridos en un determinado tiempo y espacio—²³ y reflejan valores políticos en un contexto determinado. Aunque se refiera ocasionalmente a esta dimensión político-económica para contextualizar o significar algunos aspectos del tema abordado, se aclara que el marco teórico general (positivista) adoptado excluye la admisibilidad de consideraciones extrajurídicas en el presente desarrollo y, en especial, sobre las políticas nacionales o internacionales impulsadas por los gobiernos que actuaron en el Período Considerado.²⁴

4.2. Marco teórico especial (estado del arte)

A partir del marco teórico general adoptado, en este acápite se presentan posiciones doctrinarias sobre conceptos principales relativos a la tesis. Dado que el desarrollo está estructurado como un abordaje exploratorio por análisis de casos, las referencias a estas posiciones abstractas no se reiterarán, sino que serán principalmente replanteadas por remisión a los acápites correspondientes. Asimismo, se recuerda que los contratos y operaciones en cuestión son particulares y no han sido analizados por nuestra doctrina administrativista; y que, por esta razón, los enunciados relevados no fueron concebidos para aquéllos sino para contratos más típicos o habituales del Estado.

²¹ Por estos órganos autorizados se significa, por ejemplo, la PTN y la Oficina Nacional de Contrataciones.

²² Dentro de esta segunda subcategoría ubicaríamos los elementos jurídicos estatales que carecen de carácter normativo (por ejemplo, actos administrativos, acuerdos bilaterales con naturaleza declarativa, entre otros).

²³ En el caso de los principios jurídicos, en este trabajo se parte del entendimiento de que aquéllos son el reflejo *a posteriori* de lineamientos estructurales de un sistema jurídico. Sin perjuicio de esta definición, se advierte que esta posición no es sustancialmente relevante para presente desarrollo.

²⁴ En este sentido, la posición es análoga a la que afirma la PTN en cuanto a su abstención de opinar sobre cuestiones económicas, de equidad, oportunidad, mérito o conveniencia (*Dictámenes* 115:224; 159:246; 167:046; 172:036; 204:047; 206:218; 210:11; 213:105; 231:36, 59, 99 y 165; 241:312; 246:559) y cuestiones técnicas (*Dictámenes* 204:259; 105:120; 125:275; 133:104; 159:246) por exceder su competencia funcional.

En primer lugar, se introducen los institutos de la frustración del fin del contrato y la conexidad contractual. Las cuestiones subsiguientes atienden a la aplicabilidad de tales institutos originalmente iusprivatistas a contratos del Estado Nacional desde distintos ángulos: (a) la aplicabilidad de institutos del Derecho Privado en materias regidas por el Derecho Administrativo; (b) la extensibilidad de los elementos del acto administrativo a los contratos administrativos, y la inextensibilidad del concepto de causa de los contratos privados a los actos administrativos; y (c) la posibilidad de que el Estado Nacional celebre contratos regidos por el Derecho Privado, lo cual eventualmente podría implicar la aplicabilidad directa del instituto de verificarse sus presupuestos.

4.2.1. Frustración del fin del contrato

Según nuestra tradición legislativa, el contrato es un acto voluntario por el cual dos o más personas acuerdan crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. En cuanto tal, el contrato presupone que las partes decidieron actuar cuando podían no hacerlo, sin coerción física ni psicológica (libertad); y que actuaron en el sentido que se propusieron (intención) según el entendimiento de sus circunstancias, posibilidades e intereses (discernimiento). A partir de estos términos, como apunta PAPAYANNIS (2006), la obligatoriedad de los contratos se justifica en que reflejan la voluntad de las partes de comprometerse a realizar ciertos actos y aceptar que la coerción pueda ser utilizada en caso de incumplimiento (p. 107).

La imposibilidad de conocer la intención subjetiva interna o real de las partes no implica un problema práctico porque se presume que aquélla se corresponde con la intención objetiva o razonablemente manifestada en el contrato (BARNETT, 1986 [2006]: 129). No obstante, esa intención subjetiva prevalece sobre la manifestada cuando puede probarse su discrepancia en pos de preservar la integridad moral (*id.*), ya que —como se apuntó— este componente justifica el ejercicio de coerción legal para la ejecución del contrato ante el incumplimiento (p. 130).

En la teoría del contrato, las posiciones sobre el lugar de la finalidad de las partes comúnmente se clasifican en causalismo, anticausalismo y neocausalismo (GARAVENTA y MANÍN, 2012). Según el causalismo, las motivaciones individuales de las partes deben ser separadas del elemento causa (a secas). Para los anticausalistas, corresponde negar la existencia de una causa-fin y afirmar que está subsumida dentro del objeto, el consentimiento y la causa-eficiente de la obligación. Finalmente, en línea con el neocausalismo, corresponde atribuir un contenido teleológico a la finalidad del negocio

jurídico y vincularlo con la finalidad de las partes al contratar. Dada la posición positivista asumida como marco teórico de esta tesis, se prescinde de estos debates y se circunscribe su abordaje a la determinación del reconocimiento doctrinario de la causa-fin (o finalidad) como un elemento esencial del contrato, con sus alcances e implicancias, y la posición de nuestra legislación al respecto.

Si bien la independencia de la finalidad como elemento esencial de los contratos ha sido debatida en nuestro país como consecuencia del tratamiento asistémico que se le confería en el anterior Código Civil de la Nación (en adelante, “CCivN”), autores como GASTALDI (2015), GREGORINI CLUSELLAS (2015) y LEIVA FERNÁNDEZ (2015) afirman la recepción de la causa fin como “razón de ser” del contrato en sus artículos 500 a 502, de los cuales resultaban los principios causalistas de que “no hay obligación sin causa” (art. 499), la presunción de su existencia (art. 500), que “la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera” (art. 501) y que la obligación fundada en una causa ilícita (contraria a las leyes o al orden público) es de ningún efecto (art. 502).

El entendimiento apuntado en relación con la posición del CCivN era dominante en la doctrina, tal como se reflejó en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1991)²⁵ donde se concluyó de *lege lata* por mayoría que “[l]a frustración del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio”, y que “[l]a teoría de la “frustración” debe distinguirse de la imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, o del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria, en razón de tratarse de un instituto autónomo”. Asimismo, se concluyó que los presupuestos de su admisibilidad son (a) la existencia de un contrato válidamente constituido, (b) la existencia de un acontecimiento anormal; sobreviniente; ajeno a la voluntad de las partes; que no haya sido provocado por ninguna de ellas; que no haya sido generado en la mora de ellas; que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca interés o utilidad en la subsistencia del contrato; y (c) que la causa debe haber sido declarada en el “campo” jurídico, conocida y aceptada por las partes.

En cuanto a su ámbito de aplicación, en las mismas jornadas se concluyó que la

²⁵ Consultado en [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-17-XIII-Jornadas-1991.pdf] el 08.10.2020.

frustración del fin del contrato se desenvuelve en el marco de los contratos bilaterales, de ejecución diferida o de tracto sucesivo; y que su efecto es la desaparición de la causa, que sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. En cuanto a los efectos de esta acción, la posición aprobada por mayoría es que importa que (a) las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; y (b) las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes. Finalmente, se consideró que no es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o a ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural (la causa) que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda.

En el mismo sentido que las conclusiones de *lege ferenda* por mayoría de las jornadas de referencia, por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyCN”) se establece que “[l]a frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra” (art. 1090). Como consecuencia de esta resolución, “las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir” (art. 1080); y esta restitución debe ser recíproca y simultánea, mientras que las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación (art. 1081).

De esta manera, GASTALDI (2015) y LEIVA FERNÁNDEZ (2015) distinguen a la frustración del fin del contrato de otros institutos con algún grado de similitud. En primer lugar, se diferencia del *caso fortuito y fuerza mayor* porque el cumplimiento de la prestación en éstas es materialmente imposible mientras que en aquélla es posible pero inútil para la volición del acreedor porque no satisface el interés perseguido al contratar y, en consecuencia, su fin no se cumplirá. Segundo, se distingue de la *excesiva onerosidad sobreviniente*, ya que en ésta se afecta la magnitud de la prestación y se torna gravosa su ejecución, alterándose el equilibrio del sinalagma contractual pero siendo aún útil la prestación para el acreedor; mientras que en la frustración del fin del contrato se afecta la

causa en los términos antes señalados. Por su parte, la *condición resolutoria* y el *incumplimiento de un plazo esencial* tienen una naturaleza jurídica diferente, ya que éstas son modalidades de las obligaciones contractuales que deben pactarse expresamente; mientras que aquélla una vicisitud de la causa fin, que es un requisito esencial para la existencia del contrato.²⁶

En el nuevo marco normativo, VERGARA (2020) opina la frustración del fin del contrato también permitiría su readecuación. Si bien reconoce que el artículo 1090 del CCyCN no menciona la readecuación, afirma que el cocontratante podría oponerse a la comunicación de extinción por frustración del fin con una propuesta de su readecuación. Sus argumentos son que (a) no hay una prohibición de readecuación expresa, tácita o implícita en el ordenamiento jurídico; (b) el artículo 1010, último párrafo, del CCyCN reconoce el derecho de renegocia; y (c) el principio de conservación del contrato afirmado en el artículo 1066 del CCyCN, que admite la posibilidad de mantener el contrato y que, en su caso, admitiría implícitamente la conservación a través de una readecuación. Por el contrario, en línea con la posición tradicional señalada, LEIVA FERNÁNDEZ (2015) sostiene que “[l]a resolución del contrato constituye la única reacción posible” —efecto que distinguiría a la frustración del fin del contrato de la excesiva onerosidad sobreviniente— y que “[l]a adecuación parcial del contrato que implique sustituir, aunque sea parcialmente la causa fin, importa [...] una novación”.

4.2.2. Conexidad contractual

El concepto de conexidad contractual era extraño a la doctrina civilista clásica y al original CCivN. De hecho, era contrario a su limitación de los efectos contractuales en relación con terceros (arts. 1195 y 1199).²⁷ Como derivación de estas disposiciones, el concepto general tradicional era que los contratos con partes diferentes eran independientes y autónomos. Sin embargo, la realidad económica hizo que esta cuestión se introdujera en los estudios de la doctrina académica dedicada al Derecho Privado, con mayor énfasis desde mediados de la década de los años 90 a partir de la regulación y

²⁶ Sin embargo, se advierte la posibilidad de que los supuestos de frustración de fin del contrato sean pactados como términos de condición resolutoria del contrato; y que sus efectos son diferentes, ya que la condición resolutoria opera como si el contrato nunca hubiere existido, y la frustración implica la subsistencia de los efectos cumplidos (LEIVA FERNÁNDEZ, 2015). Asimismo, el incumplimiento de un plazo esencial implica el efecto de otorgar al acreedor el derecho a reclamar el resarcimiento del daño sufrido, mientras que si se frustra o malogra la causa fin no nace el derecho a resarcir, siempre que se reúnan los restantes recaudos del instituto (*id.*).

²⁷ “Los contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195, CCivN) y “no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos” (art. 1199, CCivN).

profundización del estudio de las relaciones de consumo. Así, la conexidad contractual pondría en crisis este principio decimonónico del efecto relativo de los contratos, complementario del principio de autonomía de la voluntad (NICOLAU, 1997: 10).

En cuanto a su concepto, LÓPEZ FRÍAS (1994) afirma que “se está ante el fenómeno de la conexidad contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante” (p. 273). Así, la construcción jurídica subyacente a los contratos conexos se compondría de (a) pluralidad de contratos y (b) vinculación funcional fundada en su naturaleza o finalidad global.

En esta línea, DE LORENZO y TOBIÁS (1996) afirman que un negocio jurídico, “además de cumplir con su finalidad (objetiva) inmediata, se integra con una finalidad (subjetiva) concreta y específica, consistente en el carácter determinante que otro negocio jurídico adquiere para su celebración” y que, de esta manera, “un negocio jurídico determinado, por virtud de un interés común a las partes, se proyecta en el otro negocio, como un móvil causalizado”. A tal efecto, se requeriría que (a) uno de los negocios (o ambos recíprocamente) haya sido considerado determinante para la celebración del otro —es decir que desde una apreciación objetiva no se habría celebrado el contrato de no haber sido en consideración de dicho móvil negocial—, y (b) la finalidad concreta que determinó la contratación (el otro negocio) debe inexorablemente haber sido común para ambas partes —es decir, exteriorizada y conocida por el cocontratante, quien debió admitir que aquélla fuese elemento esencial del acto— (p. 8). Para consolidar esta construcción, afirman que “la causa, como elemento catalizador de la unidad o pluralidad negocial, posibilita aprehender —con visión de conjunto— la homogeneidad de los intereses conglobados dentro de una estructura negocial atípica aun en presencia de una multiplicidad de prestaciones y efectos jurídicos” y que “la noción de causa cuenta con una mayor amplitud con respecto al criterio de las “relaciones entre las prestaciones”, el cual se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema [...] puede ir, indudablemente, más allá de éstos. De todas maneras, no median obstáculos para asignarle [...] a la conexión objetiva de las prestaciones, o a la subordinación funcional entre ellas, el carácter de índice de una eventual unidad de causa [...] si se considera que la causa está caracterizada como el propósito recíproco y común de las partes de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestaciones supuestos desde la celebración del negocio” (p. 4). De esta manera, la conexidad resultaría “a) De la incidencia de un [...

contrato] en el nacimiento del otro o en la determinación de su contenido [...]. b) En la incidencia del uno en la modificación del otro [...] o en su extinción (revocación en los unilaterales y rescisión en los bilaterales) [...]. c) De la función que le cabe a uno respecto del otro: en esta categoría se pueden incluir los denominados negocios auxiliares o secundarios —en contraposición a los principales— [...]. También es posible incluir en esta subclasificación aquellos negocios ligados por sus efectos —combinados en sus efectos— sin que se pueda afirmar que se encuentran en una relación de accesoriedad o subordinación entre sí” (p. 6).

NICOLAU (1997) clasifica la conexidad contractual en distintas categorías. En primer lugar, distingue la conexidad *genética* —cuando los tipos estructurales nacen simultáneamente y vinculados— de la *funcional* —propia de negocios que, habiendo nacido en diferente tiempo y aislados, en un momento de su ejecución quedan vinculados— a partir de la simultaneidad (o no) del perfeccionamiento de los contratos, con el interés de determinar el modo de propagación de las vicisitudes de uno a otro (pp. 13-14). Segundo, a partir de la fuente, distingue la conexidad *legal* —prevista en una norma de derecho positivo—, la *convencional* —resultante de la voluntad de las partes—, y la *económico-funcional* —vinculación en la mera realidad social, sin que produzca efectos jurídicos— (p. 14). En tercer lugar, advierte la posibilidad de que la conexidad sea *unilateral* “cuando el nexo entre los negocios es de una sola de las partes”, o *bilateral* o *plurilateral* “cuando las [...] partes del negocio son idénticas” (*id.*). Finalmente, diferencia la *conexión interna* —que une a los contratos mediante alguno de sus elementos— de la *conexión externa* —resultante de la mera unión formal de los contratos, implicada por su materialización en un mismo instrumento— (*id.*).

Por su parte, FRUSTAGLI (1997) define como elemento tipificante de la conexidad contractual a “causa fin común entre los contratos en cuestión”, la cual solamente podría realizarse por la ejecución conjunta de aquéllos (p. 46). Asimismo, al diferenciarla de la causa motivo que cada una de las partes individualmente tiene al contratar, se implica que esta causa fin tiene un carácter objetivo (*id.*).

Similarmente, LORENZETTI (1999) reconoce la posibilidad de que exista “un negocio único que se desmiembra en distintos contratos”; y, a partir de lo que califica como “un abordaje objetivo basado en la noción de causa” (p. 53), explica que “[e]n la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son

partes de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad económico-social que trasciende a la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta a todo el sistema y no un solo contrato” (p. 63). Esta finalidad económico-social sería la razón económico-jurídica o práctico-social con carácter objetivo que las partes persiguen mediante la celebración del negocio jurídico y el proceso económico que implica su ejecución (p. 23). Nuevamente, esta finalidad objetiva se distingue de la “finalidad individual que persiguen las partes, y para cuya apreciación hay que investigar caso por caso e internarse en la particularidad de cada vínculo” (*id.*). Por otra parte, la forma en que los efectos de la conexidad se propagan depende de que ésta sea unilateral —donde un contrato es accesorio de otro principal— o recíproca —donde los contratos son dependientes entre sí por una operación económica— (p. 56).

Esta concurrencia de las posiciones doctrinarias se reflejó en XVII Jornada Nacional de Derecho Civil de 1999 (Santa Fe),²⁸ dado que en aquélla se concluyó que “[h]abrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio”. A partir de este concepto, se sostuvo que “[l]os contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen”; y que “[l]a conexidad relevante tiene por efecto que la ineficacia o vicisitudes padecidas por uno de los contratos, pueda propagarse a los restantes contratos determinantes del negocio único”. En consecuencia, la conexidad implicaría “una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a los terceros, otorgando acciones directas, aún en ausencia de previsión expresa”.

Al analizar la recepción normativa de este instituto en el CCyCN, CHOMER y SÍCOLI (2015) afirman que “[l]a pluralidad contractual conectada por una finalidad común previamente establecida y a cuya consecución tienden todos los vínculos, se caracteriza por esa atadura o ligazón inescindible, por la cual, si bien cada contrato es aparentemente autónomo, en rigor, existe o se ha celebrado teniendo en miras a otro contrato usualmente

²⁸ Cfr. [<http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/89-1999-xvii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-del-litoral>]. De hecho, la Comisión N° 3 de estas jornadas estuvo dedicada al tema de los contratos conexos bajo la presidencia de los Dres. Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo L. Lorenzetti.

simultáneo que procura facilitar” (p. 460). En este sentido, el caso típico de contratos conexos sería “el contrato de compraventa que es facilitado por el mutuo que permite dicha adquisición” (*id.*), es decir, el esquema básico de las operaciones analizadas en este trabajo.

En cuanto a los requisitos establecidos en la definición legal (pluralidad [dos o más contratos autónomos] y finalidad económica común [objetivo supracontractual]), señalan que “[e]l primero de los elementos es que existan dos o más contratos coligados o dependientes [...] que [...] han de ser actos jurídicos válidos, según fuera el tipo adoptado y, además, todos se encuentran vinculados. Esto significa que aun cuando se trata de negocios aparentemente autónomos, todos tienden o procuran el logro de un resultado común o negocio único, que no se podría alcanzar sin la interacción de cada uno de dichos contratos” (p. 462). Sin embargo, “[n]o se exige simultaneidad temporal ni instrumentación única” (*id.*). En cuanto al segundo requisito, apuntan que “[e]sa finalidad económica supracontractual es distinta de la causa fuente y causa fin de cada contrato conectado. // Cada uno de los contratos bien podrá presentar un objetivo concretamente identificable y hasta aparentemente autónomo, mas existe un motivo generalmente recóndito o, por lo menos, diferente al de cada negocio individual, que lleva a las partes a buscar una interrelación o establecer un sistema o red para alcanzar un único y diferente objetivo al de cada negocio individual” (p. 462). Estos contratos independientemente celebrados confluirían en una finalidad inicialmente prestablecida, cuya persecución supondría que la celebración de uno es determinante de la celebración del otro u otros contratos. En consecuencia, la conexidad se definiría por el grado de funcionalidad que cada contrato tenga correlativamente con los otros para alcanzar el objetivo común, y la función primaria de cada contrato en este esquema es diferente, aunque encaminada a la finalidad común prestablecida (*id.*).

Por su parte, ARMELLA (2015) advierte que el artículo 1073 del CCyCN no distingue qué clases de contratos pueden coligarse por la conexidad, por lo que se interpreta que cualquier tipo de contrato que cumpla definitivamente con la finalidad última puede integrar esta pluralidad. Esta pluralidad contractual no implicaría conexidad si los contratos no están vinculados, es decir, si éstos no responden a un resultado distinto de la propia finalidad individual, coadyuvando al logro de un resultado económico que no se puede alcanzar si no es por la interacción de cada uno de ellos en particular. De cumplirse con este presupuesto, “los contratos que se celebren coligados, sean típicos o no, no requieren ni identidad de partes (que se celebren entre los mismos sujetos), ni

simultaneidad temporal, ni instrumentación única”. Por otra parte, la “finalidad económica común previamente establecida” que requiere el artículo 1073 del CCyCN es “lo que las partes han tenido en mira al contratar, no en cada contrato en particular que quedarán alcanzados por la conexidad, sino por el resultado económico que motiva a las partes a comportarse de esta forma en el más pleno convencimiento de que si no integran un sistema o una red, se verán impedidos de alcanzar el objetivo”. En línea con las posiciones antes reseñadas, advierte que la doctrina generalmente refiere a este concepto como la “finalidad económica supracontractual”, distinguible de la causa fuente y de la causa fin²⁹ de cada uno de los contratos que ostentan conexidad. Este requisito de preexistencia de la finalidad implica la necesidad de que la operación supracontractual también revista este carácter para las partes, independientemente de la oportunidad de la celebración de los contratos integrantes.

Por último, MUGILLO (2016) apunta que los contratos conexos son celebrados entre dos o más partes que se vinculan por una interdependencia funcional (p. 58). A partir de la regulación del instituto en el artículo 1073 del CCyCN, advirtió tres características propias de estos contratos que serían (a) la necesaria existencia de una pluralidad interconectada de contratos, (b) una heterogeneidad de figuras contractuales, que puede nacer de la existencia de más de dos partes, y (c) una funcionalidad dirigida hacia una finalidad común, que se satisface por el ligamiento de las relaciones contractuales y en la que todas las partes participan en un interés común en esa funcionalidad o finalidad (pp. 59-60). Si bien reconoció que la multiplicidad que puede advertirse en la posibilidad de constituir negocios o contratos conexos hace difícil estructurar adecuadamente sus efectos, señaló que deben ser necesariamente interpretados en relación con la operación económica que persiguen (p. 60); y que la extensión de la ineficacia o invalidez de un contrato conexo a otro sólo deviene necesaria cuando se frustra la finalidad económica de toda la estructura (p. 61).

4.2.3. Aplicabilidad de institutos del Derecho Privado en el Derecho Administrativo

En segundo lugar, se plantea la cuestión atinente a la aplicabilidad de institutos del Derecho Privado al Derecho Administrativo. Al respecto, se aclara que, evidentemente, esta cuestión resultará relevante para el desarrollo en la medida de que los contratos en cuestión estén regidos por el Derecho Público argentino.

²⁹ El artículo 281 del CCyCN establece que “[l]a causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad”.

Según MARIENHOFF (2011), el Derecho Privado difiere del Derecho Administrativo por estar constituidos por normas de distinta estructura, ya que el primero estaría generalmente integrado por normas concebidas para relaciones de “coordinación”, y el segundo, por normas concebidas para relaciones de “subordinación” (a la Administración) (p. 145). En consecuencia, “[a]mbos derechos tienen finalidades diferentes determinadas por sus diferentes objetivos: el fin primario del Código Civil es la fijación de reglas aplicables a relaciones privadas; en tanto que la finalidad esencial del derecho administrativo es la regulación de intereses públicos” (*id.*). En consecuencia, el Derecho Administrativo supondría partes desiguales, en contraposición con el Derecho Civil que presupone igualdad. Sin embargo, advierte que “entre el derecho administrativo y el derecho civil existen “*relaciones*”, que se producen por la consideración de ciertos institutos que interesan a ambos derechos” (p. 146). A tal efecto, habría dos maneras de utilizar en Derecho Administrativo las normas y principios del Derecho Civil: (a) aplicar la analogía o los principios generales del derecho; y (b) considerar determinadas normas del Derecho Civil como normas jurídicas generales (es decir, no limitadas a ese subsistema, y válidas directamente para el Derecho Administrativo) (*id.*). Asimismo, estas *relaciones* también existían cuando la Administración actuaba en el campo del Derecho Privado sirviéndose de los medios jurídicos de ese subsistema (*id.*). Sobre esta cuestión, su posición era que las disposiciones del anterior CCivN eran de aplicación tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público por regir para todo el ordenamiento jurídico positivo (*id.*). Al respecto, la aplicación subsidiaria del Derecho Privado en el Derecho Administrativo tendría por supuesto que la cuestión no pueda ser resuelta por los datos o materiales propios del Derecho Administrativo; ya que no correspondería cuando la solución pueda hallarse en los principios generales administrativos (p. 147).

Por su parte, GORDILLO (2013) advierte que “no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común” y que “[c]uando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público” (p. 103). De esta manera, “cuando se toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres iniciales, y por ello aparecen sea deformados [...], sea “publicizados” [...], de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil” (p. 116). Así, a las normas civiles aplicadas al objeto del derecho administrativo generalmente se las integra con los principios y normas de éste (*id.*).

BALBÍN (2008) afirma que, históricamente, el Derecho Administrativo se originó

como un conjunto de reglas apoyadas en el Derecho Público y Constitucional pero que recurrían al Derecho Civil por haber surgido aquél como un conjunto de reglas especiales y de excepción de éste. Apoyado en el Derecho Constitucional y con principios propios y reglas más específicas, el Derecho Administrativo habría adquirido autonomía del Derecho Privado a partir del siglo XX (p. 176). A pesar de este desarrollo, el sistema jurídico del Derecho Administrativo presentaría las lagunas, vaguedades y ambigüedades del derecho, cuya solución requeriría la aplicación de los principios generales o de normas específicas de modo directo, supletorio o analógico (p. 191). En este sentido, “ante el caso no previsto (laguna) debemos recurrir [...] a otras normas del Derecho Público; y si ello no fuese posible por falta de previsión del caso, al Derecho Privado. En general, ante las indeterminaciones del Derecho Administrativo es difícil encontrar respuesta en las otras normas del Derecho Público y, en consecuencia, en tales circunstancias, es necesario ir hacia el Derecho Privado y, en especial, al Código Civil por razones de semejanza” (p. 193). Esta resolución debería resultar de la aplicación de las leyes análogas propias o ajenas y luego los principios generales pues la aplicación previa de los principios generales del Derecho Administrativo —es decir, antes de la analogía de las normas del Derecho Privado— es más incierta e imprecisa dado que los principios constituyen reglas cuyo mandato es más vago y ambiguo en relación con la solución del caso concreto (p. 194).

En cuanto a la forma de aplicación de las normas del Derecho Privado, BALBÍN afirma que la aplicación de la analogía procede porque es una técnica o principio implícito en cualquier ordenamiento jurídico general con el objeto de llenar las lagunas o salvar las imprecisiones existentes (p. 195). Esta aplicación analógica de normas del Derecho Privado “es más compleja porque comprende dos pasos: el primero, identificar la similitud entre el caso no previsto y el caso sí previsto por las normas del Derecho Privado y, segundo, adaptar la solución jurídica del caso previsto, según los principios del Derecho Administrativo, y sólo luego aplicarla sobre el caso no previsto” (*id.*). Esta adecuación requeriría atender que, a diferencia del Derecho Privado, el Derecho Administrativo está orientado a la tutela del interés general principalmente, mientras que a la del interés privado de manera refleja (p. 196).

4.2.4. Extensibilidad de los elementos del acto administrativo a los contratos administrativos

Dado el requisito de una *finalidad económica supracontractual* para la existencia

de conexidad contractual según la doctrina académica, que la ley 19.549 determina cuáles son los elementos esenciales de los actos administrativos, y que no hay una norma específica al respecto para los contratos administrativos, se plantea la extensibilidad de aquellos elementos a estos contratos como un punto de análisis.

A partir de este artículo 7° *in fine* de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549,³⁰ CASSAGNE (1998) sostiene que se “impone la integración analógica de las reglas y principios de fondo (no procesales) de la L.N.P.A. a los contratos del Estado [...], salvo que éstos se encontraren regidos por regímenes especiales, en cuyo caso prevalece [...] la regulación especial. Pero aún en este caso, la norma prescribe la aplicación analógica de las prescripciones del Título III de la L.N.P.A. en tanto ella fuera procedente, lo que no cabe sino interpretar que se refiere a tres supuestos: a) incompatibilidad de la norma general de la L.N.P.A. con alguna prescripción del régimen especial, b) incompatibilidad con la propia institución contractual, y c) que se trate de contratos de derecho privado en los que, por principio, no rigen las prerrogativas de poder público” (p. 40). Asimismo, “las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el Derecho Administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el Derecho Privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo” (2002: 49). En el marco de una teoría general sobre el acto administrativo aplicable a todas las especies de declaraciones productoras de efectos jurídicos individuales con relación a los administrados, sostiene que al contrato administrativo aplican los principios de la teoría general del acto administrativo con las peculiaridades que hacen a la figura contractual (*id.*); y, en consecuencia, “todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo, dado que el concepto de contrato incluye mediante notas comunes la cualidad del género acto jurídico, sin que a ello obsten las notas propias que disminuyen la universalidad del género” (*id.*; 2005: 115). BALBÍN (2008) adscribe a esta interpretación (p. 202).

Por su parte, Jeanneret DE PÉREZ CORTÉS (2009) afirma que “lo que constituye la sustancia del contrato administrativo *strictu sensu* es *no sólo el acuerdo de voluntades* con los alcances indicados *sino la intervención —como parte en dicho acuerdo— del Estado* (“lato sensu”), y *el ejercicio de una función o actividad estatal, administrativa*, que resulta de la Constitución [... y] la legislación [...], y *que, como regla, tiene en miras*

³⁰ “Los contratos del Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, si ello fuere procedente”.

un fin público relevante, el bien común, el interés público, la utilidad general o la satisfacción de una necesidad de esa índole (inmediata y directa o mediata e indirecta)” (p. 143). De esta manera, “el sujeto público y el ejercicio de una función o actividad pública, administrativa, con un fin público [... es] lo que le acuerda esta especialidad a la relación, que pasa a ser caracterizada como una especie de acto administrativo: el acto administrativo bilateral o “*contrato administrativo strictu sensu*”, y “el sujeto y la actividad o función, con sus fines [públicos, es] lo que determina la existencia de un *régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado* [...], y lo que puede justificar, en su caso, también la existencia de cláusulas exorbitantes, pactadas (p. 144). El ejercicio de estas prerrogativas sería un deber de la APN “para cumplir integralmente con sus funciones y cometidos, y con los fines de bien común que persigue”, por lo cual estas “prerrogativas” serían inalienables e irrenunciables (p. 144).

En estos términos, el contrato administrativo sería una especie de acto administrativo bilateral en su formación y, en consecuencia, el régimen y caracteres propios del acto administrativo (género) aplicarían a los contratos administrativos (especie), por provenir del sujeto público y de la función o actividad pública administrativa con el fin público al que inmediata o mediatamente se persigue mediante el objeto de las prestaciones (p. 144). Por ende, su interpretación debería realizarse en atención a la letra y del espíritu de sus especiales disposiciones contractuales y reglamentarias pero en consideración de “a) los principios generales y las normas atinentes a la función o actividad pública administrativa ejercida; b) los principios y las normas propios de los actos administrativos en general, aplicables por analogía —si ello fuera procedente— conforme a la expresa directiva del Artículo 7º *in fine* de la ley 19.549; c) los principios y las normas que regulan las contrataciones administrativas en general, y los que resultan de la interpretación analógica de disposiciones referentes al mismo o a otro contrato administrativo (vgr.: obras públicas, suministros [...]); y, por último, d) los principios que se desprenden, también por analogía, de las normas propias del derecho privado” (p. 147).

En igual sentido, MARIENHOFF (2011a) afirma que “[t]odo *contrato administrativo* es, substancial y esencialmente, un *acto administrativo bilateral*”, de lo cual resulta que “las reglas fundamentales que constituyen el régimen de los *actos administrativos* son, por principio, aplicables a los *contratos administrativos*” (p. 34). A partir de este entendimiento, “los contratos de la Administración pueden ser ‘administrativos’, *stricto sensu*, por dos razones: 1º por su ‘objeto’, en cuyo caso aparejan cláusulas *virtuales* o

implícitas exorbitantes del derecho privado; 2° cuando, no siendo ‘administrativos’ por su *objeto*, contengan cláusulas ‘*expresas*’ exorbitantes del derecho privado” (p. 45). Al respecto, aclara que un contrato es administrativo en razón de su objeto cuando: (a) “tratándose de una prestación a cargo del *cocontratante* (contrato de ‘colaboración’), dicha prestación se relacione, directa e inmediatamente con alguna de las funciones *esenciales o específicas* del Estado, con los ‘*fines públicos*’ propios de éste”; o (b) “tratándose de una prestación a cargo de la Administración Pública [...] —contrato de ‘atribución’—, la prestación se refiera a un objeto que, dentro de lo *jurídicamente posible* como acto *convencional o contractual*, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares, sea por tratarse de un contrato cuya *finalidad* sea exclusiva del Estado, por tratarse de un objeto o de una figura jurídica que, perteneciendo exclusivamente al trato o el comercio del *derecho público*, resulta insusceptible de ser utilizado en las convenciones o contratos que celebren los particulares entre sí” (pp. 47-48).

Finalmente, MAIRAL (1998, 1999 y 2000) critica la teoría general del contrato administrativo con anterioridad al dictado del RCAN, con la negación de que la APN pueda alterar unilateralmente los términos de vigencia de sus contratos en ausencia de disposiciones contractuales o legales (*expresas*) que la autorizaran a tal efecto.³¹ En este sentido, su cuestionamiento principal residía en que se pretendiera generalizar las reglas que rigen la obra pública y la concesión de servicios públicos a un amplio espectro de contratos (1999), lo cual implica fundamentalmente una impugnación de las cláusulas exorbitantes implícitas afirmada por MARIENHOFF (2011); y, en consecuencia, la concepción del derecho contractual de la APN como perteneciente al “derecho común”, informado por la base del Derecho Privado con el matiz de las normas especiales administrativas, en línea con lo apuntado por BALBÍN (2008).³² CASSAGNE (1998 y 1999) replica tales cuestionamientos con la afirmación de que (a) la existencia de un cuestionamiento consensuado en la doctrina administrativista de las cláusulas exorbitantes objetadas por MAIRAL (1998) y que, en su lugar, se afirmaba la aplicación del régimen exorbitante del Derecho Público, integrador de prerrogativas y garantías, trascendente a la voluntad común expresada en el contrato y derivado del ordenamiento

³¹ A pesar de que la crítica de MAIRAL (1998) se centra en la existencia de una teoría general *praeter legem* en razón de su supuesta falta de sustento en el ordenamiento jurídico vigente, algunas de sus posiciones son explícitamente contrarias a normas positivas (como el último párrafo del artículo 7 de la LPA). De esta manera, su construcción argumental mezcla elementos *de lege lata* y *de lege ferenda* sin una clara distinción, en detrimento de su coherencia.

³² Sin embargo, MAIRAL (1998) admitía la aplicabilidad excluyente del Derecho Administrativo a los procedimientos de la APN para la formación de su voluntad.

jurídico general; y (b) lo esencial de los contratos de la APN es el mantenimiento y prevalencia del fin del contrato, y que el principio de inalterabilidad de éste se articula razonablemente con el principio de inalterabilidad de los términos contractuales (*pacta sunt servanda*). Este debate fue resuelto en parte por la modificación del régimen normativo implicada por la aprobación del RCAN y su reglamentación, régimen que atendió a varias de las críticas formuladas por MAIRAL.

4.2.5. Inextensibilidad del concepto de causa contractual del Derecho Privado al Derecho Administrativo

Dado que anteriormente se ha señalado que la *finalidad económica supracontractual* es requerida para la existencia de una relación de conexidad contractual, y que hay contratos de inversión pública considerados que se rigen por nuestro Derecho Público,³³ se cuestiona si el concepto de causa contractual del Derecho Privado es extensible al Derecho Administrativo.³⁴

Al respecto, HUTCHINSON (2000) sostiene que “los distintos alcances atribuidos en el derecho privado al vocablo *causa* no tienen aplicación en este caso” (p. 80), y que en la ley 19.549 “se emplea el término para designar un concepto más amplio y distinto [que en el Derecho Privado], pero siempre con respecto a la causa objetiva del acto administrativo y no a la relación que pueda nacer de él. De ahí que se refiera a la serie de antecedentes o razones de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo. Tampoco la causa se relaciona con la intención o propósito perseguido por quien emitió el acto. Este aspecto se refiere a otro elemento del acto legislado por la ley (la finalidad)” (*id.*).

Por su parte, CASSAGNE (2002) afirma que “[l]a teoría de la causa, en su formulación objetiva, nada tiene de común con las distintas teorías elaboradas en el Derecho Privado. En el Derecho Administrativo, lo que interesa en realidad, a los efectos de mantener la juridicidad del acto, es la razón de ser “objetiva” que justifica su emisión, aunque en el fondo constituya también una respuesta al porqué de su dictado” (pp. 102-3); y, en especial, “[l]os distintos sentidos atribuidos en el Derecho Privado a la causa, [*sic*] carecen de aplicación en el Derecho Administrativo. Tanto la causa final como la

³³ Cfr. acápite 7.4.5.2.2.

³⁴ No obstante, se recuerda que anteriormente se ha distinguido entre la causa-fuente y causa fin de los contratos (privados) y la finalidad económica contractual implicada por las relaciones de conexidad contractual (cfr. acápite 4.2.2).

causa fuente del derecho civil, que se refieren a la causa de las obligaciones, trasuntan diferentes contenidos conceptuales” (p. 103). En cuanto a la finalidad de los actos administrativos, CASSAGNE sostiene que la finalidad ha sido calificada como “el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue” (p. 120), y que aquélla es esencial e inalterable para el contrato administrativo (1998 y 1999).

COMADIRA (2007) señala que, “[a] diferencia de lo que sucede en el derecho privado, en cuyo ámbito la causa es referida al origen o fin de las obligaciones, en la L.N.P.A. ella se vincula a los hechos y antecedentes del acto y al derecho aplicable, y su validez hace a la legalidad de la decisión” (p. 196). Sin embargo, en el mismo texto afirma que “pensamos que la causa del acto, no puede consistir *exclusivamente*, en la voluntad del agente, siendo, por ende, siempre necesario que ella se sustente en factores objetivables” (sin cursiva en el original) (p. 197). Aun así, cuando se refiere a la “voluntad del agente”, significaría que la ponderación de los hechos no puede ser enteramente discrecional.

Finalmente, BALBÍN (2008) considera que “el elemento causa comprende los hechos y el derecho en que el Estado apoya sus decisiones” (pp. 33-4); y, en relación con los primeros, que “los hechos son los antecedentes fácticos que tuvo en cuenta el órgano y que, junto con el marco jurídico, constituyen el fundamento del acto, es decir, las circunstancias anteriores que dan sustento al acto estatal” (p. 34). De esta manera distingue a la causa y el objeto del acto administrativo (y, por inherencia, del contrato administrativo) de su finalidad, sin perjuicio de que “[l]as causas y el objeto deben conducirnos necesariamente al otro elemento, es decir, la finalidad” (p. 35); y de que la finalidad del Estado cuando contrata es alcanzar “los resultados requeridos por la sociedad [...] coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración” según el artículo 1° del decreto 1023/01 (p. 248).

4.2.6. Contratos del Estado regidos por el Derecho Privado

La última cuestión a considerar es la posibilidad de que el Estado celebre contratos regidos por el Derecho Privado, diferentes de los contratos regidos por el Derecho Administrativo.

En primer lugar, BARRA (1984) niega la posibilidad de que la Administración celebre contratos privados porque “[l]a *relación Estado realizador del bien común* -

justicia distributiva-derecho público [...] lleva a la necesaria conclusión [...] de que toda relación jurídica entre el Estado y sus súbditos tiene como exclusivo, directo e inmediato fin el realizar el bien común; que por consiguiente dicha relación jurídica es aplicación de la justicia distributiva, y, por lo tanto, se encuentra regida por el derecho público, y, en su caso, el sector de éste que denominamos derecho administrativo” (p. 37). Sin embargo, de este pasaje resultaría que el autor no consideraba para esta afirmación al caso especial de contratos celebrados con sujetos calificados como estatales.

Según MARIENHOFF (2011a), las distinciones entre un contrato administrativo, propiamente dicho, y un contrato de derecho común de la Administración se evidencia que: (a) el contrato de derecho común de la Administración Pública está, por principio, sometido a las normas de Derecho Privado mientras que el de Derecho Administrativo está regido a las normas y principios de Derecho Público. Conforme se reseñara anteriormente, los contratos administrativos en razón de su objeto contendrían cláusulas exorbitantes del Derecho Privado virtuales o implícitas, mientras que en los contratos administrativos por continentes de cláusulas exorbitantes, aquéllas deben ser expresas; (b) en caso de controversia, la jurisdicción correspondiente a un contrato administrativo es la establecida para entender en lo contencioso-administrativo, y la jurisdicción es la civil en relación con un contrato de Derecho Privado; y (c) el recurso “*jerárquico*” no procede respecto de actos relacionados con contratos de derecho común de la Administración pues aquél sólo es admisible con relación a actos administrativos; sino para que tales contratos corresponde la demanda judicial ordinaria según las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico (pp. 69-70).

Por su parte, BALBÍN (2008a) opina que “todos los contratos celebrados por el ejecutivo son contrato administrativo con matices —según el caso— del derecho privado”, sin perjuicio de lo cual “su marco jurídico básico es el derecho público” (p. 189). De esta manera, “cualquier acuerdo celebrado entre el Estado —en ejercicio de sus funciones administrativas— y los particulares es [...] un contrato administrativo que se rige enteramente y en principio por el derecho público, aunque en ciertos casos cabe aplicar normas del derecho privado respecto de su objeto” (p. 190); sin embargo, “los principios de las contrataciones estatales y ciertos elementos propios del contrato —competencia y procedimiento— son comunes e iguales en cualquier contrato en que el Estado es parte, más allá de que el objeto esté regulado por el derecho público o privado” (*id.*).

Sobre esta cuestión, GORDILLO (2013) admite esta posibilidad y señala que “todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al procedimiento de celebración, a las formas de concertación, etc., se rige estrictamente por el derecho público” (p. 118). De esta manera, los contratos del Estado “sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto o contrato, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato del derecho civil” con la advertencia de que, aún así, “la aplicación del derecho civil en el objeto mismo del acto es sumamente limitada y poco frecuente” (p. *id.*).

4.2.7. Posición que este autor sostiene

Presentadas las principales posiciones en relación con estos conceptos fundamentales del presente trabajo, seguidamente se afirman los criterios adoptados. Su decisión se funda en el marco teórico general asumido y, en consecuencia, se confiere prevalencia a los referidos elementos jurídicos estatales sobre los entendimientos de nuestra doctrina académica.

4.2.7.1. Concepto de frustración del fin del contrato

En primer lugar, este trabajo parte de un concepto de frustración del fin del contrato sustancialmente consensuado entre la doctrina académica y nuestro sistema jurídico con el CCyCN. En consecuencia, se remite a lo manifestado en el acápite 4.2.1 y la positivización implicada por el artículo 1090 del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2.7.2. Concepto de conexidad contractual

Nuevamente, existe un consenso sustancial entre la doctrina académica y nuestro sistema jurídico respecto de este concepto, ya que en el CCyCN se establece que “[h]ay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074” (art. 1073). Aún más, se establece que “deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido” (art. 1074); y que, “[s]egún las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de

obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común” (art. 1075). En estos términos, no hay posición alternativa posible como consecuencia del marco teórico general adoptado, independientemente de aplicabilidad de tales artículos a los contratos considerados por su sometimiento a derecho extranjero.

Por otra parte, y en línea con las clasificaciones relevadas, se distingue entre (a) la relación de conexidad implicada por el vínculo económico-funcional entre los contratos en el marco de la operación (presupuesto fáctico), y (b) la relación de imputación de efectos jurídicos sobre un contrato en el caso de que contingencias en el otro conexo impliquen una afectación sustancial disvaliosa de la finalidad económica supracontractual (consecuencias jurídicas). Esta distinción es significativa porque el primer hecho tiene una naturaleza económico-material que no puede ser eliminada por elementos jurídicos-formales, a diferencia de las consecuencias jurídicas que sí podrían serlo independientemente de cuáles sean éstas según el derecho aplicable correspondiente al contrato.

Sin bien no se ha encontrado antecedente alguno en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) se haya expedido sobre la aplicabilidad del instituto de la conexidad contractual en casos que involucren a la APN, en *Mevopal* (1987) ha sostenido que “[l]os actos administrativos [...] referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato” (p. 2220).

4.2.7.3. Aplicabilidad de institutos del Derecho Privado a casos regidos por Derecho Administrativo

En relación con la aplicabilidad de determinados institutos del Derecho Privado a cuestiones de Derecho Administrativo, nuevamente, de conformidad con el marco teórico asumido, se sigue la jurisprudencia de la CSJN que afirma aquella posibilidad. En este sentido, la CSJN (1941) ha afirmado que las reglas del entonces CCivN, “si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo, sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también

deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina” (pp. 151-2). Posteriormente, la CSJN (1957) reconoció la “función del derecho civil de ser legislación subsidiaria del derecho administrativo (*Fallos*: 118:347; 167:134; 208:87; 191:490; 183:234; 180:94; 179:309; 176:70), especialmente respecto de instituciones del mismo que presentan carácter patrimonial evidente y encuentran elaborado en el Código Civil un régimen jurídico de ajustada aplicación”. Más recientemente, la CSJN (1980) afirmó que, “en reiterados pronunciamientos de esta Corte, tratándose de situaciones equiparables conceptualmente, ha sido reconocida la función del derecho civil como legislación subsidiaria del derecho administrativo (*Fallos*: 183:234; 191:490; 208:87), especialmente respecto de instituciones del mismo que presentan carácter patrimonial evidente y encuentran elaborado en el Código Civil un régimen jurídico de ajustada aplicación (*Fallos*: 237:452; 296:672, sus citas)” (p. 163).

4.2.7.4. Extensibilidad de los elementos esenciales de los actos administrativos a los contratos administrativos

En cuarto lugar, corresponde extender lo previsto para los actos administrativos en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 a los contratos administrativos de conformidad con el último párrafo de su artículo 7° y el artículo 11 del RCAN. Nuevamente, esta posición es coherente con el marco teórico general asumido en razón de la jurisprudencia de la CSJN. Así, la CSJN reconoció la existencia de actos administrativos bilaterales en *Metalmecánica* (1976), e hizo propio un dictamen de la Procuración General de la Nación donde se calificaba como *acto administrativo* a un contrato de suministro en *Navone Spalding* (1989). Posteriormente, la CSJN (2003) ha afirmado que “resulta adecuado aplicar para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la ley 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del art. 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el decreto 1023/01), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del título III de la ley, esto es, el régimen del acto administrativo. // En este contexto, la inexistencia de regulaciones especiales no podía conducir sino a la aplicación de las previsiones relativas a los actos administrativos, razón por la cual no puede objetarse el examen de los recaudos de validez de los actos impugnados que la cámara efectuó a la luz de las disposiciones contenidas en la ley 19.549” (pp. 17-8).

4.2.7.5. Imposibilidad de asimilación de la finalidad subjetiva contractual del Derecho Privado (causa fin o causa motivo) al elemento causa de los contratos administrativos

Por otra parte, se comparte el entendimiento de que la finalidad subjetiva contractual del Derecho Privado (sea causa fin o causa motivo) no es equiparable a la causa de los contratos administrativos, para cuya celebración la voluntad subjetiva del funcionario interviniente no debería ser relevante. Por el contrario, una voluntad administrativa válida requiere elementos de hecho y jurídicos objetivos arreglados a los intereses públicos reflejados en las normas atributivas de competencia. Sin embargo, esta imposibilidad de trazar una correlación entre la causa-fuente y causa-fin de los contratos privados y la causa de los administrativos no obsta a la extensibilidad de la conexidad contractual privada porque la finalidad económica supracontractual podría reflejarse en una *finalidad administrativa supracontractual* en el marco de una operación pluricontractual de la APN. Aún así, la finalidad del contrato en cuestión de la APN debe adecuarse a los elementos causa, motivación y objeto, y responder funcionalmente al propósito de la atribución de facultades a la autoridad celebrante de cada uno de los contratos en cuestión.

4.2.7.6. Posibilidad de que la APN celebre contratos cuyo contenido esté regido por el Derecho Privado.

Por último, este trabajo se construye a partir del entendimiento de que la APN puede celebrar contratos regidos por el Derecho Privado en circunstancias particulares (por ejemplo, las previstas en el art. 5º, inc. c], del RCAN). Esta afirmación es especialmente válida para aquellos casos en los cuales no hay una relación de subordinación entre la APN y el contratista en cuestión, como es el caso de los Estados extranjeros. Asimismo, se advierte que el propio RCAN reconoce la posibilidad jurídica de que la APN celebre contratos sometidos a un régimen de derecho privado cuando establece que “[t]oda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado” (art. 1º).

Sin perjuicio de lo anterior, la formación de la voluntad administrativa igualmente estará regida por el Derecho Administrativo; y el Estado Nacional deberá extremar los recaudos al efecto de tutelar adecuadamente los intereses públicos involucrados, supliendo la indisponibilidad del régimen exorbitante de Derecho Público con las técnicas

e institutos pertinentes en el marco del derecho aplicable. Asimismo, se advierte que tales acciones han de calificar como un deber de la APN de la misma manera que lo sería el ejercicio de sus prerrogativas en el marco del régimen exorbitante de Derecho Público para la atención de los intereses públicos comprometidos.

5. Tesis

La tesis es que el instituto de la conexidad contractual de nuestro Derecho Privado es útil para fortalecer la posición negocial del Estado Nacional en la negociación e interpretación operaciones integradas por un contrato de inversión pública (o más) y un contrato de financiamiento (o más) en las cuales al menos uno de los contratos haya sido celebrado con la consideración esencial de la celebración del otro, y sus prestaciones se coordinan en un sentido económico-funcional. Esta utilidad se funda en que su aplicación serviría para evitar o reducir la exposición del Estado Nacional al riesgo de situaciones donde se perjudique por el impacto de las contingencias en la ejecución o vigencia de uno de los contratos en el otro.

Por el contrario, la aplicabilidad de dicho instituto a los Contratos Relevantes según su derecho aplicable es una cuestión distinta de la tesis a desarrollar. Aún así, se incurre ocasionalmente en el abordaje de este subtema en el desarrollo por ser un elemento objetivo potencialmente conducente para la construcción de la justificación de la utilidad a demostrar y su razonabilidad jurídica.

6. Metodología

6.1. Diseño de la investigación

La investigación está planteada en términos cualitativos y el método aplicado tiene tanto componentes deductivos como inductivos³⁵ de conformidad con el esquema que se

³⁵ Según ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006 [1975]), “la tradición aristotélica caracteriza la diferencia entre el razonamiento deductivo y el razonamiento inductivo en los siguientes términos: el razonamiento deductivo es una conclusión de lo universal a lo particular o lo singular, el razonamiento inductivo es una conclusión de lo particular a lo universal. Esta caracterización es manifiestamente insuficiente; la conclusión de un razonamiento deductivo no tiene por qué ser particular, ni es necesario que sus premisas sean generales. Por eso, en la lógica moderna se adopta otro criterio de diferenciación: deductivo es todo razonamiento lógicamente válido, es decir, un razonamiento en el cual la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, esto es, no puede darse el caso de que las premisas sean verdaderas y la

desarrolla a continuación.

6.1.1. Contratos Relevados

En primer lugar, se han relevado los contratos de inversión pública ferroviaria celebrados por el Estado Nacional con empresas chinas en el período comprendido por los años 2006 y 2019 (en adelante, el “Período Considerado”), y se han discriminado los que se financiaban con fuente interna (del Tesoro de la Nación) de los que tenían financiamiento externo. A partir de estos últimos, se relevaron los contratos de crédito público que eran la fuente de su financiamiento. El resultado de ambos relevamientos son los contratos de inversión pública y de financiamiento que constituyen el objeto de estudio principal de este trabajo y son los “Contratos Relevantes”.

Asimismo, los Contratos Relevantes más los contratos de inversión pública del Período Considerado que se financiaban únicamente con fuente interna³⁶ constituyen el conjunto de los “Contratos Relevados”, cuyo relevamiento ha sido volcado en un cuadro de doble entrada (en adelante, el “Cuadro de Análisis”), que integra al presente estudio como Anexo I, a partir de los siguientes parámetros:

- tipo de contrato;
- denominación del contrato según acto administrativo de aprobación;
- contratistas o financistas;
- texto original, contrato marco, contrato complementario, adenda (#) o enmienda (#);
- monto (USD);
- pago del aporte nacional por adelantado (cláusula de contrato de inversión pública);
- porcentaje de facilidad (cláusula del contrato de inversión pública o contrato

conclusión falsa. Otra manera de expresar la misma idea es decir que las premisas implican lógicamente la conclusión. En un razonamiento inductivo, en cambio, no se da tal relación de implicación lógica; las premisas no garantizan la verdad de la conclusión, sino que se limitan a indicar tan sólo su grado de probabilidad o confirmación” (pp. 130-131).

³⁶ Estos Contratos Relevados que fueron financiados totalmente con fuente interna no son especialmente considerados en el desarrollo, a pesar de servir para la identificación de los elementos tipificantes de los Contratos Relevantes de inversión pública.

de financiamiento);

- designación de financista como Banco del Vendedor (cláusula del Contrato de inversión pública);
- celebración del *ad referendum* del Contrato de Financiamiento (cláusula del contrato de inversión pública);
- plazo de vigencia del contrato de inversión pública o del contrato de financiamiento (cláusula del Contrato de inversión pública o del contrato de financiamiento);
- determinación de los contratos financiados por el contrato de financiamiento (cláusula del contrato de financiamiento);
- proyecto de inversión pública relacionado;
- ferrocarril relacionado;
- órgano firmante;
- fecha de firma;
- año de firma;
- acto administrativo de aprobación;
- fecha del acto de aprobación;
- período de disponibilidad en años (contrato de financiamiento);
- fundamento jurídico de la contratación;
- intereses del contrato de financiamiento (cláusula del contrato de financiamiento);
- compromisos positivos (cláusula del contrato de financiamiento);
- pactos negativos (cláusula del contrato de financiamiento);
- incumplimiento del contrato financiero con causa en hecho del contrato de

inversión pública (cláusula del contrato de financiamiento);

- derecho aplicable (cláusula);
- derecho aplicable (resumido);
- tribunal competente;
- renuncia a inmunidad; y
- negación de conexidad (cláusula del contrato de financiamiento).

En todos los casos se han utilizado las versiones en español de los documentos contractuales aprobados por la APN, de conformidad con los textos disponibles en el Boletín Oficial de la República Argentina y el portal de Información Legislativa y Documental (Infoleg). Por su parte, los documentos no publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina e Infoleg fueron obtenidos mediante solicitudes de acceso a la información pública. En los casos en que las versiones en español no estaban disponibles o correctamente digitalizadas, su texto fue suplido por el de las versiones en inglés.

Los Contratos Relevantes son considerados en términos generales en el acápite 7.2; y, en particular, mediante la consideración de las cláusulas que podrían sugerir la existencia de relaciones de conexidad (en adelante, las “Cláusulas Relevantes”), en el acápite 7.3.

Dado que los contratos están publicados de una manera dispersa y difícil de acceder, se ha incluido la cita de las Cláusulas Relevantes de los contratos en el acápite 9.2. Asimismo, se ha considerado que esta inmediación evidencia las regularidades y similitudes sustanciales que presentan los Contratos Relevantes a pesar de su celebración por sujetos distintos, lo cual sería indicativo de algún tipo de coordinación entre tales sujetos.

6.1.2. Marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales entre la Argentina y China.

Por otra parte, se han relevado los acuerdos, convenios, memorandos, protocolos y, en general, los documentos jurídico-políticos constitutivos de la relación entre Argentina y China registrados en la Biblioteca Digital de Tratados del Ministerio de Relaciones

Exteriores y Culto de la Nación³⁷ (en adelante, los “Documentos Bilaterales Relevados”). De su resultado se han seleccionado los que tienen un contenido sustancialmente relacionado con la infraestructura ferroviaria y la obtención de financiamiento, los cuales son reflejados en el acápite 7.1. Asimismo, este relevamiento ha sido complementado con referencias doctrinarias en materia de relaciones comerciales internacionales entre la República Argentina y la República Popular China.

6.1.3. Perfil de los contratistas y las entidades financieras que contrataron con el Estado Nacional en los Contratos Relevantes, y relación con el Estado de la República Popular China

Asimismo, se ha relevado el perfil de los contratistas y las entidades financieras que celebraron los Contratos Relevantes y su relación con el Estado de la República Argentina en los acápites 7.2.1.2 y 7.2.2.2 a partir de los informes anuales consolidados de las sociedades *holding* de los grupos societarios respectivos, y las versiones en inglés de sus sitios de internet oficiales. Al respecto, se advierte que se han tomado los últimos reportes anuales consolidados publicados porque la dispersión de las posibles fechas de referencia (suscripción, ratificación y hitos de ejecución de los contratos) hubiera complejizado irrazonablemente este relevamiento cuando su objeto es la constatación del carácter estatal de las contratistas afirmado en los actos administrativos de aprobación de los contratos.

6.1.4. Cláusulas de los Contratos Relevantes de inversión pública por las cuales se explicitaría su conexidad con los de financiamiento

La consideración particular de las Cláusulas Relevantes de los Contratos Relevantes de inversión pública ha sido sintetizada para identificar términos que implicarían su conexidad con los de financiamiento (acápites 7.4.1). Estos términos son analizados de conformidad con el derecho argentino para los cuales éste era aplicable en los acápites 7.4.5.2.1 y 7.4.5.2.2.

6.1.5. Cláusulas de los Contratos Relevantes de financiamiento por las cuales se explicitaría su conexidad con los de inversión pública.

Análogamente, la consideración particular de las Cláusulas Relevantes de los Contratos Relevantes de financiamiento ha sido sintetizada para ponderar la regularidad

³⁷ Ver [<https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php>].

de los términos que implicarían su conexidad con los de inversión pública (acápito 7.4.2) y de los que limitarían las consecuencias jurídicas tales relaciones (acápitos 7.4.2.2 y 7.4.2.4). Este análisis se amplía con la consideración de las condiciones de financiamiento para el Estado Nacional en comparación con las que hubiera logrado entonces en el mercado financiero internacional con su crédito público externo (acápito 7.4.2.1); y las cláusulas de limitación de la conexidad (Cláusulas de Limitación) de los contratos de financiamiento según la aplicación del derecho inglés y su doctrina del *privity of contracts* conforme su jurisprudencia y legislación pertinente (acápito 7.4.2.3).

En especial, la consideración de los términos de financiamiento ha requerido la definición de una serie de criterios metodológicos. En primer lugar, se ha tomado la fecha del acto administrativo de aprobación del modelo de contrato respectivo como la de referencia para la determinación de la tasa de interés porque las fechas de inicio de los cálculos de intereses son desconocidas, ya que (a) sus actos de aprobación tuvieron por objeto el texto de tales documentos y no la ratificación de su suscripción, y (b) las solicitudes de utilización no se publican.

En segundo lugar, se ha considerado una tasa de interés anualizada aplicando el criterio según el párrafo anterior (es decir, calculada como si su cálculo correspondiera a partir de la fecha del acto administrativo aprobatorio del modelo del contrato) porque (a) aquéllos establecían una tasa de interés variable, (b) se desconocen las fechas de las solicitudes de utilización y sus pagos, y, por lo tanto, (c) es imposible considerar las tasas de interés realmente aplicadas.³⁸

Tercero, la tasa de interés de referencia para las comparaciones ha sido construida a partir de la tasa de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos para el mismo período de referencia que la de las obligaciones del Estado Nacional³⁹ más el *spread* objetivizado con la utilización del índice de riesgo país de la Argentina, en ambos casos, correspondientes a la fecha del acto administrativo aprobatorio del texto del contrato de financiamiento cuya tasa de interés es objeto de comparación. La elección de tales bonos se funda en que serían indicativos de la tasa libre de riesgo en la moneda del crédito,

³⁸ En este sentido, las tasas de interés involucradas están compuestas por la tasa interbancaria de Londres (*London InterBank Offered Rate* o “LIBOR”) a seis meses en dólares estadounidenses. Por esta razón, sus valores históricos han sido tomados del sitio de *Intercontinental Exchange* en [https://www.theice.com/marketdata/reports/170], que es la entidad que la determina.

³⁹ Las tasas de interés de los bonos de los Estados Unidos a un año fueron obtenidas del sitio del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América [https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/interest-rates/pages/TextView.aspx?data=yieldYear&year=2010].

mientras que para la objetivación del riesgo de crédito de la Argentina se utilizó la determinación del JP Morgan Chase (*Emerging Markets Bonds Index*) en las fechas de referencia,⁴⁰ por ser el principal de su tipo y utilizado comúnmente en los mercados financieros internacionales.

Finalmente, se han tomado las tasas de interés en el entendimiento de que son un elemento esencial de los contratos de financiamiento y, en consecuencia, válido para la comparación de los términos financieros de aquéllos con las condiciones de mercado que la Argentina podía obtener según su crédito público externo. Sin embargo, no se desconoce que existan otros componentes relevantes del *costo* de contratación, los cuales son imposibles de calcular sin datos muy específicos (p.ej., costos administrativos y financieros, las tasas de disponibilidad, costo de las pólizas SINOSURE, y los costos administrativos, financieros y otros a incurrir para la emisión de bonos).

6.1.6. Consideración de los Contratos Relevantes de inversión pública bajo derecho argentino

La última parte de la investigación consiste en el análisis del régimen aplicable a los Contratos Relevantes de inversión pública que fueron celebrados bajo el derecho argentino. A tal efecto, en primer lugar, se determina su sujeción las normas de derecho público o de derecho privado para posteriormente determinar si las normas principales de tales regímenes (básicamente, el RCAN y el CCivN) permitían la extensión del instituto de la conexidad contractual.

Por el contrario, se evita el análisis de los Contratos Relevantes de inversión pública regidos por el derecho inglés y de Hong Kong porque, en primer lugar, su análisis amplio (es decir, no limitado a un instituto particular) desde el exterior de tales realidades jurídicas implicaría riesgos metodológicos muy significativos;⁴¹ y, en segundo lugar, porque tales contratos preveían cláusulas que limitaban sustancialmente los efectos de la conexidad contractual. En cualquier caso, se insiste en que el desarrollo de la tesis está orientado a la demostración de la utilidad del instituto de la conexidad contractual para su aplicación por el Estado Nacional en estas operaciones y no en evidenciar la

⁴⁰ Dado que no ha sido posible obtener una fuente directa, se ha utilizado la publicación de *Ámbito Financiero* en [<https://www.ambito.com/contenidos/riesgo-pais-historico.html>]

⁴¹ Esta posición es análoga a la distinción de HART (2007) entre enunciados internos (manifestación interna de quien acepta la regla de reconocimiento y la aplica al reconocer alguna regla particular del sistema) y externos (manifestación externa de quien enuncia el hecho de que otros aceptan una regla como consecuencia de aplicar una regla de reconocimiento, aunque aquél no la acepte) (p. 128).

aplicabilidad de tal instituto en el derecho aplicable a los Contratos Relevantes.

6.2. Fuentes de datos

Los Contratos Relevantados fueron obtenidos de (a) el Boletín Oficial de la República Argentina (decreto n° 659 del 14 de enero de 1947), dependiente de Presidencia de la Nación,⁴² y el portal de Información Legislativa y Documental, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,⁴³ y (b) solicitudes de acceso a la información pública presentadas para la obtención de los documentos no publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina e Infoleg.⁴⁴ En todos los casos, se ha decidido utilizar las traducciones oficiales al español de los documentos, publicadas conjuntamente con el idioma original en las fuentes referidas en el primer párrafo de este acápite; no obstante, se utilizaron las versiones en inglés cuando éstas no estaban disponibles, lo cual es aclarado en cada caso. Asimismo, los Documentos Bilaterales Relevantados fueron obtenidos de la Biblioteca Digital de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.⁴⁵

La información societaria de las empresas y entidades de la RPC fue obtenida de los reportes anuales consolidados de las sociedades *holding* de sus respectivos grupos y complementada con la información publicada en sus páginas oficiales de internet y la información publicada en el sitio de la Comisión del Consejo de Estado de la RPC para la Administración y Supervisión de los Activos del Estado (*State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council* o “SASAC”).⁴⁶ Estas fuentes están referidas en nota al pie en cada caso.

En cuanto a las tasas de interés utilizadas para la comparación de los Contratos Relevantes de financiamiento, las fuentes utilizadas fueron: (a) las tasas LIBOR a seis meses en dólares estadounidenses —necesarias para la construcción de la tasa de interés aproximada de los Contratos Relevantes de financiamiento—, fueron tomadas de sus valores históricos publicados del sitio de la *Intercontinental Exchange* (entidad que la determina);⁴⁷ y (b) las tasas de interés de los bonos de los Estados Unidos fueron

⁴² Ver [<https://www.boletinoficial.gob.ar>].

⁴³ Ver [<https://www.infoleg.gob.ar>].

⁴⁴ Expedientes Nros. EX-2019-85370893- -APN-DNAIP#AAIP, EX-2019-85181906- -APN-DNAIP#AAIP, EX-2019-85181588- -APN-DNAIP#AAIP, EX-2019-84986725- -APN-DNAIP#AAIP, EX-2019-84313604- -APN-DNAIP#AAIP, y EX-2019-101718986- -APN-DNAIP#AAIP.

⁴⁵ Ver nota al pie 37.

⁴⁶ Ver [en.sasac.gov.cn].

⁴⁷ Ver [<https://www.theice.com/marketdata/reports/170>].

obtenidas del sitio del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América.⁴⁸

Por su parte, el índice de riesgo país para la Argentina según su cálculo por el JP Morgan Chase (*Emerging Markets Bonds Index*) ha sido tomado de su publicación histórica por *Ámbito Financiero*,⁴⁹ dado que no ha sido posible obtener una fuente directa.

Finalmente, la jurisprudencia inglesa (derecho aplicable a los Contratos Relevantados de financiamiento) ha sido obtenida del sitio de la *British and Irish Legal Information Institute*.⁵⁰

7. Desarrollo

7.1. Marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales entre la República Argentina y la República Popular China

7.1.1. Marco constitucional

El punto de partida de esta construcción del marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales entre la Argentina y la República Popular China es la Constitución Nacional, que establece que “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27), y que “[c]orresponde al Congreso [... p]roveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias [...], y promoviendo [...] la construcción de ferrocarriles [...], la importación de capitales extranjeros [...], por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (art. 75, inc. 18); y “[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo” (inc. 19).

7.1.2. Período de las décadas de 1940 a 1970: Tratado de amistad y Convenio Comercial

⁴⁸ Ver [https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/interest-rates/pages/TextView.aspx?data=yieldYear&year=2010].

⁴⁹ Ver [https://www.ambito.com/contenidos/riesgo-pais-historico.html].

⁵⁰ Ver [https://www.bailii.org/].

Sobre esta base constitucional, las relaciones bilaterales entre la República Argentina y la República Popular China se inician formalmente con la celebración del *Tratado de amistad* (10.02.1947) —aprobado por el decreto-ley 7672 del 14 de septiembre de 1963 (art. 10) y vigente desde el 05.10.1963—, donde se establecía que las partes “convienen en celebrar, a la brevedad posible, un Tratado de Comercio y Navegación” (art. VII). Este acuerdo ulterior es el *Convenio Comercial* del 02.02.1977 —aprobado por la ley 21.758 y vigente desde el 30.05.1978—, donde se acordó que (a) las partes “se concederán recíprocamente toda clase de facilidades, dentro de los límites de las leyes y disposiciones vigentes en cada uno de ambos países, para la importación y exportación de las mercancías producidas respectivamente por cada una de las Partes, así como para el intercambio tecnológico” (art. I); y (b) “el intercambio de las mercancías entre los dos países será efectuado por los organismos estatales de la República Argentina [...] y las Corporaciones Estatales de Comercio de la República Popular China” (art. IV). Finalmente, por este acuerdo se previó el establecimiento de una Comisión Mixta Comercial para promover el desarrollo de las relaciones comerciales entre los dos países (art. VII).

7.1.3. Período de la década de 1980: Convenio de cooperación económica y Protocolo adicional

Posteriormente, la República Argentina y la República Popular China celebraron un *Convenio de cooperación económica* (07.06.1980) —aprobado por la ley 22.377 y en vigencia desde el 23.02.1981—, por el que se comprometieron “a estimular la cooperación económica estable y adecuada entre las corporaciones, empresas u organizaciones de ambos países y hacer esfuerzos para asegurar, sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo, el equilibrio de los intereses recíprocos, impulsando el armonioso desarrollo de las relaciones económico-comerciales entre los dos países, otorgándose recíprocamente a tales efecto las más amplias facilidades” (art. I). Entre las áreas de cooperación estaba expresamente comprendida la ferroviaria, de maquinarias y liviana en general, de servicios de consultoría y de ingeniería (art. II), y se comprendía la “contratación de servicios y de construcción de obras [...] y de programación de suministro de productos” (art. III, inc. E)), y “[a]cuerdos interbancarios, dentro de los límites permitidos por las respectivas disponibilidades [...] los proyectos y/o contratos de cooperación previstos en el presente Convenio” (art. III, inc. F)). Este acuerdo también preveía el establecimiento de una Comisión Mixta (art. V), y tuvo un *Protocolo adicional* (07.11.1985) cuyos sus términos no son relevantes para este trabajo.

7.1.4. Período de la década de 1990: profundización de las relaciones entre la República Argentina y la República Popular China

Sin embargo, conforme señalan RAMÓN-BERJANO, MALENA, y VELLOSO (2015), “fue en los 90 cuando se inició la profundización de las relaciones bilaterales. El apoyo político brindado por la Argentina contribuyó a atenuar el aislamiento internacional de China luego de Tiananmen (junio de 1989), ya que la visita del Presidente Menem en noviembre de 1990 fue la primera de un Jefe de Estado occidental luego de dicho evento. Este gesto abrió un nuevo rumbo en las relaciones bilaterales, dado su alto contenido simbólico, y fruto de ello, China fue el primer país asiático con el que Argentina firmó un Protocolo sobre Consultas Políticas” (p. 25). En este sentido, OVIEDO (2015) apunta que “Argentina, atendiendo a sus intereses comerciales, bajo el principio de no intervención en asuntos internos estipulado en la declaración conjunta de 1972, mantuvo estable la relación, a pesar de la turbulencia internacional sobre la cuestión de los derechos humanos en ese país” (p. 71)

En este marco, la Argentina y la RPC celebraron un *Convenio para la promoción y protección recíprocas de inversiones* (05.11.1992) —aprobado por la ley 24.325 y en vigencia desde el 01.08.1994—, por el cual se estableció que “[l]as inversiones y actividades asociadas con inversiones de inversores de una Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante [...]. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante” (art. 3°). Asimismo, este convenio establece que las controversias relativas a inversiones primeramente serían resueltas por negociaciones amistosas y, en caso de que no pueda ser resuelta de esa manera, mediante la jurisdicción del “tribunal competente de la Parte Contratante receptora de la inversión, o al arbitraje internacional” (art. 8).

En este mismo sentido, RAMÓN-BERJANO, MALENA y VELLOSO (2015) apuntan como otros hitos a los decretos nros. 357 del 9 de marzo de 1994 —por el cual se creó el consulado argentino en la ciudad de Shanghái para “propiciar el mantenimiento e incremento de los estrechos lazos de amistad existente”— y 170 del 21 de febrero de 2000 —por el cual se lo elevó la categoría de aquél a consulado general y se estableció el Centro de Promoción Argentina en dicha ciudad—.

7.1.5. Período de las décadas de 2000 y 2010: asociación estratégica integral entre

la República Argentina y la República Popular China

La cesación de pagos de nuestra deuda pública de fines del 2001 y el reordenamiento económico realizado para la atención de la emergencia económica en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiara declarada por la ley 25.561 impactaron significativamente en nuestro crédito público,⁵¹ a punto tal que la República Argentina quedó prácticamente marginada del sistema financiero internacional hasta el avance de nuestras reestructuraciones de deuda soberana de 2005, 2010 y 2016 (SCHUJOVITZKY, 2017: 38). Sin embargo, OVIEDO (2017) apunta que la crisis no afectó la relación con la República Popular China, entre otras razones, porque el carácter tardío de sus inversiones impidió que fueran afectadas por la declaración de *default* de diciembre de 2001.

Desde 1999, la República Popular impulsó la política de *Going Global* o *Go Out* con el propósito de expandir su desarrollo económico para (a) promover la exportación de bienes y servicios, (b) desarrollar las empresas y marcas nacionales, (c) a partir de la inversión en el extranjero, aligerar fricciones comerciales; y (d) suplementar los recursos requeridos por ese país.⁵² En este sentido, se advierte que los altos niveles de productividad china agotaron la oferta interna de materias primas y comenzó a importarlas desde el exterior, con lo cual “Argentina pudo consolidar su inserción en el modelo productivo chino como proveedora de materias primas, con nichos de exportaciones industriales y compra de manufacturas” (OVIEDO, 2015: 71).

En este marco, según NACHT (2012), la relación bilateral se habría fortalecido con el cambio de posicionamiento de la República Argentina en materia de políticas internacionales, donde abandonó su tradicional política de no intervención en asuntos internos para “reconocer el principio de “una sola China”; posición que lo aleja de Taiwán, y el apoyo a China en las Naciones Unidas sobre la cuestión del Tíbet y los derechos humanos” (p. 111).

Ahora bien, con el mejoramiento de la situación económica hacia mediados de la década, el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Argentina celebró un *Memorándum de entendimiento sobre la cooperación en*

⁵¹ Ver nota al pie 3.

⁵² Estos conceptos fueron extraídos del sitio oficial del Gobierno Central de la RPC [http://www.gov.cn/node_11140/2006-03/15/content_227686.htm] el 04.08.2020, donde se indica que el contenido data del 12.03.2006 de la Oficina General del Consejo de Estado.

actividades ferroviarias (16.11.2004) con el Ministerio de Comercio de la República Popular China, por el cual se acordó “[a]poyar y promover la participación de las empresas chinas y argentinas en el mejoramiento del sistema ferroviario argentino mediante el diseño de obra, el suministro de equipos y material rodante, la construcción, rehabilitación y operación de este [sic] (art. I), “[a]lentar a los departamentos pertinentes de sus respectivos países y sus instituciones financieras para promover las necesarias facilidades financieras para la ejecución de los proyectos” (art. II), y “[e]studiar la factibilidad de la cooperación para la readecuación empresarial del Ferrocarril Belgrano Cargas, la construcción de los corredores bioceánicos y el mejoramiento del sistema de transporte ferroviario y subterráneos de pasajeros” (art. III). Finalmente, se estableció un Grupo de Trabajo de Actividades Ferroviarias (arts. IV y V) y que acuerdo tendría una validez de dos años renovable por un período similar (art. VI).

Contemporáneamente, se celebró un *Memorándum de entendimiento sobre cooperación en materia de comercio e inversiones* (17.11.2004), por el cual la República Argentina reconoció “el estatuto [sic] de ‘economía de mercado’ a la República Popular China” y declaró “su decisión de no aplicar ningún trato discriminatorio a las importaciones provenientes de la China” (art. 1);⁵³ y ambas partes manifestaron su voluntad de cooperar activamente en el sector de “infraestructura, incluido el transporte de pasajeros”, a cuyo fin “el Gobierno de la R. P. China estimulará a las instituciones financieras chinas a otorgar apoyo crediticio y facilidades de financiamiento a las empresas de ese origen con proyectos de factibilidad aprobada para su ejecución en la República Argentina” (art. 3). Según NICHT (2012), a partir de este acuerdo “surgieron las promesas de futuras inversiones, especialmente volcadas a infraestructuras para mejorar y hacer más eficientes los procesos extractivos y de flete de los *commodities* que compraba China” en línea con “la estrategia de los dirigentes chinos de “vender futuro”. Es decir, conseguir en la negociación bilateral beneficios concretos a cambio de promesas” (p. 117).⁵⁴

⁵³ Sobre esta cuestión, MIRANDA (2015) advierte que “con esta declaración el gobierno chino buscaba reducir la aplicación de medidas *antidumping* que podían frenar las importaciones de productos suyos cuyas ventas se hicieran por debajo del costo, o bien a un precio menor al de su propio mercado. De manera que mediante la declaración con estos países, China abandonaba la categoría de régimen de economía en transición asignada por la OMC hasta 2016 y pasaba a ser uno más de la organización para cubrirse de las acusaciones de *dumping*” (p. 101). Por su parte, NICHT (2012), “[e]sto limitaba al estado nacional en defender al sector industrial menos competitivo, en la medida que desde el reconocimiento, las investigaciones por *dumping* debían tomar como precio de referencia los precios internos de china y no los de un tercer país” (p. 117).

⁵⁴ Sin embargo, el desarrollo de las relaciones comerciales no se habría producido en concordancia con las expectativas del Gobierno Nacional. Según MIRANDA (2015), “[f]inalmente, se fue afianzando la

Si bien es un acto de menor trascendencia institucional, se señala el Acta de la III reunión del Grupo de Trabajo de Actividades Ferroviarias del 22.05.2006 —en el marco del referido *Memorándum de entendimiento sobre la cooperación en actividades ferroviarias*— en razón de que sirve de causa de algunos de los contratos de inversión pública relevados. En este instrumento, la parte china “reiteró su voluntad de apoyar efectivamente a las Empresas competentes de su país a realizar actividades con sus socios Argentinos en los campos ferroviarios y de infraestructura en general, en todas aquellas actividades de cooperación vinculadas con inversión, comercio, contratación de obras”.

Cuatro años después, la República Argentina y la República Popular China celebraron el *Memorándum de entendimiento para expandir y diversificar su relación en materia de comercio e inversiones* (13.07.2010), donde acordaron (a) elaborar e instrumentar programas de trabajo a fin de coordinar acciones de cooperación en materia de transporte e infraestructura, y (b) el “fomento de una mayor cooperación en materia financiera mediante líneas de crédito a mediano y largo plazo que contribuyan a facilitar la concreción de proyectos de cooperación sobre la base del beneficio mutuo” (art. 3) por el plazo de cinco años renovables automáticamente por igual plazo (art. 8). Al mismo tiempo, celebraron el *Acuerdo de cooperación para la construcción de infraestructura en materia de comunicaciones* (13.07.2010), por el cual se preveía desarrollar e implementar proyectos de infraestructura en materia de comunicaciones, y la provisión y/o adquisición de maquinaria, equipos y suministros necesarios para la construcción y mantenimiento de la infraestructura y para comunicaciones (art. 2); y que “la prioridad de cooperación actual es promover y facilitar que las empresas y entidades financieras de ambos países cooperen en proyectos relacionados con la infraestructura ferroviaria, provisión de material rodante, servicios de operación o logística o infraestructura”, habiéndose enumerado los proyectos comprendidos por el acuerdo en su anexo adjunto (art. 9). Este acuerdo tenía un plazo de vigencia de cinco años renovables automáticamente (art. 12), y su anexo contenía varios proyectos que efectivamente fueron ejecutados.

Si bien los primeros Contratos Relevados datan del 2006, su celebración *ad*

complementariedad comercial de que había hablado Kirchner en Shanghái, pero no en los términos pensados por el presidente argentino. Los productos manufacturados no ingresaron al mercado del país asiático como se creyó que podía suceder. [...] Los datos demostraban que China no solo había logrado reducir el déficit en el intercambio comercial con Argentina, como lo había propuesto Ma Xihong en 2004, sino que con el tiempo había podido obtener superávit, lo que fue altamente preocupante para Buenos Aires” (p. 101); y “la tensión pasó a ser un elemento recurrente en la relación bilateral de Argentina con China, que se daba en un marco embarazoso para Buenos Aires, porque claramente estaba teniendo fuerte dependencia comercial de Beijing. China pasó a desempeñar el «papel de economía-mercado sostén para Argentina en función de la creciente demanda de materias primas»” (p. 103).

referendum implicó que no se perfeccionaran hasta su ratificación por el Poder Ejecutivo Nacional en 2008, con su entrada en vigencia por el perfeccionamiento de sus respectivos contratos de financiamiento en 2010. De esta manera, la República Popular China comenzó a efectivizar una política de inversión *financiera* en Argentina planificada a través de empresas estatales con actividad extraterritorial con intereses estratégicos, con aplicación de criterios que no siempre respondían a intereses microeconómicos o de racionalidad económica comercial (como la búsqueda de mayor rentabilidad o la integración de nuevos mercados)⁵⁵ sino estatales de más largo plazo (como la generación de condiciones de seguridad alimentaria y el desarrollo de infraestructura de los países proveedores) (SCHUJOVITZKY, 2017: 41).⁵⁶ Al respecto, la progresión del *stock* de inversiones extranjeras directas de china en la República Argentina sería indicativa de este fenómeno:

Stock de inversión extranjera directa (IED) china en Argentina (2007-2015)								
En millones de dólares estadounidenses (USD)								
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
157	173	169	218	405	897	1658	1791	1948
Fuente: Ministerio de Comercio, Buró Nacional de Estadísticas y Administración Nacional de Divisas Extranjeras de la República Popular China, <i>Boletín Estadístico de Inversiones Extranjeras Directas de China</i> , China Statistics Press, Beijing, 2016, p. 141, en OVIEDO (2017: 22).								

En esta línea, tres años después, la República Argentina y la República Popular China celebraron el *Memorándum de entendimiento para el establecimiento de un mecanismo de diálogo estratégico para la cooperación y la coordinación económica* (05.09.2013), en cuyo marco se comprometieron a “[c]rear un canal directo para identificar, promover e implementar proyectos prioritarios en las áreas de infraestructura, incluido el transporte de pasajeros” (art. III, inc. 3), con una vigencia de cinco años (art. VIII). Este acuerdo fue prorrogado mediante el *Acuerdo sobre la prórroga de la validez*

⁵⁵ Sin perjuicio de esta afirmación, no se han encontrado elementos que sugieran o induzcan que los contratos de inversión pública se celebraron en términos comerciales convenientes en calidad y precio para el Estado Nacional, más allá de que se pueda considerar que esta cuestión estuviera implícita en el entendimiento de la oportunidad, mérito y conveniencia de su celebración en los actos de aprobación de aquéllos.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, MIRANDA (2015) advierte que “[e]l país asiático se encontraba muy comprometido con el fortalecimiento de su poder duro, por ello su política de inversión en territorio argentino fue extremadamente tibia, y la mayor contrariedad consistía en que ella no apuntaba hacia lo que perseguía el gobierno kirchnerista. Beijing, al priorizar determinadas estrategias para su desarrollo y capacidad productiva, impulsaba inversiones en cuestiones vinculadas al uso de la tierra, la comercialización de minerales y la participación en el transporte de carga, en circunstancias de que Argentina prefería que el capital extranjero se volcara hacia la reindustrialización del país” (p. 110).

del memorándum de entendimiento relativo al establecimiento de un mecanismo de diálogo estratégico para la cooperación y la coordinación económica (02.12.2018) por el plazo de cinco años.

Por la *Declaración conjunta sobre el establecimiento de la asociación estratégica integral entre la República Argentina y la República Popular China* (18.07.2014), las partes manifestaron “importantes coincidencias sobre la ulterior profundización de la amistad y la cooperación bilateral, mutuamente beneficiosa, en diversos ámbitos [...], con el fin último de explorar de modo conjunto el camino de desarrollo que mejor se adapte a las respectivas condiciones nacionales” (punto 2). En este sentido, afirmaron que “se había consolidado la mutua confianza política, la cooperación sustantiva en múltiples áreas había rendido resultados fructíferos y se había mantenido una estrecha coordinación y colaboración estratégica en asuntos internacionales y regionales, con miras a [...] la salvaguarda de los intereses de ambos países” y que, “[p]or ello, tomando en consideración el nivel de desarrollo del vínculo bilateral, y con miras a su proyección futura, ambos Jefes de Estado decidieron establecer la Asociación Estratégica Integral China-Argentina, dando inicio de este modo a una nueva etapa en la sociedad binacional construida y consolidada en el último decenio” (punto 3). Asimismo, manifestaron la “disposición de fortalecer la cooperación de mutuo beneficio en materia de construcción de las infraestructuras, en especial las de transporte [...], promoviendo el desarrollo de proyectos prioritarios a fin de lograr avances sustantivos lo antes posible. En particular, celebraron la suscripción, en ocasión de la visita, del proyecto fase I para la rehabilitación del Belgrano Cargas” (punto 13).

Según RAMÓN-BERJANO, MALENA y VELLOSO (2015), “el status de socio estratégico integral que ha otorgado China a la Argentina [según el documento referido en el párrafo anterior] es uno de los más importantes dentro de su esquema de alianzas internacionales” para “estados de poder medio del sistema internacional” (p. 45).⁵⁷ Este carácter significaría su “voluntad de trabajar conjuntamente, tanto en cuestiones referidas al crecimiento económico como en asuntos internacionales. A su vez, la condición de ‘integral’ significa la inclusión de los aspectos político, económico, cultural, tecnológico y militar” (*id.*). Según este análisis, el reconocimiento como “socio” de la República

⁵⁷ Al respecto, MIRANDA (2015) apunta que “China percibió a Argentina como un país de commodities, más concretamente como una potencia agrícola, y eso fue lo que le interesó de la relación bilateral. [...] La realidad de que Argentina no le era relevante, fue uno de los motivos por los cuales China no se esforzó en que prosperara una eventual coalición estratégica como lo hizo con Brasil, combinando política y comercio, movida esta alianza a través de necesidades comunes” (p. 109).

Popular China significaría que “la contraparte es un Estado amigo (y por lo tanto su conducta no será hostil)” (p. 13) y este carácter conllevaría la práctica de la *cooperación* sobre la *competencia*. A estos dos términos se agrega el carácter de “estratégico”, que alude a que los socios cooperantes “lo harán tanto en los asuntos internacionales como en pos del crecimiento económico” y “tanto en el marco de la comunidad de naciones como en el ámbito interno” (*id.*). En cuarto lugar, el término “integral” refiere a que la relación bilateral comprende “no solo los aspectos políticos y económicos, sino también las dimensiones científico-tecnológica, cultural, militar, deportiva, etcétera” (*id.*).

A partir de la asociación estratégica integral, la República Argentina y la República Popular China celebraron el *Convenio marco de cooperación en materia económica y de inversiones* (18.07.2014) —aprobado por la ley 27.122 y en vigor desde el 07.11.2016— (en adelante, el “Convenio Marco”), por el cual acordaron (a) establecer “un Plan Integrado de cinco años de duración” a ser detallado “en un Convenio Complementario de Cooperación en materia de Infraestructura”, y (b) que “[l]as adquisiciones en el marco de los proyectos del sector público argentino, cuya ejecución se enmarca dentro del alcance del Plan Integrado, podrán efectuarse a través de la adjudicación directa siempre que estén sujetos a financiamiento concesional de la parte china y que la adjudicación se realice en condiciones ventajosas de calidad y precio” (art. 5). En este marco, las partes celebraron el *Convenio complementario de cooperación en materia de infraestructura* (18.07.2014) (el “Convenio Complementario”), por el cual afirmaron que “alentarán a las entidades financieras a brindar financiamiento concesional y servicios financieros diversificados para la cooperación en materia de proyectos sobre la base de las operaciones del mercado y una cautelosa evaluación de los proyectos” (art. 2). En especial, por este convenio complementario se previó que (a) “China fomentará la participación de las empresas chinas públicas y privadas en los proyectos de infraestructura de la República Argentina mediante [... l]os bancos y otras entidades financieras de China, que brindarán opciones de financiamiento para el desarrollo de los proyectos incluidos en el presente Convenio Complementario”, y (b) “Argentina podrá: Adjudicar las contrataciones relacionadas con proyectos del sector público de la República Argentina en el marco del presente Convenio Complementario conforme al Artículo 5 del Convenio Marco” (art. 4).

El Convenio Marco y su Convenio Complementario implican un profundo avance del subsistema normativo-institucional entre la República Argentina y la República Popular China porque implica la habilitación de la APN de celebrar contrataciones por

adjudicación directa cuando (a) el proyecto en cuestión esté comprendido en el Plan Integrado, (b) estén sujetos a financiamiento concesional de la parte china, y (c) la adjudicación se realice en condiciones ventajosas de calidad y precio (art. 5º, Convenio Marco). No obstante, casi la totalidad de los Contratos Relevantes fue perfeccionada por adjudicación directa fuera del RCAN con empresas chinas con anterioridad al Convenio Marco y su Convenio Complementario a partir de la consideración implícita de que aquéllas eran una extensión del Estado de la República Popular China.

Por la *Declaración conjunta sobre el fortalecimiento de la asociación estratégica integral entre la República Argentina y la República Popular China* (04.02.2015), las partes manifestaron la existencia de “avances sustantivos del vínculo binacional registrados en 2014, a partir de la decisión —adoptada el 18 de julio de 2014— de elevar el rango de la relación bilateral a la categoría de ‘Asociación Estratégica Integral’, una decisión que llevó implícita la firme vocación de los dos Estados de inaugurar —con miras a su proyección futura— una nueva etapa en el relacionamiento bilateral, acorde con el nivel de desarrollo y consolidación ya alcanzado” (punto 3).

Dos años después, por el *Acta de la reunión del 3er Diálogo Estratégico China-Argentina para la Cooperación y Coordinación Económica* (18.04.2017), la República Argentina y la República Popular China acordaron el *Plan Quinquenal Integrado Argentina-China para la Cooperación en Infraestructura* en los términos del Convenio Marco y su Convenio Complementario. En éstos se había establecido que los proyectos de infraestructura de transporte eran prioridad de cooperación, incluyendo “la renovación y construcción de redes ferroviarias de cargas, sistemas de electrificación y señalización; adquisición, renovación y mantenimiento de vehículos, equipos, piezas y componentes de transporte ferroviario” (art. 4). En la *Lista de Proyectos de Cooperación de Infraestructura Prioritaria* (anexo del *Plan Quinquenal Integrado*) se incluyeron la rehabilitación de los sistemas ferroviario de San Martín, Roca Cargas, Mitre Cargas, Urquiza Cargas, Belgrano de Mercancías, y material rodante para pasajeros de Buenos Aires.

Finalmente, por el *Memorando de entendimiento sobre el fortalecimiento de la cooperación en los sectores de infraestructura* (02.12.2018), el Ministerio de Transporte de la Nación y el Ministerio de Comercio de la República Popular China manifestaron su entendimiento de impulsar “a las empresas de sus países a cooperar en la inversión, construcción y operación de infraestructura relacionada con el transporte, incluyendo la

planificación, financiación, diseño y consultoría de proyectos” (art. 1), entre los cuales se incluyó a la materia ferroviaria (art. 2).

7.2. Descripción del esquema de los contratos de inversión pública y de financiamiento relevados

Antes de abordar las Cláusulas Relevantes, en este acápite se presenta sucintamente el esquema de las operaciones celebradas por el Estado Nacional y las empresas y entidades de la República Popular China. Conforme se señalara en la introducción,⁵⁸ estas operaciones estaban compuestas por, al menos, un contrato de inversión pública y un contrato de financiamiento.

7.2.1. Perfil de los Contratos Relevados de inversión pública

En el presente acápite se introduce el perfil de los Contratos Relevados de inversión pública, a partir de las similitudes y diferencias detectadas entre los contratos que se financiaron únicamente con fuente interna (Tesoro Nacional) y los que también contaron con financiamiento externo chino (es decir, los Contratos Relevantes de inversión pública).

Los Contratos Relevados de inversión pública están indicados en el siguiente resumen sucinto de la Tabla de Análisis:

Denominación del contrato según acto administrativo de aprobación	Contratistas	Fuente de financiamiento	Año de firma	Acto administrativo
Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd.	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2006	Decreto N° 91 del 15.01.2008
			2007	
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qingdao Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.		2009	Decreto N° 119 del 22.01.2010
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.			

⁵⁸ Cfr. acápite 1.2.

	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.			
	China South Locomotive and Rolling Stock Corp. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.		2012	Decisión Administrativa N° 582 del 15.07.2013
Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2006	Decreto N° 91 del 15.01.2008
			2007	
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd.		2009	Decreto N° 119 del 22.01.2010
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd.			
1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2008	Decreto N° 118 del 22.01.2010
2° Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2008	Decreto N° 118 del 22.01.2010
3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2010	Decreto N° 1607 del 12.10.2011

Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2009	Decreto N° 2154 del 30.12.2010
			2010	
			2014	Decisión Administrativa N° 279 del 21.04.2014
Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas	China Machinery Engineering Corp.	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2013	Decreto N° 1090 del 17.07.2014
			2014	Decreto N° 868 del 16.07.2016
			2015	
			2016	Decreto N° 987 del 30.11.2017
Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca	CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd.	Financiamiento chino y Tesoro Nacional	2018	Decisión Administrativa N° 604 del 17.04.2018

7.2.1.1. Objeto

En primer lugar, los Contratos Relevados de inversión pública tuvieron por objeto el diseño, fabricación y suministro de material rodante, repuestos, servicios técnicos y capacitación técnica, con excepción de (a) un caso en el que también comprendía el diseño, suministro, ingeniería, supervisión y dirección de obra y puesta en servicio de un sistema de señalización,⁵⁹ y (b) otro que comprendía la prestación de servicios de supervisión de obra y servicios de gestión financiera, que es el Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, suscripto entre el entonces Ministerio

⁵⁹ Aquí se refiere al Contrato para el Diseño, Suministro e Ingeniería para la Instalación, Supervisión y Dirección de la Instalación y Puesta en Servicio del Sistema de Señalización de Base para los Ferrocarriles Mitre y Sarmiento, suscripto por el entonces Ministerio del Interior y Transporte con China Railway Signal & Communication Corp. Ltd., ratificado por la decisión administrativa n° 727 del 18.09.2013.

del Interior y Transporte de la Nación con China Machinery Engineering Corporation (en adelante, “CMEC”), y ratificado por el decreto n° 1090 del 17.07.2014, con sus adendas.

En consecuencia, las empresas contratistas chinas no ejecutaron directamente obra ni realizaron inversiones directas relevantes en la República Argentina en el marco de los Contratos Relevantados.

7.2.1.2. Perfil societario de los contratistas del Estado Nacional y su relación con el estado de la República Popular China⁶⁰

En segundo lugar, los Contratos Relevantados de inversión pública fueron suscriptos por una autoridad superior del Estado Nacional *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional (o del Jefe de Gabinete de Ministros, en aquellos casos en que los contratos se financiaban únicamente con recursos del Tesoro Nacional). Como se expone a continuación,⁶¹ las contratistas fueron con empresas chinas con control final de la República Popular China.

7.2.1.2.1. Contratistas que actualmente integran el grupo económico de CRRC Group Corporation Limited

La mayoría de las empresas contratistas del Estado Nacional en los Contratos Relevantados actualmente integra el grupo económico de CRRC Group Company Limited (en adelante, “CRRCG”), que es la empresa matriz resultante de la reorganización por fusión de las empresas ferroviarias del norte y el sur de la República Popular China.⁶²

7.2.1.2.1.1. China South Locomotive and Rolling Stock Industry (Group) Corporation (posteriormente denominada CSR Group Corporation, que actualmente es

⁶⁰ En este acápite no se considera a Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Company Limited porque los antecedentes en contratos sobre esta sociedad son prácticamente nulos, lo cual resulta extraño en atención a la información recabada del resto de los contratistas.

⁶¹ En los acápites siguientes se ha aplicado el criterio de analizar el control final de estas sociedades a la fecha de cierre de sus últimos estados contables aprobados y disponibles como consecuencia de la publicación de los reportes anuales. Por esta razón, se utilizaron los reportes anuales del 2018 cuando no estuvieron disponibles los de 2019 (estas publicaciones son posteriores a la aprobación de los estados contables consolidados de cada ejercicio).

Por otra parte, se reconoce que la técnica metodológica más estricta hubiera sido considerar las participaciones a la fecha de la celebración de los contratos respectivos (o, incluso, según su evolución durante la ejecución). No obstante, se ha decidido aplicar el criterio de que el análisis realizado era suficiente al efecto de controlar las afirmaciones realizadas en los decretos y decisiones administrativas aprobatorias, donde se manifestó que las contratistas eran empresas estatales de la República Popular China.

⁶² Para una mayor claridad, se sugiere ver el organigrama societario del grupo de CRRC contenido en el acápite 9.1.1.1, que fue construido a partir de las fuentes referidas en este acápite.

CRRCG)

China South Locomotive and Rolling Stock Industry (Group) Corporation (posteriormente denominada CSR Group Corporation) era una empresa china fabricante de material rodante. Sus principales activos se escindieron en CSR Corporation Limited (en adelante, “CSR”) en 2007, sociedad que continuó bajo su control. Posteriormente, China South Locomotive and Rolling Stock Industry (Group) Corporation se fusionó con China Northern Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corporation para conformar CRRCG en 2015, que actualmente es la sociedad matriz del grupo.⁶³ Al 31.12.2019, CRRCG estaba controlada en un 100% por la Comisión del Consejo de Estado de Administración y Supervisión de Activos de Propiedad del Estado de la República Popular China.⁶⁴

7.2.1.2.1.2. China South Locomotive and Rolling Stock Corporation (que posteriormente fue CSR y actualmente es CRRC Corporation Limited)

China South Locomotive & Rolling Stock Corporation, que posteriormente fue CSR, era una sociedad cuyo objeto era el desarrollo de material ferroviario que se fusionó con CNR Corporation Limited (en adelante, “CNR”) para conformar CRRC Corporation Limited (en adelante, “CRRC”) en 2015,⁶⁵ actual sociedad *holding* del grupo societario de CRRCG.⁶⁶ Al 31.12.2019, CRRC estaba controlada en un 50,28% por CRRCG.⁶⁷

7.2.1.2.1.3. CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works (que posteriormente fue CSR Qishuyan Corporation Limited y actualmente es CRRC Qishuyan Corporation Limited)

CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works era una unidad de desarrollo, fabricación y mantenimiento de locomotoras diésel para transporte de cargas y pasajeros del Ministerio de Ferrocarriles de la República Popular China hasta 2000. Posteriormente, fue transformada en compañía y se escindió en tres empresas en 2007. Una de estas

⁶³ CRRC Corp. Ltd. Annual Report 2019, p. 115. Consultado en [https://www.crregc.cc/Portals/73/Uploads/Files/2020/4-27/637235827333140166.pdf] el 14.07.2020.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ CRRC Corp. Ltd. Annual Report 2019, p. 151. Consultado en [https://www.crregc.cc/Portals/73/Uploads/Files/2020/4-27/637235827333140166.pdf] el 14.07.2020.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 152.

⁶⁷ Ver nota al pie 63.

sociedades escionarias fue CSR Qishuyan Corporation Limited, que también ha contratado con el Estado Nacional, y posteriormente cambió su denominación a CRRC Qishuyan Corporation Limited cuando su controlante CSR se fusionó con CNR para formar CRRC en 2015.⁶⁸ Al 31.12.2019, CRRC Qishuyan Corporation Limited estaba controlada en un 100% por CRRC.⁶⁹

**7.2.1.2.1.4. *Changchun Railway Vehicles Company Limited*
(posteriormente denominada CNR Changchun Railway
Vehicles Company Limited y actualmente CRRC Railway
Vehicles Company Limited)**

Changchun Railway Vehicles Company Limited es una empresa fabricante de material rodante en general, que fue adquirida por CNR —modificando su denominación a CNR Changchun Railway Vehicles Company Limited— antes de fusionarse con CSR para conformar la CRRC,⁷⁰ y adquirir la denominación actual de CRRC Changchun Railway Vehicles Company Limited. Al 31.12.2019, CRRC Changchun Railway Vehicles Corporation Limited estaba controlada en un 93,54% por CRRC.⁷¹

7.2.1.2.1.5. *CRRC Qingdao Sifang Corporation Limited*

CRRC Qingdao Sifang Company Limited es una sociedad cuyo objeto es la investigación, desarrollo, fabricación y prestación de servicios técnicos de productos ferroviarios y material rodante.⁷² Al 31.12.2019, CRRC Qingdao Sifang Company Limited estaba controlada en un 97,81% por CRRC.⁷³

**7.2.1.2.1.6. *CNR Group Dalian Locomotive & Rolling Stock
Corporation Limited (actualmente denominada CRRC
Dalian Corporation Limited)***

CNR Group Dalian Locomotive & Rolling Stock Corporation Limited es una sociedad cuyo objeto es el desarrollo y manufactura de locomotoras diesel y eléctricas. Hacia 2008 era una subsidiaria controlada en un 100% por CNR. A partir de la fusión de

⁶⁸ Según el sitio oficial de CRRC Qishuyan Company Limited, consultado en [<https://www.crrgc.cc/qsyen/g4353.aspx>] el 14.07.2020.

⁶⁹ Ver nota al pie 65.

⁷⁰ Según el sitio oficial de CRRC Changchun Railway Vehicles Company Limited, consultado en [<http://www.ccme.org.cn/shop/ccme10202/introduction.aspx>] el 14.07.2020.

⁷¹ Ver nota al pie 65

⁷² Según el sitio oficial de CRRC Qingdao Sifang Company Limited, consultado en [<https://www.crrgc.cc/g3165.aspx>] el 14.07.2020.

⁷³ *Id.*

CSR y CNR para la formación de CRRC en 2015, la sociedad cambió su denominación a CRRC Dalian Corporation Limited.⁷⁴ Al 31.12.2019, CRRC Dalian Corporation Limited estaba controlada en un 100% por CRRC.⁷⁵

7.2.1.2.1.7. CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Corporation Limited (actualmente denominada CRRC Nanjing Puzhen Corporation Limited)

CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Corporation Limited es una sociedad cuyo objeto es el desarrollo y fabricación de equipamiento ferroviario, especializada en material rodante de primera clase. A partir de la fusión de CSR y CNR en CRRC de 2015, la sociedad cambió su denominación a CRRC Nanjing Puzhen Corporation Limited. Al 31.12.2019, CRRC Nanjing Puzhen Corporation Limited estaba controlada en un 100% por CRRC.⁷⁶

***7.2.1.2.2. Contratista del grupo económico de CITIC Group Limited*⁷⁷**

CITIC International Cooperation Corporation Limited es una subsidiaria de CITIC Construction Corporation Limited,⁷⁸ cuyo objeto es la importación y exportación de bienes mecánicos y eléctricos. A su vez, CITIC Construction Corporation Limited es una sociedad controlada en un 100% por CITIC Limited,⁷⁹ que a su vez es una sociedad controlada por CITIC Group Corporation (sociedad matriz del grupo) con una participación del 58,13% al 31.12.2018.⁸⁰ CITIC Group es propiedad del Ministerio de Finanzas de la República Popular China.⁸¹

7.2.1.2.3. China Railway Signal & Communication Corporation

⁷⁴ Según el sitio oficial de CRRC Dalian Corporation Limited, consultado en [<https://www.crrcgc.cc/dlen/g10676.aspx>] el 14.07.2020.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Para una mayor claridad, se sugiere ver el organigrama societario del grupo de CITIC contenido en el acápite 9.1.1.2, construido a partir de las fuentes referidas en este acápite.

⁷⁸ Según el sitio oficial de CITIC Construction Company Limited, consultado en [<http://www.cccme.org.cn/shop/cccme1364/index.aspx>] el 14.07.2020.

⁷⁹ *CITIC Limited Annual Report 2019*, p. 353. Consultado en [<https://www.citic.com/uploadfile/2020/0421/20200421063029386.pdf>] el 14.07.2020.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁸¹ Según el sitio oficial de CITIC, consultado en [<https://www.citic.com/en/aboutus/history/>] y [https://www.group.citic/en/About_CITIC/Governance_Risk/] el 14.07.2020.

Limited⁸²

China Railway Signal & Communication Corporation Limited es una empresa dedicada a los sistemas tecnológicos de control del transporte ferroviario que, al 31.12.2018, estaba controlada en un 75,14% por Railway Signal & Communication (Group) Corporation, sociedad matriz.⁸³ A su vez, China Railway Signal & Communication (Group) Corporation habría estado controlada en un 100% por la Comisión del Consejo de Estado de Administración y Supervisión de Activos de Propiedad del Estado (SASAC) de la República Popular China a esa misma fecha.⁸⁴

7.2.1.2.4. Contratista del grupo económico de China National Machinery Industry Corporation (SINOMACH)⁸⁵

China Machinery Engineering Corporation (CMEC) es una empresa de ingeniería y construcción controlada por China National Machinery Industry Corporation (SINOMACH), que es una empresa controlada directamente por el gobierno central de la República Popular China e una incluida en el directorio de empresas controladas por la Comisión de su Consejo de Estado de Administración y Supervisión de Activos de Propiedad del Estado (SASAC).⁸⁶

7.2.1.2.5. Conclusión del perfil societario de las contratistas del Estado Nacional

En atención a lo expuesto, se concluye que el Estado Nacional celebró los Contratos Relevados de inversión pública con sociedades controladas directa o indirectamente por el estado de la República Popular China. Si bien las contratistas son sujetos de derecho distintos de sus accionistas según la doctrina de la personalidad jurídica, podría aplicar la doctrina de la PTN de que tales entidades son formas descentralizadas del Estado a las cuales también resultan aplicables ciertas normas de derecho público⁸⁷ y que, incluso,

⁸² Para una mayor claridad, se sugiere ver el organigrama societario del grupo contenido en el acápite 9.1.1.3, construido a partir de las fuentes referidas en este acápite.

⁸³ *China Railway Signal & Communication Corporation Limited Annual Report 2018*, p. 59. Consultado en [http://www.crsc.cn/Portals/21/Uploads/Files/2019/4-17/636910953861310932.pdf] el 15.07.2020.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 115. En el mismo sentido, ver el sitio oficial de la *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council* de la República Popular China, consultado en [http://en.sasac.gov.cn/n_688_2.htm] el 14.07.2020.

⁸⁵ Para una mayor claridad, se sugiere ver el organigrama societario del grupo de SINOMACH contenido en el acápite 9.1.1.4, construido a partir de las fuentes referidas en este acápite.

⁸⁶ Según el sitio oficial de la *State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council* de la República Popular China, consultado en [http://en.sasac.gov.cn/n_688_2.htm] el 14.07.2020.

⁸⁷ “[A]ún tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las

están sujetas al principio de unidad de acción que se deriva de concebir al Estado como una unidad institucional teleológica y ética.⁸⁸

La consideración de las contratistas como sujetos estatales⁸⁹ —criterio que el Estado Nacional ha aplicado reiteradamente aplicado en los decretos y decisiones administrativas aprobatorios de los Contratos Relevantados de inversión pública— tiene dos implicancias fundamentales. La primera es que tal carácter justificaría la aplicación del artículo 5º, inciso c), del RCAN para excluir a los Contratos Relevantados de inversión pública de su ámbito de aplicación, por haber sido celebrados con (instrumentos de) un Estado extranjero.

Una segunda implicancia que podría verificarse es que las entidades financieras que contrataron con el Estado Nacional para el financiamiento de los Contratos Relevantados de inversión pública también estuvieran sujetas al control indirecto del Estado de la República Popular China; y que, en consecuencia, ambos contratos hayan sido celebrados por el Estado Nacional indirectamente con el mismo Estado extranjero y no con dos sujetos con intereses distintos o descoordinados. Asimismo, esta posible coordinación ulterior es sugerida por la previsión de cláusulas que requerían la conformidad del Gobierno de la República Popular China para el perfeccionamiento de contratos,⁹⁰ y por el hecho de que las operaciones se enmarcaban en un entramado de acuerdos y compromisos de la República Popular China por los cuales se comprometía a realizar intercambio comercial por sus corporaciones estatales de comercio,⁹¹ a otorgar amplias facilidades para estimular la cooperación económica en materia ferroviaria y de

finalidades de su creación; agregándose que aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado, y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad” (*Dictámenes* 219:145, 239:592, 241:242, 263:8, *et al.*); “la decisión de utilizar la figura de derecho privado [...] no es un fin en sí mismo, sino simplemente un vehículo por el que el Estado ha optado para la mejor consecución de cometidos de interés general. [...] El hecho de tratarse de sociedades de propiedad estatal impide abstraerlas por completo del derecho público.” (*Dictámenes* 301:049).

⁸⁸ “[E]l Estado Nacional y aún la Administración Pública más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional teleológica y ética por excelencia. // Y [...] la actividad de la Administración se encuentra siempre enderezada a la satisfacción del bien común, [...] por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado” (*Dictámenes* 239:62 *et al.*); “[d]e este principio de unidad en la acción estatal dimana la virtual eliminación de todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales, para lo cual resulta imprescindible la relativización de su personalidad, por una parte, y la disminución o atenuación, según el caso de sus prerrogativas de poder público en este tipo de relaciones interadministrativas (*Dictámenes* 238:444).

⁸⁹ Sobre esta cuestión, se advierte que las contratistas serían personas jurídicas *privadas* de conformidad con el CCivN (arts. 33 y 34); y, en especial, con el CCyCN, que establece que “[l]a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas” (art. 149).

⁹⁰ Cfr. acápite 9.2.2.4.3 y 9.2.6.1.2.

⁹¹ Cfr. acápite 7.1.2.

maquinarias mediante contrataciones de suministros,⁹² a apoyar y promover la participación de sus empresas en el mejoramiento del sistema ferroviario argentino mediante el suministro de equipos y material rodante y las facilidades financieras y crediticias de mediano y largo plazo necesarias para la ejecución de los proyectos con factibilidad aprobada y a trabajar en un grupo de trabajo binacional de actividades ferroviarias (donde se gestaron los Contratos Relevantes de inversión pública).⁹³ A su vez, estos acuerdos se enmarcan en la política de *Going Global* de la República Popular China.⁹⁴

7.2.1.3. Entrada en vigencia y perfeccionamiento de los Contratos Relevantes de inversión pública con sujeción a la condición suspensiva de la celebración de un contrato de financiamiento

En tercer lugar, los Contratos Relevantes Relevados de inversión pública se celebraron todos con la sujeción de su entrada en vigencia a la condición suspensiva de que se celebrara un contrato de financiamiento.⁹⁵ Asimismo, en algunos casos se especificaba que el Estado Nacional habría de celebrar este contrato con un sujeto

⁹² Cfr. acápite 7.1.3.

⁹³ Cfr. acápite 7.1.5.

⁹⁴ Cfr. acápite 7.1.5.

⁹⁵ Si bien los contratos sujetos a estas modalidades existen como negocio jurídico, (a) no se perfeccionan y/o entran en vigencia hasta la verificación del hecho condicionante dado que no se producen todos sus efectos —es decir, los derechos y obligaciones que aquéllos generan todavía no existen—; y (b) una vez cumplida la condición, las obligaciones se convierten en puras y simples, y se reputan perfectas *ex tunc*, es decir, desde el momento en que el acto se celebró por aplicación del principio de retroactividad.

Según el CCyCN —que no es aplicable a la mayoría de los Contratos Relevantes, dada su sanción en 2014 y entrada en vigencia en 2016—, una condición es “la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto” (art. 343). La condición es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se supedita la adquisición o pérdida de un derecho a un hecho futuro e incierto. Las mismas reglas se aplican —en cuanto fueren compatibles— a la estipulación de las partes en cuanto sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos pasados o presentes que ignoran. Los caracteres del hecho condicional son (i) debe ser incierto, significa que puede o no llegar, es siempre contingente; (ii) debe ser futuro, esta exigencia garantiza la incertidumbre objetiva de la condición; y (iii) deber ser incoercible, es decir, no susceptible de compulsión por vía judicial (LORENZETTI, 2015:382-389). Entre las clasificaciones de las condiciones, interesa aquella entre condiciones potestativas, casuales y mixtas, en cuyo caso las primeras son aquellas en las que el cumplimiento de la condición depende del arbitrio del obligado, las segundas cuando se trata de un hecho ajeno a la voluntad de las partes y la tercera cuando depende en parte de la voluntad de los interesados y en parte de factores extraños (BORDA, 1991: pp. 253-256). Nuestra opinión es que la redacción de estas cláusulas en los contratos debería asegurar que se subsuman en el tipo mixto, a fin de que la entrada en vigencia del contrato de financiamiento no dependa del arbitrio de ninguna de las partes, sino de la efectiva ocurrencia del hecho condicionante, el cual debe ser definido en términos precisos y objetivos.

Sobre esta cuestión, es importante señalar que estas cláusulas de condición son válidas toda vez que es jurídicamente posible [art. 7º, inc. c), ley 19.549] por no recaer en ninguno de los supuestos de condiciones prohibidas previstos en el artículo 344 del CCyCN (de aplicación analógica). Particularmente, no se trata de un hecho imposible, contrario a la moral o a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que dependa exclusivamente de la voluntad del obligado.

identificado como el banco de su contratista; y, en otros, se sujetaba a tal condición también el perfeccionamiento del contrato.

De lo apuntado en el párrafo anterior se deduce el carácter esencialmente determinante que revestían tales contratos de financiamiento para al menos una de las partes, ya que tales condiciones suspensivas explicitaban su falta de voluntad de acordar sin la verificación de tal extremo.⁹⁶

Por otra parte, la identificación de las entidades financieras como bancos del contratista sugería la existencia de una relación sustancial subyacente entre los sujetos no comunes de los Contratos Relevantes de inversión pública y financiamiento, en concordancia con lo señalado en el acápite anterior sobre la posibilidad de su actividad coordinada (y, aún más, en el caso de que compartieran su sujeción al control del Estado de la República Popular China).

Por el contrario, se advierte que tales elementos fueron extraños a los Contratos Relevantados de inversión pública cuya ejecución fue financiada con fuente interna, proveniente del Tesoro Nacional.

7.2.1.4. Limitaciones de la responsabilidad del contratista

Una característica común de todos los contratos de inversión pública (salvo uno celebrado de conformidad con el RCAN) es la limitación de la responsabilidad del contratista, la cual se instrumentó mediante cláusulas que (a) negaban la responsabilidad del contratista ante terceros por la rescisión del contrato, aún cuando tuviera causa en su incumplimiento; (b) forzaban la adquisición y pago de los bienes que el contratista había terminado antes de la rescisión del contrato por su incumplimiento, a pesar de no los hubiera entregado al Estado Nacional; (c) limitaban los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes a los taxativamente manifestados;⁹⁷ y (d) limitaban la

⁹⁶ En línea con esto, COLEMAN (2010) señala que a la decisión de contratar subyace el entendimiento de que es más conveniente cooperar que actuar individualmente, y que “[n]adie puede esperar que otra persona participe en un contrato a menos que perciba una oportunidad para obtener beneficios mutuos” (p. 123). En estos casos, el Estado Nacional podía tener interés en esta condición por su necesidad de financiamiento, sin el cual podría carecer de los medios para cumplir sus obligaciones previstas en el contrato de inversión pública; y la contratista, para asegurarse la existencia de recursos suficientes para el pago de los bienes que se comprometía a suministrar.

⁹⁷ En línea con lo expuesto en el acápite 4.2.7.4, de esta circunscripción de los términos del contrato a su literalidad es extraña al régimen de exorbitancia de Derecho Público. Aún en los casos en que éste no aplica a tales contratos, el Estado Nacional debía atender los intereses públicos comprometidos que aquél hubiera tutelado en caso de regir.

responsabilidad del monto indemnizable al 5% del precio total del contrato o al precio total de los bienes.

7.2.1.5. El contrato de financiamiento como parte integral del acuerdo del Contrato Relevante de inversión pública

Finalmente, en varios de los Contratos Relevantes de inversión pública se establecía expresamente que los de financiamiento correspondientes integraban el acuerdo del Estado Nacional y el contratista. La inclusión de estas Cláusulas Relevantes en los contratos de inversión pública es significativa pues explicitaba la relación (de integración) que existía entre ellos.⁹⁸

Asimismo, en los Contratos Relevantes se previó que una porción sustancial del contrato sería pagadera con recursos derivados del contrato de financiamiento correspondiente; y, en la mayoría, que la parte pagadera con recursos del Tesoro Nacional se tuviera que pagar íntegramente como anticipo financiero.

7.2.2. Perfil de los Contratos Relevantes de financiamiento

En el presente acápite se introduce el perfil de los Contratos Relevantes de financiamiento, los cuales son indicados en el siguiente resumen sucinto de Tabla de Análisis:

Denominación del contrato	Financistas	Monto (USD)	Porcentaje de Facilidad	Proyecto de Inversión Pública relacionado	Acto administrativo
Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo	China CITIC Bank Corp., China Construction Bank Corp.	\$ 84.968.550,00	85%	1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	Decreto N° 118 del 22.01.2010
Convenio de Préstamo de Crédito Comprador	Export - Import Bank of China (EXIMBANK)	\$ 72.397.625,45	85%	Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	Decreto N° 119 del 22.01.2010

⁹⁸ Sin embargo, esta relación no era necesariamente homogénea en sus direcciones. Al respecto, se sugiere la posibilidad de estas relaciones de conexidad fueran casuísticamente asimétricas, con lo cual se significa que los efectos de la integración económico-funcional de los contratos podían ser desiguales según se considerase el contrato de inversión pública respecto del de financiamiento o viceversa. Cfr. acápite **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia..**

Convenio de Préstamo de Crédito Comprador	Export - Import Bank of China (EXIMBANK)	\$ 41.430.968,60	85%	Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	Decreto N° 119 del 22.01.2010
Convenio de Crédito	China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd.	\$ 200.687.550,00	85%	2° Contrato Complementario y 3° Contrato Complementario para el suministro de coches de pasajeros para la Red de Subterráneos de la CABA	Decreto N° 1607 del 12.10.2011
Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo	China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd.	\$ 273.252.220,00	85%	Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	Decreto N° 2154 del 30.12.2010
Convenio de Crédito Comprador	China Development Bank Corp., Industrial and Commercial Bank of China Ltd.	\$2.099.965.834,00	85%	Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas	Decreto N° 1071 del 10.07.2014
Contrato de Línea de Crédito	China Development Bank	\$ 236.000.000,00	85%	Adquisición de 200 coches de material rodante para el FFCC Gral. Roca	Decreto N° 144 del 22.02.2019
Total		\$3.008.702.748,05			

7.2.2.1. Objeto

Los contratos de financiamiento consistieron en líneas de crédito por las cuales las entidades financieras chinas ponían a disposición del Estado Nacional un monto equivalente, en la mayoría de los casos, al ochenta y cinco (85%) del precio del contrato de inversión pública correspondiente por un plazo de disponibilidad. Durante éste, el Estado Nacional podía realizar solicitudes de utilización para que las entidades financieras hicieran los desembolsos del capital para el pago de las obligaciones del contrato de inversión pública correspondiente. Estos desembolsos operaban como préstamos acumulativos sobre los cuales se devengaba el interés compensatorio mientras que también se devengaba un interés por la disponibilidad de los fondos no utilizados.

Este esquema de líneas de crédito para la ejecución de proyectos determinados (y conformados) es similar al de los contratos de financiamiento que celebra el Estado Nacional con los Bancos de Desarrollo, que también contienen condiciones financieras más beneficiosas que las que aquél podría obtener en el mercado financiero internacional. Sin embargo, una diferencia sustancial es que los Bancos de Desarrollo contratan con el Estado Nacional antes que los contratistas de inversión pública, y que éstos deben ser seleccionados mediante procedimientos que cumplan con los lineamientos que se

establecen en los contratos de financiamiento.⁹⁹ Estos lineamientos generalmente requieren que los procedimientos de selección de contratistas sean licitaciones públicas según los principios de concurrencia, competencia, igualdad, publicidad y transparencia,¹⁰⁰ en el entendimiento de que éstos aseguran una utilización más eficiente de los recursos.

Por el contrario, los Contratos Relevantes de financiamiento se celebran con posterioridad al acuerdo de los términos de los Contratos Relevantes de inversión pública, resultantes de una negociación directa del contratista chino con el Estado Nacional.

7.2.2.2. Perfil de las entidades financieras que celebraron los contratos de financiamiento y su relación con el estado de la República Popular China

7.2.2.2.1. *China Development Bank*

El China Development Bank (CDB) fue fundado en 1994 como una institución de política financiera bajo el control directo del Consejo de Estado de la República Popular China. Fue constituida como el China Development Bank Corporation a partir de diciembre de 2008, y definida oficialmente como una institución de desarrollo financiero desde marzo de 2015.¹⁰¹ Al 31.12.2018, sus accionistas eran el Ministerio de Finanzas de la República Popular China con una participación del 36,54% de las acciones, Central Huijin Investment Limited con el 34,68%, Buttonwood Investment Holding Company Limited con el 27,19% y el Consejo Nacional para el Fondo de Seguridad Social de la República Popular China con el 1,59%.¹⁰² Al respecto, se señala que (a) Central Huijin Investment Limited es una sociedad totalmente controlada por el Estado de la República Popular China, que representa al gobierno como inversor en las principales instituciones financieras controladas por aquél;¹⁰³ y (b) Buttonwood Investment Holding Company Limited es una sociedad financiada exclusivamente por la Administración Estatal del Comercio Exterior de la República Popular China, que invierte en proyectos nacionales

⁹⁹ Cfr. la cláusula 4.01, inciso (d)(i) de las Estipulaciones Especiales del Contrato de Préstamo N° 2185/OC-AR entre la República y el BID, aprobado por el decreto n° 313 del 2 de marzo de 2010, y el artículo 5.01, inciso (b), de sus Normas Generales.

¹⁰⁰ Estos principios generales están previstos en el artículo 3° del RCAN, que no aplica a estas contrataciones dado que los contratos total o parcialmente financiados con recursos provenientes de instituciones multilaterales de crédito están excluidos de su ámbito de aplicación (art. 5°, inc. c).

¹⁰¹ Según el sitio oficial del China Development Bank, consultado en [http://www.cdb.com.cn/English/gykh_512/khjj/] el 16.07.2020.

¹⁰² Según el *China Development Bank Annual Report 2018*, p. 25. Consultado en [http://www.cdb.com.cn/English/gykh_512/ndbg_jx/2018_jx/] el 16.07.2020.

¹⁰³ *Ibid.* p. 26.

e internacionales, valores, fondos, y préstamos y en la administración de bienes fideicomitidos y administración de inversiones.¹⁰⁴

7.2.2.2.2. Export-Import Bank of China (EXIMBANK)

Fundado en 1994, el Export-Import Bank of China (en adelante, “EXIMBANK”) es un banco de política de propiedad del Estado y financiado por éste con estado de entidad independiente. Es un banco que actúa directamente bajo la dirección del Consejo de Estado de la República Popular China y está dedicado a apoyar su comercio exterior, inversión y cooperación económica internacional.¹⁰⁵ Al 31.12.2018, sus accionistas eran el Ministerio de Finanzas de la República Popular China con una participación del 10,74% y Buttonwood Investment Holding Company Limited¹⁰⁶ con 89,26%.¹⁰⁷

7.2.2.2.3. China CITIC Bank Corporation Limited

China CITIC Bank Corporation Limited es una sociedad controlada en un 65,97% por CITIC Limited (al 31.12.2018).¹⁰⁸ Esta sociedad holding controla uno de los más grandes conglomerados de República Popular China y es uno de los integrantes del Índice Hang Seng (principal índice bursátil chino de Hong Kong), con inversiones en servicios financieros, recursos naturales y energía, manufacturas, ingeniería y bienes raíces.¹⁰⁹ CITIC Limited está controlada por CITIC Group Corporation (sociedad matriz del grupo) con una participación total del 58,13% al 31.12.2018.¹¹⁰ CITIC Group es propiedad del Ministerio de Finanzas de la República Popular China.¹¹¹

7.2.2.2.4. China Construction Bank Corporation

China Construction Bank Corporation es un banco comercial líder de gran escala de República Popular China. Al final del 2019, era el quinto banco con mayor

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Export-Import Bank of China Annual Report 2018*, p. 3. Consultado en [http://english.eximbank.gov.cn/News/AnnualR/2018/201912/P020191216390734628082.pdf] el 16.07.2020.

¹⁰⁶ Cfr. acápite 7.2.2.2.1.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰⁸ *CITIC Ltd. Annual Report 2019*, p. 353. Consultado en [https://www.citic.com/uploadfile/2020/0421/20200421063029386.pdf] el 14.07.2020.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. I.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 184.

¹¹¹ Según el sitio oficial de CITIC, consultado en [https://www.citic.com/en/aboutus/history/] y [https://www.group.citic/en/About_CITIC/Governance_Risk/] el 14.07.2020.

capitalización del mundo con USD 217.676 millones.¹¹² Al 31.12.2019, su accionista controlante era Central Huijin Asset Management Limited¹¹³ con una participación directa del 57,11% e indirecta adicional del 0,20% a través de una sociedad subsidiaria.¹¹⁴

7.2.2.2.5. Wing Lung Bank (actualmente CMB Wing Lung Bank)

Fundado en 1933, el Wing Lung Bank es uno de los más viejos bancos de Hong Kong. Desde 2008, está controlado por China Merchants Bank Company Limited, razón por la cual aquél cambió su denominación en 2018.¹¹⁵ A su vez, el principal accionista de China Merchants Bank Company Limited es indirectamente China Merchants Group Limited que, a través de subsidiarias, tenía una participación agregada del 29,97% de las acciones al 31.12.2019.¹¹⁶ Al respecto, se advierte que China Merchants Group Limited es una sociedad bajo el control directo de la Comisión de Administración y Supervisión de Activos del Estado del Consejo de Estado (SASAC) de la República Popular China.¹¹⁷

7.2.2.2.6. Industrial and Commercial Bank of China Limited

Industrial and Commercial Bank of China Limited es el banco más grande del mundo.¹¹⁸ Al 31.12.2019, sus principales accionistas eran el antes mencionado Central Huijin Asset Management Limited¹¹⁹ con el 34,71% de las acciones, el Ministerio de Finanzas de la República Popular China con el 31,14% y el Consejo Nacional para el Fondo de Seguridad Social (institución administrada por el mencionado Ministerio de Finanzas) con el 5,72%.¹²⁰ Asimismo, Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Limited es una subsidiaria controlada en un 100% por el Industrial and Commercial of China Bank Limited.¹²¹

¹¹² China Construction Bank Corp. Annual Report 2019, p. 1. Consultado en [http://www.ccb.com/en/newinvestor/upload/20200428_1588066796/20200428214237304314.pdf] el 16.07.2020.

¹¹³ Ibid., p. 91. Cfr. acápite 7.2.2.2.1.

¹¹⁴ Ibid., p. 1.

¹¹⁵ CMB Wing Lung Bank Ltd. Annual Report 2019, p. 3. Consultado en [https://www.cmbwinglungbank.com/wlb_corporate/files/en/upload/about-us/investor-communication/10.3.2-CnCoGin2019Anurep.pdf] el 16.07.2020.

¹¹⁶ China Merchants Bank Co., Ltd. Annual Report 2019, p. 98. Consultado en [http://file.cmbimg.com/cmbir/20200428/fac48922-f373-446b-9333-3e62221cd566.pdf] el 17.07.2020.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ Industrial and Commercial Bank of China Ltd., p. 5. Consultado en [http://v.icbc.com.cn/userfiles/Resources/ICBCLTD/download/2020/2019AnnualReport.pdf] el 16.07.2020.

¹¹⁹ Cfr. acápite 7.2.2.2.1.

¹²⁰ Industrial and Commercial Bank of China Ltd., pp. 89-90. Consultado en [http://v.icbc.com.cn/userfiles/Resources/ICBCLTD/download/2020/2019AnnualReport.pdf] el 16.07.2020.

¹²¹ Ibid., pp. 53 y 215.

7.2.2.3. Conclusión del perfil de las entidades financieras involucradas

En conclusión de lo expuesto, el Estado Nacional celebró los Contratos Relevantados de financiamiento con entidades financieras controladas indirectamente por el Estado de la República Popular China, y que generalmente tenían el objeto de promover el desarrollo económico de ese país. Asimismo, se plantea la posible coordinación de estas entidades con los contratistas, en atención a (a) el control ulterior que tiene el Estado de la República Popular China sobre aquéllas, (b) la previsión de cláusulas que requerían la conformidad del Gobierno de la República Popular China para el perfeccionamiento de contratos,¹²² (c) el hecho de que las operaciones se enmarcaban en un entramado de acuerdos y compromisos de la República Popular China por los cuales se comprometía a realizar intercambio comercial por sus corporaciones estatales de comercio,¹²³ a otorgar amplias facilidades para estimular la cooperación económica en materia ferroviaria y de maquinarias mediante contrataciones de suministros,¹²⁴ a apoyar y promover la participación de sus empresas en el mejoramiento del sistema ferroviario argentino mediante el suministro de equipos y material rodante y las facilidades financieras y crediticias de mediano y largo plazo necesarias para la ejecución de los proyectos con factibilidad aprobada y a trabajar en un grupo de trabajo binacional de actividades ferroviarias (donde se gestaron los Contratos Relevantados de inversión pública); y (d) la política de *Going Global* de la República Popular China.¹²⁵

7.2.2.4. Afectación de los recursos financieros a los Contratos Relevantados de inversión pública correspondientes

En los contratos de financiamiento se establecía expresamente que los recursos prestados tenían que afectarse a los proyectos que tenían por objeto los Contratos Relevantados de inversión pública, los cuales asimismo estaban expresamente identificados. Al efecto de asegurar el efectivo destino de tales recursos, en los contratos de financiamiento se preveía que los desembolsos serían realizados directamente en las cuentas bancarias del contratista chino a cuenta del Estado Nacional; y las solicitudes de utilización de los créditos disponibles requerían su suscripción por el contratista o la inclusión de documentación producida o conformada por éste.

¹²² Cfr. acápite 9.2.2.4.3 y 9.2.6.1.2.

¹²³ Cfr. acápite 7.1.2.

¹²⁴ Cfr. acápite 7.1.3.

¹²⁵ Cfr. acápite 7.1.5.

Más adelante se expondrá que estas limitaciones sustanciales a la disposición de los fondos prestados son un elemento a ser considerado en los costos crediticios que tuviera que afrontar el Estado Nacional con causa en los contratos de financiamiento. En este sentido, se adelanta que los intereses compensatorios aplicables a tales créditos eran sustancialmente inferiores a los que la República Argentina podía normalmente lograr en los mercados financieros internacionales.

De igual manera, en los contratos de financiamiento con Bancos de Desarrollo se normalmente prevé la identificación del proyecto objeto de financiamiento, la verificación de la contratación según las bases procedimentales para la selección del contratista,¹²⁶ la obligación de afectar los recursos prestados al destino determinado y la acreditación del cumplimiento de esta afectación en las solicitudes de desembolso. Esto se deriva de que tales organismos multilaterales tienen la finalidad de promover el desarrollo económico-social de sus Estados miembros, que son quienes las financian mediante sus aportes. De aquí que sus actos deban ajustarse a esa finalidad, lo cual requiere la previsión de mecanismos contractuales tendientes a asegurar el efectivo destino los recursos prestados a los pactados.

7.2.2.5. Prohibición de abandonar, ceder, incumplir, modificar o rescindir el Contrato Relevante de inversión pública correspondiente al contrato de financiamiento

En concordancia con lo señalado en el acápite anterior, en los contratos de financiamiento asimismo se calificaba al hecho de que el Contrato Relevante de inversión pública correspondiente fuera abandonado, cedido, incumplido, modificado o rescindido sin la previa conformidad por escrito de las entidades financieras como actos de incumplimiento, los cuales autorizaban a aquéllas a acelerar o caducar los plazos del contrato y requerir inmediatamente el pago de todas las sumas pagaderas de capital e intereses.

En este sentido, la decisión de financiar los proyectos que eran objeto de los Contratos Relevantes de inversión pública estuvo sujeto al control y conformidad del contenido de éstos por las entidades financieras. En otras palabras, la instancia de negociación con el Estado Nacional no se podía perfeccionar y entrar en vigencia sin la previa conformidad de aquéllas respecto de los términos del contrato de inversión pública

¹²⁶ Cfr. la cláusula octava del Contrato de Préstamo entre la CAF y la República Argentina, aprobado por el decreto n° 1145 del 21 de julio de 2014.

correspondiente. De esta manera, las entidades financieras también se aseguraban que no pudiera haber desviaciones en el destino de los recursos para los cuales eran prestados.

Al respecto, se advierte que en algunos contratos de financiamiento que celebra el Estado Nacional con Bancos de Desarrollo también se prevé la conformidad previa del texto del contrato por el organismo multilateral de crédito¹²⁷ y la prohibición de su enmienda sin la previa conformidad por escrito del financista, con la consecuencia de la suspensión de los desembolsos.¹²⁸

7.2.2.6. Cláusulas de negación de generación de derechos a favor de terceros por el contrato de financiamiento, y de declaración de ajenidad de las prestaciones asumidas respecto de contingencias del Contrato Relevante de inversión pública

En los contratos de financiamiento se previó expresamente que no generaban derechos a favor de terceros, de conformidad con la Ley de Contratos (derechos a favor de terceros) de 1999 de Inglaterra, salvo manifestación expresa en tal sentido. Asimismo, en la mayoría de los casos se previó la garantía del Estado Nacional de que sus obligaciones derivadas del contrato de financiamiento no entrarían en conflicto con otras de otros acuerdos; mientras que en algunos se previó que el Estado Nacional no podía exceptuarse del cumplimiento de sus obligaciones en el marco de los contratos de financiamiento con causa en controversias, incumplimientos u otras contingencias en el marco de los Contratos Relevantes de inversión pública respectivos.

7.2.2.7. Sometimiento a derecho extranjero, renunciaciones de inmunidad, y prórroga de jurisdicción para resolución de controversias en tribunales arbitrales

Por otra parte, el Estado Nacional consintió su sujeción al derecho inglés, renunciaciones de inmunidad¹²⁹ y el sometimiento a jurisdicción arbitral en el extranjero en todos los contratos de financiamiento.

¹²⁷ Cfr. la cláusula 4.01, inciso (d)(ii), de las Estipulaciones Especiales del Contrato de Préstamo N° 2185/OC-AR entre la República Argentina y el BID, aprobado por el decreto n° 313 del 27 de marzo de 2010.

¹²⁸ Cfr. el artículo 5.01, inciso (d), y su artículo 5.02, inciso (a), de las Normas Generales del Contrato de Préstamo N° 2185/OC-AR entre la República Argentina y el BID, aprobado por el decreto n° 313 del 27 de marzo de 2010.

¹²⁹ Si bien la cuestión de la inmunidad de la República Argentina es una cuestión importantísima para sus operaciones internacionales, este concepto revestiría un carácter secundario en el desarrollo de la tesis. Sin perjuicio de remitirse a lo oportunamente analizado en COTO (2016 y 2018) en relación con nuestra deuda

7.2.3. Contrato de seguro de crédito a la exportación con China Export & Credit Insurance Corporation (SINOSURE)

Finalmente, la exigibilidad de la principal obligación de los financistas (es decir, realizar los desembolsos de capital) en los contratos de financiamiento estaba sujeta a la condición de que existiera un contrato de seguro de crédito a la exportación respectivo con China Export & Credit Insurance Corporation (en adelante, “SINOSURE”).¹³⁰ Estos contratos cubrían el riesgo de incumplimiento con causa en hechos políticos, comerciales y/o de fuerza mayor como expropiaciones, nacionalizaciones, restricciones cambiarias, *defaults* soberanos, huelgas o actos de terrorismo, por montos que, en general, alcanzaban el noventa y cinco por ciento (95 %) del capital prestado más los intereses adeudados y pagaderos al momento del hecho de incumplimiento del contrato de financiamiento.

La elegibilidad de los seguros de SINOSURE estaba condicionada al cumplimiento de un grado sustancial de componente original de la República Popular China de los proyectos financiados,¹³¹ elemento que se controlaba a través del requerimiento de declaraciones juradas del Estado Nacional y del contratista en las solicitudes de utilización de los recursos financieros.

La importancia determinante de estos seguros para los Contratos Relevantes reside en que la cobertura prácticamente integral de los riesgos del contrato de financiamiento era una condición esencial para el otorgamiento de las condiciones financieras concesionales al Estado Nacional. En atención a ello, la exigibilidad de las obligaciones de los financistas de desembolsar estaba sujeta a la vigencia de la cobertura de este seguro; y cualquier hecho que alterarse u obstase a su cobertura imputable al Estado Nacional era

soberana, se destaca la jurisprudencia de la CSJN en la materia afirmada en (1) *Brunicardi* (1996), donde entendió que (a) existe un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte de sus obligaciones contractuales, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera imposterizable, y (b) los tribunales (extranjeros) están inmediatamente obligados por las normas imperativas emanadas de la voluntad soberana del Estado del que reciben la *jurisdictio*, sin que esto los eximiera de efectuar su propio control de constitucionalidad; y (2) *Claren Corporation* (2014), donde entendió que la ejecución de sentencias (y, por extensión, laudos) extranjeros no puede afectar los principios de orden público nacional y normas de emergencia pública (art. 517, inc. 4º, CPCCN).

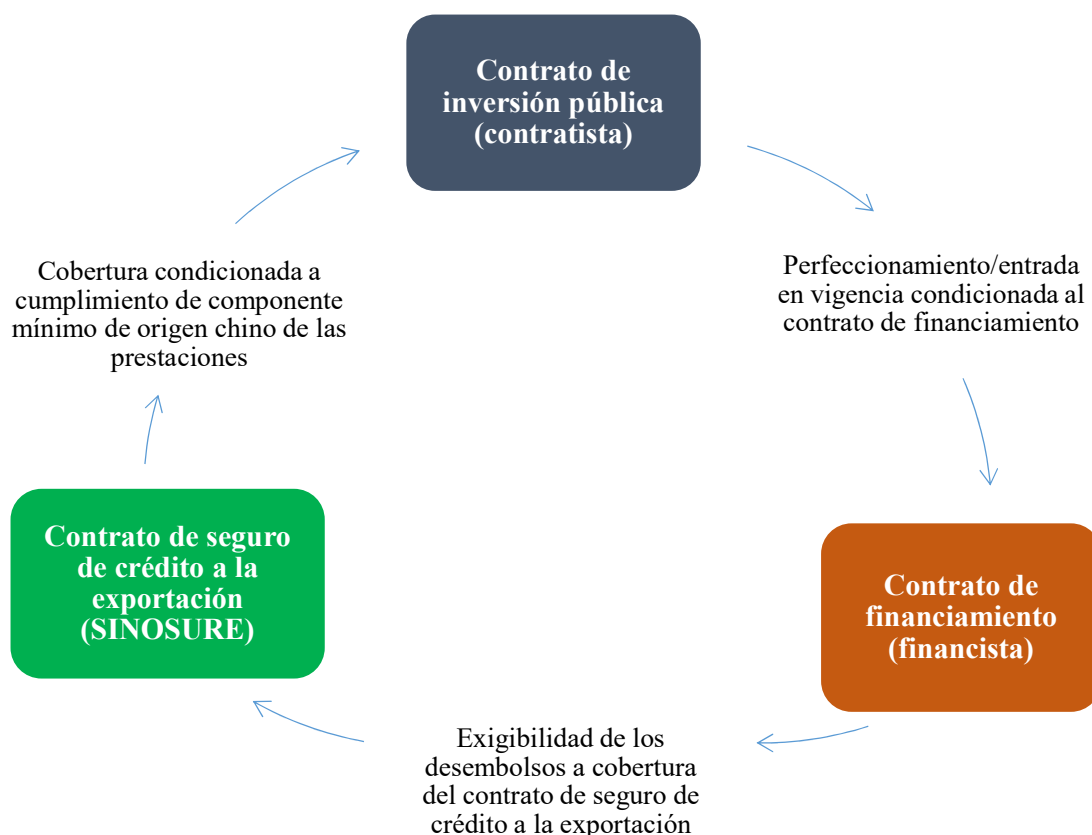
¹³⁰ Según su sitio oficial, SINOSURE es una empresa aseguradora financiada por el estado de la República Popular China y orientada a la realización de políticas de promoción del desarrollo económico y comercio de ese país en el exterior. A través de sus seguros de créditos para exportación contra riesgos de falta de pago para el comercio exterior y la cooperación en inversiones chinas en el exterior, SINOSURE promueve las exportaciones de bienes, tecnologías y servicios chinos, y especialmente de bienes de capital de alta tecnología y alto valor agregado como productos mecánicos y eléctricos. De esta manera, SINOSURE apoya el desarrollo económico, empleo y equilibrio de la balanza de pagos internacional. Consultado en [<http://www.sinosure.com.cn/en/Sinosure/Profile/index.shtml>] el 17.07.2020.

¹³¹ Cfr. acápites 7.2.3, 9.2.3.2.3, 9.2.3.2.4, 9.2.4.1.2.3, 9.2.6.2.3, 9.2.6.2.4, 9.2.7.2.4 y 9.2.7.2.5.

calificado como un evento de incumplimiento que facultaba a los financistas a acelerar los plazos del contrato de financiamiento.

7.2.3.1. Relación entre los Contratos Relevantes y el contrato de seguro de crédito a la exportación de SINOSURE

De esta manera, y como se evidenciará también en los acápites siguientes, los Contratos Relevantes de inversión pública se perfeccionaron porque iban a ser financiados con los contratos de financiamiento correspondientes; y, a su vez, éstos se celebraron porque los riesgos inherentes a tal financiamiento estaban cubiertos prácticamente en su totalidad por los contratos de seguro de crédito a la exportación de SINOSURE. Finalmente, su cobertura estaba sujeta a la condición de que las prestaciones tuvieran un componente mínimo de origen chino.



7.3. Síntesis de las Cláusulas Relevantes

En este acápite se sintetizan las Cláusulas Relevantes de los Contratos Relevantes de inversión pública y financiamiento. La decisión de incluir en el desarrollo una versión abreviada de los términos distinguidos de los Contratos Relevantes se funda en que la

situación de la versión completa en el medio del desarrollo dificultaba la dificultaba irrazonablemente la ininteligibilidad del trabajo. Por esta razón, se la ha incluido en el acápite 9.2, sin perjuicio de que pueda remitirse en cada caso al acápite extendido de la Cláusula Relevante al efecto de facilitar la verificación de las afirmaciones.

Por otra parte, esta síntesis se integra con una breve referencia de los términos de los actos administrativos por los cuales se aprobaron o ratificaron los contratos o sus adendas con el propósito de incluir los elementos contextuales pertinentes de los procedimientos sustanciados.

7.3.1. Contrato de suministro de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas¹³² nros. 1, 2, 3 y 4, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10

Como se apuntara en el acápite 7.1.5, la República Argentina y la República Popular China celebraron distintos actos tendientes a la inversión pública en materia ferroviaria, en los cuales expresamente se preveía la promoción del suministro de equipos y material rodante, y el aliento a las instituciones financieras para la promoción de facilidades para la ejecución de los proyectos. Asimismo, por estos acuerdos se creó el Grupo de Trabajo de Actividades Ferroviarias, en cuyo marco se concibieron varios de los Contratos Relevantes de inversión pública, entre los cuales está el que es objeto de consideración en este acápite.¹³³

¹³² Si bien esta es la denominación atribuida en el decreto, en realidad los actos en cuestión en general implicaron *enmiendas* del contrato. Por esta razón ocasionalmente se refiere a estos acuerdos como enmiendas.

¹³³ Por otra parte, es importante señalar la vigencia entonces del estado de emergencia de la prestación de los servicios emergentes de los contratos de concesión correspondientes al sistema público de transporte ferroviario del Área Metropolitana de Buenos Aires (en adelante, el “AMBA”), declarada por el decreto de necesidad y urgencia n° 2075 del 16 de octubre de 2002. Por esta medida se suspendieron los aumentos

7.3.1.1. Decreto n° 91 del 15 de enero de 2008

De esta manera, por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 se ratificaron el Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica (25.08.2006) (art. 1°, inc. a) y su adenda n° 1 (11.05.2007) (inc. c), suscriptos por la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Works Co. Ltd.¹³⁴ En su articulado se explicita el carácter de “empresas estatales de la REPÚBLICA POPULAR CHINA” que invertían las contratistas, lo cual puede interpretarse como una referencia implícita al supuesto del artículo 5, inciso c), del RCAN.¹³⁵

7.3.1.2. Texto original del contrato, celebrado *ad referendum* el 25.08.2006

En primer lugar, de las Cláusulas Relevantes del contrato de inversión pública en cuestión resulta que el perfeccionamiento y entrada en vigencia del contrato de inversión pública estaba sujeto a la condición suspensiva de la celebración del contrato de financiamiento con el ICBC (identificado como el banco de las contratistas)¹³⁶ y del contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE.¹³⁷ Al respecto, se advierte que los contratistas carecían de un interés directo en relación con este contrato de seguro pues sus beneficiarios no eran ellos sino los financistas (dadores del crédito a la

tarifarios (art. 2°) y las obras, trabajos y provisión de bienes que no tuvieran comienzo de ejecución correspondientes a los planes de obras de los contratos de concesión de tales servicios (art. 5°), previéndose la aprobación de planes de emergencia de obras y trabajos indispensables para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos (art. 4°). Asimismo, por el decreto de necesidad y urgencia n° 1683 del 28 de diciembre de 2005 se aprobó el programa de obras, trabajos indispensables y adquisiciones de bienes para la garantizar la rehabilitación de los servicios interurbanos ferroviarios de pasajeros de largo recorrido, y fortalecimiento del programa de obras del sistema público de transporte ferroviario de pasajeros del AMBA (art. 1°).

¹³⁴ La competencia invocada para el dictado de este decreto se fundaba en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), que es la principal fuente de competencia para causar los actos de aprobación o ratificación de los contratos de inversión pública comprendidos entre los Contratos Relevantes. En este sentido, se advierte que el objeto de la medida era la ratificación (art. 19, inc. a, ley 19.549) de los actos celebrados por la entonces Secretaría de Transporte, lo cual implica el reconocimiento de que aquéllos habían sido celebrados en exceso de su competencia.

¹³⁵ Se recuerda que el artículo. 5°, inciso c), del RCAN excluye de su ámbito de aplicación a los contratos que se celebren con estados extranjeros. Si bien las empresas estatales no *son* estados extranjeros, se los consideraría un instrumento de tales a estos efectos de conformidad con la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en relación con *nuestras* sociedades y empresas del estado (*lato sensu*) (ver notas al pie 87 y 88). No obstante, se advierte que hay elementos normativos para sostener la pertinencia de no realizar tal equiparación (ver nota al pie 89).

¹³⁶ Cfr. acápite 9.2.2.1.1.

¹³⁷ Cfr. acápite 9.2.2.1.2.

exportación).

En segundo lugar, se preveía que hubiera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que se celebrase el contrato de financiamiento con el ICBC (tercera parte no-contratante);¹³⁸ que el pago del 85% del precio se realizara mediante el contrato de financiamiento referido con el ICBC (tercera parte no-contratante);¹³⁹ y que el acuerdo de financiamiento con el banco de las empresas chinas (ICBC) integrase los términos del contrato de inversión pública entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas, y constituyera parte del acuerdo total de las partes sobre el objeto de aquél.¹⁴⁰

De esta manera, las cláusulas de referencia implicaban el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de dos contratos entre *otras* partes: (a) el contrato de financiamiento del Estado Nacional con el banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC), que no era parte contratante del primero; y (b) el contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE, que tampoco era parte del contrato de inversión pública y que, incluso, los contratistas no serían beneficiarios de éste. Asimismo, es un hecho relevante que los contratistas y el ICBC tuvieran una relación comercial manifiesta y sustancial entre ellas.

7.3.1.3. Adenda n° 1 al contrato, celebrada *ad referendum* el 11.05.2007

Por esta adenda al contrato de inversión pública se acordó la sustitución de la previsión de que el contrato de financiamiento sea celebrado por el Banco de la Nación Argentina por que lo fuera con el Estado Nacional; y la eliminación de la previsión relativa al contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE, respecto del cual los contratistas carecían de interés propio. Asimismo, implicó una reiteración de la voluntad común de las partes de que (a) el perfeccionamiento y entrada en vigencia del contrato estuviera sujeto a la condición suspensiva de la celebración del contrato de financiamiento con el banco de las empresas chinas (ICBC), que era una tercera parte no-contratante de aquél; (b) hubiera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebrase el contrato de financiamiento con el ICBC (tercera parte no-contratante); (c) el acuerdo de financiamiento entre el Estado Nacional y el banco de las

¹³⁸ Cfr. acápite 9.2.2.1.3.

¹³⁹ Cfr. acápite 9.2.2.1.3.

¹⁴⁰ Cfr. acápite 9.2.2.1.7.

empresas chinas (ICBC) integrase los términos del contrato de inversión pública entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas; y (d) el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento referido con el banco de los contratistas (ICBC), tercera parte no-contratante.

En consecuencia, nuevamente, las Cláusulas Relevantes implicaban el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de un segundo contrato entre *otras* partes —el Estado Nacional y el banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC), que no era parte contratante del primero—; y se mantenía expreso el hecho relevante de que las partes no-comunes de los contratos (es decir, las empresas ferroviarias chinas y su banco) tenían una relación comercial sustancial entre ellas.

7.3.1.4. Decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

Por decreto n° 119 del 22 de enero de 2010 se ratificaron la adenda n° 2 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qingdao Sifang Locomotive & Rolling Stock Co., Ltd. y CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co., Ltd., el 02.09.2009 (art. 1°, inc. a), su adenda n° 3, celebrada con China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic and Trade Development Co. Ltd. y CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd., el 24.09.2009 (art. 1°, inc. c); y su adenda n° 4, celebrada con China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp. y CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co., Ltd., el 10.12.2009; y se aprobó el modelo de convenio de préstamo de crédito comprador celebrado con el EXIMBANK.¹⁴¹

¹⁴¹ Respecto de esta medida, se comenta que la competencia se fundaba en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 40, t.o. 2005). Más allá de que se explicitaba el carácter de “empresas estatales de la REPÚBLICA POPULAR CHINA” que investían las contratistas (y su potencial relación con el artículo 5, inciso c), del RCAN), se advierte que el fundamento de la competencia ejercida para celebrar una operación de crédito público con una agencia estatal de crédito exportador china (EXIMBANK) derivaba de la autorización legislativa conferida por la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2010 N° 26.546 (art. 61) en los términos de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (art. 60).

7.3.1.5. Adendas nros. 2, 3 y 4 al contrato, celebradas *ad referendum* el 02.09.2009, 24.09.2009 y 10.12.2009, respectivamente

Las adendas nros. 2 y 4 no contuvieron Cláusulas Relevantes, mientras que la adenda n° 3 implicó una reiteración de la voluntad común de las partes de que (a) el perfeccionamiento, entrada en vigencia y ejecutabilidad del contrato estuvieran sujetas a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebre un contrato de financiamiento con el EXIMBANK (tercera parte no-contratante de aquél); y (b) este acuerdo de financiamiento integre los términos del contrato de inversión pública en consideración entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas. Implícitamente, también en relación con que hubiera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebre el contrato de financiamiento con el EXIMBANK (tercera parte no-contratante), como que el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento referido y el pago del 15% fuera realizado dentro de los quince días desde la entrada en vigencia del mismo contrato de financiamiento.

En consecuencia, nuevamente, las cláusulas referidas implicaban el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de un segundo contrato entre *otras* partes —el Estado Nacional y el EXIMBANK (que no es parte contratante del primero)—. Si bien se mantenía como término definido al “Banco del Vendedor”, se interpreta que esta decisión responde a facilitar la operatividad de las cláusulas acordadas anteriormente y no al hecho de que el EXIMBANK fuera efectivamente el banco de las empresas ferroviarias en cuestión. Sin embargo, esta cuestión deviene secundaria como consecuencia de que tales empresas y el EXIMBANK estaban bajo el control de un mismo sujeto: el Estado de la República Popular China, con lo cual su relación (aunque sea indirecta) seguía siendo un hecho relevante para la estructura de la operación.

7.3.1.6. Convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de

Por otra parte, el objeto de la medida nuevamente era la ratificación de los actos celebrados por la entonces Secretaría de Transporte en exceso de su competencia; y la aprobación *a priori* del modelo de contrato de financiamiento. Respecto de éste, es relevante señalar que en los considerandos del decreto se afirmaba que, “en el marco de la crisis financiera internacional acaecida el año pasado, las empresas manifestaron la imposibilidad que el INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA de la REPUBLICA POPULAR CHINA suscriba el acuerdo financiero, proponiendo para que lo suscriba, al EXPORT - IMPORT BANK OF CHINA de la REPUBLICA POPULAR CHINA”. Esta sustitución del banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC) no implicó la extinción de una relación sustancial entre éstas y el financista, dado que el EXIMBANK es una agencia de crédito exportador del estado chino (acápites 7.2.2.2.2) y, en consecuencia, ambas tenían al mismo sujeto controlante final.

Economía y Finanzas Públicas y el EXIMBANK, aprobado por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

Ahora bien, por el contrato de financiamiento se estableció expresamente que su objeto y finalidad estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago del precio de éste,¹⁴² y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones.¹⁴³ Asimismo, se preveía que los desembolsos se habrían de realizar directamente en una cuenta de los contratistas,¹⁴⁴ y el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era igual al previsto en este segundo contrato.¹⁴⁵ Este porcentaje máximo (85%) es el previsto en todos los contratos de financiamiento, lo cual sugiere la existencia de algún criterio o política general trascendente (o subyacente) a estas operaciones.

Por otra parte, las partes acordaron que la entrada en vigencia del contrato de financiamiento estaba sujeta a su aprobación por el Gobierno de la República Popular China,¹⁴⁶ controlante final del EXIMBANK¹⁴⁷ y de las empresas ferroviarias estatales en cuestión. Esta previsión es relevante porque el contrato de inversión pública había sido celebrado *ad referendum* del contrato de financiamiento¹⁴⁸ y, en consecuencia, la ejecutoriedad de aquél también estaba sujeta a la verificación de esta conformidad gubernamental. Este control final común es relevante para la interpretación de la inteligencia de la operación porque afecta a partes que contrataron *separadamente* el contrato de inversión pública y el contrato de financiamiento con el Estado Nacional.

Además, se pactó el requisito de conformidad del texto del contrato de inversión pública por el financista,¹⁴⁹ y se previeron obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública en el contrato de financiamiento¹⁵⁰ que también implicaban la manifestación de la consideración de los términos de primero para la definición de los del segundo. Asimismo, se establecieron cláusulas tendientes a evitar que contingencias en la ejecución

¹⁴² Cfr. acápite 9.2.2.4.2.

¹⁴³ Cfr. acápite 9.2.2.4.1.

¹⁴⁴ Cfr. acápite 9.2.2.4.6.

¹⁴⁵ Cfr. acápites 9.2.2.1.3 y 9.2.2.4.2.

¹⁴⁶ Cfr. acápite 9.2.2.4.3.

¹⁴⁷ Cfr. acápite 7.2.2.2.2.

¹⁴⁸ Cfr. acápite 9.2.2.1.2.

¹⁴⁹ Cfr. acápite 9.2.2.4.4.

¹⁵⁰ Cfr. acápite 9.2.2.4.8.

o vigencia del contrato de inversión pública pudieran obstar al cumplimiento del contrato de financiamiento, y que el cumplimiento de éste pueda entrar en conflicto con las obligaciones del Estado Nacional en el marco del otro contrato.¹⁵¹

7.3.2. Contrato de suministro de locomotoras, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas¹⁵² nros. 1, 2 y 3, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10

7.3.2.1. Decreto n° 91 del 15 de enero de 2008

Por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 se también ratificaron el Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica (25.08.2006) (art. 1°, inc. b) y su adenda n° 1 (11.05.2007) (inc. d), suscriptos por la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works. En su articulado se explicita el carácter de “empresas estatales de la REPÚBLICA POPULAR CHINA” que invertían las contratistas, lo cual puede interpretarse como una referencia implícita al supuesto del artículo 5, inciso c), del RCAN.

7.3.2.2. Texto original del contrato, celebrado *ad referendum* el 25.08.2006

Nuevamente, los términos de este contrato de inversión pública establecían que su

¹⁵¹ Cfr. acápite 9.2.2.4.8.

¹⁵² Si bien esta es la denominación atribuida en el decreto, en realidad los actos en cuestión en general implicaron *enmiendas* del contrato. Por esta razón ocasionalmente se refiere a estos acuerdos como enmiendas.

perfeccionamiento y entrada en vigencia estaban sujetas a la condición suspensiva de la celebración del contrato de financiamiento con el ICBC (identificado como el banco de las contratistas)¹⁵³ y del contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE.¹⁵⁴ Al respecto, se advierte que los contratistas carecían de un interés directo en relación con este contrato de seguro pues sus beneficiarios no eran ellos sino los financistas (dadores del crédito a la exportación). En esta misma línea, se establecieron obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que se celebrase el contrato de financiamiento con el ICBC (tercera parte no-contratante);¹⁵⁵ y se pactó que el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento referido con el ICBC.¹⁵⁶ Además, se estableció que este acuerdo de financiamiento integrase los términos del contrato de inversión pública entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas, y constituyera parte del acuerdo total de las partes sobre el objeto de aquél.¹⁵⁷

De esta manera, las cláusulas de referencia implicarían el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de dos contratos entre *otras* partes: (a) el contrato de financiamiento del Estado Nacional con el banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC), que no era parte contratante del primero; y (b) el contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE, que tampoco era parte del contrato de inversión pública y que, incluso, los contratistas no serían beneficiarios de éste. Asimismo, es un hecho relevante de que los contratistas y el ICBC tuvieran una relación comercial manifiesta y sustancial entre ellas.

7.3.2.3. Adenda n° 1 al contrato, celebrada *ad referendum* el 11.05.2007

En iguales términos que en el caso del contrato de inversión pública considerado anteriormente, por esta enmienda se sustituyó la previsión de que el contrato de financiamiento fuera celebrado por el Banco de la Nación Argentina por que lo fuera con el Estado Nacional, y se eliminó de la previsión relativa al contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE (respecto del cual los contratistas carecían de interés propio).

¹⁵³ Cfr. acápite 9.2.2.1.1.

¹⁵⁴ Cfr. acápite 9.2.2.1.2.

¹⁵⁵ Cfr. acápite 9.2.2.1.3.

¹⁵⁶ Cfr. acápite 9.2.2.1.3.

¹⁵⁷ Cfr. acápite 9.2.2.1.7.

Por otra parte, se reiteró la voluntad común de las partes de que el perfeccionamiento y entrada en vigencia del contrato estuviera sujeto a la condición suspensiva de la celebración del contrato de financiamiento con el banco de las empresas chinas (ICBC), que era una tercera parte no-contratante de aquél; de que hubiera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebrase el contrato de financiamiento con el ICBC; de que éste integre los términos del contrato de inversión pública entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas; y de que el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento referido con el banco de los contratistas (ICBC), tercera parte no-contratante.

En consecuencia, nuevamente, las Cláusulas Relevantes implicaban el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de un segundo contrato entre *otras* partes —el Estado Nacional y el banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC)—; y se mantenía expreso el hecho relevante de que las partes no-comunes de los contratos (es decir, las empresas ferroviarias chinas y su banco) tenían una relación comercial sustancial entre ellas.

7.3.2.4. Decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

En segundo lugar, por decreto n° 119 del 22 de enero de 2010 se ratificaron la adenda n° 2 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive Co., Ltd., el 24.09.2009 (art. 1°, inc. b), y su adenda n° 3, celebrada con China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., y CSR Qishuyan Locomotive Co., Ltd., el 10.12.2009 (art. 1°, inc. d); y se aprobó el modelo de convenio de préstamo de crédito comprador celebrado con el EXIMBANK.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Respecto de esta medida, se comenta que la competencia se fundaba en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 40, t.o. 2005). Más allá de que se explicitaba el carácter de “empresas estatales de la REPÚBLICA POPULAR CHINA” que invían las contratistas (y su potencial relación con el artículo 5, inciso c), del RCAN), se advierte que el fundamento de la competencia ejercida para celebrar una operación de crédito público con una agencia estatal de crédito exportador china (EXIMBANK) derivaba de la autorización legislativa conferida por la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2010 N° 26.546 (art. 61) en

7.3.2.5. Adendas nros. 2 y 3 al contrato, celebradas *ad referendum* el 24.09.2009 y el 10.12.2009, respectivamente

Dado que la adenda n° 3 no contiene Cláusulas Relevantes, se señala directamente que por la adenda n° 2 se acordó que el perfeccionamiento, entrada en vigencia y ejecutabilidad del contrato estuvieran sujetos a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebre un contrato de financiamiento con el EXIMBANK (tercera parte no-contratante de aquél) en lugar del ICBC; y que este acuerdo de financiamiento integrase los términos del contrato de inversión pública en consideración entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas.

Por otra parte, se mantuvieron los términos relativos a que hubiera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que el Estado Nacional celebre el contrato de financiamiento con el EXIMBANK (tercera parte no-contratante), a que el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento referido, y que el pago del anticipo financiero del 15% con recursos del Tesoro Nacional fuera realizado dentro de los quince días desde la entrada en vigencia del mismo contrato de financiamiento.

En consecuencia, nuevamente, las cláusulas referidas implicaban el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato) al perfeccionamiento de un segundo contrato entre otras partes —el Estado Nacional y el EXIMBANK—. Si bien se mantenía como término definido al “Banco del Vendedor”, se interpreta que esta decisión responde a facilitar la operatividad de las cláusulas acordadas anteriormente y no al hecho de que el EXIMBANK fuera efectivamente el banco de las empresas ferroviarias en cuestión. Sin embargo, esta cuestión deviene secundaria como consecuencia de que tales empresas y el EXIMBANK estaban bajo el control de un mismo sujeto: el Estado de la República

los términos de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (art. 60).

Por otra parte, el objeto de la medida nuevamente era la ratificación de los actos celebrados por la entonces Secretaría de Transporte en exceso de su competencia; y la aprobación *a priori* del modelo de contrato de financiamiento. Respecto de éste, es relevante señalar que en los considerandos del decreto se afirmaba que, “en el marco de la crisis financiera internacional acaecida el año pasado, las empresas manifestaron la imposibilidad que el INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA de la REPUBLICA POPULAR CHINA suscriba el acuerdo financiero, proponiendo para que lo suscriba, al EXPORT - IMPORT BANK OF CHINA de la REPUBLICA POPULAR CHINA”. Esta sustitución del banco de las empresas ferroviarias chinas (ICBC) no implicó la extinción de una relación sustancial entre éstas y el financista, dado que el EXIMBANK es una agencia de crédito exportador del estado chino (acápites 7.2.2.2.2) y, en consecuencia, ambas tenían al mismo sujeto controlante final.

Popular China, con lo cual su relación (aunque sea indirecta) seguía siendo un hecho relevante para la estructura de la operación.

7.3.2.6. Convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el EXIMBANK, aprobado por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

El objeto y finalidad del contrato de financiamiento estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago de su precio,¹⁵⁹ y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones.¹⁶⁰ Asimismo, se preveía que los desembolsos se realizaban directamente en una cuenta de los contratistas,¹⁶¹ y que el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era igual al previsto en este segundo contrato.¹⁶² Como se verá en el desarrollo, este porcentaje máximo (85%) es el previsto en todos los contratos de financiamiento, lo cual sugiere la existencia de algún criterio o política general trascendente o subyacente a estas operaciones.

Por otra parte, la entrada en vigencia del contrato de financiamiento se sujetó a su aprobación por el Gobierno de la República Popular China,¹⁶³ controlante final del EXIMBANK¹⁶⁴ y de las empresas ferroviarias estatales en cuestión. Esta previsión es relevante porque el contrato de inversión pública había sido celebrado *ad referendum* del contrato de financiamiento¹⁶⁵ y, en consecuencia, la ejecutoriedad de aquél también estaba sujeta a la verificación de esta conformidad gubernamental. Este control final común es relevante para la interpretación de la inteligencia de la operación porque afecta a partes que contrataron *separadamente* el contrato de inversión pública y el contrato de financiamiento con el Estado Nacional. Asimismo, se previó el requisito de conformidad del texto del contrato de inversión pública por el financista.¹⁶⁶

También en relación con el contrato de inversión pública, se previeron obligaciones para el Estado Nacional respecto de su ejecución y vigencia,¹⁶⁷ lo cual implicaba la manifestación de la consideración de los términos de primero para la definición de los del

¹⁵⁹ Cfr. acápite 9.2.2.4.2.

¹⁶⁰ Cfr. acápite 9.2.2.4.1.

¹⁶¹ Cfr. acápite 9.2.2.4.6.

¹⁶² Cfr. acápites 9.2.2.1.3 y 9.2.2.4.2.

¹⁶³ Cfr. acápite 9.2.2.4.3.

¹⁶⁴ Cfr. acápite 7.2.2.2.2.

¹⁶⁵ Cfr. acápite 9.2.2.1.2.

¹⁶⁶ Cfr. acápite 9.2.2.4.4.

¹⁶⁷ Cfr. acápite 9.2.2.4.8.

segundo. Sin perjuicio de ello, se previeron cláusulas tendientes a evitar que contingencias en la ejecución o vigencia del contrato de inversión pública pueda obstar al cumplimiento del contrato de financiamiento, y que el cumplimiento de éste pudiera controvertir las obligaciones del Estado Nacional en el marco del otro contrato.¹⁶⁸

7.3.3. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrados entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y CITIC International Cooperation Company Limited (CITICICC), ratificados por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd. y China Construction Bank Corp. (CCB), y aprobado por el decreto n° 118/10

Entre la fecha de celebración del contrato de inversión pública referido en el acápite anterior y el considerado en el presente no se perfeccionaron Documentos Bilaterales Relevantes que alterasen el marco jurídico-institucional de las relaciones comerciales en materia de inversión ferroviaria. No obstante, es importante la sanción y entrada en vigencia de la ley 26.352, por la cual se creó ADIFSE (art. 2º) y SOFSE (art. 7º) con el objeto de reordenar la actividad ferroviaria (art. 1º) con una política pública de reversión de la inversión y operación de los servicios de transporte de pasajeros concesionados durante la década de 1990. El resultado de esta reversión de la operación del transporte ferroviario metropolitano de pasajeros es que SOFSE opera actualmente cinco (Líneas Belgrano Sur, General Mitre, Sarmiento, General San Martín y General Roca) de las siete líneas del AMBA, mientras que las dos restantes son explotadas por operadores privados (Líneas Urquiza y Belgrano Norte).

7.3.3.1. Decreto n° 118 del 22 de enero de 2010

Ahora bien, por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010 (a) se ratificaron el contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º, inc. a) y el 1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos

¹⁶⁸ Cfr. acápite 9.2.2.4.8.

de la Ciudad de Buenos Aires (inc. b) entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y la *compañía estatal* de la República Popular China CITICICC del 05.11.2008; y (b) se aprobó el modelo de convenio de facilidad de préstamo a plazo entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y las entidades China CITIC Bank Corp., Ltd. y CCB por USD 84.968.550 (art. 2°).¹⁶⁹

7.3.3.2. Contrato para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

Dado que el contrato marco y el 1° contrato complementario se integraron perfeccionando una unidad convencional de operatividad inescindible,¹⁷⁰ se sintetizan sus Cláusulas Relevantes conjuntamente.

7.3.3.2.1. 1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

El contrato marco y el 1° contrato complementario constituyeron una unidad convencional cuyos términos relacionaron expresamente el perfeccionamiento y los efectos del acuerdo con el correspondiente contrato de financiamiento. Así, por ejemplo, se sujetó la entrada en vigencia del contrato de inversión pública al perfeccionamiento del contrato de financiamiento con una tercera parte y del contrato de seguro de crédito a

¹⁶⁹ La competencia, al igual que el antes considerado decreto n° 119/10, se fundó en el la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 40, t.o. 2005). Más allá de que se explicitó el carácter de “Compañía Estatal de la REPÚBLICA POPULAR CHINA” que invertía la contratista (y su potencial relación con el artículo 5, inciso c), del RCAN), se advierte que el fundamento de la competencia ejercida para celebrar una operación de crédito público con *bancos* chinos derivaba de la autorización legislativa conferida por la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2010 N° 26.546 (art. 61) en los términos de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (art. 60).

¹⁷⁰ En este sentido, se señala que ni el contrato marco ni el 1° contrato complementario fueron convenciones autosuficientes, dado que los términos esenciales del acuerdo se conformaron y/o concretizaron a partir de su integración. Por esta razón es que se distingue entre tales *contratos* y el *acuerdo* que su integración significa. Una consideración similar se realiza en relación con el análisis separado de las operaciones implicadas por el contrato marco y (a) el 1° contrato complementario, (b) el 2° contrato complementario, y (c) el 3° contrato complementario. En este sentido, se advierte que el 2° contrato complementario y el 3° contrato complementario no contienen cláusulas que relacionen sus efectos entre sí a pesar de relacionarse expresamente con el mismo contrato de financiamiento.

la exportación con SINOSURE.¹⁷¹ Este contrato de financiamiento (con una tercera parte) fue calificado convencionalmente como un elemento integral del acuerdo de inversión pública.¹⁷²

Por otra parte, se sujetaron obligaciones a la suscripción del contrato de financiamiento, como la del pago del 15% en concepto de anticipo financiero con fondos del Tesoro Nacional,¹⁷³ mientras que se predeterminó que el 85% del precio total del contrato iba a ser cubierto con recursos derivados del contrato de financiamiento.¹⁷⁴

7.3.3.3. Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp., y China Construction Bank Corp., y aprobado por el decreto n° 118/10

Ahora bien, por el contrato en cuestión se identificó expresamente al contrato de inversión pública¹⁷⁵ y se estipuló que el objeto de este contrato de financiamiento era su financiamiento.¹⁷⁶ Asimismo, se estableció el porcentaje máximo de financiamiento del precio de total del contrato de inversión pública en el 85%,¹⁷⁷ en concordancia con lo establecido en el contrato de inversión pública.¹⁷⁸ La coincidencia de este porcentaje en los Contratos Relevantes de financiamiento sugiere que responde a algún criterio o política externa trascendente o subyacente a las partes.

A pesar de que el prestatario era el Estado Nacional, se estableció que las solicitudes de desembolso tenían que ajustarse al cronograma del contrato de inversión pública, y que éstos se realizarían en la cuenta del contratista chino.¹⁷⁹

En relación con el contrato de inversión pública, se previó la prohibición de su modificación, rescisión o abandono sin la conformidad escrita previa del financista, o su incumplimiento o renuncia de alguna de sus disposiciones, y que el Estado Nacional se comprometía a que el contratista chino y aquél dispongan de los consentimientos, licencias y medidas necesarias para el cumplimiento de tanto el contrato de inversión

¹⁷¹ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.1 y 9.2.3.1.2.1.

¹⁷² Cfr. acápites 9.2.3.1.1.5 y 9.2.3.1.2.3.

¹⁷³ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.3.1.2.2.

¹⁷⁴ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.3.1.2.2.

¹⁷⁵ Cfr. acápite 9.2.3.2.1

¹⁷⁶ Cfr. acápite 9.2.3.2.2

¹⁷⁷ Cfr. acápite 9.2.3.2.2

¹⁷⁸ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.3.1.2.2

¹⁷⁹ Cfr. acápite 9.2.3.2.4

pública como del contrato de financiamiento.¹⁸⁰ Sin perjuicio de ello, se estableció la independencia de las obligaciones del Estado Nacional según el contrato de financiamiento respecto de las asumidas en el contrato de inversión pública, y de las contingencias que pudieran ocurrir durante su cumplimiento.¹⁸¹

7.3.4. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 2º Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., y aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011

7.3.4.1. Decreto n° 118 del 22 de enero de 2010

Por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010 (a) se ratificaron el contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º, inc. a) y el 2º Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires (inc. c) entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y la *compañía estatal* de la República Popular China CITICICC del 05 de noviembre de 2008. Dado que sus términos fueron abordados en el acápite 7.3.3.1, se remite a lo señalado entonces.

7.3.4.2. Contrato para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

7.3.4.2.1. 2º Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos

¹⁸⁰ Cfr. acápite 9.2.3.2.6

¹⁸¹ Cfr. acápite 9.2.3.2.7

**de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces
Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008**

Por el contrato complementario se reiteraron las previsiones principales establecidas en los términos del contrato marco. De esta manera, el contrato marco y el 2º contrato complementario constituyeron una unidad convencional, cuyos términos relacionaron expresamente el perfeccionamiento y los efectos de este acuerdo con el correspondiente contrato de financiamiento. En primer lugar, estas relaciones se identifican respecto de la sujeción de la entrada en vigencia del contrato de inversión pública al perfeccionamiento del contrato de financiamiento con una tercera parte y del contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE;¹⁸² y la inclusión del contrato de financiamiento con una tercera parte como un elemento integral del acuerdo de inversión pública.¹⁸³

Asimismo, se acordó la sujeción de la obligación de pago del anticipo financiero a un plazo determinado por el momento de firma del contrato de financiamiento;¹⁸⁴ y la predeterminación de que el 85% del precio total del contrato iba a ser cubierto con recursos derivados del contrato de financiamiento.¹⁸⁵

7.3.4.3. Decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011

Por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2010 (a) se aprobó el modelo de Convenio de Crédito a ser suscripto entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y las entidades China CITIC Bank Corporation Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia), por un monto de USD 200.687.550 (art. 2º).¹⁸⁶

7.3.4.4. Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de
Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing
Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd.,

¹⁸² Cfr. acápites 9.2.3.1.1.1 y 9.2.4.1.2.1.

¹⁸³ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.5 y 9.2.4.1.2.3.

¹⁸⁴ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.4.1.2.2.

¹⁸⁵ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.4.1.2.2.

¹⁸⁶ La competencia, al igual que el antes considerado decreto n° 1607/11, se fundó en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 40, t.o. 2005), la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2010 N° 26.546 y los decretos nros. 2053 y 2054 del 22 de diciembre de 2010, por los cuales se prorrogó y adecuó tal presupuesto para el ejercicio 2011 de conformidad con la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (art. 27).

aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011

En este contrato se identificó expresamente al contrato de inversión pública,¹⁸⁷ se estipuló que el objeto del contrato de financiamiento era su financiamiento;¹⁸⁸ y se estableció el porcentaje máximo de financiamiento del precio de total del contrato de inversión pública en el 85%,¹⁸⁹ en concordancia con lo establecido en el contrato de inversión pública.¹⁹⁰ Al respecto, la coincidencia de este porcentaje en los Contratos Relevantes de financiamiento sugiere que responde a algún criterio o política externa trascendente o subyacente a las partes.

Por otra parte, y pese a que el prestatario era el Estado Nacional, se estableció que las solicitudes de desembolso tenían que ajustarse al cronograma del contrato de inversión pública, y que éstos se realizarían en la cuenta del contratista chino.¹⁹¹

En cuanto al contrato de inversión pública, se previó la prohibición de su modificación, rescisión, abandono, incumplimiento o renuncia de alguna de sus disposiciones sin la conformidad escrita previa del financista, y que el Estado Nacional se comprometía a que el contratista chino y aquél dispusieran de los consentimientos, licencias y medidas necesarias para el cumplimiento de tanto el contrato de inversión pública como del contrato de financiamiento.¹⁹² Sin perjuicio de ello, se negó la generación de derechos a favor de terceros salvo manifestación en contrario en el contrato, y se estableció la independencia de las obligaciones del Estado Nacional según el contrato de financiamiento respecto de las asumidas en el contrato de inversión pública, y de las contingencias que pudieran ocurrir durante el cumplimiento de éste.¹⁹³

7.3.5. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011; y

¹⁸⁷ Cfr. acápite 9.2.4.2.1.

¹⁸⁸ Cfr. acápite 9.2.4.2.2.

¹⁸⁹ Cfr. acápite 9.2.4.2.2.

¹⁹⁰ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.4.1.2.2.

¹⁹¹ Cfr. acápite 9.2.4.2.4.

¹⁹² Cfr. acápite 9.2.4.2.6.

¹⁹³ Cfr. acápite 9.2.4.2.7.

Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011

7.3.5.1. Decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011.

Por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2010 (a) se ratificó el “3° Contrato Complementario” para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea “A” de la Red de Subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 13.07.2010; y (b) se aprobó el modelo de Convenio de Crédito a ser suscripto entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y las entidades China CITIC Bank Corporation Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia), por un monto de USD 200.687.550 (art. 2°). Dado que la medida fue considerada en el acápite 7.3.4.3, corresponde remitirse a lo oportunamente afirmado.

7.3.5.2. Contrato para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 13.07.2010

Dado que el contrato marco y el 3° contrato complementario se integraron perfeccionando una unidad convencional de operatividad inescindible, a continuación se los considera conjuntamente.

7.3.5.2.1. 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 13.07.2010.

Por el contrato complementario se reiteraron las previsiones principales establecidas en los términos del contrato marco. De esta manera, el contrato marco y el 3° contrato complementario constituyeron una unidad convencional cuyos términos relacionaron expresamente el perfeccionamiento y los efectos de este acuerdo con el correspondiente contrato de financiamiento. En primer lugar, estas relaciones se identifican respecto de la sujeción del perfeccionamiento del acuerdo a la condición

suspensiva de la suscripción de un contrato de financiamiento con una tercera parte,¹⁹⁴ y la sujeción de la entrada en vigencia del acuerdo a la condición suspensiva de la suscripción o perfeccionamiento de un contrato de financiamiento con una tercera parte.¹⁹⁵ En segundo lugar, también evidenciaba esta relación entre los contratos que se previera la inclusión del contrato de financiamiento con una tercera parte como un elemento integral del acuerdo de inversión pública.¹⁹⁶ Otros términos a considerar en este sentido son la sujeción de la obligación de pago del anticipo financiero a un plazo determinado por el momento de firma del contrato de financiamiento;¹⁹⁷ y la predeterminación de que el 85% del precio total del contrato iba a ser cubierto con recursos derivados del contrato de financiamiento,¹⁹⁸ con identificación de la tercera parte financista.¹⁹⁹

7.3.5.3. Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011

Dado que este contrato de financiamiento fue considerado en el acápite 7.3.4.4, corresponde remitirse a la exposición sintetizada de las Cláusulas Relevantes allí realizada.

7.3.6. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, con su adenda, ratificados por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010, y su adenda aprobada por la decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014; y Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30

¹⁹⁴ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.1 y 9.2.5.1.2.1.

¹⁹⁵ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.1 y 9.2.5.1.2.1.

¹⁹⁶ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.1, 9.2.3.1.1.5 y 9.2.5.1.2.3.

¹⁹⁷ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.5.1.2.2.

¹⁹⁸ Cfr. acápites 9.2.3.1.1.2 y 9.2.5.1.2.2.

¹⁹⁹ Cfr. acápite 9.2.5.1.2.1.

de diciembre de 2010

7.3.6.1. Decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

Por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010 se ratificaron (a) el memorándum de entendimiento entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y la sociedad estatal de la República Popular China, China Northern Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Company Limited, del 09.12.2009; (b) el Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica entre la entonces Secretaría de Transporte y las empresas estatales de la República Popular China, China CNR Corporation Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group y Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp., CNR Group, del 30.12.2009, y su adenda del 06.05.2010; y (c) se aprobó el modelo de Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo a ser suscripto entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y las entidades bancarias China Development Bank Corp. y China CITIC Bank Corp. Ltd.²⁰⁰

7.3.6.2. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, ratificado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

En primer lugar, el perfeccionamiento y entrada en vigencia del contrato de inversión pública estaba sujeto a la condición suspensiva de (a) la celebración del contrato de financiamiento, (b) la celebración del contrato de seguro de crédito a la exportación

²⁰⁰ En cuanto a la competencia, y al igual que los antes considerados decretos nros. 118/19 y 119/10, este acto se fundó en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1), y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 40, t.o. 2005). Más allá de que se explicitó el carácter estatal que investían las contratistas (y su potencial relación con el artículo 5, inciso c), del RCAN), se recuerda que el fundamento de la competencia ejercida para celebrar una operación de crédito público con *bancos* chinos derivaba de la autorización legislativa conferida por la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2010 N° 26.546 (art. 61) en los términos de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 (art. 60).

con SINOSURE, y (c) la declaración de elegibilidad por el Estado de la República Popular China.²⁰¹ Al respecto, se advierte que los contratistas carecían de un interés directo en relación con este contrato de seguro pues sus beneficiarios no eran ellos sino los financistas (dadores del crédito a la exportación).

En segundo lugar, se acordó que el contrato de inversión pública incluyera obligaciones sujetas a la condición suspensiva de que se celebrase el contrato de financiamiento;²⁰² que el pago del 85% del precio fuera realizado mediante el contrato de financiamiento;²⁰³ y que éste integrase los términos del contrato de inversión pública entre el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas, y constituyera parte del acuerdo total de las partes sobre el objeto de aquél.²⁰⁴

De esta manera, las cláusulas de referencia implicarían el condicionamiento expreso de ciertos efectos jurídicos del acuerdo de voluntades entre las partes —el Estado Nacional y las empresas ferroviarias chinas— (incluso, su perfeccionamiento como contrato y la integración de sus términos) al perfeccionamiento de dos contratos entre otras partes —por el contrato de financiamiento, y el de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE, del cual los contratistas no serían beneficiarios—. Asimismo, se recuerda la reiteración de la inclusión de estas previsiones en los contratos considerados.

7.3.6.3. Decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014

Por la decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014 se aprobó la segunda adenda al Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group.²⁰⁵

7.3.6.4. Adenda al Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches,

²⁰¹ Cfr. acápite 9.2.6.1.2.

²⁰² Cfr. acápite 9.2.6.1.3.

²⁰³ Cfr. acápite 9.2.6.1.3.

²⁰⁴ Cfr. acápite 9.2.6.1.7.

²⁰⁵ Esta medida fue dictada en ejercicio de las facultades conferidas al Jefe de Gabinete de Ministros por la Constitución Nacional (art. 100, inc. 2, según el cual le corresponde la administración general del país) y el Reglamento de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 aprobado por el decreto reglamentario n° 1344 del 4 de octubre de 2007 (art. 35, inc. b, que determina la competencia según el monto del gasto involucrado). Más allá de esto, se insiste en la manifestación del carácter estatal de las empresas chinas involucradas en el texto de la medida en cuestión.

Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group., aprobada por la decisión administrativa n° 297 del 21 de abril de 2014.

Por esta adenda se redeterminaron las cantidades de coches cama y de segunda clase ferroviarios a ser entregados en el marco del contrato, sin que se incluyeran Cláusulas Relevantes al efecto del presente análisis.

7.3.6.5. Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

En primer lugar, el objeto y finalidad del contrato de financiamiento estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago del precio de éste,²⁰⁶ y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones.²⁰⁷

Segundo, los desembolsos se realizaban directamente en una cuenta de los contratistas,²⁰⁸ y el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era igual al previsto en este segundo contrato.²⁰⁹ Este porcentaje máximo (85%) era el previsto en prácticamente todos los contratos de financiamiento, lo cual sugiere la existencia de algún criterio o política general trascendente o subyacente a estas operaciones.

Por otra parte, se previeron obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública en el contrato de financiamiento.²¹⁰ Esto implicaba la manifestación de la consideración de los términos del contrato de inversión pública para la definición de los del contrato de financiamiento.

²⁰⁶ Cfr. acápite 9.2.6.2.2.

²⁰⁷ Cfr. acápite 9.2.6.2.1.

²⁰⁸ Cfr. acápite 9.2.6.2.4.

²⁰⁹ Cfr. acápites 9.2.6.1.3 y 9.2.6.2.2.

²¹⁰ Cfr. acápite 9.2.6.2.6.

No obstante, se acordó que las posibles contingencias en el cumplimiento o vigencia del contrato de inversión pública no pudieran obstar al cumplimiento del contrato de financiamiento por el Estado Nacional, ni que el cumplimiento de los términos de éste pudiera controvertir las obligaciones del Estado Nacional en el marco del otro contrato. Asimismo, se negó la generación de derechos a favor del contratista salvo manifestación expresa en contrario.²¹¹

En este sentido, se advierte que los términos señalados se reiteran en los contratos de financiamiento analizados anteriormente.

7.3.7. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), suscripto el 4 de diciembre de 2013 y ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017; y el Convenio de Crédito Comprador celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp. e Industrial and Commercial Bank of China Ltd., suscripto el 25 de junio de 2012, con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014

7.3.7.1. Decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014

Por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014 se ratificó el texto ordenado del contrato y sus enmiendas para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, suscripto el 4 de diciembre de 2013, entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y CMEC.²¹²

En los considerandos de la medida se señaló que “la rehabilitación del FERROCARRIL BELGRANO CARGAS es una herramienta central para alcanzar objetivos de política económica general y en particular para el desarrollo regional, a través

²¹¹ Cfr. acápite 0.

²¹² En cuanto a la competencia para la ratificación del contrato, se invocaron “las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 1 de la CONSTITUCION NACIONAL y por el artículo 53 de la Ley N° 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014)”, relativo a la prórroga de jurisdicción para la resolución de controversias. Al respecto, se advierte que esta ratificación por la autoridad competente era expresamente requerida por el contrato como una condición para su entrada en vigencia (artículo 36, inciso c), lo cual implica tácitamente el reconocimiento de las partes de que el entonces Ministerio del Interior y Transporte era incompetente a tal efecto y que, en consecuencia, actuaba *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional.

del aumento de la capacidad total del sistema nacional de transporte de cargas, permitiendo la conexión entre los centros de producción con los puertos y los centros de acopio y consumo, resultando éste un factor clave en el desempeño y crecimiento de las economías provinciales para la colocación de sus productos”. Este contrato por USD 2.470.548.040 es la inversión más importante que Argentina ha celebrado en materia ferroviaria, al menos, desde la reinstauración del orden constitucional.

Si bien este decreto es el primero considerado en el cual no se explicita que la contratista era una empresa estatal, esta cuestión está cubierta por la declaración de CMEC de “que es una sociedad de propiedad del Estado organizada conforme las leyes de la República Popular China” (artículo 37 del contrato).

7.3.7.2. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017, respectivamente

A partir del entendimiento de que los términos del contrato son una manifestación de la voluntad común de sus partes, en primer lugar interesa que la entrada en vigencia del contrato estaba sujeta a la condición suspensiva de que se “enmendase” el contrato de financiamiento.²¹³ En segundo lugar, se preveía que la rescisión o nulidad del contrato de financiamiento implicaba la rescisión automática del contrato de inversión pública.²¹⁴ En tercer lugar, se acordó la sujeción de numerosas obligaciones principales del contrato a los términos y ejecución del contrato de financiamiento,²¹⁵ y la efectividad de las adendas a la condición suspensiva de que los financistas prestasen su conformidad sobre sus términos de conformidad con el contrato de financiamiento.²¹⁶

De esta manera, se mantuvieron los lineamientos advertidos en los contratos de inversión pública anteriores, entre ellos, el perfeccionamiento de acuerdos con una tercera parte determinada (la entidad financiera) y la voluntad de la tercera parte son condición necesaria para la vigencia del contrato con el contratista.

²¹³ Cfr. acápite 9.2.7.1.1.1.

²¹⁴ Cfr. acápite 9.2.7.1.1.4.

²¹⁵ Cfr. acápites 9.2.7.1.1.2 y 9.2.7.2.1.

²¹⁶ Cfr. acápites 9.2.7.1.2.1 y 9.2.7.1.2.2.

7.3.7.3. Contrato de Línea de Crédito al Comprador, celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corporation (CDB) e Industrial and Commercial Bank of China Ltd. (ICBC), con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014

Las Cláusulas Relevantes detectadas en este contrato de financiamiento son similares a los anteriores considerados. En primer lugar, el objeto y finalidad del contrato de financiamiento estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago del precio de éste,²¹⁷ y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones.²¹⁸ Los desembolsos se realizaban directamente en una cuenta de los contratistas;²¹⁹ y el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era el 85%,²²⁰ que es el previsto en todos los contratos de financiamiento y sugiere la existencia de algún criterio o política general trascendente o subyacente a estas operaciones. Asimismo, se sujetó la realización de las solicitudes de utilización a la conformidad del contratista chino (es decir, un tercero en relación con el contrato de financiamiento), sin la cual no el financista no realizaría el desembolso.²²¹ Por otra parte, se previeron obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública en el contrato de financiamiento;²²² y cláusulas tendientes a evitar que contingencias en el cumplimiento o vigencia del contrato de inversión pública pueda obstar al cumplimiento del contrato de financiamiento, que el cumplimiento de los términos de éste puedan controvertirse con las obligaciones del Estado Nacional según el otro contrato y a negar la generación de derechos a favor del contratista salvo manifestación expresa en contrario.²²³ Esto implicaba la manifestación de la consideración de los términos del contrato de inversión pública para la definición de los del contrato de financiamiento. Finalmente, el Estado Nacional consintió la sujeción de las controversias derivadas del contrato de inversión pública y del contrato de financiamiento a un tribunal arbitral con sede en París, Francia.²²⁴

²¹⁷ Cfr. acápite 9.2.7.2.2.

²¹⁸ Cfr. acápite 9.2.7.2.1.

²¹⁹ Cfr. acápite 9.2.7.2.5.

²²⁰ Cfr. acápites 9.2.7.2.1 y 9.2.7.2.2

²²¹ Cfr. acápite 9.2.7.2.5.

²²² Cfr. acápite 9.2.7.2.7.

²²³ Cfr. acápite 9.2.7.2.3.

²²⁴ Cfr. acápites 9.2.7.1.1.5 y 9.2.7.2.9.

7.3.8. Contrato para la Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca, celebrado entre el Ministerio de Transporte y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., aprobado por la decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2017; y el Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019

7.3.8.1. Resolución n° 1382 del 29 de diciembre de 2017 del Ministerio de Transporte

Por la resolución n° 1382 del 29 de diciembre de 2017 del Ministerio de Transporte se autorizó la convocatoria a la contratación directa por exclusividad con CRRC Qingdao Sifang Co., Ltd. a los efectos adquirir 200 coches de material rodante eléctrico, incluyendo el suministro de repuestos, herramientas, documentación técnica y prestación de servicios de capacitación técnica para la Línea Ferrocarril General Roca en los términos del artículo 25 inciso d) apartado 3°, del TCAN (art. 1°); y se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones Particulares (en adelante, “PByCP”) (art. 2°). En sus considerandos, se manifestó que “CRRC disponía de “las patentes de invención de los componentes, elementos, sistemas y diseños de los coches cuya adquisición es propiciada”, que “en la Línea Ferrocarril General Roca prestan servicio dos flotas de distintos fabricantes: una flota compuesta por 20 formaciones marca TOSHIBA y otra flota compuesta por 42 formaciones de marca CRRC”, y que “no existen sustitutos convenientes para la adquisición del material ferroviario y, por lo tanto, CRRC resulta único proveedor que puede proporcionar a la República Argentina todo lo relativo al objeto de la contratación”. De esta manera, esta contratación se encuadraba en el supuesto de exclusividad del artículo 25 inciso d) apartado 3° del RCAN²²⁵ y la competencia invocada por el Ministro de Transporte se derivaba del artículo 9° del Reglamento del RCAN.

7.3.8.2. Pliego de bases y condiciones particulares y modelo de contrato para la Adjudicación simple por exclusividad para la adquisición de 200

²²⁵ Por este artículo de referencia se prevé que “La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos: [I]a contratación de bienes [...] cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes” (art. 25, inc. d, subinc. 3, RCAN).

coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca

A partir del pliego de bases y condiciones particulares y su contrato modelo anexo, se advierte que, si bien el contrato era válido desde su suscripción entre las partes, sus efectos estaban sujetos a la condición suspensiva de la suscripción de un contrato de financiamiento entre otras partes —Estado Nacional y el financista propuesto por CRRC—,²²⁶ y se preveía la adecuación del contrato de inversión pública en lo pertinente a las condiciones del contrato de financiamiento, incluyendo las cláusulas especiales que resulten necesarias para su efectiva ejecución.²²⁷ Estos términos son coherentes con los apuntados en los contratos de inversión pública anteriores.

Por otra parte, se preveía el requerimiento a la contratista de que aportase una carta de intención de un potencial financista propuesto por CRRC para el financiamiento de hasta el 85% del monto total de la contratación.²²⁸ La firma de la carta de intención implicaba su ratificación por CRRC y, en consecuencia, el desligamiento del compromiso por el financista propuesto o su pretensión de modificarlas esencialmente implicaba la pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta constituida por CRRC.²²⁹ Este aspecto es una excepción respecto de las regularidades advertidas en las contrataciones anteriores por cuanto implicaba la exposición de la empresa contratista a tener que afrontar las consecuencias de la frustración de la operación por la falta del financiamiento propuesto, resultante de la aplicación directa del RCAN y el régimen de exorbitancia de Derecho Público.

7.3.8.3. Decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2018

Posteriormente, por la decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2018 se aprobó el procedimiento de contratación directa por exclusividad mediante adjudicación simple relativo a la adquisición de coches de material rodante para la Línea del Ferrocarril Roca (art. 1°); se adjudicó la contratación directa por exclusividad a CRRC Qingdao Sifang Co., Ltd. (art. 2°); y se autorizó al Ministro de Transporte a suscribir el contrato cuyo modelo fuera aprobado a través de su resolución n° 1382/17, así como también a

²²⁶ Cfr. acápite 9.2.8.1.1.

²²⁷ Cfr. acápite 9.2.8.1.1.

²²⁸ Cfr. acápite 9.2.8.1.1.

²²⁹ Cfr. acápite 9.2.8.1.1.

aprobar las prórrogas, disminuciones, ampliaciones y demás prerrogativas del artículo 12 del RCAN (art. 3°).²³⁰

7.3.8.4. Decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019

Por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019 se aprobó el modelo de contrato de línea de crédito a celebrarse entre el Estado Nacional y la institución financiera CDB destinado al financiamiento parcial del contrato de provisión de coches ferroviarios para la Línea del Ferrocarril Roca (art. 1°).²³¹

7.3.8.5. Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019

En primer lugar, por el contrato de financiamiento se consideró expresamente al de inversión pública en cuestión, y se estipuló que el objeto de aquél era el financiamiento de hasta el 85% del precio de los conceptos elegibles del contrato de inversión pública.²³² Asimismo, se sujetó la utilización de los créditos del financiamiento a la conformidad del contratista chino (es decir, un tercero en relación con el contrato de financiamiento), sin la cual no el financista no realizaría el desembolso.²³³ Estos términos se ajustan a la sujeción del cumplimiento de distintas obligaciones de pago del contrato de inversión pública a la realización de desembolsos por el financista.²³⁴

En segundo lugar, el objeto y finalidad del contrato de financiamiento estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago del precio de éste,²³⁵ y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones.²³⁶ De igual manera, los desembolsos se realizaban directamente en una cuenta de los contratistas.²³⁷

²³⁰ En cuanto a la competencia, en la medida se invocó el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 100, incisos 1 y 2, de la Constitución Nacional, el artículo 35, inciso b) y su Anexo del Reglamento a la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, aprobado por decreto reglamentario n° 1344/07, las previsiones del artículo 9°, incisos d) y e) y su Anexo del Reglamento del RCAN.

²³¹ A tal efecto, se invocó el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional (art. 99, inc. 1) y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (art. 53, t.o. 2014).

²³² Cfr. acápites 9.2.8.2.1 y 9.2.8.2.2.

²³³ Cfr. acápite 9.2.8.2.4.

²³⁴ Cfr. acápite 9.2.8.1.3.

²³⁵ Cfr. acápite 9.2.8.2.2.

²³⁶ Cfr. acápite 9.2.8.2.1.

²³⁷ Cfr. acápite 9.2.8.2.4.

Por otra parte, el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era el 85%,²³⁸ que es el previsto en todos los contratos de financiamiento y sugiere la existencia de algún criterio o política general trascendente o subyacente a estas operaciones. Asimismo, se sujetó la realización de las solicitudes de utilización a la conformidad del contratista chino (es decir, un tercero en relación con el contrato de financiamiento), sin la cual no el financista no realizaría el desembolso.²³⁹

En cuarto lugar, se previeron obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública en el contrato de financiamiento, incluyéndose la prohibición de modificación, cesión, resolución, rescisión, incumplimiento o modificación unilateral del contrato en ejercicio de prerrogativas estatales sin el consentimiento de los financistas.²⁴⁰ Esto implicaba la manifestación de la consideración de los términos del contrato de inversión pública para la definición de los del contrato de financiamiento.

Además, se previeron cláusulas tendientes a evitar que contingencias en el cumplimiento o vigencia del contrato de inversión pública pudieran obstar al cumplimiento del de financiamiento, que el cumplimiento de éste pudiera controvertir las obligaciones del Estado Nacional en el marco del otro contrato, y a negar la generación de derechos a favor del contratista salvo manifestación expresa en contrario.²⁴¹ Estas condiciones de contratación se repiten en los contratos de financiamiento considerados anteriormente y, cómo se desarrollará más adelante, tienen por finalidad obstar al aprovechamiento de las consecuencias jurídicas de la relación de conexidad contractual económico-funcional por el Estado Nacional.

Finalmente, se previeron como eventos de incumplimiento la intención de China de cortar lazos diplomáticos con Argentina y el ejercicio de ciertos actos de expropiación de bienes del Estado chino o sus entidades.²⁴² Si bien estas cuestiones exceden al contrato de inversión pública en cuestión, estas previsiones evidenciarían la tutela de intereses *superiores* a los del CDB, correspondientes a su controlante,²⁴³ que asimismo es el controlante final de CRRC (la contratista).²⁴⁴

²³⁸ Cfr. acápites 9.2.8.2.1 y 9.2.8.2.2.

²³⁹ Cfr. acápite 9.2.8.2.4.

²⁴⁰ Cfr. acápite 9.2.8.2.6.

²⁴¹ Cfr. acápite 9.2.8.2.8.

²⁴² Cfr. acápite 9.2.8.2.7.

²⁴³ Cfr. acápite 9.2.7.2.1.

²⁴⁴ Cfr. acápite 7.2.1.2.1.5.

7.4. Relaciones de conexidad entre los Contratos Relevantes

En el presente acápite se consideran las Cláusulas Relevantes identificadas anteriormente para analizar la existencia de relaciones de conexidad entre los Contratos Relevantes. A tal efecto, en primer lugar, se abordan las cláusulas de los contratos de inversión pública por las cuales se sugiere la existencia de relaciones de conexidad con los contratos de financiamiento respectivos; y, seguidamente, las cláusulas análogas de estos últimos contratos. Asimismo, se extiende este estudio a la comparación de las condiciones financieras concedidas al Estado Nacional con las que podía obtener en el mercado financiero internacional según su crédito público de entonces, y al análisis de las cláusulas por las cuales se establecía la independencia de los contratos de financiamiento respecto de los de inversión pública. Finalmente, se aborda la cuestión del derecho aplicable a los Contratos Relevantes, y las implicancias de su conexidad en las etapas de negociación y cumplimiento de este tipo de contratos.

Previo a avanzar, es importante insistir en con aclaración: el objetivo de este trabajo es demostrar la utilidad del instituto de la conexidad contractual para que el Estado Nacional justifique y defienda posiciones contractuales en la negociación de operaciones análogas a las consideradas. Si bien en algunas partes se aborda la cuestión de la aplicabilidad del instituto según el derecho aplicable, este aspecto se plantea meramente como un elemento objetivo (y no normativo) para la construcción de la justificación de la dicha utilidad y su razonabilidad jurídica.

7.4.1. Cláusulas de contratos de inversión pública por las cuales se explicitaría su conexidad con contratos de financiamiento

En primer lugar, los contratos de inversión pública incluían cláusulas que sugerían la existencia de relaciones de conexidad con los contratos de financiamiento respectivos. Éstas han sido identificadas en los acápites antecedentes y se resumen en las que establecían que:

- el perfeccionamiento y/o la entrada en vigencia del contrato de inversión pública estuviera sujeta a la condición suspensiva de que se celebre (o entre

en vigencia) el contrato de financiamiento.²⁴⁵

- la entrada en vigencia de los contratos de inversión pública estuviera sujeta a la condición suspensiva de la celebración de los contratos de seguro de crédito a la exportación respectivos con SINOSURE,²⁴⁶ en los cuales los contratistas carecían de interés (directo) porque sus beneficiarios eran los financistas.
- algunos pagos del contrato de inversión pública estuvieran sujetos a plazos contados a partir de la celebración (o entrada en vigencia) del contrato de financiamiento.²⁴⁷
- los pagos del contrato de inversión pública debieran realizarse con fondos prestados según el contrato de financiamiento.²⁴⁸
- los acuerdos correspondientes a los contratos de inversión pública entre el Estado Nacional y los contratistas se integraban con los contratos de financiamiento entre aquél y terceras partes.²⁴⁹
- el contrato de inversión pública se rescindía automáticamente en el caso de que el contrato de financiamiento respectivo deviniere nulo o fuera rescindido.²⁵⁰

Estas Cláusulas Relevantes implicaban que las partes consideraron determinante la existencia de un contrato de financiamiento para su decisión de contratar y distribuir los riesgos/beneficios de su acuerdo (COLEMAN, 2010), lo cual constituye uno de los elementos tipificantes de las relaciones de conexidad contractual (DE LORENZO y TOBIAS, 1996: 8). No obstante, esta consideración debe ser circunstanciada con que en la mayoría de los contratos de inversión pública se preveía (a) la negación de responsabilidad por reclamos efectuados por terceras partes por la terminación anticipada del contrato (incluyendo, obviamente, los casos de rescisión por incumplimiento del contratista),²⁵¹ y (b) la limitación de los derechos, obligaciones y responsabilidades a lo exclusiva y

²⁴⁵ Cfr. acápites 9.2.2.1.2, 9.2.3.1.1.1, 9.2.3.1.2.1, 9.2.4.1.2.1, 9.2.5.1.2.1, 9.2.6.1.2, 9.2.7.1.1.1 y 9.2.8.1.1.

²⁴⁶ Cfr. acápites 9.2.2.1.2 y 9.2.6.1.2.

²⁴⁷ Cfr. acápites 9.2.2.1.3, 9.2.3.1.1.2, 9.2.3.2.2, 9.2.4.1.2.2, 9.2.5.1.2.2, 9.2.6.1.3, 9.2.7.1.1.2 y 9.2.8.1.2.

²⁴⁸ Cfr. acápites 9.2.2.1.3, 9.2.3.1.1.2, 9.2.3.1.2.2, 9.2.4.1.2.2, 9.2.5.1.2.2, 9.2.6.1.3, 9.2.7.1.1.2 y 9.2.8.1.3.

²⁴⁹ Cfr. acápites 9.2.2.1.7, 9.2.3.1.1.5, 9.2.3.1.2.3, 9.2.4.1.2.3, 9.2.5.1.2.3 y 9.2.6.1.7.

²⁵⁰ Cfr. acápite 9.2.7.1.1.4.

²⁵¹ Cfr. acápites 9.2.2.1.6, 9.2.3.1.1.4, 9.2.6.1.6 y 9.2.7.1.1.3.

taxativamente manifestado en aquél.²⁵²

7.4.2. Cláusulas de los contratos de financiamiento por las cuales se explicita su conexidad con contratos de inversión pública

En segundo lugar, se han identificado los siguientes tipos de Cláusulas Relevantes en los contratos de financiamiento que manifestarían una consideración sustancial de los contratos de inversión pública y, en consecuencia, podrían ser indicativos de la existencia de una relación de conexidad con éstos:²⁵³

- cláusulas de afectación expresa de los recursos financieros prestados al pago de obligaciones del contrato de inversión pública.²⁵⁴
- cláusula que requiere la conformidad del contrato de inversión pública por los financistas.²⁵⁵
- cláusulas que implican el desembolso directo de los recursos derivados del contrato de financiamiento al financista sin que pasen por el Estado Nacional.²⁵⁶
- cláusulas que requerían el ajuste de los desembolsos a los cronogramas de prestaciones del contrato de inversión pública.²⁵⁷
- cláusulas que establecían la obligación de solicitar la utilización de los fondos prestados con la acreditación de las constancias correspondientes a su efectiva afectación a la ejecución del contrato de inversión pública y/o con la conformidad del contratista del contrato de inversión pública.²⁵⁸
- cláusulas que calificaban a la modificación, suspensión, rescisión, cesión, o incumplimiento como causales de incumplimiento e implican el derecho del

²⁵² Cfr. acápites 9.2.2.1.5, 9.2.3.1.1.3 y 9.2.6.1.5.

²⁵³ Se refiere a una consideración porque las referencias e integración podrían no implicar la existencia de una relación de conexidad como consecuencia del derecho aplicable y los términos de tales contratos.

²⁵⁴ Cfr. acápites 9.2.1.4.2, 9.2.2.4.2, 9.2.3.2.2, 9.2.4.2.2, 9.2.6.2.2, 9.2.7.2.2 y 9.2.8.2.2.

²⁵⁵ Cfr. acápites 9.2.1.4.4 y 9.2.2.4.4.

²⁵⁶ Cfr. acápites 9.2.1.4.6, 9.2.2.4.6, 9.2.3.2.4, 9.2.4.2.4, 9.2.6.2.4, 9.2.7.2.5 y 9.2.8.2.4. Sin embargo, se reconoce la posibilidad de que este desembolso directo haya tenido por objeto evitar posibles embargos de los acreedores de la República Argentina, en especial los *hold-outs* de las reestructuraciones de su deuda soberana que entonces buscaban embargar y ejecutar los bienes y créditos que no estaban protegidos por inmunidad.

²⁵⁷ Cfr. acápites 9.2.4.2.1.4 y 9.2.6.2.4.

²⁵⁸ Cfr. acápites 9.2.1.4.6, 9.2.2.4.6, 9.2.3.2.4, 9.2.4.2.4, 9.2.6.2.4, 9.2.7.2.5 y 9.2.8.2.4.

financista de acelerar los plazos del contrato de financiamiento.²⁵⁹

De esta manera, nuevamente, estas Cláusulas Relevantes evidenciarían que las partes consideraron determinante la existencia del contrato de inversión pública para su decisión de contratar y distribuir los riesgos/beneficios del contrato.

En este sentido, hay otros elementos relevantes para la determinación de la relación existente entre tales contratos, que son (a) el otorgamiento de condiciones financieras más convenientes para el Estado Nacional que las que éste podía obtener en los mercados financieros internacionales, y (b) la negación de generación de derechos a favor de terceros (como los contratistas de los contratos de inversión pública) por los contratos de financiamiento, y de efectos jurídicos sobre las obligaciones del Estado Nacional asumidas en los contratos de financiamiento con causa en contingencias de los contratos de inversión pública respectivos.

7.4.2.1. Condiciones de financiamiento más convenientes para el Estado Nacional que las normales del mercado financiero internacional.

Antes de considerar las cláusulas de los contratos de financiamiento por las cuales podría evidenciarse su conexidad con contratos de inversión pública, en este acápite se analiza si tales contratos se celebraron en condiciones financieras más favorables que las que el Estado Nacional podía conseguir en el mercado. La importancia de este aspecto es que la celebración de los contratos de financiamiento en términos concesionales no puede presumirse como una liberalidad de sujetos sofisticados (y, en algunos casos, privados) como las entidades financieras chinas intervinientes; y, en consecuencia, sería pasible de interpretación como una conducta ajustada a una finalidad trascendente a tales contratos.²⁶⁰ Al respecto, se plantea que tal razón es la celebración de las operaciones integradas con los contratos de inversión pública respectivos con la cobertura de los seguros de crédito a la exportación de SINOSURE en el marco de la política de desarrollo de la influencia económico-comercial de la República Popular China en el extranjero.

7.4.2.1.1. Consideraciones previas sobre el análisis propuesto

Al análisis que se propone corresponden una serie de aclaraciones previas. En

²⁵⁹ Cfr. acápites 9.2.1.4.8, 9.2.2.4.8, 9.2.3.2.6, 9.2.4.2.6, 9.2.6.2.6, 9.2.7.2.7 y 9.2.8.2.6.

²⁶⁰ En este sentido, “la racionalidad requiere que los individuos actúen según sus propios intereses, independientemente del modo en que los conciben. Una persona razonable, no obstante, puede actuar en forma contraria a la racionalidad cuando así lo existe su compromiso con ciertas normas que parecen estar en conflicto con sus intereses definidos en sentido estricto” (COLEMAN, 2010: 66).

primer lugar, se advierte que las fechas de inicio para el cómputo de los intereses de los contratos de financiamiento son desconocidas porque por los actos administrativos relevados en los acápites anteriores se aprobaron los modelos de su texto, a diferencia de los contratos de inversión pública, que fueron ratificados por sus actos administrativos correspondientes. Por esta razón, se consideró la fecha del acto administrativo de aprobación del modelo de contrato respectivo al efecto de determinar la tasa de interés de los contratos de financiamiento.²⁶¹ Si bien esto implica que el análisis sea una aproximación, se advierte que el Poder Ejecutivo Nacional aprobó tales modelos en consideración (real o ficta) de la tasa de interés aplicable a ese momento o proyectada y, por lo tanto, no podría presumirse el entendimiento de que tales términos financieros eran *inconvenientes*.

En segundo lugar, se advierte que los contratos de financiamiento en cuestión son líneas de crédito con tasa variable. Al desconocerse las fechas de las solicitudes de desembolsos y los pagos, es imposible considerar las tasas de interés realmente aplicadas a la APN sin información interna. En consecuencia, se ha considerado una tasa de interés anualizada a aplicando la tasa de interés determinada según lo señalado en el párrafo anterior —es decir, calculada como si su cómputo correspondiera a partir de la fecha del dictado del acto administrativo aprobatorio del modelo del contrato— para la comparación.

En tercer lugar, la construcción de la tasa de referencia se ha fundado en que la “tasa de descuento dependerá de las siguientes variables: i) la tasa libre de riesgo de la moneda de referencia en la que esté emitido el bono, ii) la prima por plazo (*term-premium*) que el mercado determine, y iii) un *spread* o prima adicional que demandan los inversores como compensación por otros riesgos no comprendidos en la prima por plazo, como el riesgo de crédito o *default*” (COSENTINO, ISASA, CARRERAS MAYER *et al.* 2017:44). Al respecto, se señala que:

- se tomó la tasa de interés de los bonos de los Estados Unidos de América en dólares estadounidenses a un año (*Daily Treasury Yield Curve Rates*)²⁶² por

²⁶¹ En este sentido, las tasas de interés involucradas están compuestas por la tasa interbancaria de Londres (*London InterBank Offered Rate* o “LIBOR”) a 6 meses en dólares estadounidenses. Por esta razón, sus valores históricos han sido tomados del sitio de *Intercontinental Exchange* en [<https://www.theice.com/marketdata/reports/170>], que es la entidad que la determina.

²⁶² Las tasas de interés de los bonos de los Estados Unidos a un año fueron obtenidas del sitio del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América [<https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/interest-rates/pages/TextView.aspx?data=yieldYear&year=2010>].

ser los emitidos a “la tasa libre de riesgo” (*id.*) en la moneda del crédito y para comparar entre tasas a un mismo plazo.

- se consideró que el componente de prima por plazo no es relevante en este caso porque la duración anual es breve para los términos que se negocian en el mercado y estaría comprendida en el componente referido en el ítem anterior.
- el riesgo de crédito está considerado según el cálculo del riesgo país para Argentina calculado por el JP Morgan Chase (*Emerging Markets Bonds Index*) en las fechas de referencia,²⁶³ por ser el principal de su tipo y utilizado comúnmente en los mercados financieros internacionales para objetivizar el cálculo de las tasas de interés de países como Argentina.

En todos los casos, el riesgo país y la tasa de interés utilizadas fueron seleccionadas según la fecha correspondiente al dictado del acto administrativo aprobatorio del texto del contrato de financiamiento cuya tasa de interés es objeto de comparación.

En cuarto lugar, se han tomado las tasas de interés en el entendimiento de que son un elemento esencial de referencia para los contratos de financiamiento. Si bien esto no implica desconocer que existen otros elementos relevantes que componen el *costo* de contratación para el prestatario, hubiera sido prácticamente imposible calcular los costos administrativos y financieros, tasas de disponibilidad, y el costo de las pólizas SINOSURE para la ejecución de tales contratos, y los costos administrativos, financieros y otros en que aquélla hubiera incurrido para la emisión de bonos, al efecto del perfeccionamiento de la comparación. En cualquier caso, se considera que la comparación de las tasas de interés constituye un dato objetivo y sustancial suficientemente representativo de los términos financieros de los contratos al efecto de determinar si el financiamiento prestado por las entidades financieras chinas era superior, inferior o similar a condiciones financieras accesibles entonces para el Estado Nacional en el mercado financiero internacional.

7.4.2.1.2. Comparación de las tasas de interés indicativas proyectadas de los contratos de financiamiento y la tasa de

²⁶³ Dado que no ha sido posible obtener una fuente directa, se ha utilizado la publicación de *Ámbito Financiero* en [<https://www.ambito.com/contenidos/riesgo-pais-historico.html>]

mercado proyectada de referencia

A partir de las pautas referidas anteriormente y de la aplicación de las Cláusulas Relevantes en que se previó una tasa de interés anual compuesta por la tasa LIBOR a 6 meses a la fecha del comienzo del cómputo más un margen fijo determinado en el contrato,²⁶⁴ se ha confeccionado la siguiente tabla comparativa:

Fecha de referencia		Tasa LIBOR a 6 meses	Margen	Tasa indicativa	Tasa riesgo país	Tasa bonos EEUU a 1 año	Tasa de referencia	Diferencia	Diferencia porcentual
		A1	A2	A1 + A2 = A	B1	B2	B1 + B2 = B	B - A = Δ	Δ/B
		(%) [1]	(%) [2]	(anual %)	(%) [3]	(anual % [4]	(anual %)	(anual %)	(%)
22/1/2010	DECTO-2010-118-APN-PTE	0,38469	3,15000	3,53469	7,56000	0,30000	7,86000	4,32531	55,02939%
22/1/2010	DECTO-2010-119-APN-PTE	0,38469	2,80000	3,18469	7,56000	0,30000	7,86000	4,67531	59,48232%
22/1/2010	DECTO-2010-119-APN-PTE	0,38469	2,80000	3,18469	7,56000	0,30000	7,86000	4,67531	59,48232%
30/12/2010	DECTO-2011-1607-APN-PTE	0,45656	3,15000	3,60656	4,86000	0,29000	5,15000	1,54344	29,96971%
12/10/2011	DECTO-2010-2154-APN-PTE	0,58806	3,20000	3,78806	8,83000	0,09000	8,92000	5,13194	57,53296%
10/7/2014	DECTO-2014-1071-APN-PTE	0,32720	2,90000	3,22720	5,93000	0,10000	6,03000	2,80280	46,48093%
22/2/2019	DECTO-2019-144-APN-PTE	2,70600	2,40000	5,10600	6,99000	2,55000	9,54000	4,43400	46,47799%
Fuentes: [1] https://www.theice.com/marketdata/reports/170 ; [2] Cláusulas Relevantes de los Contratos Relevantados Relevantes financieros; [3] https://www.ambito.com/contenidos/riesgo-pais-historico.html ; y [4] https://www.treasury.gov/resource-center/data-chart-center/interest-rates/pages/TextView.aspx?data=yieldYear&year=2010									

De esta manera, la diferencia entre las tasas de interés proyectadas a partir de los contratos de financiamiento ha sido entre un 30% y un 57,5% menor que las tasas indicativas de referencia que la APN hubiera podido obtener en las mismas fechas en cuestión. De conformidad con lo señalado en el acápite anterior, la esencialidad del término de referencia (tasa de interés) y la magnitud de las diferencias calculadas serían suficientes para considerar marginales a los otros conceptos y costos financieros involucrados.

Por esta razón, se considera que los términos financieros de los contratos de financiamiento fueron en condiciones más convenientes para el Estado Nacional que las normales del mercado financiero internacional. Sin embargo, esto no significa que los

²⁶⁴ Cfr. acápites 9.2.1.4.7, 9.2.2.4.7, 9.2.3.2.5, 9.2.4.2.5, 9.2.6.2.5, 9.2.7.2.6 y 9.2.8.2.5.

financistas no hayan sido beneficiados con la celebración y ejecución de tales contratos puesto que no es racional que una persona participe en un contrato sin que perciba una oportunidad para obtener beneficios mutuos (COLEMAN, 2010: 123); en especial cuando se trata de sujetos sofisticados como entidades financieras de la República Popular China con actividad internacional. De hecho, como señala OVIEDO (2015), “[a]nte la dificultad de acceder al mercado financiero internacional por la persistencia de la situación de default, Argentina acrecienta su dependencia del capital chino, pues este compite a tasas bajas con el europeo, americano y japonés. En varios casos China carece de la mejor tecnología, pero sus condiciones de financiación son insuperables para esos países” (p. 81).

7.4.2.1.3. Las condiciones financieras más convenientes para el Estado Nacional que las normales de los mercados financieros internacionales considerada a partir del concepto de distribución racional de los riesgos y beneficios de la contratación entre las partes

Los términos en que las partes contratan están directamente relacionados con los intereses que las conducen a la negociación y la finalidad que se proponen con el perfeccionamiento de la relación jurídica. En el caso de las personas jurídicas, tales intereses y finalidades están definidos por su naturaleza y términos de constitución o institución. A partir de este entendimiento, la posibilidad de que un financista participe en una operación en condiciones financieras más favorables que las normales del mercado está generalmente relacionada con la naturaleza del sujeto en cuestión, donde los casos serían que se trate de: (i) una entidad financiera extranjera pública [p.ej., una ECA]; (ii) una entidad financiera extranjera privada (p.ej., un banco extranjero); (iii) una entidad financiera multilateral que República Argentina integre (p.ej., el BID, la CAF, el BIRF, FONPLATA); o (iv) una entidad financiera multilateral que la República Argentina no integre (p.ej., Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo).²⁶⁵ Cada uno de estos tipos de financistas podría participar en una operación como la referida a partir de las siguientes motivaciones:

²⁶⁵ Se desestima la posibilidad de que el financista sea una entidad nacional pública o privada, porque uno de los factores determinantes de las operaciones bajo consideración es que las condiciones de financiamiento sean sustanciales y favorables, lo cual no parece posible en la República Argentina para los contratos de inversión pública porque nuestro sistema financiero carecería de actores capaces de (o interesados en) su financiamiento.

- una entidad financiera pública extranjera (caso i) (o, más difícilmente, una entidad financiera multilateral que la República Argentina no integre [caso iv]) podría participar de conformidad con su objeto de promover los intereses económicos del Estado al que pertenece (o sus Estados participantes).²⁶⁶
- una entidad financiera privada extranjera (caso ii) podría motivada en una relación preexistente con el contratista (o sus controlantes) o, en su caso, la APN.
- una entidad financiera multilateral que la República Argentina integre (iii) podría participar de conformidad con su objeto de promover el desarrollo económico-social de la Argentina, en su carácter de Estado participante.

Independientemente de que el financista actúe con el propósito de promover intereses económicos extranjeros o el desarrollo económico-social de la Nación, uno de los factores determinantes de su consentimiento es que los recursos a prestarse sean efectiva y totalmente afectados al proyecto de inversión pública para el cual se requieren. Esta afectación es la justificación de que el contrato de financiamiento se celebre en términos más *blandos* que los del mercado, es decir, en condiciones financieras más ventajosas que las que el Estado Nacional podría acordar en el mercado con actores *desinteresados* sobre el destino de los recursos pretendidos.²⁶⁷ El carácter esencial de este condicionamiento implica la previsión de mecanismos para garantizar la afectación efectiva de los recursos a la inversión pública, los cuales carecerían de sentido en el caso de que no existiera una finalidad económica trascendente al contrato de financiamiento.

Según COLEMAN (2010), “[l]os términos de un acuerdo de cooperación entre dos o más personas, es decir, su contrato, estipulan: 1) acciones específicas que deben ser realizadas por ambos en algún momento futuro y 2) premios y castigos que deben ser adjudicados luego del cumplimiento o del incumplimiento. Estos términos son garantías

²⁶⁶ Cuando el financista no es un organismo multilateral de crédito, la regla general es la coincidencia de la nacionalidad del financista y el contratista, lo cual es coherente con el desarrollo negocial de tales operaciones porque (a) el contratista suele gestionar el contacto entre la APN y el financista en el marco de una relación comercial previa entre el contratista y el financista; y (b) el financista es generalmente un banco de promoción del país o bloque económico al que pertenece el contratista.

²⁶⁷ En otras palabras, los financistas que participan en operaciones de contratos conexos aceptan recibir contraprestaciones inferiores a las normales del mercado por el préstamo de sus recursos financieros porque el destino comprometido de éstos (promoción comercial o desarrollo económico-social) atiende directa o indirectamente a sus intereses. Esto ocurriría directamente en el caso de que el financista sea un ente de promoción [caso (a)] o desarrollo [caso (c)], e indirectamente si actuare motivada en una relación preexistente [caso (b)].

diseñadas para minimizar y asignar los riesgos” (p. 121). A partir de este esquema, un contrato de financiamiento implicaría, básicamente, la obligación de una parte (prestamista) de dar recursos (capital) a otra parte (prestatario) para su disposición, y la obligación de ésta de devolver tales recursos más un precio por su disponibilidad (interés) en determinados plazos.²⁶⁸ La determinación de la valuación de estas prestaciones según los términos del mercado implicaría su definición según parámetros más o menos objetivos, cuya aplicación conduciría, en principio y en abstracto, a que las partes consideren equilibrada la distribución de créditos y débitos. De esta manera, cualquier término adicional que se incorporase a este equilibrio económico hipotético que implicase la agregación de un débito (o crédito) para el prestatario —y, en consecuencia, la agregación de un crédito (o débito) para el prestamista— causaría una alteración de aquel equilibrio contractual y la necesidad negocial del reestablecimiento de la conmutatividad de las prestaciones a partir de un nuevo crédito o débito compensatorio del causante de la alteración de la ecuación económica del contrato.²⁶⁹

Según los términos planteados en el párrafo anterior, la inclusión de cláusulas de restricción de la disponibilidad de los recursos prestados en los contratos de financiamiento celebrados por el Estado Nacional²⁷⁰ sobre la referencia de los términos del mercado implicaría la necesidad racional de reestablecer el equilibrio económico de las prestaciones y, en consecuencia, de aumentar los beneficios de aquél para el Estado Nacional. De esta manera, tales compromisos del Estado Nacional —con las garantías de cumplimiento concedidas por el Estado Nacional (p.ej., sometimiento a derecho extranjero, renunciaciones de inmunidad, prórroga de jurisdicción)—²⁷¹ explicarían a la

²⁶⁸ Sin embargo, los contratos de financiamiento tienen una estructura más compleja: implican la puesta a disposición de una determinada cantidad de recursos por un plazo (prestación que se retribuye con una *tasa de disponibilidad*), los cuales son desembolsados a instancias de solicitudes de utilización que funcionan como préstamos cuyo capital se va acumulando (prestaciones que se retribuyen con una *tasa de interés*). A su vez, estos contratos de financiamiento tienen tasas sustancialmente inferiores porque los riesgos están asegurados por SINOSURE, entidad controlada por el Estado de la República Popular China para el fomento de sus exportaciones en operaciones como los Contratos Relevantados.

²⁶⁹ Al respecto, COLEMAN (2010) señala que “la negociación se produce secuencialmente (al menos en una lógica espacio-temporal). En primer lugar, los individuos buscan oportunidades de cooperación ventajosas; luego intentan acordar una distribución de las ganancias, y finalmente, controlan el cumplimiento de los términos de contrato. En cada etapa está presente la posibilidad de que el contrato fracase [...]. La negociación sin cumplimiento es un simple derroche de recursos y, por tanto, es irracional” (p. 133). En este sentido, “el acuerdo es racional si el cumplimiento lo es. El cumplimiento es racional sólo si los acuerdos alcanzados son justos. La justicia excluye la depredación. Por tanto, para los individuos que buscan obtener las ganancias que ofrece la cooperación, la racionalidad excluye la conducta predatoria” (p. 72).

²⁷⁰ Cfr. acápites 9.2.1.4.2, 9.2.2.4.2, 9.2.3.2.2, 9.2.4.2.2, 9.2.6.2.2, 9.2.7.2.2 y 9.2.8.2.2.

²⁷¹ Asimismo, podría contarse la posible injerencia de elementos políticos o de relaciones bilaterales que influirían en el otorgamiento de estas condiciones financieras concesionales.

reducción de la tasa de interés como la forma de equilibrar las prestaciones.

7.4.2.2. Cláusulas de los contratos de financiamiento por las cuales se limitan las implicancias jurídicas de la conexidad económico-funcional entre los contratos (Cláusulas de Limitación)

Como se señalara en anteriormente,²⁷² la existencia de una relación de conexidad económico-funcional entre contratos no implica necesariamente que las contingencias que afecten gravemente la ejecución o vigencia de uno causen efectos jurídicos en la ejecución o vigencia del otro. Esta posible ruptura entre la dimensión económico-funcional y la jurídica se explica en que las partes pueden acordar la independencia jurídica de los contratos en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Estos términos, que pueden consistir tanto en la regulación como en la negación de los efectos que pueden causar tales contingencias, son denominados “Cláusulas de Limitación” en este trabajo.

A partir del entendimiento de que las cláusulas contractuales son la formalización de la voluntad autónoma común de las partes, no correspondería presumir su inconsecuencia sino, por el contrario, que tienen la finalidad de producir consecuencias jurídicas concretas en determinadas circunstancias. De esta manera, las Cláusulas de Limitación podrían ser interpretadas como previsiones tendientes a regular las consecuencias jurídicas de las relaciones de conexidad económico-funcional entre los contratos y, por consiguiente, como un reflejo de la existencia de una finalidad económica trascendente y de la naturaleza meramente formal de la independencia pactada.²⁷³

Las Cláusulas de Limitación negaban los efectos jurídicos naturales de la conexidad económico-funcional que pudieran causar las contingencias de los contratos de inversión pública en los de financiamiento en beneficio del Estado Nacional, y el mantenimiento o fortalecimiento de los que podían beneficiar a los financistas. Estos pactos son indicativos de la preeminencia negocial que el financista tenía sobre el Estado Nacional por depender de aquél las condiciones de posibilidad de realización del proyecto de inversión pública.²⁷⁴ Otros reflejos de esta preeminencia eran la inclusión de cláusulas de renuncia

²⁷² Cfr. acápite 4.2.2.

²⁷³ Cfr. acápites 9.2.1.4.8, 9.2.2.4.8, 9.2.3.2.6, 9.2.4.2.6, 9.2.6.2.6, 9.2.7.2.7 y 9.2.8.2.6.

²⁷⁴ En este sentido, se ha afirmado que “las condiciones de los contratos [de crédito a exportación] han sido redactadas durante los últimos cien años por abogados especializados en función de la jurisprudencia y las leyes interpretadas por los tribunales del país del prestamista. Desde las cartas de intención, [...] los pedidos de facilidades crediticias, la fijación y modo de los desembolsos están redactados en fórmulas, no en formularios, experimentados previamente con otros deudores; por ende, las reacciones de discutir o cuestionar cláusulas o esgrimir presuntas responsabilidades extracontractuales previstas en nuestras leyes por la no concesión del préstamo no prosperarán bajo las normas y su aplicación por los tribunales del

de inmunidad y sometimiento expreso de los contratos de financiamiento al Derecho Privado²⁷⁵ o, incluso, de incumplimiento cruzado con otros contratos de financiamiento o en caso de deterioro de las relaciones bilaterales de la República Argentina con la República Popular China.²⁷⁶

7.4.2.3. Cláusulas de Limitación que niegan la generación de derechos a favor de terceros: doctrina del *privity of contracts* del derecho contractual inglés

Una regularidad de los Contratos Relevantes de financiamiento es la inclusión de Cláusulas de Limitación por las cuales se negaba que aquéllos generasen derechos subjetivos a favor de terceros de conformidad con la ley específica respectiva de Inglaterra. Si bien estos contratos fueron sometidos al derecho inglés,²⁷⁷ son marginales las remisiones expresas a normas concretas de tal sistema jurídico entre sus términos. En consecuencia, en este acápite se aborda sucintamente la doctrina del *privity of contract* a partir de los principales precedentes jurisprudenciales y la ley que los receptó, ya que aquélla constituye un pilar del derecho contractual inglés.

7.4.2.3.1. **Dutton against Poole ([1678] 2 Lev 210)**

El primer caso que se considera es *Dutton against Poole* resuelto por la División Corte del Rey en 1678. Los hechos eran que un hijo y su padre celebraron un contrato para que éste no cortara un roble a cambio de que aquél pagase una dote a su hija cuando se casara. El padre murió antes de que la hija se casara y el hijo se negó a pagar la dote. En consecuencia, la hija demandó al hermano por el monto comprometido ante el padre. La corte entendió que la hija podía ser considerada parte del contrato en relación con el pago dado que la relación entre padre e hija la hacía parte del contrato pese a no haber participado en su perfeccionamiento. A tal efecto se afirmó que las manifiestas consideraciones de amor y afecto del padre a sus hijos implicaban que el compromiso y prestación del primero podían bien extenderse a los segundos.

7.4.2.3.2. **Price v. Easton ([1833] 4 B. & Ad. 433)**

prestamista. El contrato no está preimpreso, pero sus términos han sido redactados para ser discutidos dentro del margen de una ley determinada que los valide o, si esto no fuera posible, ese contrato no se celebrará” (MARZORATI, 2007: 403).

²⁷⁵ Cfr. acápites 9.2.1.4.12, 9.2.2.4.12, 9.2.3.2.10, 9.2.4.2.10, 9.2.6.2.10, 9.2.7.2.9 y 9.2.8.2.11.

²⁷⁶ Cfr. acápite 9.2.8.2.7.

²⁷⁷ Cfr. acápites 9.2.1.4.10, 9.2.2.4.10, 9.2.3.2.8, 9.2.4.2.8, 9.2.6.2.8, 9.2.7.2.8 y 9.2.8.2.9.

El segundo caso que se considera es *Price against Easton*, resuelto por una Superior Court of Law en 17.01.1833. Los hechos eran que William Price debía una suma determinada a John Price; y el primero comenzó a trabajar para Easton por esa misma suma con la promesa de pagarle a su acreedor. Si bien William Price trabajó y cobró la suma, no pagó su deuda con John Price. En consecuencia, John Price demandó a Easton (empleador) por el incumplimiento de la estipulación a su favor en el contrato, si bien no había un compromiso asumido ante aquél. Los jueces rechazaron la demanda porque John Price no había realizado ninguna prestación en el marco del contrato,²⁷⁸ y el demandante podría haber ignorado totalmente el acuerdo entre William Price y Easton.²⁷⁹ En consecuencia, se resolvió que John Price no tenía derechos por el contrato entre William Price y Easton porque no había asumido compromiso ni realizado prestación alguna en el marco de aquél.

7.4.2.3.3. *Dunlop v. Lambert* ([1839] 6 CL & F 600, HL [Sc]; [1839] 1 Mac&Rob 663)

El tercer caso es *Dunlop v. Lambert*, resuelto la Cámara de los Lores del Reino Unido en 16.07.1839. Los hechos eran que unos toneles de whiskey fueron tirados por la borda durante su transporte, por lo cual sus consignadores accionaron contra los dueños del buque que se habían comprometido en la *bill of lading* a entregar los bienes buen orden y condición al consignatario. Dicha *bill of lading* fue transferida por los consignadores al adquirente de los bienes con la factura, incluyendo el precio del flete y seguro pagados por los consignadores a cuenta del consignatario. Asimismo, los consignatarios habían celebrado un contrato con los dueños del buque para entregar los bienes, y un acuerdo para responder ante el consignatario por la segura entrega de los bienes. En consecuencia, el demandante reclamó el valor de los bienes no entregados al transportista. A tal efecto, la demandante presentó como prueba el testimonio del consignatario de que la pérdida de los bienes había sido afrontada por aquél; mientras que los demandados no ofrecieron pruebas y admitieron el envío, la pérdida, la falta de entrega y el monto del reclamo. El juez y jurado intervinientes en primera instancia afirmaron que los demandantes no tenían derecho ni interés a la recuperación del valor de la pérdida porque el seguro, el transporte y los bienes habían sido facturados al consignatario, que

²⁷⁸ En el original, “Denman C.J. I think the declaration cannot be supported, as it does not shew any consideration for the promise moving from the plaintiff to the defendant” (p. 519).

²⁷⁹ En el original, “Littledale J. No privity is shewn between the plaintiff and defendant” (p. 519) y “Taunton J. It is consistent with all the matter alleged in the declaration, that the plaintiff may have been entirely ignorant of the arrangement between William Price and the defendant.” (*id.*).

era su adquirente²⁸⁰ a pesar de que el seguro no cubriera la pérdida como consecuencia del defecto en su estiba.²⁸¹ Sin embargo, la cámara admitió el recurso de apelación y ordenó el dictado de un nuevo juzgamiento según el entendimiento de que el consignador podía tener legitimación a la acción de incumplimiento contractual a pesar de la transferencia de la propiedad de los bienes, de conformidad con la autoridad de sentencias anteriores.

7.4.2.3.4. Tweddle v. Atkinson ([1861] EWHC J57 (QB); (1861) 1 B&S 393)

El cuarto caso considerado es *Tweddle against Atkinson* ([1861] EWHC J57 (QB); (1861) 1 B&S 393), resuelto por la Alta Corte de Inglaterra y Gales (División Corte de la Reina) en 07.06.1861. Los hechos del caso eran que el padre del demandante —entonces fallecido— y la persona de la cual el demandado era albacea/liquidador prometieron verbalmente a sus hijos darles dotes en dinero por su futuro matrimonio; y, a tal efecto, celebraron un contrato escrito donde acordaron entregarlos y que el demandante tendría facultades para ejecutar el contrato en cualquier tribunal. Sin embargo, el fallecido y su albacea/liquidador no pagaron su compromiso tras haberse consumado el matrimonio. El demandado opuso la doctrina afirmada en *Price v. Easton* de que la acción por incumplimiento contractual debe ser ejercida por la persona de quien proviene la prestación; mientras que el demandante sostuvo la existencia de una excepción en los casos de contratos celebrados por padres para el beneficio de sus hijos *Dutton against Poole* pese a admitir la existencia de regla general opuesta. El tribunal resolvió que el demandante carecía de derecho porque ningún extraño a las prestaciones puede beneficiarse de un contrato aunque sea hecho en su beneficio,²⁸² se consideró una “proposición monstruosa” que una persona sea parte de un contrato para demandar en su beneficio en el marco de un contrato pero que no sea parte asimismo para ser demandado.²⁸³

²⁸⁰ “On the last point of the second issue, we find that the defenders (respondents) are not liable to the pursuers (appellants) for the value of the spirits, because they were not, at the time of the loss, the rightful owners of the goods in question, their invoice shewing that their right in the whiskey ceased at the time of shipment.”

²⁸¹ “We therefore find, on the second issue, that the defenders (respondents) wrongfully failed to deliver the puncheon to Mathew Robson; they not having stowed it in the hold, as they were bound to do, prevented his recourse on the underwriters”.

²⁸² “Wightman J. [...] it is now established that no stranger to the consideration can take advantage of a contract, although made for his benefit” (p. 763-4).

²⁸³ “Crompton J. [...] The modern cases have, in effect, overruled the old decisions; they shew [*sic*] that the consideration must move from the party entitled to sue from the contract. It would be a monstrous

7.4.2.3.5. *Dunlop v. Selfridge* ([1915] UKHL 1; [1915] AC 847)

El quinto caso a considerar es *Dunlop Pneumatic Tyre Company, Limited v. Selfridge and Company Limited*, resuelto por la Cámara de los Lores el 26.04.1915. Los hechos del caso eran que Dunlop había contratado con un distribuidor la venta de una cantidad de cubiertas y otros bienes según sus precios de lista con determinados descuentos. Como parte del acuerdo, el distribuidor se comprometió a no vender los bienes que compraba a un valor inferior al del precio de lista del demandante, pero podía vender a una clase de vendedores —que comprendía al demandado— con descuentos inferiores a los que había recibido de Dunlop con la condición de que en esos casos actuase como agente de éste y que el comprador se comprometiera por escrito a cumplir los mismos términos (es decir, no vender a un precio inferior al de lista). Selfridge contrató con el distribuidor en esos términos para acceder a los descuentos, comprometiéndose a no revender los productos de Dunlop a un precio inferior a los de su lista de precios y a pagar una penalidad en caso de incumplir; pero los incumplió. La Cámara de los Lores rechazó la apelación de Dunlop porque no era parte del contrato entre su distribuidor y Selfridge, y el distribuidor no podía actuar en un mismo contrato por derecho propio y como agente de Dunlop según lo que denominaron “principios fundamentales de la ley de Inglaterra”: (a) que solo una persona que es parte de un contrato puede demandar con causa en éste; (b) que si una persona que celebró un contrato ha de ejecutarlo, ésta debe haber dado antes una prestación o compromiso al promitente o a alguna persona que aquél designe; y (c) que el principal no nombrado en un contrato puede demandar con base en aquél si la parte del contrato acreedora de la obligación actuó como su agente, bajo la condición de que haya dado una prestación o compromiso por sí o a través de dicho agente.²⁸⁴

7.4.2.3.6. *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd* ([1951] 2 KB 854)

proposition to say that a person was a party to the contract for the purpose of suing upon it for his own advantage, and not a party for it for the purpose of being sued” (p. 764).

²⁸⁴ “My Lords, in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a *jus quaesitum tertio* arising by way of contract. Such a right may be conferred by way of property, as, for example, under a trust, but it cannot be conferred on a stranger to a contract as a right to enforce the contract in personam. A second principle is that if a person with whom a contract not under seal has been made is to be able to enforce it consideration must have been given by him to the promisor or to some other person at the promisor's request. These two principles are not recognized in the same fashion by the jurisprudence of certain Continental countries or of Scotland, but here they are well established. A third proposition is that a principal not named in the contract may sue upon it if the promisee really contracted as his agent. But again, in order to entitle him so to sue, he must have given consideration either personally or through the promisee, acting as his agent in giving it”.

El quinto caso a considerar es *Shanklin Pier Limited v. Detel Products Limited*, resuelto por la Alta Corte de Justicia (División Corte del Rey) en 1951. Los hechos eran que el demandante (Shanklin Pier Ltd.) contrató a un contratista para pintar su muelle. A tal efecto, consultaron a la demandada (Detel Products Ltd.) si una pintura determinada era adecuada para el proyecto; y aquélla les informó que sí lo era y que duraría al menos siete años. A partir de esta información, el demandante instruyó a su contratista a usar la pintura en cuestión, quien cumplió. Sin embargo, la pintura empezó a descascararse a los tres meses, y la demandante requirió compensación a la demandada. Si bien no había un contrato escrito entre la demandante y la demandada que garantizara la calidad de la pintura, el tribunal admitió el reclamo (en excepción del *privity of contract*) porque el demandado había comprometido una expresa garantía sobre la calidad de la pintura al demandante, en razón de la cual éste había comprometido a su constructor a comprarla al demandado y, en consecuencia, sufrió el daño de la infracción de la garantía.

7.4.2.3.7. *Beswick v. Beswick* ([1968] AC 58; [1967] UKHL 2; [1967] 2 All ER 1197; [1967] 3 WLR 932)

El octavo caso a considerar es *Beswick v. Beswick*, resuelto por la Cámara de los Lores el 29.06.1967. Los hechos eran que el fallecido esposo de la demandante era un comerciante de carbón que le transfirió los bienes de su negocio al demandado, y éste se comprometió a una renta vitalicia a favor de aquél y otra a favor de la esposa tras su fallecimiento. Tras la muerte del esposo, el demandado cumplió una sola vez y subsiguientemente se negó a pagar la renta vitalicia a la demandante. En consecuencia, la esposa demandó el cumplimiento contractual, en ejercicio de su carácter de administradora de los derechos sucesorios de su fallecido esposo. En primera instancia, el Vicerrector del Condado de Palatine de Lancaster rechazó la acción; mientras que la Corte de Apelaciones revocó la sentencia y ordenó el pago de la renta vitalicia a la demandante. Si bien la Cámara de los Lores entendió que la demandante no tenía acción por derecho propio para ejecutar la estipulación contractual en su favor con fundamento en el *privity of contracts*, rechazó la apelación del demandado con fundamento en que la esposa podía ejercer los derechos de su difunto esposo en su carácter de administradora del acervo sucesorio.²⁸⁵

²⁸⁵ “Applying what I have said to the circumstances of the present case, the Respondent in her personal capacity has no right to sue, but she has a right as administratrix of her husband's estate to require the Appellant to perform his obligation under the agreement” (p. 2).

7.4.2.3.8. Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd ([1982] UKHL 4)

El noveno caso a considerar es *Junior Books Limited v. Veitchi Company Limited*, resuelto por la Cámara de los Lores el 15.07.1982. Los hechos eran que los demandados (Veitchi Co. Ltd.) eran subcontratistas especializados que colocaron el piso compuesto de una fábrica construida por los demandantes (Junior Books Ltd.). Éstos afirmaban que el piso era defectuoso como por la culpa de los demandados que no lo habían alisado cuidadosamente y que, en consecuencia, tuvo que ser reemplazado. Sin embargo, no había relación contractual directa entre los demandantes y demandados, y aquéllos no accionaron contra el contratista con quien tenían la relación contractual. Dado que la acción estaba presentada como una reclamación de daños extracontractuales, no estaba precisamente cubierta por los precedentes de *privity of contracts*. En todas las instancias se entendió que el demandado era responsable con causa en su obligación de deber de cuidado.

7.4.2.3.9. Linden Gardens Trust Ltd. v Lenesta Sludge Disposals Ltd. ([1993] UKHL 4)

El décimo caso a considerar es *Linden Gardens Trust Ltd. v Lenesta Sludge Disposals Ltd.*, resuelto por la Cámara de los Lores en 22.07.1993. Los hechos del caso eran que el arrendatario de un inmueble celebró un contrato estándar con uno de los demandados (Lenesta Sludga Disposals Ltd.) para remover asbestos del edificio, en el cual se establecía que las partes no podían ceder el contrato sin expreso consentimiento de la otra parte. Sin embargo, se encontraron asbestos que tendrían que haber sido removidos tras haber sido realizado el trabajo por el contratista; y el comitente (a) cedió el contrato y transfirió el inmueble con sus intereses al demandante (Linden Gardens Trust Ltd.); y (b) contrató a otro contratista para la remoción de los asbestos a costa del demandante. La demandante (cesionaria) reclamó los daños por los incumplimientos contractuales de los contratistas, a pesar de que (i) el cedente era la única parte con relación contractual directa con los demandados pero no era parte de la acción; (ii) la cesión del contrato del cedente al cesionario-demandante había sido sin la conformidad de los contratistas demandados; (iii) el primer incumplimiento contractual había ocurrido antes de que el cedente transfiriera sus intereses; y (iv) dado que el transferente había obtenido del demandante el precio total de mercado por sus intereses en consideración de que el asbesto había sido erradicado, aquél carecía de interés en relación con los incumplimientos. La Cámara de los Lores rechazó la pretensión porque carecía de

derecho por haberse incumplido la obligación de consentimiento escrito de la contraparte;

²⁸⁶ y ser, en consecuencia, un extraño a los contratos.

7.4.2.3.10. Ley de Contratos de 1999 (Derechos de Terceros)

En 1999, el Parlamento del Reino Unido aprobó la Ley de Contratos de 1999 (Derechos de Terceros) y modificó la vigencia doctrina del *privity of contracts*. Como se señalara anteriormente, ésta consistía originalmente en dos reglas: (a) que una tercera parte no puede tener obligaciones impuestas por los términos de un contrato, y (b) que una tercera parte no puede ejecutar un contrato para el cual no realizó un compromiso o prestación, criterio afirmado en los casos *Tweedle v. Atkinson* ([1861] 121 ER 762) y *Dunlop Pneumatic Tyre v Selfridge and Co. Ltd.* ([1915] AC 847). Como resulta de los casos considerados, el problema de esta segunda regla era que se aplicaba sin excepciones incluso cuando era obviamente intención de las partes que un tercero pudiera reclamar su beneficio.²⁸⁷

La sección primera de la ley regula el derecho de una tercera parte de forzar el cumplimiento de un término contractual. Al respecto, establece que una persona que no es parte de un contrato (una tercera parte) puede en su propio derecho ejecutar un término de un contrato si (a) éste expresamente establece que puede hacerlo; o (b) un término de aquél le confiere un beneficio (sec. 1.1), salvo que la interpretación correcta de dicho término sea que las partes no querían que la tercera parte pueda ejecutarlo (sec. 1.2). A tal efecto, la tercera parte tiene que estar expresamente identificada en el contrato por nombre, como miembro de una clase o como correspondiente a una particular descripción, aunque no exista al momento de la entrada en vigencia del contrato (sec. 1.3).

Asimismo, la sección segunda regula la modificación y rescisión del contrato, respecto de lo cual se establece que las partes de un contrato según el cual una tercera parte tiene derecho no pueden acordar su modificación o rescisión de manera tal que extinga o altere ese derecho si (a) la tercera parte comunicó su asentimiento sobre el

²⁸⁶ “It follows that the purported assignment to Linden Gardens without the consent of the contractors constituted a breach of clause 17. The claim of Linden Gardens as assignee must therefore fail unless it can show that the prohibition in clause 17 was either void as being contrary to public policy or, notwithstanding the breach of clause 17, the Assignment was effective to assign the chose in action to Linden Gardens” (p. 13); “[t]herefore in my judgment an assignment of contractual rights in breach of a prohibition against such assignment is ineffective to vest the contractual rights in the assignee. It follows that the claim by Linden Gardens fails and the Linden Garden action must be dismissed” (p. 16).

²⁸⁷ Cfr. *Tweedle v Atkinson* ([1861] EWHC J57 (QB); (1861) 1 B&S 393), y *Beswick v Beswick* ([1968] AC 58; [1967] UKHL 2; [1967] 2 All ER 1197; [1967] 3 WLR 932).

término que lo beneficia a su promitente; (b) el promitente conoce que la tercera parte ha actuado en base a ese término, o (c) puede razonablemente esperarse que el promitente haya previsto que la tercera parte actuaría sobre la base de aquél término y la tercera parte actuó sobre esa base (sec. 2.1). Sin embargo, las partes pueden modificar o rescindir de tales términos sin el consentimiento del tercero, si así estaba originalmente previsto en el contrato (sec. 2.3(a)).

7.4.2.3.11. Síntesis

De esta manera, la doctrina original del *privity of contracts* del derecho inglés habría evolucionado, en especial a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Contratos de 1999 (Derechos de Terceros). Esta ley ha sido reiteradamente referida en los contratos de financiamiento relevados a través de cláusulas que negaban la generación de derechos a favor de terceros sin estipulación expresa en tal sentido.²⁸⁸

En atención a que la conexidad entre contratos requiere que exista una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de los contratos haya sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido,²⁸⁹ no es necesario que un tercero pueda tener derechos en un contrato del que no es parte. En consecuencia, la aplicación del *privity of contracts* —al igual que nuestro principio de efectos relativos de los contratos—²⁹⁰ no empecen a la posibilidad de que exista una relación de conexidad entre contratos.

7.4.2.4. Cláusulas de Limitación relativas a las obligaciones comprometidas por el Estado Nacional respecto de controversias, incumplimientos o alteraciones en los términos de vigencia de los contratos de inversión pública

La conexidad contractual requiere que exista una finalidad económica común trascendente a los contratos involucrados individualmente considerados, de modo que uno de éstos haya sido determinante para la celebración de otro en miras a la consecución de aquélla.²⁹¹ Esta relación entre la finalidad de los contratos ha de reflejarse en sus

²⁸⁸ Cfr. acápites 9.2.3.2.7, 9.2.4.2.7, 9.2.6.2.7, 9.2.7.2.3 y 9.2.8.2.8.

²⁸⁹ Cfr. acápites 4.2.2 y 4.2.7.2.

²⁹⁰ A simple vista, esta doctrina sería comparable a la prevista por nuestro anterior Código Civil y Comercial, que el establecía que “[l]os contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195) y “no pueden [...] invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1.161 y 1.162” (art. 1199). Estos casos eran los correspondientes a la gestión de negocios.

²⁹¹ *Id.*

términos, especialmente en la coordinación de las prestaciones en función de la mencionada consecución de la finalidad económica común. A esto se ha referido reiteradamente en este trabajo como la conexidad económico-funcional (o la dimensión económico-funcional de la conexidad) entre los contratos.

Ahora bien, en este acápite se plantea si las Cláusulas de Limitación²⁹² podían obstar a la existencia de relaciones de conexidad —sea absolutamente o en alguna de sus dimensiones (económico-funcional o jurídica)— entre los contratos de financiamiento que las contenían con los contratos de inversión pública financiados.

Como se señalara anteriormente, COLEMAN (2010) considera que los contratos son acuerdos de colaboración cuya existencia transcurre en tres etapas distinguibles: negociación, contratación, y cumplimiento. En éstas, los actores racionales tendrían que resolver problemas de cooperación, distribución e incumplimiento (p. 121), los cuales dependen de si tienen interés en contratar en lugar de actuar individualmente (cooperación), si pueden determinar términos comúnmente aceptables para la distribución de los beneficios y riesgos de esta cooperación, y si se verifican condiciones en las cuales incumplir dicha cooperación es racionalmente más conveniente que cumplirla (p. 122).

Al aplicar esta esquema a los Contratos Relevantes, se advierte que las partes de los contratos de inversión pública contrataban (decisión de cooperar) bajo la condición de que se celebrasen los contratos de financiamiento respectivos,²⁹³ y, a su vez, los financistas, con el consentimiento del Estado Nacional, cooperaban bajo la condición de que estuvieran vigentes la cobertura de los contratos de seguro de crédito a la exportación, y los términos que consentían de los contratos de inversión pública.²⁹⁴ Esta decisión de cooperar condicionadamente afectaba la distribución de los beneficios y riesgos de cada contratación porque aseguraba (a) a los contratistas de los contratos de inversión públicos,

²⁹² Al respecto, COLEMAN (2010), señala que “[p]ara resguardarse del incumplimiento unilateral, cada parte debe reducir el incentivo para incumplir de su contraparte. El poder de este incentivo puede ser mitigado de varias maneras analíticamente distinguibles. Se puede lograr que el cumplimiento sea más beneficioso, que el incumplimiento sea menos ventajoso, o bien se pueden reducir o bloquear las oportunidades de incumplir. [...] Para que haya un acuerdo ejecutable, las partes deben esperar que cada una estime que los costes de incumplimiento unilateral son mayores que sus beneficios” (pp. 132-3).

²⁹³ Cfr. acápites 9.2.1.1.2, 9.2.2.1.2, 9.2.3.1.1.1, 9.2.4.1.2.1, 9.2.5.1.2.1, 9.2.6.1.2, 9.2.7.1.1.1 y 9.2.8.1.1.

²⁹⁴ Cfr. acápites 9.2.1.4.8, 9.2.2.4.8, 9.2.3.2.6, 9.2.4.2.6, 9.2.6.2.6, 9.2.7.2.7 y 9.2.8.2.6. Estas cláusulas implicaban el derecho de salida de los financistas de la operación en cuanto hubiera una alteración de los términos originales o derivados de los contratos de inversión pública que habían consentido expresa o tácitamente. Si bien no está formalmente planteado en términos de una condición, estas cláusulas implicaban la voluntad de los financistas de dejar de cooperar (es decir, de continuar sujetos a los términos del contrato) con el Estado Nacional en tales casos, y de acelerar la liquidación de la relación jurídica que los vinculaba.

la existencia de recursos financieros para el pago de sus prestaciones;²⁹⁵ (b) al Estado Nacional, recursos financieros en términos más convenientes que los normales del mercado financiero internacional para su crédito público al efecto de la satisfacción de los interés públicos comprometidos en los contratos de inversión pública;²⁹⁶ (c) a las entidades financieras, la consecución efectiva de sus finalidades y/u objetivos de promover el desarrollo del comercio exterior y económico de la República Popular China y sus empresas en línea con su política internacional, forzando el mantenimiento de los términos originales de vigencia de los contratos de inversión pública según su conformidad²⁹⁷ con la cobertura casi integral de los riesgos inherentes a los contratos por el seguro de crédito a la exportación;²⁹⁸ y (d) a SINOSURE, la consecución efectiva de sus finalidades y/u objetivos de promover el desarrollo del comercio exterior y económico de las empresas de la República Popular China al condicionar la vigencia de su cobertura al cumplimiento del porcentaje de componente original chino en las prestaciones de los contratos de inversión pública.²⁹⁹ De esta manera, en una primera instancia, la relación de económico-funcional (*causa*) de los contratos de inversión pública y de financiamiento (y de seguro de crédito a la exportación, aunque no sean objeto de este análisis) tenía implicancias en la coordinación de las prestaciones contractuales de cada una de las partes involucradas (*consecuencia*).

Asimismo, las Cláusulas de Limitación eran relevantes para la *distribución* de los beneficios y riesgos de la contratación porque excluían la posibilidad de que el Estado Nacional pudiera exceptuarse de cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato de financiamiento por controversias, incumplimientos o, en general, contingencias en el marco de la ejecución y vigencia del contrato de inversión pública. De esta manera, eran sustancialmente relevantes para la *cooperación* porque los términos de los contratos de financiamiento reflejaban la voluntad de los financistas de que sus créditos no estuvieran expuestos a riesgos exógenos (es decir, originados en los contratos de inversión pública respectivos),³⁰⁰ extremo que ha sido calificado en uno de ellos como una condición esencial para la celebración del contrato por el financista.³⁰¹ Finalmente, al excluir supuestos de irresponsabilidad del Estado Nacional, también atendían a la fase de

²⁹⁵ Cfr. acápites 9.2.1.1.3, 9.2.2.1.3, 9.2.3.1.1.2, 9.2.3.1.2.2, 9.2.4.1.2.2, 9.2.5.1.2.2, 9.2.6.1.3, 9.2.7.1.1.2, 9.2.8.1.1 y 9.2.8.1.3.

²⁹⁶ Cfr. acápite 7.4.2.1.

²⁹⁷ Cfr. acápites 9.2.1.4.8, 9.2.2.4.8, 9.2.3.2.6, 9.2.4.2.6, 9.2.6.2.6, 9.2.7.2.7 y 9.2.8.2.6.

²⁹⁸ Cfr. acápites 9.2.1.4.5, 9.2.2.4.5, 9.2.3.2.3, 9.2.4.2.3, 9.2.6.2.3, 9.2.7.2.4 y 9.2.8.2.3.

²⁹⁹ Cfr. acápites 7.2.3, 9.2.3.2.3, 9.2.4.2.3, 9.2.6.2.3 y 9.2.7.2.5.

³⁰⁰ Cfr. acápites 9.2.1.4.9, 9.2.2.4.9, 9.2.3.2.7, 9.2.4.2.7, 9.2.6.2.7, 9.2.7.2.3 y 9.2.8.2.8.

³⁰¹ Cfr. acápite 9.2.7.2.3.

cumplimiento.

En consecuencia, las Cláusulas de Limitación no operaban sobre la dimensión económico-funcional de la conexidad de los contratos sino sobre su dimensión jurídica mediante la negación de la transitividad de efectos jurídicos del contrato de inversión pública al contrato de financiamiento. Por lo tanto, el incumplimiento, ineficacia, invalidez o cualquier otra contingencia de éste que aún frustrase la finalidad económica común no se extendía al contrato de financiamiento si así no estaba previsto en éste.

Por lo tanto, en aplicación de la clasificación de NICOLAU (1997), esta relación de conexidad de los contratos de financiamiento con los de inversión pública era (a) *genética*, pues entraban en vigencia simultánea y vinculadamente a pesar de la sucesividad de sus firmas y aprobaciones; y (b) *fáctica*, pues la vinculación se derivaba de la realidad económico-social, independientemente de que ella causara efectos jurídicos. Las Cláusulas de Limitación no obstaban a la existencia de relaciones de conexidad económico-funcional entre los contratos ni a la existencia de su dimensión jurídica de los contratos de financiamiento a los de inversión pública, sino a esta última del contrato de inversión pública al de financiamiento que las contenía.

7.4.3. Ejemplos de los riesgos a los cuales se expone el Estado Nacional al estar excluida de las consecuencias jurídicas de la conexidad contractual

Ahora bien, por las Cláusulas de Limitación se calificaban como un acto de incumplimiento a cualquier modificación o alteración de la vigencia de los contratos de inversión pública sin la conformidad de los financistas y que, ante su ocurrencia, habilitan a éstos a liquidar la operación de crédito público y exigirle el pago al Estado Nacional con caducidad de los plazos. De esta manera, el Estado Nacional quedaba condicionado para el ejercicio de sus derechos de terminar anticipadamente el contrato de inversión pública o, en su caso, de ejercer sus prerrogativas sobre el contratista en el caso regido por el RCAN.

El condicionamiento acusado es jurídicamente relevante porque involucra a supuestos en los cuales podría frustrarse la finalidad del contrato de inversión pública por haberse tornado inconducente para la satisfacción de los intereses públicos comprometidos (p.ej., por incumplimiento grave del contratista) o como consecuencia de su variación.

Si bien la celebración de la mayoría de los Contratos Relevantes de inversión

pública fuera del RCAN (e, incluso, con sometimiento a derecho extranjero) implicó su sustracción del régimen exorbitante de derecho público, se insiste en que la construcción de la voluntad del Estado Nacional siempre se rigió por nuestro Derecho Administrativo,³⁰² el cual comprende a los principios de nuestras normas administrativas (incluso las que fueran directamente inaplicables). Así, la inaplicación del régimen exorbitante no absolvía al Estado Nacional de su deber de tutela de los intereses públicos comprometidos y normalmente atendidos por aquel régimen, en aplicación de los principios “economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos” de la ley 24.156 y de “eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado” del RCAN.

De la misma manera que el Estado Nacional debía ejercer las prerrogativas pertinentes en el marco del régimen exorbitante de Derecho Público para la tutela de los intereses públicos comprometidos, también debía extremar (aún más) los recaudos fuera de ese régimen para lograr su satisfacción. En este sentido, se advierte que los riesgos en cuestión no se limitaban a casos causados por la voluntad del Estado Nacional dado que, por ejemplo, el contratista podía rescindir con consecuencias considerablemente más gravosas para aquél por aplicación de las Cláusulas de Limitación de los contratos de financiamiento.

Por otra parte, en atención a la similitud sustancial entre los Contratos Relevantes de financiamiento (y su escasa flexibilidad negocial), el espectro de las contingencias relevantes para la conexidad contractual varía principalmente según el objeto del contrato de inversión pública correspondiente. En este sentido, los riesgos involucrados en los contratos de adquisición de material rodante son diferentes de los contratos que comprenden la ejecución de obras. Por ejemplo, en el caso del Contrato del Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, las obras han sido asignadas a ADIFSE y subcontratadas por ésta a empresas constructoras nacionales, cuyos pagos dependen del flujo de recursos del contrato financiero. En consecuencia, una eventual rescisión del contrato de inversión pública implicaría (o, en general, un hecho que causase la terminación anticipada del contrato de financiamiento) implicaría, al menos, la obligación del Estado Nacional de (a) pagar las sumas prestadas con los intereses exigibles, y (b) cubrir el costo de la ejecución de las obras so pena de perjudicar financieramente a las

³⁰² Cfr. acápite 4.2.6.

empresas contratistas.³⁰³

En estos términos, se plantea que la conexidad contractual es relevante en el marco de la negociación de estas operaciones porque es un instituto útil para justificar la inclusión de cláusulas para la tutela de los intereses públicos comprometidos en determinados supuestos, principalmente en los contratos de inversión pública, ante la indisponibilidad del régimen exorbitante de Derecho Público.

7.4.4. Frustración del fin del contrato

En complemento al acápite anterior, se considera la posibilidad de aplicar otros dos institutos del Derecho Privado al caso de la terminación anticipada de uno de los Contratos Relevantes, es decir, una de las contingencias más graves que podrían ocurrir entre ellos.

En primer lugar, se advierte que la terminación anticipada del contrato de inversión pública frustraría insalvablemente la finalidad para las partes del contrato de financiamiento. Según sus Cláusulas Relevantes, los recursos financieros estaban afectados a la ejecución del contrato de inversión pública y, en consecuencia, su extinción implicaba necesariamente la desaparición de la razón de ser de aquél y su utilidad para las partes. En otras palabras, la terminación anticipada del contrato de inversión pública implicaría la frustración del fin del contrato de financiamiento correspondiente, con las implicancias señaladas con anterioridad.³⁰⁴ A esto correspondería agregar que dicho instituto no sólo está reconocido sino que es originario del derecho inglés.³⁰⁵ Sin embargo, las Cláusulas de Limitación de los contratos de financiamiento que regulaban los supuestos y consecuencias de la terminación anticipada de los de inversión pública como un incumplimiento eran un mecanismo convencional de liquidación tales relaciones que sustituía la solución prevista en las normas supletorias del derecho aplicable a tales casos.

Si se lo considera en abstracto, el instituto de la frustración del fin del contrato no aplicaría al contrato de inversión pública en el caso de la terminación anticipada del de financiamiento porque las prestaciones de aquél igualmente continuarían siendo útiles

³⁰³ En este sentido, vale la aclaración de que el presupuesto de ADIFSE se integra a partir de transferencias del Tesoro Nacional, con lo cual sus gastos son, en realidad, soportados por el Estado Nacional.

³⁰⁴ Cfr. acápites 4.2.1 y 4.2.7.1. Por otra parte, si a estos contratos aplicase el derecho público argentino, la terminación anticipada del contrato de inversión pública también afectaría sustancialmente la existencia del elemento causa (art. 7, inc. b, ley 19.549) y correspondería la terminación del contrato de financiamiento.

³⁰⁵ La doctrina es conteste en señalar tal origen en los denominados *casos de la Coronación* (en especial, *Krell vs. Henry*) (GARAVENTA y MANIN, 2012; GREGORINI CLUSELLAS, 2015; LEIVA FERNÁNDEZ, 2015).

para las partes.³⁰⁶ Sin embargo, dado que la finalidad del contrato de inversión pública no podía escindirse de la finalidad económica trascendente de la operación a la que aquél integraba, el instituto en cuestión podría ser aplicable según el derecho que correspondiera al caso.

7.4.5. Derecho aplicable a los Contratos Relevantes

Previo a introducir el detalle del derecho aplicable a los Contratos Relevantes, se plantea nuevamente que podría considerarse que la aplicabilidad de derecho extranjero a éstos era un obstáculo sustancial para el análisis planteado. No obstante, y en línea con los acápites antecedentes, el factor que conferiría tal importancia a las normas supletorias es la ausencia de previsiones expresas inspiradas en la conexidad de los Contratos Relevantes. Esto es precisamente lo que las partes acordaron evitar con la inclusión de las Cláusulas de Limitación en los contratos de financiamiento (que negaban los efectos potencialmente beneficiosos para el Estado Nacional y afirmaban los convenientes para las entidades financieras). De esta manera, el acuerdo de términos completos y expresos basados en la conexidad reduce la relevancia de cuál es el derecho aplicable.

Apuntada esta consideración, en el siguiente cuadro se indica el derecho aplicable a cada uno de los contratos considerados:

Denominación del contrato	Contratista o financista	Acto administrativo	Derecho aplicable
Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd.	Decreto N° 91 del 15.01.2008	INGLATERRA
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qingdao Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.	Decreto N° 119 del 22.01.2010	
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.		
	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.		

³⁰⁶ Si bien no fueron considerados en la construcción del marco teórico, se plantea la posibilidad de que pudieran aplicar los institutos de (a) la excesiva onerosidad sobreviniente (que, en nuestro derecho, no implica liminalmente la terminación del contrato sino la procedencia de su adecuación), o (b) la imposibilidad de cumplimiento, como consecuencia de que los contratos de inversión pública prevén expresamente que los pagos a los contratistas se harán mediante desembolsos del financista.

Convenio de Préstamo de Crédito Comprador	Export - Import Bank of China (EXIMBANK)	Decreto N° 119 del 22.01.2010	
Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works	Decreto N° 91 del 15.01.2008	INGLATERRA
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd.	Decreto N° 119 del 22.01.2010	
	China South Locomotive & Rolling Stock Corp., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd.		
Convenio de Préstamo de Crédito Comprador	Export - Import Bank of China (EXIMBANK)	Decreto N° 119 del 22.01.2010	
1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Decreto N° 118 del 22.01.2010	HONG KONG
Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo	China CITIC Bank Corp., China Construction Bank Corp.	Decreto N° 118 del 22.01.2010	INGLATERRA
2º Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Decreto N° 118 del 22.01.2010	HONG KONG
3º Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA	China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC)	Decreto N° 1607 del 12.10.2011	HONG KONG
Convenio de Crédito	China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd.	Decreto N° 1607 del 12.10.2011	INGLATERRA
Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica	China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group	Decreto N° 2154 del 30.12.2010	ARGENTINA
		Decisión Administrativa N° 279 del 21.04.2014	
Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo	China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd.	Decreto N° 2154 del 30.12.2010	INGLATERRA
Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas	China Machinery Engineering Corp.	Decreto N° 1090 del 17.07.2014	ARGENTINA
		Decreto N° 868 del 16.07.2016	
		Decreto N° 987 del 30.11.2017	
Convenio de Crédito Comprador	China Development Bank Corp., Industrial and Commercial Bank of China Ltd.	Decreto N° 1071 del 10.07.2014	INGLATERRA
Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos	CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd.	Decisión Administrativa N° 604 del 17.04.2018	ARGENTINA

para la Línea Ferrocarril General Roca			
Contrato de Línea de Crédito	China Development Bank	Decreto N° 144 del 22.02.2019	INGLATERRA

En resumen, los contratos de financiamiento han sido sometidos al derecho de Inglaterra mientras que los contratos de inversión pública, al derecho argentino en tres casos, al derecho de Hong Kong en tres casos, y al derecho inglés en otros dos.

7.4.5.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería y el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías

Sin perjuicio de lo señalado en los acápites siguientes, es importante señalar que a los contratos de inversión pública aplicó la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería y el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías* (en adelante, la “Convención de Viena”), firmados en Viena el 11 de abril de 1980. Argentina es parte de la convención a partir de su aprobación por la ley 22.765 (por lo cual, es un tratado con jerarquía superior a las leyes de conformidad con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional); y la República Popular China también. Sin embargo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Hong Kong (que tiene un *status* especial a pesar de integrar a la República Popular China) no han adherido a la Convención de Viena; y esta cuestión tendría que ser considerada al momento de considerar la interpretación de los contratos de inversión pública sometidas a tales ordenamientos jurídicos.

De este tratado, a los efectos del presente análisis se destacan las reglas de que (a) “las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención” (art. 8.1), y (b) “[p]ara determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes” (art. 8.3). Estos términos son relevantes en miras a la ponderación de las implicancias de las consideraciones y cláusulas de los Contratos Relevantes que refieren a la relación de los

contratos entre sí, conforme se ha señalado en acápites anteriores.

7.4.5.2. Contratos Relevantes de inversión pública regidos por el derecho argentino.

Ahora bien, dada las particularidades de los Contratos Relevantes de inversión pública, de los sujetos involucrados y de los procedimientos sustanciados, su mera sujeción expresa al derecho argentino no sería lo suficiente indicativa para determinar cuáles son las normas aplicables. De hecho, los tres contratos sometidos a nuestro derecho constituirían casos diferentes en atención a las particularidades que se señalarán seguidamente. La relevancia de esta cuestión reside en que la eventual vigencia de las normas de Derecho Privado sobre los contratos de inversión pública implicaría la posibilidad de aplicarles directamente la doctrina de la conexidad contractual; y, por el contrario, si les rigiera el Derecho Público, la necesidad de eventualmente justificar tal aplicabilidad.

Liminalmente, se recuerda que el RCAN establece que los contratos que se celebren con estados extranjeros están excluidos de su ámbito de aplicación como regla, salvo que esto “se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual” (art. 5º, inc. c). En este sentido, se ha considerado la extensibilidad del carácter estatal a las contratistas, de conformidad con la doctrina de la PTN en la materia, la constatación de su control por el estado de la República Popular China³⁰⁷ y, en los casos pertinentes, la consideración conferida por la APN al sustanciar su contratación en excepción del RCAN, sin perjuicio de reconocer la existencia de elementos normativos que permitirían sostener un entendimiento contrario.³⁰⁸

7.4.5.2.1. Contratos Relevantes de inversión pública a los que aplicaba el derecho público argentino

En primer lugar, se advierte que el Contrato de suministro de locomotoras, coches, repuestos y herramientas (equipos contratados), documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica celebrado entre el Estado Nacional y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, aprobado por el decreto n° 2154/10, con su adenda aprobada por la decisión administrativa n° 279/14, se contrató sin que se hubiera

³⁰⁷ Cfr. acápite 7.2.1.2.

³⁰⁸ Arg. Arts. 33 y 34 del CCivN y art. 149 del CCyC.

sustanciado un procedimiento en el marco del RCAN.³⁰⁹ No obstante, en este contrato de inversión pública se estableció la aplicabilidad de las normas de derecho público argentino;³¹⁰ y, en consecuencia, cabría interpretar su sometimiento en los términos del mencionado artículo 5° inciso c del RCAN por la voluntad común expresa de las partes.

En segundo lugar, el Contrato para la adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca celebrado entre el Estado Nacional y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., adjudicado por la decisión administrativa n° 604/18 también se sujetó al derecho público argentino,³¹¹ ya que el procedimiento de contratación se sustanció de conformidad con el RCAN y el Reglamento del RCAN. En estos términos, nuevamente, la contratista se sometió voluntariamente a este régimen, sin perjuicio del *condicionamiento* del régimen como consecuencia de la obligación asumida por el Estado Nacional en el contrato de financiamiento de no “ejercer los privilegios legales para cambiar unilateralmente los términos del Contrato Comercial” sin el consentimiento previo del financista.³¹²

Ahora bien, como se apuntara anteriormente y según la doctrina administrativista hegemónica,³¹³ los contratos administrativos se estructuran bajo un régimen de exorbitancia de Derecho Público que confiere prerrogativas a la APN y garantías al contratista con fundamento en la prevalencia de los intereses públicos comprometidos sobre los de privados. A nivel nacional, este subsistema jurídico de derecho público contractual tiene por norma legal fundamental al RCAN, que integra los contratos a los cuales aplica (art. 7°) y establece que la APN está facultada a “interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas” (art. 12, inc. a), “aumentar o disminuir [...] el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos” hasta en un 20% (inc. b), resolver la “[l]a revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia” sin generación de “derecho a indemnización en

³⁰⁹ Del decreto n° 2154/10 no surge que se haya sustanciado procedimiento de contratación alguno en el marco de la RCAN cuando hubiera correspondido que así se hiciera en el caso de que aquél se hubiera tramitado de esa manera, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (art. 7°, inc. e).

³¹⁰ Cfr. acápite 9.2.6.1.4.

³¹¹ Cfr. acápite 9.2.8.1.5.

³¹² Cfr. acápite 9.2.8.2.6.

³¹³ Cfr. acápite 4.2.6.

concepto de lucro cesante” (id.), “imponer penalidades [...] a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones” (inc. d), entre otras.

En este contexto, se plantea si la vigencia del Derecho Público sobre los contratos de inversión pública podría obstar a que existan relaciones de conexidad de éstos con sus respectivos contratos de financiamiento, en especial cuando sus Cláusulas de Limitación restringían la naturaleza de la conexidad posible a su dimensión económico-funcional, en exclusión de la dimensión jurídica.³¹⁴ En este sentido, no se advierte norma alguna de Derecho Público que obste a la aplicabilidad del instituto en cuestión del Derecho Privado, máxime cuando el propio régimen jurídico de los contratos de la APN establece su integración por la aplicación analógica de las normas de Derecho Privado,³¹⁵ al menos expresamente en el caso de los contratos para la provisión de bienes o servicios regidos por Reglamento del RCAN.³¹⁶ Esta misma posición es coherente con lo afirmado en el marco teórico.³¹⁷

Sin embargo, hay dos hechos relevantes que afectan las consideraciones relativas a esta la aplicabilidad del instituto de la conexidad contractual: (a) el primero de los contratos se regía supletoriamente por el anterior CCivN —que no receptaba al instituto en cuestión—,³¹⁸ y contenía una cláusula que implicaba su independencia del contrato de financiamiento respectivo;³¹⁹ y (b) el segundo contrato se regía por el CCyCN —que sí prevé la conexidad contractual—, y no carecía de un término que implicase la limitación de sus efectos.

En consecuencia, los efectos naturales de la conexidad contractual (es decir, de su dimensión jurídica ante la ausencia de previsión contractual) eran aplicables solamente al segundo de los contratos de inversión pública en cuestión, entre otras razones, porque (a) fue celebrado con sujeción de sus efectos a la condición suspensiva de la celebración del de financiamiento;³²⁰ (b) una vez entrado en vigencia, distintos términos estaban sujetos

³¹⁴ Cfr. acápites 7.4.2.2 y 7.4.2.4.

³¹⁵ El contenido de estas normas es abordado en el acápite 7.4.3.2.2.

³¹⁶ En el RCAN aprobado por el decreto reglamentario n° 893/12, artículo 5°; y, en el aprobado por el decreto reglamentario n° 1030/16, artículo 1°. El régimen antecedente no contenía una norma expresa al respecto, pero la integración analógica de casos administrativos no previstos con normas de derecho privado era admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

³¹⁷ Cfr. acápites 4.2.3 y 4.2.7.3.

³¹⁸ Esta ausencia de recepción en el CCivN fue implícitamente acusada por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Litoral (1999), que en sus consideraciones *de lege lata* sólo refirió a la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y *de lege ferenda* al proyecto de modificación del CCivN de entonces.

³¹⁹ Cfr. acápite 9.2.6.1.5.

³²⁰ Cfr. acápites 9.2.6.1.2 y 9.2.8.1.1.

a hechos o actos relativos al contrato de financiamiento³²¹ y, en especial, obligaciones principales del Estado Nacional en su marco estaban definidas de una manera tal que su cumplimiento requería no solo vigencia de estos contratos de financiamiento sino también la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones de los financistas;³²² y (d) a pesar de tener por partes a sujetos sofisticados, no contenía términos análogos a las Cláusulas de Limitación.

Si bien la utilidad del instituto de conexidad contractual en el marco de los contratos regidos por el Derecho Público se reduce sustancialmente como consecuencia de las prerrogativas atribuidas al Estado Nacional por el régimen exorbitante (y, en especial, el RCAN), aquélla igualmente existe para los casos de incumplimientos graves en el marco de los contratos de financiamiento que obstasen objetivamente a su posibilidad de realizar prestaciones obligadas ante el contratista.

7.4.5.2.2. Contrato Relevante de inversión pública al que aplicaba el derecho privado argentino

Por su parte, el Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas entre el Estado Nacional y CMEC, aprobado por el decreto n° 1090/14, con sus adendas aprobadas por los decretos nros. 868/16 y 987/17, también fue sometido al Derecho argentino³²³ pero sin especificarse si a las normas de Derecho Público o a las de Derecho Privado. En consecuencia, corresponde en primer lugar determinar cuál era el régimen jurídico aplicable.

Al respecto, el RCAN establece la regla de que “[t]oda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado” (art. 1°). Entonces, dado que (a) la contratación no se sustanció en el marco del RCAN porque la empresa era un sujeto estatal extranjero, (b) no se incluyó un pacto expreso de sometimiento del contrato de inversión pública al RCAN conforme su artículo 5, inciso c), y (c) tampoco se incluyeron términos que expresa o implícitamente sometieran al contratista a cláusulas exorbitantes, se considera que el contrato en cuestión estaba regido por nuestras normas de derecho privado.

³²¹ Cfr. acápites 9.2.6.1.3 y 9.2.8.1.2.

³²² Cfr. acápites 9.2.6.1.3 y 9.2.8.1.3.

³²³ Cfr. acápite 9.2.7.1.1.5.

En atención a la fecha de aprobación del contrato de inversión pública en cuestión, el subsistema jurídico de Derecho Privado aplicable tenía por norma principal al entonces CCivN. En consecuencia, el instituto de la conexidad contractual (en su dimensión jurídica) no era aplicable por no estar previsto entonces en nuestro derecho, en línea con la regla del efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1197)³²⁴ y la negación de que terceros los invoquen (art. 1199),³²⁵ sin perjuicio de su deber de “celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión” (art. 1198).³²⁶ En estos términos, la falta de recepción legal de la conexidad contractual implicaba un obstáculo para su aplicación al contrato de inversión pública en cuestión.

Por el contrario, si el contrato se hubiera perfeccionado y entrado en vigencia con posterioridad, hubiera aplicado el CCyCN y la cuestión hubiera sido más clara. En éste se afirma la existencia de conexidad “cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido” (art. 1073), y se establece que “deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido” (art. 1074). Las consecuencias jurídicas de la conexidad serían el derecho de oponer excepciones de incumplimiento total o parcial “aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato”, y de requerir la terminación anticipada de un contrato cuando la extinción de otro conexo produjera la frustración de la finalidad económica común (art. 1074).³²⁷

³²⁴ El CCivN establecía que “[l]os contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195), “[l]as convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197), y “[l]os contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos” (art. 1199).

³²⁵ Cfr. acápites 4.2.2 y 4.2.7.2.

³²⁶ Como derivación de este principio de buena fe contractual, este artículo del CCivN preveía al instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente al establecer que “si la prestación a cargo de una de las partes [en un contrato bilateral conmutativo] se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato” (art. 1198.), lo que significaba que la pérdida de causa de una prestación como consecuencia de su inequivalencia con su contraprestación “por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” en el marco de contratos bilaterales conmutativos facultaba a aquella parte a requerir la terminación anticipada del contrato. Estos términos podrían haber sido útiles para suplir la ausencia del instituto de la conexidad contractual porque el contrato de inversión pública era bilateral conmutativo, y los supuestos en los cuales la conexidad contractual hubiera sido relevante habrían implicado la inequivalencia de las prestaciones como consecuencia de la frustración total o parcial de la finalidad económica común. Sin embargo, la ponderación de tales supuestos (p.ej., incumplimiento total o parcial del financista que condujera al impago del precio de los bienes suministrados por el contratista) como un acontecimiento extraordinario e imprevisible sería discutible.

³²⁷ Estos términos se complementarían con la prescripción de que (a) “[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente

De todas maneras, los términos del contrato de inversión pública en cuestión preveían los supuestos de frustración de la operación por contingencias relevantes del contrato de financiamiento e, incluso, del de seguro de crédito a la exportación, aunque sin el desequilibrio implicado por las Cláusulas de Limitación.

8. Conclusiones

El objetivo principal de este estudio ha sido analizar la posibilidad de fortalecer la posición negocial del Estado Nacional a partir de la consideración y eventual aplicación del instituto de la conexidad contractual, originario del Derecho Privado. A tal efecto, se ha considerado el marco jurídico-institucional bilateral entre la República Argentina y la República Popular China, la relación de las empresas y entidades financieras contratantes del Estado Nacional con el Estado chino, y los términos de los contratos de inversión pública ferroviaria y de financiamiento vinculados que celebró el Estado Nacional con empresas y entidades financieras de la RPC entre 2006 y 2019. Sobre la base de este desarrollo se ha arribado a las siguientes conclusiones.

8.1. Control de las empresas contratistas y entidades financieras que contrataron con el Estado Nacional por el Estado de la República Popular China

En primer lugar, las empresas contratistas y las entidades financieras contratantes estaban bajo el control indirecto común del Estado de la República Popular China. Este control no sólo se evidenciaba de las relaciones societarias relevadas sino también de los términos de los contratos de inversión pública (y acreditado por la documentación anexa a los actos de su aprobación, y de los propios acuerdos bilaterales).³²⁸

8.2. Coordinación entre las empresas contratistas y las entidades financieras

se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor” (art. 961, CCyCN); (b) “[l]a causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato” (art. 1013); (c) “[e]l contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley” (art. 1021), dado que la conexidad contractual sería un caso previsto por ley que exceptuaría de la regla de efecto relativo de los contratos (es decir, limitado a las partes) para su extensión a terceros que son partes de contratos conexos; (d) “[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe” (art. 1061); y (d) “[l]a interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto” (art. 1067).

³²⁸ En este sentido, por el *Convenio Comercial* del 02.02.1977 —aprobado por la ley 21.758 y vigente desde el 30.05.1978— se acordó que “el intercambio de las mercancías entre los dos países será efectuado por los organismos estatales de la República Argentina [...] y las Corporaciones Estatales de Comercio de la República Popular China” (art. IV).

En segundo lugar, si bien los elementos relevados no constituyen *plena prueba* de la existencia de relaciones de coordinación entre las empresas contratistas y las entidades financieras, las regularidades sustanciales en los términos de los contratos de inversión pública y de financiamiento conducen razonablemente por aplicación del principio de parsimonia a la inducción de que tal coordinación entre los sujetos chinos existía. Estas regularidades se verificaron tanto en los contratos de inversión pública cuanto en los de financiamiento, a pesar de que las empresas contratistas y las entidades financieras contratantes variaban; y, asimismo, por la inclusión de cláusulas que condicionaban la efectividad de contratos al otorgamiento de conformidades por el Estado de la República Popular China o que preveían como eventos de incumplimiento la intención de este Estado de cortar lazos diplomáticos con la República Argentina o el ejercicio de actos de expropiación de bienes del Estado chino o sus entidades por nuestro país.

Por otra parte, esta coordinación es coherente con (a) su control (indirecto) común por el Estado de la República Popular China, (b) su actuación en el marco de instrumentos jurídico-institucionales bilaterales en los que se comprometían gestiones para la concesión de un tratamiento financiero favorable a la República Argentina,³²⁹ se

³²⁹ En este sentido, por el *Convenio Comercial* (02.02.1977) se acordó que (a) las partes “se concederán recíprocamente toda clase de facilidades, dentro de los límites de las leyes y disposiciones vigentes en cada uno de ambos países, para la importación y exportación de las mercancías producidas respectivamente por cada una de las Partes, así como para el intercambio tecnológico” (art. I). Asimismo, por el *Convenio de cooperación económica* (07.06.1980) se comprometieron “a estimular la cooperación económica estable y adecuada entre las corporaciones, empresas u organizaciones de ambos países y hacer esfuerzos para asegurar, sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo, el equilibrio de los intereses recíprocos, impulsando el armonioso desarrollo de las relaciones económico-comerciales entre los dos países, otorgándose recíprocamente a tales efecto las más amplias facilidades” (art. I). Entre las áreas de cooperación estaba expresamente comprendida la ferroviaria, de maquinarias y liviana en general, de servicios de consultoría y de ingeniería (art. II), y se comprendía la “contratación de servicios y de construcción de obras [...] y de programación de suministro de productos” (art. III, inc. E)], y “[a]cuerdos interbancarios, dentro de los límites permitidos por las respectivas disponibilidades [...] los proyectos y/o contratos de cooperación previstos en el presente Convenio” (art. III, inc. F)]. Posteriormente, por el *Memorandum de entendimiento sobre la cooperación en actividades ferroviarias* (16.11.2004) con el Ministerio de Comercio de la RPC se acordó “[a]poyar y promover la participación de las empresas chinas y argentinas en el mejoramiento del sistema ferroviario argentino mediante el diseño de obra, el suministro de equipos y material rodante, la construcción, rehabilitación y operación de este [sic]” (art. I) y “[a]lentar a los departamentos pertinentes de sus respectivos países y sus instituciones financieras para promover las necesarias facilidades financieras para la ejecución de los proyectos” (art. II); y por el *Memorandum de entendimiento sobre cooperación en materia de comercio e inversiones* (17.11.2004), ambas partes manifestaron su voluntad de cooperar activamente en el sector de “infraestructura, incluido el transporte de pasajeros”, a cuyo fin “el Gobierno de la R. P. China estimulará a las instituciones financieras chinas a otorgar apoyo crediticio y facilidades de financiamiento a las empresas de ese origen con proyectos de factibilidad aprobada para su ejecución en la República Argentina” (art. 3). Asimismo, por el *Memorandum de entendimiento para expandir y diversificar su relación en materia de comercio e inversiones* (13.07.2010) acordaron el “fomento de una mayor cooperación en materia financiera mediante líneas de crédito a mediano y largo plazo que contribuyan a facilitar la concreción de proyectos de cooperación sobre la base del beneficio mutuo” (art. 3); y por el *Acuerdo de cooperación para la construcción de infraestructura en materia de comunicaciones* (13.07.2010) se preveía desarrollar e implementar proyectos de infraestructura en materia de comunicaciones, y la provisión y/o adquisición de maquinaria, equipos y suministros necesarios para la construcción y mantenimiento de la infraestructura y para comunicaciones

priorizaban materias y proyectos de cooperación económica y se habilitaba para su contratación directa por la APN;³³⁰ y (c) el hecho de que las empresas contratistas y las entidades financieras tenían relaciones comerciales preexistentes y subyacentes naturales como consecuencia de su actividad comercial normal.³³¹

La relevancia del hecho de que las empresas contratistas y entidades financieras actuasen como sujetos coordinados —y, en consecuencia, no como sujetos independientes según términos *normales* del mercado— es que hubiera justificado que el Estado Nacional negociase con aquéllos conjunta o simultáneamente como si se tratase de un bloque —con lo cual las contingencias de los contratos de inversión pública y de financiamiento no debían ser considerados como hechos o riesgos (al menos, enteramente) exógenos entre las partes chinas—.

8.3. Relaciones de conexidad material o económica entre los Contratos Relevantes

En tercer lugar, existieron relaciones de conexidad material (es decir, en una dimensión económico-funcional) entre los Contratos Relevantados, ya que los efectos y prestaciones previstos en aquéllos estaban coordinados. En este sentido, los contratos de inversión pública se contrataban bajo la condición de que se celebrasen los contratos de financiamiento respectivos; y, a su vez, los financistas contrataban bajo la condición de que estuvieran vigentes las coberturas de los contratos de seguro de crédito a la exportación, y los términos que consentían de los contratos de inversión pública. Esta decisión de contratar condicionadamente afectaba la distribución de los beneficios y riesgos de cada contratación porque aseguraba a (a) los contratistas de los contratos de inversión públicos, la existencia de recursos financieros para el pago de sus prestaciones; (b) el Estado Nacional, recursos financieros en términos más convenientes que los normales del mercado financiero internacional para su crédito público al efecto de la satisfacción de los interés públicos involucrados en los contratos de inversión pública; (c) las entidades financieras, la consecución efectiva de sus finalidades y/u objetivos de promover el desarrollo del comercio exterior y económico de la República Popular China y sus empresas en línea con su política de *Going Global*, forzando el mantenimiento de

(art. 2). Asimismo, las partes acordaron en éste que “la prioridad de cooperación actual es promover y facilitar que las empresas y entidades financieras de ambos países cooperen en proyectos relacionados con la infraestructura ferroviaria, provisión de material rodante, servicios de operación o logística o infraestructura”, habiéndose enumerado los proyectos comprendidos por el acuerdo en su anexo adjunto (art. 9). Este acuerdo tenía un plazo de vigencia de cinco años renovables automáticamente (art. 12), y su anexo contenía varios proyectos que efectivamente fueron ejecutados.

³³⁰ Cfr. acápites 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4 y 7.1.5.

³³¹ Cfr. acápites 7.2.1.2 y 7.2.2.2.

los términos originales de vigencia de los contratos de inversión pública según su conformidad, bajo la cobertura sustancialmente integral de los riesgos inherentes a los contratos por el seguro de crédito a la exportación; y (d) a SINOSURE, la consecución efectiva de sus finalidades y/u objetivos de promover el desarrollo del comercio exterior y económico de las empresas de la República Popular China al condicionar la vigencia de su cobertura al cumplimiento del porcentaje de componente original chino en las prestaciones de los contratos de inversión pública.

Estas relaciones de conexidad material se reflejaban en los contratos de inversión pública por (a) cláusulas que condicionaban suspensivamente su perfeccionamiento y/o la entrada en vigencia a que se celebre (o entre en vigencia) el contrato de financiamiento; (b) cláusulas que condicionaban suspensivamente su entrada en vigencia a la celebración de los contratos de seguro de crédito a la exportación respectivos con SINOSURE; (c) cláusulas que establecían que algunos pagos estuvieran sujetos a plazos contados a partir de la celebración (o entrada en vigencia) del contrato de financiamiento; (d) cláusulas que establecían que los pagos habrían de realizarse con fondos prestados según el convenio de financiamiento; (e) cláusulas que establecían la integración de los acuerdos correspondientes a los contratos de inversión pública entre el Estado Nacional y los contratistas con los contratos de financiamiento entre aquél y una tercera parte; y (f) cláusulas que implicaban su rescisión automática en el caso de que el contrato de financiamiento respectivo deviniere nulo o fuera rescindido.

Asimismo, estas relaciones se evidenciaban en los contratos de financiamiento por (a) cláusulas de afectación expresa de los recursos financieros prestados al pago de obligaciones del contrato de inversión pública; (b) cláusulas que requerían la conformidad del contrato de inversión pública por los financistas; (c) cláusulas que implicaban la calificación del acto de ceder, enmendar, incumplir, rescindir, resolver, revocar o suspender el contrato de inversión pública (formal o materialmente) sin la conformidad previa del financista; (d) cláusulas que implicaban el desembolso directo de los recursos derivados del contrato de financiamiento al financista sin que pasen por el Estado Nacional; (e) cláusulas que requerían el ajuste de los desembolsos a los cronogramas de prestaciones del contrato de inversión pública; (f) cláusulas que establecían la obligación de solicitar la utilización de los fondos prestados con la acreditación de las constancias correspondientes a su efectiva afectación a la ejecución del contrato de inversión pública y/o con la conformidad del contratista del contrato de inversión pública; (g) cláusulas que calificaban a la modificación, suspensión, rescisión, cesión, o incumplimiento como

causales de incumplimiento e implican el derecho del financista de acelerar los plazos del contrato de financiamiento; (h) cláusulas que consideraban expresamente al contrato de inversión pública en cuestión, y se estipulaban que su objeto era el financiamiento de hasta el 85% del precio de los conceptos elegibles del contrato de inversión pública; (i) cláusulas que sujetaban la utilización de los créditos del financiamiento a la conformidad del contratista chino (es decir, un tercero en relación con el contrato de financiamiento), sin la cual no el financista no realizaría el desembolso; (j) cláusulas que definían el objeto y finalidad del contrato de financiamiento estaban definidos en relación con el contrato de inversión pública, dado que los fondos a ser prestados tenían una afectación específica al pago del precio de éste, y aquél estaba precisamente determinado en las definiciones; (k) cláusulas que establecían que los desembolsos se realizaban directamente en una cuenta de los contratistas; (l) cláusulas que establecían que el porcentaje máximo de financiamiento del precio del contrato de inversión pública era el 85%; (m) cláusulas que obligaban al Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública en el contrato de financiamiento, incluyéndose la prohibición de modificación, cesión, resolución, rescisión, incumplimiento o modificación unilateral del contrato en ejercicio de prerrogativas estatales sin el consentimiento de los financistas; y (n) cláusulas tendientes a evitar que contingencias en el cumplimiento o vigencia del contrato de inversión pública pueda obstar al cumplimiento del contrato de financiamiento, que el cumplimiento de los términos de éste puedan controvertirse con las obligaciones del Estado Nacional según el otro contrato y a negar la generación de derechos a favor del contratista salvo manifestación expresa en contrario.

8.4. Relaciones de conexidad jurídica entre los Contratos Relevantes

A pesar de la existencia de relaciones de conexidad en una dimensión económico-funcional entre los Contratos Relevantes, sus implicancias jurídicas fueron sustancialmente limitadas por las Cláusulas de Limitación en perjuicio del Estado Nacional, que era la parte común de tales contratos. La inclusión de estas cláusulas es indicativa del interés de las empresas y entidades financieras chinas en la cuestión — pues, de otro modo, no se hubieran limitado los efectos jurídicos de la conexidad en exclusivo perjuicio del Estado Nacional— y de su desconsideración o bajo interés por éste.

Si bien excede al objeto del presente trabajo la recepción de la conexidad

contractual por el derecho extranjero aplicable a los Contratos Relevantes, es posible afirmar que la inclusión de cláusulas negatorias de (parte de los) efectos jurídicos de tal conexidad no son argumentos indicativos de que el instituto sea desconocido en aquéllos sino más bien de lo contrario. En cualquier caso, la exclusión del Estado Nacional del posible aprovechamiento de las consecuencias jurídicas de la conexidad contractual implica su exposición a riesgos perjudiciales en beneficio de sus contrapartes.

Los supuestos de riesgo en cuestión son contrarios a los principios establecidos por la ley 24.156 y el RCAN (inaplicable en forma directa a la mayoría de los casos) *in abstracto*³³² y consisten en situaciones justificantes de la aplicación de un régimen exorbitante para los contratos administrativos. La inaplicabilidad de este régimen exorbitante no debería obstar al deber del Estado Nacional de extremar los recaudos de tutelar adecuadamente los intereses públicos comprometidos por las técnicas e institutos disponibles del derecho aplicable a la relación jurídica en cuestión.

Por todo ello, se concluye que la consideración del instituto de la conexidad contractual en la negociación de operaciones análogas a los Contratos Relevantes se justifica en la existencia de relaciones de conexidad económico-funcionales entre éstos, y que la inclusión de cláusulas contractuales razonables sobre la base de dicho instituto fortalecería la posición negocial del Estado Nacional en aquéllas, que es la tesis del presente trabajo.

8.5. Epílogo

El objetivo de este trabajo ha sido demostrar la utilidad del instituto de la conexidad contractual para que el Estado Nacional justifique y defienda posiciones contractuales en la negociación de operaciones análogas a las consideradas. Si bien ocasionalmente se abordó la cuestión de la aplicabilidad del instituto según el derecho aplicable, este aspecto ha sido planteado como un elemento objetivo (y no normativo) al efecto de la construcción de la justificación de su utilidad y razonabilidad jurídica.

Asimismo, se ha apuntado la importancia de que el Estado Nacional extreme los recaudos para suplir el régimen de exorbitancia de Derecho Público del que se sustrae en las contrataciones donde se somete a derecho extranjero, renunciando de inmunidad, prórrogas de jurisdicción a tribunales arbitrales u oficiales extranjeros o, simplemente, a nuestro Derecho Privado. Esta exhortación se inspira en la idea de que el régimen de

³³² Ver nota al pie **¡Error! Marcador no definido..**

exorbitancia suele funcionar como una salvaguarda de los intereses públicos contra las deficiencias de la APN en la celebración y ejecución de sus contratos. Así, la ausencia de dicho régimen por el acuerdo de los términos señalados constituiría una subversión esencial de la lógica y práctica que normalmente aplica la APN, que debe readecuar sus estrategias y técnicas para tutelar igualmente los intereses públicos comprometidos con suficiencia. Desde aquí se afirma que la manera de hacerlo es el acuerdo de contratos completos, es decir, donde los derechos y obligaciones están claramente estipulados, los supuestos tienen bien imputadas sus consecuencias jurídicas, los comportamientos ambiguos no pueden ser aprovechados por las partes y, en general, los términos son claros y precisos. Un estándar inferior sólo puede implicar la exposición del Estado Nacional a inseguridad jurídica, en especial cuando aplicasen normas de un derecho foráneo o las controversias hubieran sido sometidas a tribunales extraños a nuestra cultura jurídica.

Ahora bien, cualquier contratación requiere el acuerdo de sus partes sobre términos comúnmente aceptables, a los cuales generalmente se arriba como resultado de la negociación de concesiones recíprocas (cuando no es administrativa). Por esta razón se ha planteado al instituto de la conexidad como un *medio técnico* para la tutela de intereses públicos y no como un mandato deóntico de justicia. No es concebible pretender que el Estado Nacional persiga contratos para su exclusiva conveniencia en abuso de sus contrapartes (que, por cierto, en tales casos tendrían incentivos para incumplirlos o requerir su ajuste), de la misma manera que la conexidad contractual tampoco es el único medio para la consecución de la tutela suficiente de los intereses públicos involucrados.

En agravamiento de lo señalado en el párrafo anterior, se advierte que las empresas y entidades financieras de la República Popular China son sofisticadas en el conocimiento de sus mejores intereses en este tipo de operaciones. Esto les permite defender cuidadosamente su posición sobre los términos relativos a la dimensión jurídica de la conexidad entre los contratos. Las Cláusulas Relevantes expuestas en el desarrollo son prueba clara y suficiente de esta conciencia negocial. Por esta razón, es importante no sólo la táctica de negociación que el Estado Nacional aplica a cada operación sino la estrategia que despliega a lo largo de su relación comercial con el Estado de la República Popular China y sus entidades. En este sentido, se destaca el valor fundamental de la afirmación, defensa y mantenimiento de los criterios técnico-jurídicos que se incorporan en los contratos en beneficio del Estado Nacional porque sirven como antecedentes, es decir, datos objetivos para su justificación (y defensa) en operaciones ulteriores.

Para cerrar, esta visión estratégica de las negociaciones del Estado Nacional es un mandato legal para sí y sus agentes. A éstos, nuestro sistema jurídico les exige que velen en sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general,³³³ y que actúen con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, con aptitud técnica, legal y moral, y con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes.³³⁴ Ojalá sirva este trabajo para facilitar tamaña misión.

³³³ Cfr. art. 2º, inc. c, Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188.

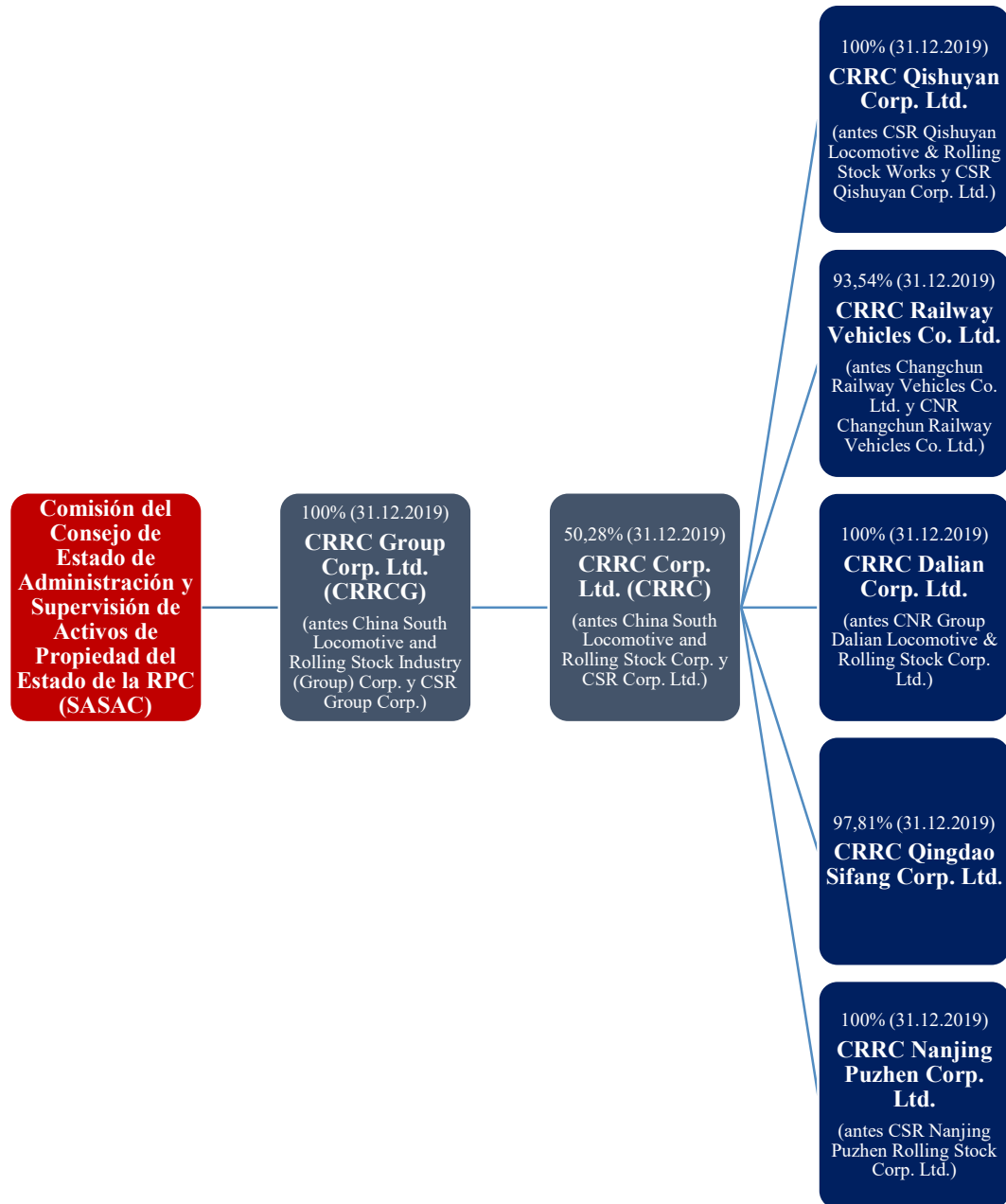
³³⁴ Cfr. arts. 9 y 12 del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el decreto n° 41 del 27 de enero de 1999.

9. Anexos

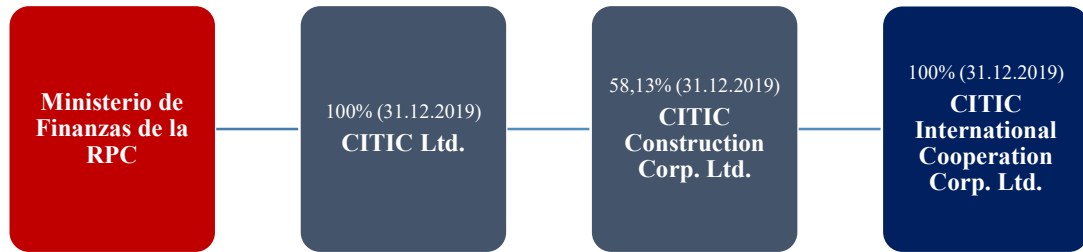
9.1. Organización de los grupos societarios de las contratistas y su relación con el Estado del RPC

9.1.1. Organización de los grupos societarios de las contratistas y su relación con el Estado del RPC

9.1.1.1. Grupo CRRC



9.1.1.2. Grupo CITIC



9.1.1.3. Grupo China Railway Signal & Communication (Group) Corporation



9.1.1.4. Grupo SINOMACH



9.2. Cláusulas Relevantes

En el presente acápite se precisan los lineamientos resumidos anteriormente para el análisis concreto de la posible existencia de relaciones de conexidad entre los Contratos Relevantados.

9.2.1. Contrato de suministro de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la

entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas³³⁵ nros. 1, 2, 3 y 4, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10

9.2.1.1. Texto original del contrato, celebrado *ad referendum* el 25.08.2006

Entre los considerandos del contrato se afirmaba que “es política del ESTADO ARGENTINO reconstruir el sistema ferroviario, fortaleciendo y mejorando los sectores actualmente en explotación, incluyendo la reactivación de distintos ramales ferroviarios de pasajeros de media y larga distancia, con el objeto de contribuir al desarrollo de este modo de transporte y a la generación de puestos de trabajo con la consiguiente reinserción al proceso productivo de los habitantes de las zonas de influencia de los distintos corredores ferroviarios”. En este sentido, su objeto era la adquisición de 160 coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica para su puesta en servicio, funcionamiento y mantenimiento (cláusula 3.1).

Este contrato contenía distintas que manifestarían o implicarían la existencia de una operación supra-contractual, es decir, una operación trascendente a los contratos de inversión pública y de financiamiento considerados en este acápite y que, asimismo, era el resultado de su integración (*rectius*: conexidad).

9.2.1.1.1. Calificación de la entidad financiera china como banco del contratista

En primer lugar, entre los términos del contrato se definía que el “INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA, banco comercial de la República Popular

³³⁵ Si bien esta es la denominación atribuida en el decreto, en realidad los actos en cuestión en general implicaron *enmiendas* del contrato. Por esta razón ocasionalmente se refiere a estos acuerdos como enmiendas.

China, que actuará en calidad de banco negociador de la Carta de Crédito y como prestamista” era el “Banco del VENDEDOR” (cláusula 1.1.6).

9.2.1.1.2. Perfeccionamiento y entrada en vigencia condicionados

En segundo lugar, se estableció que “[e]l presente CONTRATO es Ad Referendum de los Acuerdos de Financiación entre el BANCO NACIÓN de la República Argentina y el ICBM [sic] (Industrial and Commercial Bank of China), y entre SINOSURE (CHINA EXPORT CREDIT AND INSURANCE CORPORATION) y la SECRETARÍA DE HACIENDA dependiente del MINISTERIO DE ECONOMÍA, tomado plena vigencia el CONTRATO a partir de la suscripción de los mencionados acuerdos, que se incorporan al presente como ANEXO” (cláusula 6.1). En este mismo sentido, posteriormente se reiteró que “[e]l presente Contrato entrará en vigencia a partir de la fecha de firma y comenzará a regir a partir del perfeccionamiento del Contrato de Financiación entre el BANCO DE LA NACIÓN [sic] de la República Argentina y el INDUSTRIAL & COMMERCIALBANK [sic] OF CHINA (ICBC) y entre SINOSURE y el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, el cual se incorporará como el ANEXO "Contrato de Financiamiento para el Crédito de Exportación Chino” (cláusula 37.1).

9.2.1.1.3. Anticipo financiero y porcentaje financiado

En cuanto a la forma de pago, en el contrato se estableció que “[s]e deberá pagar por adelantado un 15% (quince por ciento) del Precio Total del Contrato [...]. Dicho monto será abonado dentro de un plazo máximo de 15 (quince) días a partir de la fecha de entrada en vigencia del “Acuerdo de Financiación”” (cláusula 6.3); y que “[e]l pago del 85% (ochenta y cinco por ciento) del Precio Total del Contrato se realizará mediante un Crédito a la Exportación en los términos y condiciones a ser descriptos en el acuerdo de financiación de créditos a la exportación en China” (cláusula 6.4).

9.2.1.1.4. Derecho aplicable y resolución de controversias.

El contrato de inversión pública fue sujeto al derecho inglés (artículo 24); y en cuanto a la resolución de controversias, las controversias derivadas o relacionadas fueron sometidas a un procedimiento arbitral en Londres, Inglaterra (cláusula 25.1).

9.2.1.1.5. Cláusula de Limitación.

En el contrato de inversión pública se establecía que, “[s]alvo que en el presente se estipule lo contrario, los derechos, obligaciones y responsabilidades de ambas Partes, según lo dispuesto en el presente, tendrán carácter exclusivo y taxativo” (cláusula 19.4).

9.2.1.1.6. Resolución del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En el caso de rescisión por incumplimiento del contratista, el contrato de inversión pública establecía que:

- “[l]a responsabilidad total del VENDEDOR, incluido todo reclamo de naturaleza contractual o extracontractual (incluyendo, negligencia o violación de los derechos de patente) que pudiera surgir con motivo del cumplimiento o incumplimiento de todo acuerdo celebrado en virtud del presente, o que guarde relación con aquél [...] no excederá del precio asignado a los Equipos Contratados o al servicio que diera lugar a tal reclamo” (cláusula 19.1).
- “ninguna de las partes será responsable ante la otra por el lucro cesante y/o pérdida de ingresos, así como por el daño eventual, incidental, indirecto o punitivo, incluyendo, a título enunciativo, los daños ocasionados por [...] extinción de obligaciones contractuales” (cláusula 19.2).
- “[l]a responsabilidad total del VENDEDOR en virtud del presente en ningún caso excederá el 5% (cinco por ciento) del Precio Total del Contrato” (cláusula 19.3).
- “[e]n el caso de resolución del Contrato por incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR procederá, tan pronto como fuera posible, a determinar las sumas adeudadas al VENDEDOR a la fecha de dicha resolución y a pagar el saldo correspondiente” (cláusula 26.3.1).
- “[e]n el supuesto de extinción del Contrato, ya sea como consecuencia del incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR deberá adquirir los Equipos Contratados que estuvieran terminados y disponibles para su envío, en las condiciones y los precios estipulados en el Contrato, mientras que con respecto al resto de los equipos, el COMPRADOR podrá optar por exigir: // (1) la terminación y entrega de parte de los equipos en las condiciones y los precios establecidos en el Contrato; o // (2) la cancelación del resto de los

equipos y el pago al VENDEDOR de la suma que las partes acuerden oportunamente por los Equipos Contratados que estuvieren parcialmente terminados y por los materiales y repuestos suministrados por el VENDEDOR” (cláusula 26.3.3).

- “[e]n caso de resolución del Contrato de conformidad con lo dispuesto en el presente ARTÍCULO-26, la ejecución del Contrato no se verá afectada, excepto en lo concerniente a las obligaciones que se hubieran extinguido como consecuencia de la resolución” (cláusula 26.4).
- “[l]as partes del presente contrato no responderán por ningún reclamo efectuado por terceras partes como consecuencia de la extinción del Contrato” (cláusula 26.6).

9.2.1.1.7. Integralidad del contrato.

Finalmente, en el contrato se estableció que “[e]l presente Contrato constituye el acuerdo total de las partes respecto del objeto del Contrato” (cláusula. 27-1); mientras que en dos de sus cláusulas se preveía que el contrato de financiamiento “formaría parte integral del Contrato” (cláusula 2.1 y 37.1)

9.2.1.2. Adenda n° 1 al contrato, celebrada *ad referendum* el 11.05.2007³³⁶

A partir de la redefinición de la faz financiera de la operación, el contrato en cuestión fue modificado en términos que implican la reafirmación de los antes referidos. En este sentido, por la enmienda en cuestión se estableció que:

- “[e]l presente Contrato se firma *ad referendum* del Contrato de Financiamiento a celebrarse entre el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA y el grupo bancario acordado por el Industrial and Commercial Bank of China (ICBC). El presente Contrato entrará en vigencia una vez celebrado el mencionado contrato, que, luego de firmado, se considerará parte integrante de este contrato” (cláusula 6.1).³³⁷

³³⁶ Dado que el anexo en castellano publicado en el Boletín Oficial no está completo, este acápite está construido a partir de la traducción de la versión en inglés de la enmienda.

³³⁷ En todos los casos de adendas o enmiendas que impliquen la modificación de términos de un contrato original o antecedente, se ha aplicado el criterio de referir a la cláusula modificada (integrante del contrato

- “se considera válido desde la fecha en que ambas partes lo suscriben, y entrará en vigencia una vez firmado el Contrato de Financiamiento entre el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA y el grupo bancario acordado por el INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (ICBC), el cual se incorporará como el ANEXO "Contrato de Financiamiento para el Crédito de Exportación Chino"” (cláusula 37.1).

Asimismo, se definía al ICBC como el “El Banco del Vendedor” y “Corredor Principal en virtud del Contrato de Financiamiento” (cláusula 1.1.6); y se establecía que:

- “[e]l Comprador le abonará al Vendedor el 15% (quince por ciento) del Precio Total del Contrato vía transferencia telegráfica, como Adelanto, en un plazo máximo de 15 (quince) días a partir de la fecha en la que entre en vigencia el "Contrato de Financiamiento"” (cláusula 6.2).
- “[e]l 85% (ochenta y cinco por ciento) del Precio Total del Contrato se abonará con un Crédito de Exportación en los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Financiamiento para el crédito de exportación chino y será abonado por los Prestamistas (según se definen en el Contrato de Financiamiento) directamente al Vendedor en US\$ (dólares norteamericanos)” (cláusula 6.3).

9.2.1.3. Adendas nros. 2, 3 y 4 al contrato, celebradas *ad referendum* el 02.09.2009, 24.09.2009 y 10.12.2009, respectivamente

Dado que las adendas nros. 2 y 4 no contienen Cláusulas Relevantes, se las consideras conjuntamente con la adenda n° 3, donde se establece que:

- el EXIMBANK “se desempeñará como banco prestamista en virtud del Convenio de Financiamiento”, definiéndoselo como el nuevo “Banco del Vendedor” (cláusula 1.1.6).
- “[e]ste Contrato se firma ad referendum del Convenio de Financiamiento a ser celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la

adendado o enmendado) en lugar de la cláusula modificante (según la numeración *interna* de la adenda o enmienda). Este criterio se funda en (a) el carácter principal del contrato original o antecedente y accesorio de la adenda o enmienda; y (b) que facilita la consideración de la continuidad de los términos contractuales referidos en el desarrollo.

República Argentina y The Export-Import Bank of China (Eximbank China). Este Contrato será ejecutable al completarse el convenio citado anteriormente que, una vez suscripto, será parte de este Contrato como ANEXO 16 del presente” (cláusula 6.1).

- “[e]ste CONTRATO se considera válido desde la fecha de su firma por ambas partes y será ejecutado al completarse el Convenio de Financiamiento celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina y The Export-Import Bank of China (Eximbank China), que se incorpora como el ANEXO” (cláusula 37.1).

9.2.1.4. Convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el EXIMBANK, aprobado por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

Hasta aquí se ha considerado el contrato de inversión pública, del cual se consideraron las Cláusulas Relevantes que manifestaban o sugerían la existencia de una relación entre éste y el contrato de financiamiento. En este acápite se realiza el mismo procedimiento en relación con este último contrato.

9.2.1.4.1. Términos definidos.

En primer lugar, en el contrato de financiamiento se definió como el “Contrato” al “(i) el MOU (Memorando de Entendimiento celebrado el 24 de febrero de 2006, (ii) el Memorando de la primera reunión de enlace de diseño celebrada el 6 de noviembre de 2006, (iii) el contrato celebrado el 25 de agosto de 2006 [...] y sus modificaciones del 11 de mayo de 2007, el 2 de septiembre de 2009, el 24 de septiembre de 2009 y 10 de diciembre de 2009 respecto de la provisión de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentos técnicos, servicio técnico y capacitación técnica por parte del Proveedor Chino al Importador Extranjero” (cláusula 1.1); y al mismo contrato de financiamiento como la “Facilidad” (*id.*), aunque ocasionalmente también se refería a aquél como el “Convenio”. Asimismo, en la misma cláusula se definió al “Proyecto” como “la provisión de coches de pasajeros, repuestos, herramientas, documentos técnicos, servicio técnico y capacitación técnica por parte del Proveedor Chino al Importador Extranjero según se describe en el Contrato” (*id.*).

9.2.1.4.2. Objeto del préstamo.

Ahora bien, el objeto del contrato de financiamiento se determinó a partir del establecimiento de que “[t]odos los fondos de la Facilidad serán aplicados por el Prestatario al sólo objeto del pago del ochenta y cinco por ciento (85%) del Monto del Contrato” (cláusula 2.2). Este porcentaje se reiteró cuando se establecía que, “[n]o obstante cualquier disposición del presente en contrario, la facilidad en ningún momento superará el ochenta y cinco por ciento (85%) del Monto del Contrato” (cláusula 3.3).

9.2.1.4.3. Entrada en vigencia

En cuanto a los efectos jurídicos del contrato de financiamiento, se estableció que “[e]ste Convenio entrará en vigencia al cumplirse las siguientes condiciones: (1) La Facilidad haya sido aprobada por el Gobierno Chino” (artículo 16).

9.2.1.4.4. Solicitud de aprobación del contrato de inversión pública

Por el contrato de financiamiento se estableció que “[e]l Prestatario obtendrá la aprobación del Prestamista respecto del Contrato de acuerdo con los siguientes procedimientos: // (a) Dentro de los treinta (30) días luego de la formalización de este Convenio, el Prestatario presentará al Prestamista la Solicitud para la Aprobación del Contrato [...] junto con una copia autorizada del Contrato; // (b) Cuando el Prestamista reciba la Solicitud y su revisión del Contrato resuelva satisfactoria, el Prestamista enviará al Prestatario el Aviso de Aprobación del Contrato” (cláusula 3.1).

9.2.1.4.5. Contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE como condición previa para la exigibilidad de los compromisos del financista.

En el contrato de financiamiento se estableció como condición suspensiva previa para su entrada en vigencia a la celebración de un contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE en los siguientes términos: “[e]l Prestamista no tendrá ninguna obligación en virtud del presente y no se efectuará ningún Desembolso a menos que y hasta que el Prestamista haya notificado al Prestatario que recibió todos los documentos que se detallan a continuación, cada uno en forma y sustancia satisfactoria para el Prestamista en todos sus aspectos: [...] // (4) una póliza de seguro debidamente emitida por la Compañía de Seguros a favor de y aceptable para el Prestamista en vigencia y un aviso por escrito otorgado por la Compañía de Seguros al Prestamista, indicando que las obligaciones de seguro de la Compañía de Seguros en virtud de la Póliza de seguros se han vuelto ejecutables” (cláusula 4.1). Al respecto, por “Compañía de Seguros” se

significaba a SINOSURE, y por “Contrato de Seguro” al “contrato de seguro a ser celebrado por el Proveedor Chino y la Compañía de Seguros” (cláusula 1.1).

Al efecto de reforzar este compromiso, el Estado Nacional se comprometió que, durante la vigencia del contrato de financiamiento y en tanto cualquier suma fuera pagadera, y salvo conformidad escrita previa del financista, “[e]l Contrato de Seguro se celebra debidamente y la prima de seguro es pagada por el Prestatario de acuerdo con el Contrato de Seguro. El Prestatario le entregará al Prestamista al serle solicitado la prueba del pago de la prima del seguro” (cláusula 12.1(g)).

9.2.1.4.6. Solicitudes de utilización.

En cuanto a las solicitudes de utilización, en el contrato de financiamiento se estableció que los desembolsos del financista se realizarían en la cuenta del contratista, según los siguientes términos:

- “[e]l Prestatario emitirá un Aviso de Desembolso irrevocable vía courier al Prestamista y designará en dicho Aviso del Desembolso la cuenta en la cual el Desembolso debe ser realizado, que será la cuenta del Exportador” (cláusula 5.2.1).
- “el Prestamista destinará a su debido tiempo el monto especificado en la Cuenta del Exportador” (cláusula 5.2.2).
- “[i]nmediatamente al destinarse el Desembolso a la Cuenta del Exportador, se considerará que el Prestamista ha completado su obligación de Desembolso en virtud de este Convenio. Dicho Desembolso se convertirá en la deuda pagadera por el Prestatario en virtud de este Convenio” (cláusula 5.2.3).

Asimismo, en el modelo de Aviso de Desembolso se establecía que el beneficiario de éstos sería CSR Nanjin Puzhen Rolling Stock Co. Ltd.

9.2.1.4.7. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a tasa de interés aplicable al Préstamo o a la parte pertinente del mismo para cada Período de Interés será una tasa variable anual determinada por el Prestamista que será la suma de LIBOR para dicho período durante seis (6) meses más el Margen. // [...] // Margen significa 280 puntos básicos anuales” (cláusula 6.3).

9.2.1.4.8. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública

Por otra parte, el contrato de financiamiento asimismo estableció obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública, salvo convención escrita previa del EXIMBANK. En este sentido, se convino que el Estado Nacional garantizaba y se comprometía a que:

- “[e]l Contrato no será rescindido ni cancelado sin el previo consentimiento escrito del Prestamista” (cláusula 3.2(a)).
- “el Contrato no sufrirá ningún cambio, modificación o complemento importante” (cláusula 3.2(b)).
- “cualquier enmienda al Contrato estará sujeta a la aprobación por parte del Prestamista mediante la presentación de una solicitud para su aprobación” (cláusula 3.2(c)).
- “[n]o celebrará ni convendrá ninguna modificación importante al Contrato” (cláusula 12.2(c)).
- “[n]o cancelará ni de otro modo rescindirá ni acordará ninguna rescisión del Contrato o cualesquier otros documentos relacionados” (cláusula 12.2[d]).

Asimismo, se previó al supuesto de que Estado Nacional “no cumple, observa o respeta debida y puntualmente cualquiera de sus obligaciones en virtud de este Convenio” como un caso de incumplimiento (cláusula 14.1[b]); y se estableció que “[a]l producirse un Caso de Incumplimiento y en cualquier momento o momentos posteriores (a menos que se haya renunciado o solucionado dicho Caso de Incumplimiento a satisfacción del prestamista), el prestamista podrá mediante aviso por escrito al Prestatario adoptar alguna de las acciones que se detallan a continuación o ambas (pero sin perjuicio de cualesquier otros derechos y recursos a su disposición): // (a) declarar el capital de e intereses devengados sobre el Préstamo y toda otra suma pagadera en virtud del presente inmediatamente exigible y pagaderos sin demanda, aviso u otra formalidad legal de cualquier tipo adicional, lo cual se producirá de inmediato” (cláusula 14.2).

9.2.1.4.9. Independencia de los documentos financieros.

Al respecto, el Estado Nacional declaró y garantizó que “[l]a formalización, otorgamiento y cumplimiento de este Convenio por parte del Prestatario no contraviene ni contravendrá, viola ni violará ni constituye ni constituirá un incumplimiento en virtud de (a) ninguna disposición de ningún convenio u otro instrumento de los cuales el Prestatario es parte o por los cuales el Prestatario o cualquiera de sus bienes esté o pueda estar obligado” (cláusula 11.1(e)). Asimismo, se previó que “[n]inguna demanda o conflicto que surja en virtud de o en relación con cualquier otro contrato o convenio relacionado con el Proyecto tendrá ningún efecto sobre las obligaciones del Prestatario en virtud de este Convenio” (cláusula 17.2).

9.2.1.4.10. Derecho aplicable.

El contrato de financiamiento se sujetó al derecho inglés (cláusulas 11.1(k) y 15.1).

9.2.1.4.11. Resolución de controversias.

Las controversias derivadas o relacionadas con el contrato de financiamiento fueron sometidas a un procedimiento arbitral con sede en Hong Kong, República Popular China, con carácter definitivo y vinculante para las partes (cláusula 15.3).

9.2.1.4.12. Renuncia de inmunidad

Finalmente, se estableció que “[l]a formalización y otorgamiento de este Convenio por parte del Prestatario constituye y el cumplimiento [*sic*] y observancia por parte del Prestatario de sus obligaciones en virtud de este Convenio constituirán actos privados y comerciales realizados y cumplidos con fines comerciales en virtud de las leyes de la República Argentina. Ni el Prestatario ni ninguno de sus bienes tiene derecho a ninguna inmunidad o privilegio (soberanía o de otro modo) de juicio, ejecución o cualquier otro proceso legal respecto de sus obligaciones en virtud de este Convenio, según corresponda, en ninguna jurisdicción, excepto por la inembargabilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina o ciertos bienes del dominio público pertenecientes a la República Argentina no sujetos en la actualidad a ningún embargo según lo declarado específicamente por las leyes de la República Argentina” (cláusula 11.1(j)); y el Estado Nacional manifestó que “irrevocablemente e incondicionalmente renuncia a cualquier inmunidad que el mismo o sus bienes puedan tener en cualquier momento o a la que pueda tener derecho, caracterizada como inmunidad soberana o de otro modo, de cualquier juicio, sentencia, notificación de proceso sobre su persona o cualquier agente, ejecución de sentencia, compensación, embargo preventivo, embargo ejecutivo a el cual él o sus

bienes puedan tener derecho en cualquier acción o procedimiento legal respecto de este Convenio o cualquiera de las operaciones contempladas en el presente o en virtud del presente, salvo a los fines de la inembargabilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina o ciertos bienes del dominio público pertenecientes a la República Argentina que actualmente no se encuentran sujetos a embargo según lo declarado específicamente por las leyes de la República Argentina” (cláusula 15.5).

Respecto de estas cláusulas, el Estado Nacional manifestó que “[l]a renuncia a inmunidad [...], y] los sometimientos irrevocables [...] al arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong [...] son legales, válidos, vinculantes y ejecutables y cualquier laudo obtenido en arbitraje constituirá, al ser presentado, prueba para la ejecución en cualesquier actuaciones contra el Prestatario y sus bienes en la República Argentina” (cláusula 11.1(k)).

9.2.2. Contrato de suministro de locomotoras, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica entre la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works, ratificado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008 con sus adendas³³⁸ nros. 1, 2 y 3, ratificadas por los decretos nros. 91 del 15 de enero de 2008 y 119 del 22 de enero de 2010; y convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Export-Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por el decreto n° 119/10.

9.2.2.1. Texto original del contrato, celebrado *ad referendum* el 25.08.2006

Entre los considerandos del contrato se afirmaba que “es política del ESTADO ARGENTINO reconstruir el sistema ferroviario, fortaleciendo y mejorando los sectores actualmente en explotación, incluyendo la reactivación de distintos ramales ferroviarios de pasajeros de media y larga distancia, con el objeto de contribuir al desarrollo de este modo de transporte y a la generación de puestos de trabajo con la consiguiente reinserción

³³⁸ Si bien esta es la denominación atribuida en el decreto, en realidad los actos en cuestión en general implicaron *enmiendas* del contrato. Por esta razón ocasionalmente se refiere a estos acuerdos como enmiendas.

al proceso productivo de los habitantes de las zonas de influencia de los distintos corredores ferroviarios”. En este sentido, su objeto era la adquisición de veinticuatro locomotoras, repuestos, herramientas, documentación técnica, servicios técnicos y capacitación técnica para su puesta en servicio, funcionamiento y mantenimiento (cláusula 3.1).

Este contrato contenía distintas que manifestarían o implicarían la existencia de una operación supra-contractual, es decir, una operación trascendente a los contratos de inversión pública y de financiamiento considerados en este acápite y que, asimismo, era el resultado de su integración (*rectius*: conexidad).

9.2.2.1.1. Calificación de la entidad financiera china como banco del contratista

En primer lugar, entre los términos del contrato se definía que el “INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA, banco comercial de la República Popular China, que actuará en calidad de banco negociador de la Carta de Crédito y como prestamista” era el “Banco del VENDEDOR” (cláusula 1.1.6).

9.2.2.1.2. Perfeccionamiento y entrada en vigencia condicionados

En segundo lugar, se estableció que “[e]l presente CONTRATO es Ad Referendum de los Acuerdos de Financiación entre el BANCO NACIÓN de la República Argentina y el ICBM [*sic*] (Industrial and Commercial Bank of China), y entre SINOSURE (CHINA EXPORT CREDIT AND INSURANCE CORPORATION) y la SECRETARÍA DE HACIENDA dependiente del MINISTERIO DE ECONOMÍA, tomado plena vigencia el CONTRATO a partir de la suscripción de los mencionados acuerdos, que se incorporan al presente como ANEXO” (cláusula 6.1). En este mismo sentido, posteriormente se reiteró que “[e]l presente Contrato entrará en vigencia a partir de la fecha de firma y comenzará a regir a partir del perfeccionamiento del Contrato de Financiación entre el BANCO DE LA NACIÓN [*sic*] de la República Argentina y el INDUSTRIAL & COMMERCIALBANK [*sic*] OF CHINA (ICBC) y entre SINOSURE y el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN, el cual se incorporará como el ANEXO “Contrato de Financiamiento para el Crédito de Exportación Chino” (cláusula 37.1).

9.2.2.1.3. Anticipo financiero y porcentaje financiado

En cuanto a la forma de pago, en el contrato se estableció que “[s]e deberá pagar

por adelantado un 15% (quince por ciento) del Precio Total del Contrato [...]. Dicho monto será abonado dentro de un plazo máximo de 15 días a partir de la fecha de entrada en vigencia del "Acuerdo de Financiación"...” (cláusula 6.3); y que “[e]l pago del 85% (ochenta y cinco por ciento) del Precio Total del Contrato se realizará mediante un Crédito a la Exportación en los términos y condiciones a ser descriptos en el acuerdo de financiación de créditos a la exportación en China” (cláusula 6.4).

9.2.2.1.4. Derecho aplicable y resolución de controversias.

El contrato de inversión pública fue sujeto al derecho inglés (artículo 24); y en cuanto a la resolución de controversias, las controversias derivadas o relacionadas fueron sometidas a un procedimiento arbitral en Londres, Inglaterra (cláusula 25.1).

9.2.2.1.5. Cláusula de Limitación.

En el contrato de inversión pública se establecía que, “[s]alvo que en el presente se estipule lo contrario, los derechos, obligaciones y responsabilidades de ambas Partes, según lo dispuesto en el presente, tendrán carácter exclusivo y taxativo” (cláusula 19.4).

9.2.2.1.6. Resolución del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En el caso de rescisión por incumplimiento del contratista, el contrato de inversión pública establecía que:

- “[l]a responsabilidad total del VENDEDOR, incluido todo reclamo de naturaleza contractual o extracontractual (incluyendo, negligencia o violación de los derechos de patente) que pudiera surgir con motivo del cumplimiento o incumplimiento de todo acuerdo celebrado en virtud del presente, o que guarde relación con aquél [...] no excederá del precio asignado a los Equipos Contratados o al servicio que diera lugar a tal reclamo” (cláusula 19.1).
- “ninguna de las partes será responsable ante la otra por el lucro cesante y/o pérdida de ingresos, así como por el daño eventual, incidental, indirecto o punitivo, incluyendo, a título enunciativo, los daños ocasionados por [...] extinción de obligaciones contractuales” (cláusula 19.2).

- “[l]a responsabilidad total del VENDEDOR en virtud del presente en ningún caso excederá el 5% (cinco por ciento) del Precio Total del Contrato” (cláusula 19.3).
- “[e]n el caso de resolución del Contrato por incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR procederá, tan pronto como fuera posible, a determinar las sumas adeudadas al VENDEDOR a la fecha de dicha resolución y a pagar el saldo correspondiente” (cláusula 26.3.1).
- “[e]n el supuesto de extinción del Contrato, ya sea como consecuencia del incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR deberá adquirir los Equipos Contratados que estuvieran terminados y disponibles para su envío, en las condiciones y los precios estipulados en el Contrato, mientras que con respecto al resto de los equipos, el COMPRADOR podrá optar por exigir: // (1) la terminación y entrega de parte de los equipos en las condiciones y los precios establecidos en el Contrato; o // (2) la cancelación del resto de los equipos y el pago al VENDEDOR de la suma que las partes acuerden oportunamente por los Equipos Contratados que estuvieran parcialmente terminados y por los materiales y repuestos suministrados por el VENDEDOR” (cláusula 26.3.3).
- “[e]n caso de resolución del Contrato de conformidad con lo dispuesto en el presente ARTÍCULO-26, la ejecución del Contrato no se verá afectada, excepto en lo concerniente a las obligaciones que se hubieran extinguido como consecuencia de la resolución” (cláusula 26.4).
- “[l]as partes del presente contrato no responderán por ningún reclamo efectuado por terceras partes como consecuencia de la extinción del Contrato” (cláusula 26.6).

9.2.2.1.7. Integralidad del contrato.

Finalmente, en el contrato se estableció que “[e]l presente Contrato constituye el acuerdo total de las partes respecto del objeto del Contrato” (cláusula. 27-1); mientras que en dos de sus cláusulas se preveía que el contrato de financiamiento “formaría parte integral del Contrato” (cláusula 2.1 y 37.1)

9.2.2.2. Adenda n° 1 al contrato, celebrada *ad referendum* el 11.05.2007³³⁹

A partir de la redefinición de la faz financiera de la operación, el contrato en cuestión fue modificado en términos que implican la reafirmación de los antes referidos. En este sentido, por la enmienda en cuestión se estableció que:

- “[e]l presente Contrato se firma *ad referendum* del Contrato de Financiamiento a celebrarse entre el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA y el grupo bancario acordado por el Industrial and Commercial Bank of China (ICBC). El presente Contrato entrará en vigencia una vez celebrado el mencionado contrato, que, luego de firmado, se considerará parte integrante de este contrato” (cláusula 6.1).³⁴⁰
- “se considera válido desde la fecha en que ambas partes lo suscriben, y entrará en vigencia una vez firmado el Contrato de Financiamiento entre el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA y el grupo bancario acordado por el INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (ICBC), el cual se incorporará como el ANEXO "Contrato de Financiamiento para el Crédito de Exportación Chino"” (cláusula 37.1).

Asimismo, se definía al ICBC como el “El Banco del Vendedor” y “Corredor Principal en virtud del Contrato de Financiamiento” (cláusula 1.1.6); y se establecía que:

- “[e]l Comprador le abonará al Vendedor el 15% (quince por ciento) del Precio Total del Contrato vía transferencia telegráfica, como Adelanto, en un plazo máximo de 15 (quince) días a partir de la fecha en la que entre en vigencia el "Contrato de Financiamiento"” (cláusula 6.2).
- “[e]l 85% (ochenta y cinco por ciento) del Precio Total del Contrato se abonará con un Crédito de Exportación en los términos y condiciones

³³⁹ Dado que el anexo en castellano publicado en el Boletín Oficial no está completo, este acápite está construido a partir de la traducción de la versión en inglés de la enmienda.

³⁴⁰ En todos los casos de adendas o enmiendas que impliquen la modificación de términos de un contrato original o antecedente, se ha aplicado el criterio de referir a la cláusula modificada (integrante del contrato adendado o enmendado) en lugar de la cláusula modificante (según la numeración *interna* de la adenda o enmienda). Este criterio se funda en (a) el carácter principal del contrato original o antecedente y accesorio de la adenda o enmienda; y (b) que facilita la consideración de la continuidad de los términos contractuales referidos en el desarrollo.

establecidos en el Contrato de Financiamiento para el crédito de exportación chino y será abonado por los Prestamistas (según se definen en el Contrato de Financiamiento) directamente al Vendedor en US\$ (dólares norteamericanos)” (cláusula 6.3).

9.2.2.3. Adendas nros. 2 y 3 al contrato, celebradas *ad referendum* el 24.09.2009 y el 10.12.2009, respectivamente

Dado que la adenda n° 3 no contiene Cláusulas Relevantes, la se considera conjuntamente con la adenda n° 2, donde se establece que:

- el EXIMBANK “se desempeñará como banco prestamista en virtud del Convenio de Financiamiento”, definiéndoselo como el nuevo “Banco del Vendedor” (cláusula 1.1.6).
- “[e]ste Contrato se firma ad referendum del Convenio de Financiamiento a ser celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina y The Export-Import Bank of China (Eximbank China). Este Contrato será ejecutable al completarse el convenio citado anteriormente que, una vez suscripto, será parte de este Contrato como ANEXO 16 del presente” (cláusula 6.1).
- “[e]ste CONTRATO se considera válido desde la fecha de su firma por ambas partes y será ejecutado al completarse el Convenio de Financiamiento celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina y The Export-Import Bank of China (Eximbank China), que se incorpora como el ANEXO” (cláusula 37.1).

9.2.2.4. Convenio de préstamo comprador entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el EXIMBANK, aprobado por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010

Hasta aquí se ha considerado el contrato de inversión pública, del cual se consideraron las Cláusulas Relevantes que manifestaban o sugerían la existencia de una relación entre éste y el contrato de financiamiento. En este acápite se realiza el mismo procedimiento en relación con este último contrato.

9.2.2.4.1. Términos definidos.

En primer lugar, en el contrato de financiamiento se definió como el “Contrato” al “(i) el MOU (Memorando de Entendimiento celebrado el 24 de febrero de 2006, (ii) el Memorando de la primera reunión de enlace de diseño celebrada el 27 de octubre de 2006, (iii) el contrato celebrado el 25 de agosto de 2006 [...] y sus modificaciones del 11 de mayo de 2007, el 24 de septiembre de 2009 y el 10 de diciembre de 2009 respecto de la provisión de locomotoras, repuestos, herramientas, documentos técnicos, servicio técnico y capacitación técnica por parte del Proveedor Chino al Importador Extranjero” (cláusula 1.1); y al mismo contrato de financiamiento como la “Facilidad” (*id.*), aunque ocasionalmente también se refería a aquél como el “Convenio”. Asimismo, en la misma cláusula se definió al “Proyecto” como “la provisión de locomotoras, repuestos, herramientas, documentos técnicos, servicio técnico y capacitación técnica por parte del Proveedor Chino al Importador Extranjero según se describe en el Contrato” (*id.*).

9.2.2.4.2. Objeto del préstamo.

Ahora bien, el objeto del contrato de financiamiento se determinó a partir del establecimiento de que “[t]odos los fondos de la Facilidad serán aplicados por el Prestatario al sólo objeto del pago del ochenta y cinco por ciento (85%) del Monto del Contrato” (cláusula 2.2). Este porcentaje se reiteró cuando se establecía que, “[n]o obstante cualquier disposición del presente en contrario, la facilidad en ningún momento superará el ochenta y cinco por ciento (85%) del Monto del Contrato” (cláusula 3.3).

9.2.2.4.3. Entrada en vigencia

En cuanto a los efectos jurídicos del contrato de financiamiento, se estableció que “[e]ste Convenio entrará en vigencia al cumplirse las siguientes condiciones: (1) La Facilidad haya sido aprobada por el Gobierno Chino” (artículo 16).

9.2.2.4.4. Solicitud de aprobación del contrato de inversión pública

Por el contrato de financiamiento se estableció que “[e]l Prestatario obtendrá la aprobación del Prestamista respecto del Contrato de acuerdo con los siguientes procedimientos: // (a) Dentro de los treinta (30) días luego de la formalización de este Convenio, el Prestatario presentará al Prestamista la Solicitud para la Aprobación del Contrato [...] junto con una copia autorizada del Contrato; // (b) Cuando el Prestamista reciba la Solicitud y su revisión del Contrato resulte satisfactoria, el Prestamista enviará al Prestatario el Aviso de Aprobación del Contrato” (cláusula 3.1).

9.2.2.4.5. Contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE como condición previa para la exigibilidad de los compromisos del financista.

En el contrato de financiamiento se estableció como condición suspensiva previa para su entrada en vigencia a la celebración de un contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE en los siguientes términos: “[e]l Prestamista no tendrá ninguna obligación en virtud del presente y no se efectuará ningún Desembolso a menos que y hasta que el Prestamista haya notificado al Prestatario que recibió todos los documentos que se detallan a continuación, cada uno en forma y sustancia satisfactoria para el Prestamista en todos sus aspectos: [...] // (4) una póliza de seguro debidamente emitida por la Compañía de Seguros a favor de y aceptable para el Prestamista en vigencia y un aviso por escrito otorgado por la Compañía de Seguros al Prestamista, indicando que las obligaciones de seguro de la Compañía de Seguros en virtud de la Póliza de seguros se han vuelto ejecutables” (cláusula 4.1). Al respecto, por “Compañía de Seguros” se significaba a SINOSURE, y por “Contrato de Seguro” al “contrato de seguro a ser celebrado por el Proveedor Chino y la Compañía de Seguros” (cláusula 1.1).

Al efecto de reforzar este compromiso, el Estado Nacional se comprometió que, durante la vigencia del contrato de financiamiento y en tanto cualquier suma fuera pagadera, y salvo conformidad escrita previa del financista, “[e]l Contrato de Seguro se celebra debidamente y la prima de seguro es pagada por el Prestatario de acuerdo con el Contrato de Seguro. El Prestatario le entregará al Prestamista al serle solicitado la prueba del pago de la prima del seguro” (cláusula 12.1(g)).

9.2.2.4.6. Solicitudes de utilización.

En cuanto a las solicitudes de utilización, en el contrato de financiamiento se estableció que los desembolsos del financista se realizarían en la cuenta del contratista, según los siguientes términos:

- “[e]l Prestatario emitirá un Aviso de Desembolso irrevocable vía courier al Prestamista y designará en dicho Aviso del Desembolso la cuenta en la cual el Desembolso debe ser realizado, que será la cuenta del Exportador” (cláusula 5.2.1).
- “el Prestamista destinará a su debido tiempo el monto especificado en la

Cuenta del Exportador” (cláusula 5.2.2).

- “[i]nmediatamente al destinarse el Desembolso a la Cuenta del Exportador, se considerará que el Prestamista ha completado su obligación de Desembolso en virtud de este Convenio. Dicho Desembolso se convertirá en la deuda pagadera por el Prestatario en virtud de este Convenio” (cláusula 5.2.3).

Asimismo, en el modelo de Aviso de Desembolso se establecía que el beneficiario de éstos sería CSR Qishuyan Locomotive Co., Ltd.

9.2.2.4.7. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a tasa de interés aplicable al Préstamo o a la parte pertinente del mismo para cada Período de Interés será una tasa variable anual determinada por el Prestamista que será la suma de LIBOR para dicho período durante seis (6) meses más el Margen. // [...] // Margen significa 280 puntos básicos anuales” (cláusula 6.3).

9.2.2.4.8. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública

Por otra parte, el contrato de financiamiento asimismo estableció obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública, salvo convención escrita previa del EXIMBANK. En este sentido, se convino que el Estado Nacional garantizaba y se comprometía a que:

- “[e]l Contrato no será rescindido ni cancelado sin el previo consentimiento escrito del Prestamista” (cláusula 3.2(a)).
- “el Contrato no sufrirá ningún cambio, modificación o complemento importante” (cláusula 3.2(b)).
- “cualquier enmienda al Contrato estará sujeta a la aprobación por parte del Prestamista mediante la presentación de una solicitud para su aprobación” (cláusula 3.2(c)).
- “[n]o celebrará ni convendrá ninguna modificación importante al Contrato” (cláusula 12.2(c)).

- “[n]o cancelará ni de otro modo rescindiré ni acordaré ninguna rescisión del Contrato o cualesquier otros documentos relacionados” (cláusula 12.2[d]).

Asimismo, se previó al supuesto de que Estado Nacional “no cumple, observa o respeta debida y puntualmente cualquiera de sus obligaciones en virtud de este Convenio” como un caso de incumplimiento (cláusula 14.1[b]); y se estableció que “[a]l producirse un Caso de Incumplimiento y en cualquier momento o momentos posteriores (a menos que se haya renunciado o solucionado dicho Caso de Incumplimiento a satisfacción del prestamista), el prestamista podrá mediante aviso por escrito al Prestatario adoptar alguna de las acciones que se detallan a continuación o ambas (pero sin perjuicio de cualesquier otros derechos y recursos a su disposición): // (a) declarar el capital de e intereses devengados sobre el Préstamo y toda otra suma pagadera en virtud del presente inmediatamente exigible y pagaderos sin demanda, aviso u otra formalidad legal de cualquier tipo adicional, lo cual se producirá de inmediato” (cláusula 14.2).

9.2.2.4.9. Independencia de los documentos financieros.

Al respecto, el Estado Nacional declaró y garantizó que “[l]a formalización, otorgamiento y cumplimiento de este Convenio por parte del Prestatario no contraviene ni contravendrá, viola ni violará ni constituye ni constituirá un incumplimiento en virtud de (a) ninguna disposición de ningún convenio u otro instrumento de los cuales el Prestatario es parte o por los cuales el Prestatario o cualquiera de sus bienes esté o pueda estar obligado” (cláusula 11.1(e)). Asimismo, se previó que “[n]inguna demanda o conflicto que surja en virtud de o en relación con cualquier otro contrato o convenio relacionado con el Proyecto tendrá ningún efecto sobre las obligaciones del Prestatario en virtud de este Convenio” (cláusula 17.2).

9.2.2.4.10. Derecho aplicable.

El contrato de financiamiento se sujetó al derecho inglés (cláusulas 11.1(k) y 15.1).

9.2.2.4.11. Resolución de controversias.

Las controversias derivadas o relacionadas con el contrato de financiamiento fueron sometidas a un procedimiento arbitral con sede en Hong Kong, República Popular China, con carácter definitivo y vinculante para las partes (cláusula 15.3).

9.2.2.4.12. Renuncia de inmunidad

Finalmente, se estableció que “[l]a formalización y otorgamiento de este Convenio por parte del Prestatario constituye y el cumplimiento [*sic*] y observancia por parte del Prestatario de sus obligaciones en virtud de este Convenio constituirán actos privados y comerciales realizados y cumplidos con fines comerciales en virtud de las leyes de la República Argentina. Ni el Prestatario ni ninguno de sus bienes tiene derecho a ninguna inmunidad o privilegio (soberanía o de otro modo) de juicio, ejecución o cualquier otro proceso legal respecto de sus obligaciones en virtud de este Convenio, según corresponda, en ninguna jurisdicción, excepto por la inembargabilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina o ciertos bienes del dominio público pertenecientes a la República Argentina no sujetos en la actualidad a ningún embargo según lo declarado específicamente por las leyes de la República Argentina” (cláusula 11.1(j)); y el Estado Nacional manifestó que “irrevocablemente e incondicionalmente renuncia a cualquier inmunidad que el mismo o sus bienes puedan tener en cualquier momento o a la que pueda tener derecho, caracterizada como inmunidad soberana o de otro modo, de cualquier juicio, sentencia, notificación de proceso sobre su persona o cualquier agente, ejecución de sentencia, compensación, embargo preventivo, embargo ejecutivo a el cual él o sus bienes puedan tener derecho en cualquier acción o procedimiento legal respecto de este Convenio o cualquiera de las operaciones contempladas en el presente o en virtud del presente, salvo a los fines de la inembargabilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina o ciertos bienes del dominio público pertenecientes a la República Argentina que actualmente no se encuentran sujetos a embargo según lo declarado específicamente por las leyes de la República Argentina” (cláusula 15.5).

Respecto de estas cláusulas, el Estado Nacional manifestó que “[l]a renuncia a inmunidad [...], y] los sometimientos irrevocables [...] al arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong [...] son legales, válidos, vinculantes y ejecutables y cualquier laudo obtenido en arbitraje constituirá, al ser presentado, prueba para la ejecución en cualesquier actuaciones contra el Prestatario y sus bienes en la República Argentina” (cláusula 11.1(k)).

9.2.3. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrados entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y CITIC International Cooperation Company

Limited (CITICICC), ratificados por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd. y China Construction Bank Corp. (CCB), y aprobado por el decreto n° 118/10.

9.2.3.1. Contrato para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

9.2.3.1.1. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008.

Tal como su denominación lo sugiere, las partes establecieron el marco jurídico para tres contratos *complementarios* de adquisición de material rodante por este contrato. Dado que los contratos de préstamo para el financiamiento de aquellos contratos de inversión pública fueron celebrados con partes diferentes y en relación con contratos *complementarios* específicos,³⁴¹ se los analiza como posibles integrantes de dos operaciones diferentes aunque compuestas con un elemento contractual común, que sería el contrato marco de la referencia. De este modo, se advierte nuevamente que este contrato contiene distintas Cláusulas Relevantes que manifestarían o implicarían la existencia de una operación supra-contratual.

9.2.3.1.1.1. Entrada en vigencia condicionada

³⁴¹ El convenio de facilidad de préstamo a plazo aprobado por el decreto n° 118/10 fue celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., CCB. en relación con el 1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y el convenio de crédito aprobado por el decreto n° 1607/11 fue celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd. en relación con el 2° Contrato Complementario y el 3° Contrato Complementario para el suministro de coches de pasajeros para la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, es importante señalar que el contrato de financiamiento correspondiente al 1° contrato complementario refería únicamente a éste como al “Contrato Comercial” y que “[p]ara evitar cualquier duda, ningún Contrato Complementario posterior (según se define en el Contrato Marco precedente) a ser celebrado entre el Comprador y el Vendedor en virtud del Contrato Marco precedente con posterioridad a la fecha de este Convenio se incluirá dentro de la definición de “Contrato Comercial” ni será tratado como una enmienda del “Contrato Comercial” a los fines de este Convenio” (cláusula 1.1).

En primer lugar, por el contrato marco se estableció que “[e]l presente “CONTRATO” se celebra condicionado a la suscripción de los Acuerdos de Financiación entre el PRESTATARIO y el PRESTAMISTA,³⁴² tomando plena vigencia el “CONTRATO” a partir de la suscripción de los mencionados acuerdos, que se incorporan como parte presente del “CONTRATO” [...]. // El PRESTAMISTA y el PRESTATARIO firmarán un ACUERDO MARCO DE FINANCIAMIENTO, de conformidad con las estipulaciones del presente “CONTRATO” comercial. Dicho CONTRATO DE FINANCIAMIENTO será implementado proporcionalmente en función de los “CONTRATOS COMPLEMENTARIOS” correspondientes a entregas parciales [...]. Cada “CONTRATO COMPLEMENTARIO” ha de ser firmado deberá estar acompañado [sic] con su correspondiente ACUERDO DE FINANCIAMIENTO el cual deberá ser adjuntado [...] al [...] respectivo “CONTRATO COMPLEMENTARIO” como anexo del mismo” (cláusula 6.1).

En este mismo sentido, se previó que “[e]l presente “CONTRATO” y sus “ETAPAS” tendrán vigencia a partir del perfeccionamiento de los respectivos Acuerdos de Financiación entre el Prestamista y el Prestatario, incluyendo la prórroga de jurisdicción (ARTÍCULO 25.1)” (cláusula 38.1); y, asimismo, que “[e]l “CONTRATO” entrará en vigencia cuando se verifique las siguientes condiciones: [...] (2) El perfeccionamiento del Contrato de Financiamiento entre el Prestamista y el Prestatario en relación al “CONTRATO” y los fondos del Contrato de Financiación estén disponible para el Prestatario [...]. // Las obligaciones y responsabilidades de cada una de las Partes, según el presente “CONTRATO” serán exigibles para cada PARTE a partir de la fecha de Entrada en Vigencia del “CONTRATO”, que se encuentra condicionada a la suscripción del acuerdo de financiamiento” (cláusula 38.3).

9.2.3.1.1.2. Anticipo financiero y porcentaje financiado

En segundo lugar, en el contrato marco se estableció que el Estado Nacional “deberá pagar QUINCE POR CIENTO (15%) del “PRECIO TOTAL DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO”, en concepto de ANTICIPO, dentro de los TREINTA (30) días posteriores al momento de la firma del respectivo ACUERDO DE FINANCIAMIENTO” (cláusula 6.2); y que “[e]l OCHENTA Y CINCO POR CIENTO restante del “PRECIO

³⁴² El término “PRESTATARIO” está definido en el contrato como “el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN de la REPÚBLICA ARGENTINA” (cláusula 1.1.9); y el “PRESTAMISTA son los bancos que actuarán como entidad que otorga el préstamo referido en el Contrato de Financiación” (cláusula 1.1.10).

TOTAL DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO", será pagado [...] con los fondos otorgados en el Acuerdo de Financiación” (cláusula 6.3).

9.2.3.1.1.3. Cláusula de Limitación.

En el contrato de inversión pública se establecía que, “[s]alvo que en el presente se estipule lo contrario, los derechos, obligaciones y responsabilidades de ambas Partes, según lo dispuesto en el presente, tendrán carácter exclusivo y taxativo” (cláusula 19.4).

9.2.3.1.1.4. Resolución del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En el caso de rescisión por incumplimiento del contratista, el contrato de inversión pública establecía que:

- “[l]a responsabilidad de la “PARTE B”, por cualquier reclamo de naturaleza contractual que pudiere surgir como consecuencia de la ejecución del presente “CONTRATO”, no excederá la responsabilidad total del “CONTRATO” establecida en el presente” (cláusula 19.1).
- “[l]a Parte B se responsabiliza, por cualquier reclamo de naturaleza contractual que pudiere surgir como consecuencia de la ejecución de cada uno de los “CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, no excediendo el CIENTO POR CIENTO (100%) del precio asignado [...] a los Equipos Contratados o al Servicio que diera lugar a tal reclamo, con el limitante del CINCO POR CIENTO (5%) del Precio Total del respectivo “CONTRATO COMPLEMENTARIO” (cláusula 19.3).
- “[e]n caso de resolución del “CONTRATO” por incumplimiento de la “PARTE B” [...], la “PARTE A” procederá, tan pronto como fuera posible, a pagar las sumas a la “PARTE B” las sumas adeudadas a la fecha de dicha resolución” (cláusula 27.3.1).
- “[e]n el supuesto de extinción del “CONTRATO”, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la “PARTE B” [...], la “PARTE A” deberá adquirir los Equipos Contratados que estuvieran terminados y disponibles para su envío, en los términos y condiciones estipulados en el “CONTRATO”, mientras que con respecto al resto de los equipos, la “PARTE A” podrá optar

por exigir: // (1) la terminación y entrega de parte de los equipos en las condiciones y los precios establecidos en el “CONTRATO”; o // (2) la cancelación del resto de los equipos y el pago a la “PARTE B” de la suma que las partes acuerden oportunamente por los Equipos Contratados que estuvieren parcialmente terminados y por los materiales y repuestos suministrados por la “PARTE B” (cláusula 27.3.4).

- “[e]n caso de resolución del “CONTRATO” de conformidad con lo dispuesto en el presente ARTÍCULO-27, la ejecución del “CONTRATO” no se verá afectada, excepto en lo concerniente a las obligaciones que se hubieran extinguido como consecuencia de la resolución” (cláusula 27.4).
- “[l]as Partes no responderán por ningún reclamo efectuado por terceras partes como consecuencia de la extinción del “CONTRATO” (cláusula 27.6).

9.2.3.1.1.5. Integralidad del contrato.

En el contrato marco se estableció que “[e]l presente “CONTRATO” constituye el acuerdo total de las partes respecto del “CONTRATO” (cláusula 28.1); mientras que en dos de sus cláusulas se previó que el contrato de financiamiento correspondiente formaría “parte integral del presente “CONTRATO” (cláusula 2.1), previsión que se reiteraba en la cláusula 6.1.

9.2.3.1.1.6. Derecho aplicable y resolución de controversias.

Finalmente, en el contrato marco se establece que la sujeción de los contratos de inversión pública al derecho de Hong Kong, República Popular China (cláusula 25.1); y el sometimiento de las controversias derivadas o relacionadas con aquél a un procedimiento arbitral con sede en Hong Kong, República Popular China (cláusula 25.2).

9.2.3.1.2. 1º Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

Por el contrato complementario se reiteraron las previsiones principales establecidas en los términos del contrato marco, sin perjuicio de lo cual se destacan los siguientes aspectos.

9.2.3.1.2.1. *Entrada en vigencia condicionada*

De esta manera, se establece en relación con el perfeccionamiento que “[e]l presente “1 CONTRATO COMPLEMENTARIO” se celebra condicionado a la suscripción de los respectivos Acuerdos de Financiación entre MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN [...] y entidades bancarias de la REPÚBLICA POPULAR CHINA, cuyo objeto será el financiamiento de la ETAPA DE CONTRATO correspondiente a la entrega del Equipo detallado en el ARTÍCULO 3. El presente 1° CONTRATO COMPLEMENTARIO tomará plena vigencia a partir de la suscripción de los mencionados acuerdos [...] y que una vez firmados incorporan como parte del presente “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO”” (cláusula 6.1); y en cuanto a su entrada en vigencia, que:

- “[e]l presente “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO” tendrá validez a partir de su firma y tendrá vigencia a partir del perfeccionamiento de los respectivos Acuerdos de Financiación entre el PRESTAMISTA y el PRESTATARIO” (cláusula 12.1).
- “[e]l presente “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO” entrará en vigencia cuando se verifiquen las siguientes condiciones: [...] (2) El perfeccionamiento del Contrato de Financiación entre el Prestamista y el Prestatario en relación al “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO” y los fondos del Contrato de Financiación estén disponibles para el Prestatario. // (3) La provisión por parte de SINOSURE de un seguro de crédito a la exportación para el mencionado Contrato de Financiamiento. // [...] // Las obligaciones y responsabilidades de cada una de las Partes según el presente “2° CONTRATO COMPLEMENTARIO” serán exigibles para cada PARTE a partir de la fecha de Entrada en Vigencia del “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO” (cláusula 12.2).

9.2.3.1.2.2. *Anticipo financiero y porcentaje financiado*

En igual sentido que en el contrato marco, en el contrato complementario se estableció que el Estado Nacional “deberá pagar QUINCE POR CIENTO (15%) del Precio Total del “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO” según lo establecido en el ARTÍCULO 5.3 del presente en concepto de anticipo, dentro de los TREINTA (30) días posteriores al momento de la firma del “Acuerdo de Financiamiento” (cláusula 6.2); y

que “[e]l OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%) restante del Precio Total del “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO”, será pagado por la PARTE A [Estado Nacional] a la PARTE B [CITICICC] con los fondos otorgados en el Contrato de Financiación” (cláusula 6.3).

9.2.3.1.2.3. Integralidad del contrato

En el contrato se estableció que el contrato de financiamiento correspondiente formaría “parte integral del presente “CONTRATO COMPLEMENTARIO”” (cláusula 2.1), previsión que se reiteraba en la cláusula 6.1.

9.2.3.1.2.4. Remisión general

Finalmente, en el contrato complementario se previó una remisión general al contrato marco en los siguientes términos: “[e]n lo que no estuviere previsto en el presente 1° CONTRATO COMPLEMENTARIO, la interpretación y efectos se realizará según lo dispuesto en el CONTRATO MARCO PARA LA ADQUISICIÓN DE DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE (279) COCHES DE PASAJEROS PARA LA RED DE SUBTERRÁNEOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES” (artículo 11).

9.2.3.2. Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp., y China Construction Bank Corp., y aprobado por el decreto n° 118/10

Hasta aquí se ha considerado el contrato de inversión pública, del cual se consideraron las Cláusulas Relevantes que manifestaban o sugerían la existencia de una relación entre éste y el contrato de financiamiento. En este acápite se procede igualmente en relación con este último contrato.

9.2.3.2.1. Términos definidos.

En primer lugar, en el contrato de financiamiento se refirió expresamente al *Contrato Comercial* (es decir, el acuerdo de inversión pública en cuestión), término que fue definido como “1er Contrato Complementario para la Provisión de 45 Coches de Pasajeros de Subte [...] para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado el 5 de noviembre de 2008 entre el Comprador y el Vendedor, que se

formaliza y lleva a cabo como la primera sección del Contrato Marco para la Provisión de 279 Coches de Pasajeros de Subte [...] para la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 5 de noviembre de 2008 [...]. Para evitar cualquier duda, ningún Contrato Complementario posterior (según se define en el Contrato Marco precedente) a ser celebrado entre el Comprador y el Vendedor en virtud del Contrato Marco precedente con posterioridad a la fecha de este Convenio se incluirá dentro de la definición de "Contrato Comercial" ni será tratado como una enmienda del "Contrato Comercial" a los fines de este Convenio” (cláusula 1.1).

9.2.3.2.2. Objeto del préstamo

Ahora bien, el objeto del contrato de financiamiento se determinó a partir del establecimiento de que “[e]l Prestatario aplicará cada Anticipo para cumplir con los pagos exigibles y pagaderos por parte del mismo y/o el Comprador al Vendedor periódicamente para la compra de equipamiento o servicios en virtud del Contrato Comercial, por una monto total no superior al 85 por ciento del precio de compra en virtud del Contrato Comercial” (cláusula 3(a)).

9.2.3.2.3. Contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE como condición suspensiva para las solicitudes de utilización

En el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a obligación de los Prestamistas de poner a disposición cualquier monto en virtud de la ‘Cláusula 2 (*La Facilidad*) se encuentra sujeta a las siguientes condiciones previas adicionales en cuanto a que: [...] // b) no hay aviso pendiente por parte de Sinasure solicitando a los Prestamistas la suspensión de la realización de los Anticipos; // c) cada Documento Justificativo Sinasure se encuentra en plena vigencia y efecto en relación con ese Anticipo y que el Seguro Sinasure se aplicará al Anticipo propuesto y a los intereses sobre el mismo durante el período en que el Anticipo se encuentre pendiente (y, para evitar dudas, se ha cumplido y se está cumpliendo con cualquier requerimiento de Sinasure en relación con el contenido local en virtud del Contrato Comercial)” (cláusula 4.2). Este concepto se repetía en el Anexo I (Documentos de las condiciones previas), donde se incluían la “[p]rueba de que el Seguro Sinasure se encuentra en pleno vigor y efecto (incluyendo prueba de que se han cumplido y se cumplirán cualesquier requisitos de Sinasure respecto del contenido local en virtud del Contrato Comercial)” (punto 5.(d)), y la “[p]rueba respecto de que Sinasure aprueba los términos del inciso (i) de la Cláusula 14.1

(*Declaraciones y Garantías*), de la Cláusula 33 (*Ley Vigente*) y de la Cláusula 34.6 (*Renuncia e Inmunidad*)” (punto 5(e)). Para fortalecer la cobertura del seguro, se previeron los siguientes términos:

- el pago anticipado obligatorio “(a) Si: // (i) Se modifica, cancela o revoca cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure sin el previo consentimiento por escrito de los Prestamistas; o si no es vinculante para, o ejecutable contra [...] Sinasure [...]; // (ii) existe un incumplimiento en virtud de cualquier Documento Justificativo Sinasure; o // (iii) (con sujeción al inciso (b) a continuación) se revoca, rescinde o suspende el Seguro Sinasure total o parcialmente; // [...] // (b) Si se produce cualquier situación contemplada en el inciso (a)(iii) precedente, los Prestamistas negociaran con Sinasure con miras a contar de nuevo con el Seguro Sinasure. (cláusula 7.2);
- el compromiso del Estado Nacional de que “suministrará información relevante y tomará las acciones pertinentes a pedido de los Prestamistas (actuando razonablemente) para cumplir con los términos del Contrato de Seguro Sinasure y mantendrá en vigencia el Contrato de Seguro Sinasure” (cláusula 15.1(h)).
- el compromiso del Estado Nacional de que, salvo conformidad expresa de los Prestamistas, bajo ninguna circunstancia, “celebrará cualquier acuerdo (u obligación) o adoptara cualquier medida (u omisión) que podría v: tener un Efecto Adverso Importante sobre el cumplimiento y validez del Contrato de Seguro Sinasure” (cláusula 15.2(c)).
- la previsión como caso de incumplimiento del hecho de que “(k) Como consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, (i) cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento escrito de los Prestamistas, o no es vinculante para, o ejecutable contra [...] Sinasure [...], o (ii) se produce un incumplimiento en virtud de cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure; (l) como consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, el Seguro Sinasure es revocado, rescindido o suspendido en todo o en parte, (i) el Contrato de Seguro Sinasure es o se torna inválido o no vinculante, (ii) de conformidad con los términos del Seguro Sinasure,

Sinosure tiene derecho a y ha solicitado la emisión de un aviso de caducidad de plazos” (cláusula 16.1).

9.2.3.2.4. Solicitud de Utilización.

Por otra parte, en el contrato de financiamiento se estableció respecto de las solicitudes de desembolsos que:

- “[e]l Prestatario podrá utilizar Anticipos durante el Período de Disponibilidad de acuerdo con el cronograma acordado en el Contrato Comercial” (cláusula 5.1)
- “[c]ada Prestamista [...] pagará (y el Prestatario por el presente autoriza incondicionalmente e irrevocablemente al Prestamista a pagar) el Anticipo solicitado directamente en nombre del Prestatario al Vendedor [...] mediante la acreditación del Anticipo solicitado en la Cuenta del Vendedor en la Fecha de Utilización” (cláusula 5.3d)).
- “[e]l Prestatario reconoce que todos esos pagos por parte de los Prestamistas constituirán la realización del Anticipo pertinente al Prestatario por parte de los Prestamistas y los Prestamistas obtendrán una liberación válida al efecto contra recibo por parte del Vendedor de dichos pagos en la Cuenta del Vendedor” (cláusula 5.3f)).

Finalmente, en el Modelo de Aviso de Utilización (Anexo 2) se previó que las “Instrucciones de Pago” de las utilidades del financiamiento son “[p]ara la Cuenta del Vendedor” (punto 1(c)), y que su objeto es el “[p]ago adeudado al Vendedor en virtud del Contrato Comercial según lo contemplado en la cláusula 3 del Convenio de Facilidad” (punto 1(d)).

9.2.3.2.5. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a tasa de interés para cada Anticipo para cada uno de sus Períodos de Interés será la tasa anual determinada por el Agente, que será el producto de la fórmula (L+M), donde: // “L” es la LIBOR a 6 meses en U\$S aplicable; y // “M” es el Margen” (cláusula 9.1). Al respecto, “Margen” fue definido como “el 3,15% anual” (cláusula 1.1).

9.2.3.2.6. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los

términos del contrato de inversión pública

Por otra parte, en el contrato de financiamiento asimismo se estableció obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública, salvo convención escrita previa de los prestamistas. En este sentido, el Estado Nacional manifestó que “se compromete a: (a) retirar y utilizar los Anticipos de acuerdo con el objeto estipulado en virtud de la Cláusula 3 (Objeto) [...]; (d) (i) cumplir con [...] el Contrato Comercial, (ii) no modificar (ni procurar ni permitir ninguna modificación por el Vendedor o el Comprador de) ninguna disposición del Contrato Comercial, incluyendo, sin carácter limitativo, aquellas relacionadas con las partes, el objeto el precio, el prorrateo del precio, los límites temporales para el cumplimiento y más en general cualquier otra disposición del Contrato Comercial, según corresponda, sin el previo consentimiento or escrito del Agente (que actuará de acuerdo con las instrucciones de los Prestamistas), (iii) no rescindir ni abandonar el Contrato Comercial (ni procurar ni permitir dicha acción por parte del Vendedor o del Comprador) y (iv) no renunciar al cumplimiento de ninguna disposición importante del Contrato Comercial (ni procurar ni permitir dicha acción por parte del Vendedor o del Comprador) [...]; y (m) garantiza que el Comprador no cancele el cumplimiento de ni transfiera obligaciones en virtud de, o modifique los términos correspondientes a los montos adeudados en virtud de o el país de origen respecto del cumplimiento de cualquier obligación en virtud del Contrato Comercial” (cláusulas 15.1).

Asimismo, el Estado Nacional se comprometió a “obtener [...] y posteriormente mantenga en plena vigencia y efecto cada consentimiento y licencia y llevar a cabo todas aquellas acciones y medidas que resulten periódicamente necesarias o deseables para la conducción de sus operaciones y para el debido cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los Documentos Financieros y del Contrato Comercial” (cláusula 15.1(f)).

Los compromisos referidos en el párrafo anterior se complementaron con la calificación de “Caso de Incumplimiento” del contrato de financiamiento al hecho de que “[c]omo consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, (i) cualquier Contrato Comercial [...] es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento escrito de los Prestamistas, o no es vinculante para, o ejecutable contra el Vendedor [...], o (ii) se produce un incumplimiento en virtud de cualquier Contrato Comercial” (Cláusula 16.1(k)). Al respecto, se estableció que “[e]n oportunidad de y en cualquier momento con posterioridad al acaecimiento de un Caso de Incumplimiento, el

Agente podrá (actuando según las instrucciones de los Prestamistas) mediante aviso al Prestatario: // [...] // (ii) demandar que todo o, si así fuera determinado por todos los Prestamistas, parte de los Anticipos, junto con los intereses devengados y todos los otros montos devengados en virtud de los Documentos Financieros, sean inmediatamente exigibles y pagaderos, después de lo cual se tomarán inmediatamente exigibles y pagaderos” (cláusula 16.2(a)).

9.2.3.2.7. Independencia de los documentos financieros

En el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a persona que no sea una Parte carece de derechos en virtud de la Ley de Contratos (Derechos de Terceros) de 1999 para hacer cumplir o beneficiarse con cualquier término de este Convenio (cláusula 1.3); y que “[l]a responsabilidad del Prestatario de realizar el pago de cualquier monto adeudado por el mismo en virtud de los Documentos Financieros no está condicionada de ninguna forma por el cumplimiento del Comprador, el Vendedor o cualquier otra persona respecto de su o sus obligaciones en virtud del Contrato Comercial o de conformidad con cualquier otro documento y no se verá afectada de ningún modo por ningún reclamo que tenga o crea tener el Prestatario contra el Comprador, el Vendedor, cualquier Prestamista, Sinasure, o cualquier otra persona a modo de compensación o contrademanda o de otro modo” (cláusula 10.8).

9.2.3.2.8. Derecho aplicable.

Por otra parte, se estableció la aplicación del derecho inglés, salvo a los efectos de la inembargabilidad de las reservas del BCRA o de determinados bienes de dominio público de Argentina (cláusulas 14.1 y 33).³⁴³

9.2.3.2.9. Resolución de controversias.

El mecanismo pactado para la resolución de controversias era un procedimiento arbitral con sede en Hong Kong, República Popular China (cláusula 34.2), sin perjuicio del derecho de los financistas de recurrir a los tribunales de Inglaterra para la obtención de medidas provisionales o protectoras (cláusula 34.3), a cuya jurisdicción el Estado

³⁴³ En cuanto a estos bienes, se advierte que (a) la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 1996 N° 24.624 se establece que “[l]os fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público [...] son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos” (art. 19); y (b) este artículo fue incorporado a la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 por el artículo 59 de la ley 24.624.

Nacional se sometió irrevocablemente (cláusula 34.4).

9.2.3.2.10. Renuncia de inmunidad.

Finalmente, en lo atinente a la inmunidad, el Estado Nacional manifestó que “no tiene derecho a presentarse en juicio o hacer que se presente en juicio en su nombre ningún derecho de inmunidad para sí mismo o para cualquiera de sus bienes (excepto aquellos bienes públicos de propiedad de la República Argentina que en la actualidad no están sujetos a embargo de conformidad con la ley específica de la República Argentina) en ninguna acción para hacer cumplir sus obligaciones en virtud del presente, que pueda ser entablada contra el mismo por cualquier tribunal competente o tribunal arbitral en base a este Convenio o cualquiera de los otros Documentos Financieros” (cláusula 14.1(I)); y se estableció “acuerda irrevocablemente no reclamar, y renuncia irrevocablemente a, tal inmunidad [para sí o para sus bienes inmunidad de juicio, ejecución, embargo (ya sea preventivo, ejecutivo u otro) u otro proceso legal], salvo a los efectos de la inembargabilidad de las reservas del BCRA o determinados bienes públicos pertenecientes a Argentina no sujetos a embargo, según lo específicamente declarado por las leyes de Argentina (cláusula 34.6).

9.2.4. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 2º Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010; y Convenio de facilidad de préstamo a plazo, celebrado entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., y aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011

9.2.4.1. Contrato para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscrito el 05.11.2008

Dado que el contrato marco y el 2º contrato complementario se integraron

perfeccionando una unidad convencional de operatividad inescindible, a continuación se consideran los términos relevantes de cada uno de estos documentos por separado y se los analiza conjuntamente con posterioridad. Al respecto, se remite a lo manifestado en el acápite 174.

9.2.4.1.1. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

En el contrato marco se establecieron los términos generales aplicables al contrato de inversión pública ferroviaria de referencia. Dado que éstos fueron abordados en el acápite 174, nuevamente, se remite a lo entonces señalado.

9.2.4.1.2. 2º Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008

Por el contrato complementario se reiteraron las previsiones principales establecidas en los términos del contrato marco, sin perjuicio de lo cual se advierten los siguientes aspectos.

9.2.4.1.2.1. Entrada en vigencia condicionada

En relación con la entrada en vigencia del contrato, se estableció que “se celebra condicionado a la suscripción de los respectivos Acuerdos de Financiación entre MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN de la REPÚBLICA ARGENTINA y entidades bancarias de la REPÚBLICA POPULAR CHINA, cuyo objeto será el financiamiento de la ETAPA DE CONTRATO” (cláusula 6.1); y que “tendrá validez a partir de su firma” (cláusula 12.1).

Por su parte, el contrato contenía las siguientes cláusulas sobre su entrada en vigencia:

- “[e]l presente 2º CONTRATO COMPLEMENTARIO tomará plena vigencia a partir de la suscripción de los mencionados acuerdos [...] y que una vez firmados incorporan como parte del presente “2º CONTRATO

COMPLEMENTARIO” (cláusula 6.1).

- “[e]l presente "2° CONTRATO COMPLEMENTARIO" [...] tendrá vigencia a partir del perfeccionamiento de los respectivos Acuerdos de Financiación entre el PRESTAMISTA y el PRESTATARIO” (cláusula 12.1).
- “[e]l presente “2° CONTRATO COMPLEMENTARIO” entrará en vigencia cuando se verifiquen las siguientes condiciones: // (1) La obtención por parte de la “PARTE A” y de la “PARTE B” de las autorizaciones emitidas por las autoridades de la REPÚBLICA ARGENTINA y la REPÚBLICA POPULAR CHINA, según corresponda, para la ejecución del “2° CONTRATO COMPLEMENTARIO”. En el caso de que dicha autorización no fuera necesaria, la “PARTE A” y/o la “PARTE B” deberá proporcionar a la otra parte un certificado que así lo acredite. // (2) El perfeccionamiento del Contrato de Financiación entre el Prestamista y el Prestatario en relación al "2° CONTRATO COMPLEMENTARIO" y los fondos del Contrato de Financiación estén disponibles para el Prestatario. // (3) La provisión por parte de SINOSURE de un seguro de crédito a la exportación para el mencionado Contrato de Financiamiento. // [...] // Las obligaciones y responsabilidades de cada una de las Partes según el presente "2° CONTRATO COMPLEMENTARIO" serán exigibles para cada PARTE a partir de la fecha de Entrada en Vigencia del "2° CONTRATO COMPLEMENTARIO” (cláusula 12.2).

9.2.4.1.2.2. *Anticipo financiero y porcentaje financiado*

En igual sentido que en el contrato marco, en el contrato complementario se estableció que el Estado Nacional “deberá pagar QUINCE POR CIENTO (15%) del Precio Total del “2° CONTRATO COMPLEMENTARIO” según lo establecido en el ARTÍCULO 5.3 del presente en concepto de anticipo, dentro de los TREINTA (30) días posteriores al momento de la firma del “Acuerdo de Financiamiento” (cláusula 6.2); y que “[e]l OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%) restante del Precio Total del “1° CONTRATO COMPLEMENTARIO”, será pagado por la PARTE A [Estado Nacional] a la PARTE B [CITICICC] con los fondos otorgados en el Contrato de Financiación” (cláusula 6.3).

9.2.4.1.2.3. *Integralidad del contrato*

En el contrato se estableció que el contrato de financiamiento correspondiente formaría “parte integral del presente “CONTRATO COMPLEMENTARIO”” (cláusula 2.1), previsión que se reiteraba en la cláusula 6.1.

9.2.4.1.2.4. Remisión general

Finalmente, en el contrato complementario se previó una remisión general al contrato marco en los siguientes términos: “[e]n lo que no estuviere previsto en el presente 2° CONTRATO COMPLEMENTARIO, la interpretación y efectos se realizará según lo dispuesto en el CONTRATO MARCO PARA LA ADQUISICIÓN DE DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE (279) COCHES DE PASAJEROS PARA LA RED DE SUBTERRÁNEOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES” (artículo 11).

9.2.4.2. Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011

Hasta aquí se ha considerado el acuerdo de inversión pública, sobre el cual se refirieron las Cláusulas Relevantes que manifestarían o sugerirían la existencia de una relación entre éste y el contrato de financiamiento. En este acápite se realiza procede igualmente en relación con este último contrato, cuyos términos refieren al contrato de inversión pública ferroviaria en cuestión y al que se considera en el siguiente.³⁴⁴

9.2.4.2.1. Términos definidos

En primer lugar, en el contrato de financiamiento se refirió expresamente al *Contrato Comercial* (es decir, el acuerdo de inversión pública considerado en el acápite anterior), término que fue definido como “Contrato Comercial” significa “cada 2° Contrato Complementario para el Suministro de 200 vagones de pasajeros para la Línea A de Subte de la Ciudad de Buenos Aires de fecha septiembre de 2008 y 3° Contrato Complementario para el Suministro de 65 Vagones de Pasajeros para la Línea X de Subte de la Ciudad de Buenos Aires de fecha julio de 2009 celebrado entre el Comprador y el

³⁴⁴ El criterio metodológico es análogo al aplicado en relación con el contrato marco y los contratos complementarios. La relación del contrato de financiamiento en cuestión con los contratos de inversión pública no obsta a la independencia jurídica de éstos que, si bien son consecuencia del acuerdo de voluntades de las mismas partes, no contienen cláusulas que los vinculen sus efectos expresa o implícitamente entre sí.

Vendedor, en virtud del Contrato Marco para el Suministro de 279 Vagones de pasajeros para las Líneas A, B, C, D y E de Subte de la Ciudad de Buenos Aires de fecha noviembre de 2008” (Cláusula 1.1).

9.2.4.2.2. Objeto del préstamo

Ahora bien, el objeto del contrato de financiamiento se determinó a partir del establecimiento de que “[e]l Prestatario deberá aplicar cada Anticipo para cumplir con los pagos adeudados y pagaderos por éste y/o el Comprador al Vendedor por la compra de equipos o servicios en virtud de cada Contrato Comercial por un monto, en total, que no supere el 85% del precio de compra de conformidad con el Contrato Comercial” (cláusula 3.(a)). Asimismo, el Estado Nacional se comprometió a “utilizar los Anticipos de conformidad con los propósitos estipulados en virtud de la Cláusula 3 (*Objeto*)” (cláusula 15.1(a)).

9.2.4.2.3. Contrato de seguro de crédito a la exportación con SINOSURE como condición suspensiva para las solicitudes de utilización.

En el contrato de financiamiento se previó la vigencia del contrato de seguro de crédito a la exportación como una condición suspensiva para las solicitudes de utilización en los siguientes términos: “[l]as obligaciones de los Prestamistas de poner a disposición todo monto en virtud de la Cláusula 2 (*Préstamo*) estará sujeta a las siguientes condiciones suspensivas: // [...] // (b) no existe notificación pendiente de Sinasure que exija a los Prestamistas hacer los Anticipos; // (c) cada Documento Respalatorio de Sinasure tendrá vigencia y será válido con respecto a dicho Anticipo y el Seguro de Sinasure deberá ser aplicado al Anticipo propuesto y al correspondiente interés durante el período en el que el Anticipo esté pendiente el pago y, para evitar dudas, cualquier requerimiento de Sinasure con respecto al contenido local en virtud del Contrato Comercial ha sido, y está siendo cumplido)” (cláusula 4.2). A su vez, esta previsión fue fortalecida con los siguientes términos:

- el pago anticipado obligatorio “(a) Si: // (i) Se modifica, cancela o revoca cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure sin el previo consentimiento por escrito de los Prestamistas; o si no es vinculante para, o ejecutable contra [...] Sinasure [...]; // (ii) existe un incumplimiento en virtud de cualquier Documento Justificativo Sinasure; o // (iii) (con sujeción al inciso (b) a

continuación) se revoca, rescinde o suspende el Seguro Sinasure total o parcialmente; // [...] // (b) Si se produce cualquier situación contemplada en el inciso (a)(iii) precedente, los Prestamistas negociaran con Sinasure con miras a contar de nuevo con el Seguro Sinasure. (cláusula 7.2);

- el compromiso del Estado Nacional de “suministrar información relevante y realizar las acciones que correspondan a solicitud de los Prestamistas (y sean razonables) para mantener vigente y cumplir con los términos del Contrato de Seguro de Sinasure” (cláusula 15.1(h)).
- el compromiso del Estado Nacional de que, salvo conformidad expresa de los Prestamistas, bajo ninguna circunstancia, “celebrará cualquier acuerdo (u obligación) o adoptará cualquier medida (u omisión) que podría v: tener un Efecto Adverso Importante sobre el cumplimiento y validez del Contrato de Seguro Sinasure” (cláusula 15.2(c)).
- la calificación como causal de incumplimiento al hecho de “como resultado de todo acto u omisión del Prestatario o el Comprador, (i) todo [...] Documento Respaldatorio de Sinasure es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento por escrito de los Prestamistas, o no es vinculante o exigible a [...] Sinasure [...], o (ii) hay un incumplimiento en virtud de un [...] Documento Respaldatorio de Sinasure” (cláusula 16(k)) y de que “(i) como resultado de todo acto u omisión del Prestatario o el Comprador, el Contrato de Seguro de Sinasure es revocado, extinguido o suspendido en todo o en parte; (ii) el Contrato de Seguro de Sinasure es o se convierte inválido o no vinculante; (iii) en virtud de los términos del Contrato de Seguro de Sinasure, Sinasure está facultado para solicitar y ha solicitado la emisión de una notificación de anticipación” (cláusula 16(l)).

9.2.4.2.4. Solicitudes de utilización.

En el contrato de financiamiento se estableció que “[e]l Prestatario podrá utilizar los Anticipos durante el Período de Disponibilidad conforme a lo acordado respectivamente en cada Contrato Comercial” (cláusula 5.1). Asimismo, se estableció que los desembolsos se harían en una cuenta del contratista según los siguientes términos:

- “[c]ada Prestamista [...] deberá (y el Prestatario lo autoriza incondicional e

irrevocablemente a ese Prestamista a) pagar el Anticipo solicitado directamente en nombre del Prestatario a través del Agente al Vendedor, acreditando el Anticipo solicitado en la Cuenta del Vendedor a la Fecha de Disposición de Fondos” (cláusula 5.3(d)).

- “[e]l Agente deberá, en nombre de los Prestamistas, dentro de los 10 Días Hábiles posteriores a dicho pago en la Cuenta del Vendedor, notificar al Prestatario por fax que dicho pago se realizó en nombre del Prestatario al Vendedor, dando los detalles de dicho pago en la Cuenta del Vendedor, y enviará los documentos relevantes (en cada caso como los recibió del Vendedor, incluyendo los certificados relevantes de avance de obra y las facturas comerciales) al Prestatario por correo urgente certificado” (cláusula 5.3(e)).
- “[e]l Prestatario reconoce que todos esos pagos realizados por el Prestamista constituirán la realización del Anticipo relevante por los Prestamistas al Prestatario y los Prestamistas quedarán plenamente liberados cuando el Vendedor recibe los pagos en su Cuenta” (cláusula 5.3(f)).

Asimismo, en el Formulario de Notificación de Disposición de Fondos (Anexo 2) se previeron los siguientes términos “(c) Instrucciones de Pago: a la Cuenta del Vendedor. // (d) Objeto: pago debido al Vendedor en virtud de cada Contrato Comercial contemplado por la Cláusula 3 del Contrato de Préstamo” (punto 1).

9.2.4.2.5. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, se estableció que “[l]a tasa de interés sobre cada Anticipo para cada uno de los Períodos de Devengamiento de Intereses deberá ser la tasa anual determinada por el Agente que sea el resultado de la fórmula (L+M, donde: // “L” es la tasa LIBOR aplicable en USD a 6 meses; y “M” es el Margen” (cláusula 9.1). Al respecto, se señala que “Margen” está definido como “el 3,20% anual” (cláusula 1.1).

9.2.4.2.6. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública

Por otra parte, el contrato de financiamiento asimismo estableció obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública, salvo convención escrita previa de los prestamistas. En este sentido,

el Estado Nacional se comprometió a

- “(i) cumplir [...] con cada el Contrato Comercial; (ii) no modificar (ni procurar o impedir que el Comprador o el Vendedor modifiquen) cualquier disposición de los Contratos Comerciales, entre otras, aquellas que se relacionen con las partes, el objeto, el precio, la distribución del precio, los plazos para el cumplimiento y, en general, toda otra disposición de los Contratos Comerciales, según corresponda, sin el previo consentimiento por escrito del Agente (que actúe de acuerdo con las instrucciones de los Prestamistas), (iii) no extinguir ni abandonar ningún Contrato Comercial (ni procurar o permitir que lo haga el Vendedor o el Comprador) y (iv) no renunciar al cumplimiento de toda disposición material de los Contratos Comerciales (ni procurar o permitir que lo haga el Vendedor o el Comprador)” (cláusula 15.1(d)).
- “obtener y mantener en plena vigencia [...] toda autorización o licencia y realizar [...] todo acto que oportunamente resulte necesario o deseable para el desarrollo de su negocio y el debido cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los Documentos Financieros y los Contratos Comerciales” (cláusula 15.1(f)).
- “asegurar al Comprador que no cancela el cumplimiento ni transfiere obligaciones en virtud de cualquier Contrato Comercial ni modifica los términos relacionados con las sumas debidas o el país de origen de cumplimiento de toda obligación en virtud de algún Contrato Comercial” (cláusula 15.1(m)).

Estos compromisos se complementaron con la calificación de “Caso de Incumplimiento” del contrato de préstamo al hecho de que “(independientemente de que se haya producido por motivos que escapan el control del Prestatario o de cualquier otra persona): [...] (k) como resultado de todo acto u omisión del Prestatario o el Comprador, (i) todo Contrato Comercial [...] es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento por escrito de los Prestamistas, o no es vinculante o eligible por el Vendedor; o (ii) hay un incumplimiento en virtud de un Contrato Comercial” (cláusula 16.1).

La importancia de esta calificación reside en que “[d]urante la existencia de una

Causal de Incumplimiento, el Agente (que actúe en virtud de las instrucciones de los Prestamistas) podrá mediante notificación al Prestatario: // (ii) solicitar que todo o, si fuera ordenado por los Prestamistas, parte de los Anticipos junto con los intereses devengados y todo otro monto devengado en virtud de los Documentos Financieros, se tornen inmediatamente vencidos y exigibles, en virtud de los cuales se tornarán inmediatamente vencidos y exigibles” (cláusula 16.2).

Asimismo, entre las condiciones suspensivas para las solicitudes de utilización del financiamiento se previó que “[e]l Prestatario no podrá entregar la primera Notificación de Disposición de Fondos hasta que el Agente no haya notificado por escrito que ha recibido todos los documentos numerados en el Anexo I [...] y que son satisfactorios en su forma y contenido a los Prestamistas” (cláusula 4.1). El contrato de inversión pública estaba entre estos documentos numerados en el Anexo 1.

9.2.4.2.7. Independencia de los documentos financieros

En el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a persona que no sea una Parte carece de derechos en virtud de la Ley de Contratos (Derechos de Terceros) de 1999 para hacer cumplir o beneficiarse con cualquier término de este Convenio” (cláusula 1.3); y que “[l]a responsabilidad del Prestatario de realizar el pago de cualquier monto adeudado por el mismo en virtud de los Documentos Financieros no está condicionada de ninguna forma por el cumplimiento del Comprador, el Vendedor o cualquier otra persona respecto de su o sus obligaciones en virtud del Contrato Comercial o de conformidad con cualquier otro documento y no se verá afectada de ningún modo por ningún reclamo que tenga o crea tener el Prestatario contra el Comprador, el Vendedor, cualquier Prestamista, Sinasure, o cualquier otra persona a modo de compensación o contrademanda o de otro modo” (cláusula 10.8). Asimismo, el Estado Nacional declaró y garantizó que “la firma, entrega y cumplimiento del Documento Financiero y de los Contratos Comerciales no violará en ningún aspecto material las disposiciones de [...] una obligación de la cual es parte” (cláusula 14.1(f)).

9.2.4.2.8. Derecho aplicable

El contrato de financiamiento fue sujetado al derecho inglés (cláusula 14.1), excepto respecto de la no embargabilidad de las reservas del BCRA y bienes de dominio público de Argentina (cláusula 33).

9.2.4.2.9. Resolución de controversias.

Las controversias derivadas o relacionadas del contrato de financiamiento fueron sometidas a procedimiento arbitral con sede en Londres, Inglaterra (cláusulas 34.1 y 34.2), sin perjuicio del derecho de los financistas de solicitar medidas provisionales o conservatorias ante los tribunales de ese país (cláusula 34.3). Al respecto, el Estado Nacional se sometió irrevocable a tal jurisdicción (cláusula 34.5).

9.2.4.2.10. Renuncia de inmunidad.

Finalmente, en lo atinente a la inmunidad, el Estado Nacional garantizó que “el Prestatario y la República Argentina están sujetos a las leyes civiles y comerciales en respecto a toda y cada una de las obligaciones emergentes de este Contrato, la firma, entrega y cumplimiento de este Contrato por parte del Prestatario y la República Argentina constituyen actos privados y comerciales (*jure gestionis acts*) en vez de actos públicos o gubernamentales (*jure imperi acts*). Ni el Prestatario ni la República Argentina están autorizados a invocar o a hacer que se invoque en su nombre cualquier derecho de inmunidad (soberano u otro) para el mismo o cualesquiera de sus activos (excepto para los activos públicos que son propiedad de la República Argentina y que actualmente no están sujetos a embargos de acuerdo con las leyes específicas de la República Argentina) en cualquier acción para hacer cumplir las obligaciones emergentes del presente, que puedan ser instituidas en contra por un tribunal competente o tribunal de arbitraje en virtud de este contrato” (cláusula 14.1.1(l)). Similarmente, se estableció que “[e]n la medida en que el Prestatario pueda en cualquier jurisdicción reclamar por su persona o sus bienes inmunidad de proceso, ejecución, embargo (sea como resultado de una ejecución como medida cautelar o por otro motivo) u otro proceso judicial y en la medida en que esa jurisdicción otorgue inmunidad al Prestatario respecto de su persona o sus bienes (independientemente de que la haya reclamado), el Prestatario irrevocablemente acuerda no reclamar esa inmunidad e irrevocablemente renuncia a ella, excepto respecto de las no embargabilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina o ciertos bienes públicos del estado de la República Argentina que no son embargables, como específicamente disponen en la legislación de la República Argentina” (cláusula 34.6).

9.2.5. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la

entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Corp., Ltd. (CITICICC), ratificado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011; y Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el Decreto N° 1607 del 12 de octubre de 2011.

9.2.5.1. Contrato para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 13.07.2010

Dado que el contrato marco y el 3° contrato complementario se integraron perfeccionando una unidad convencional de operatividad inescindible, a continuación se consideran los términos relevantes de cada uno de estos documentos por separado y se los analiza conjuntamente con posterioridad.

9.2.5.1.1. Contrato marco para el suministro de 279 coches de pasajeros para la red de subterráneos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 05.11.2008.

En el contrato marco se establecieron los términos generales aplicables al contrato de inversión pública ferroviaria de referencia. Dado que éstos fueron abordados en el acápite 9.2.3.1.1, nuevamente, se remite a lo entonces señalado.

9.2.5.1.2. 3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte y CITICICC, suscripto el 13.07.2010.

Por el contrato complementario se reiteran las previsiones principales establecidas en los términos del contrato marco, sin perjuicio de lo cual se advierten los siguientes aspectos.

9.2.5.1.2.1. Entrada en vigencia condicionada

Al respecto, en el contrato de inversión pública se estableció, en relación con su perfeccionamiento, que “[e]l presente “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO” se celebra condicionado: 6.1.1. a la suscripción de los respectivos Acuerdos de Financiación entre MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS [...] y entidades bancarias de la REPÚBLICA POPULAR CHINA, cuyo objeto será el financiamiento de la ETAPA DE CONTRATO correspondiente a la entrega del Equipo detallado en el ARTÍCULO 3, los cuales se incorporarán al presente contrato [...]” (cláusula 6.1.1). Asimismo, en cuanto a su entrada en vigencia, que: “[e]l presente “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO” tendrá vigencia una vez que se cumplieren los siguientes puntos: // (1) Firma de los Acuerdos de Financiación entre el PRESTAMISTA y el PRESTATARIO. // (2) La obtención por parte de la “PARTE A” y de la “PARTE B” de las autorizaciones emitidas por las autoridades de la REPÚBLICA ARGENTINA y la REPÚBLICA POPULAR CHINA, según corresponda, para la ejecución del “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO”. En caso de que dicha autorización no fuera necesaria, la “PARTE A” y/o la “PARTE B” deberá proporcionar a la otra parte un certificado que así lo acredite. // (3) La provisión por parte de SINOSURE de un seguro de crédito a la exportación para el mencionado Contrato de Financiamiento. // [...] // Las obligaciones y responsabilidades de cada una de las Partes según el presente “2° CONTRATO COMPLEMENTARIO” serán exigibles para cada PARTE a partir de la fecha de Entrada en Vigencia del “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO” (artículo 12.1).

9.2.5.1.2.2. *Anticipo financiero y porcentaje financiado.*

En igual sentido que en el contrato marco, en el contrato complementario se establece que el Estado Nacional “deberá pagar QUINCE POR CIENTO (15%) del Precio Total del “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO” según lo establecido en el ARTÍCULO 5.3 del presente en concepto de anticipo, dentro de los TREINTA (30) días posteriores al momento de la firma del “Acuerdo de Financiamiento” (cláusula 6.2),³⁴⁵ y que “[e]l OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%) restante del Precio Total del “3° CONTRATO COMPLEMENTARIO”, será pagado por la Parte A [Estado Nacional] a la Parte B [CITICICC] con los fondos otorgados en el Contrato de Financiación” (cláusula 6.3).

³⁴⁵ Dado que el anexo del Boletín Oficial correspondiente a la versión en castellano no está correctamente digitalizado, esta cláusula ha sido traducida de la versión en inglés allí publicada.

9.2.5.1.2.3. Integralidad del contrato

En el contrato se estableció que el contrato de financiamiento correspondiente formaría “parte integral del presente “CONTRATO COMPLEMENTARIO”” (cláusula 2.1), previsión que se reiteraba en la cláusula 6.1.

9.2.5.1.2.4. Remisión general

Finalmente, en el contrato complementario se prevé una remisión general al contrato marco en los siguientes términos: “[e]n lo que no estuviere previsto en el presente 3° CONTRATO COMPLEMENTARIO, la interpretación y efectos se realizará según lo dispuesto en el CONTRATO MARCO PARA LA ADQUISICIÓN DE DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE (279) COCHES DE PASAJEROS PARA LA RED DE SUBTERRÁNEOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES” (artículo 11).

9.2.5.2. Convenio de crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd. e Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011

Dado que este contrato de financiamiento fue considerado en el acápite 188, corresponde remitirse a la exposición de las Cláusulas Relevantes allí realizada.

9.2.6. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, con su adenda, ratificados por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010, y su adenda aprobada por la decisión administrativa n° 279 del 21 de abril de 2014; y Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

9.2.6.1. Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y

Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado entre la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, ratificado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

9.2.6.1.1. Calificación de la entidad financiera china como banco del contratista

En primer lugar, se advierte que entre las definiciones incluidas en el contrato estaba que por “Banco del VENDEDOR” se significaba “el BANCO DE CHINA, banco comercial de la República Popular de China, que actuará en calidad de banco negociador de la Carta de Crédito y como prestamista” (artículo-1).

9.2.6.1.2. Perfeccionamiento y entrada en vigencia condicionados

En segundo lugar, el contrato se celebró *ad referendum* con sujeción a la verificación de distintas condiciones: “[e]l presente CONTRATO es *Ad Referéndum* de los Acuerdos de Financiación entre BANCO DE CHINA; CHINA EXPORT CREDIT AND INSURANCE CORPORATION (SINOSURE) y el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, avalados previo Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina y la declaración de elegibilidad del VENDEDOR por parte del Gobierno de China, en el marco del MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE LA COOPERACIÓN EN ACTIVIDADES FERROVIARIAS ENTRE EL MINISTERIO DE COMERCIO de la REPÚBLICA POPULAR CHINA y el MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS de la REPÚBLICA ARGENTINA, tomando plena vigencia el CONTRATO a partir del perfeccionamiento de los mencionados acuerdos, que se incorporarán al presente como ANEXO-16, una vez que sean suscriptos” (artículo-6).³⁴⁶ Estos términos fueron reiterados en la cláusula 37.1.

9.2.6.1.3. Anticipo financiero y porcentaje financiado

³⁴⁶ Entre los considerandos del contrato ya se manifestaba que el contrato era *ad referendum* de la verificación de tales actos, con la salvedad de que se preveía que el contrato de financiamiento fuera celerado entre el Banco de la Nación Argentina y la entidad financiera china.

Del mismo modo que en los contratos de inversión pública considerados anteriormente, se preveía que el Estado Nacional depositaría “por adelantado un QUINCE POR CIENTO (15%) del Precio Total del Contrato [...] dentro de un plazo máximo de QUINCE (15) días a partir de la fecha de entrada en vigencia del “Acuerdo de Financiación”” (cláusula 6.2); y que “[e]l pago del OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%) del Precio Total del Contrato se realizará mediante un Crédito a la Exportación en los términos y condiciones a ser descriptos en el acuerdo de financiación de créditos a la exportación en China” (cláusula 6.3).

9.2.6.1.4. Derecho aplicable y resolución de controversias.

En cuanto a la ley aplicable, el contrato se sujetó al derecho público de Argentina (artículo-24); y se estableció que las controversias serían resueltas mediante un procedimiento arbitral con sede en Londres, Inglaterra (artículo-25).

9.2.6.1.5. Cláusula de Limitación.

En el contrato de inversión pública se establecía que, “[s]alvo que en el presente se estipule lo contrario, los derechos, obligaciones y responsabilidades de ambas Partes, según lo dispuesto en el presente, tendrán carácter exclusivo y taxativo” (cláusula 19.4).

9.2.6.1.6. Rescisión del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En el caso de rescisión por incumplimiento del contratista, el contrato de inversión pública establecía que:

- “[l]a responsabilidad total del VENDEDOR, salvo error esencial, dolo o negligencia imputable, incluido todo reclamo en virtud de la garantía o de naturaleza contractual o extracontractual (incluyendo, negligencia o violación de los derechos de patente) que pudiera surgir con motivo del cumplimiento o incumplimiento de todo acuerdo celebrado en virtud del presente, o que guarde relación con aquél [...] no superará el precio asignable a los Equipos Contratados o servicios que dieran lugar a tal reclamo” (cláusula 19.1).
- “ninguna de las partes será responsable ante la otra por el lucro cesante y/o pérdida de ingresos, así como por el daño eventual, incidental, indirecto o

punitorio, incluyendo, a título enunciativo, los daños ocasionados por [...] extinción de obligaciones contractuales” (cláusula 19.2).

- “[e]n el caso de resolución del Contrato por incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR procederá, tan pronto como fuera posible con posterioridad a dicha resolución, a determinar las sumas adeudadas al VENDEDOR a la fecha de dicha resolución y a pagar el saldo correspondiente” (cláusula 26.3.1).
- “[e]n el supuesto de extinción del Contrato, ya sea como consecuencia del incumplimiento del VENDEDOR [...], el COMPRADOR deberá adquirir los Equipos Contratados que estuvieran terminados y disponibles para su envío, en las condiciones y los precios estipulados en el Contrato, mientras que con respecto al resto de los equipos, el COMPRADOR podrá optar por exigir: // (1) la terminación y entrega de parte de los equipos en las condiciones y los precios establecidos en el Contrato; o // (2) la cancelación del resto de los equipos y el pago al VENDEDOR de la suma que las partes acuerden oportunamente por los Equipos Contratados que estuvieran parcialmente terminados y por los materiales y repuestos suministrados por el VENDEDOR” (cláusula 26.3.3).
- “[e]n caso de resolución del Contrato de conformidad con lo dispuesto en el presente ARTÍCULO-26, la ejecución del Contrato no se verá afectada, excepto en lo concerniente a las obligaciones que se hubieran extinguido como consecuencia de la resolución” (cláusula 26.4).
- “[l]as partes del presente contrato no responderán por ningún reclamo efectuado por terceras partes como consecuencia de la extinción del Contrato” (cláusula 26.6).

9.2.6.1.7. Integralidad del contrato.

Finalmente, se advierte que en el contrato se manifestó que “[e]l presente Contrato constituye el acuerdo total de las partes respecto del objeto del Contrato” (artículo-27); mientras que en dos cláusulas de éste se establecía que el contrato de financiamiento correspondiente formaría parte integral del contrato (artículo-2 y cláusula 37.1).

9.2.6.2. Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo celebrado entre el

entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

9.2.6.2.1. Términos definidos.

En el contrato de financiamiento se define que por el término “Contrato Comercial” se significa “el Contrato para la provisión de Locomotoras, Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas (Equipos Contrato), Documentos Técnicos, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica celebrado el 23 de diciembre de 2009 entre el Comprador y el Vendedor” (cláusula 1.1).

9.2.6.2.2. Objeto del préstamo

En cuanto al objeto del contrato financiero, se estableció que “[e]l Prestatario aplicará cada Anticipo para cumplir con los pagos exigibles y pagaderos por parte del mismo y/o el Comprador al Vendedor periódicamente para la compra de equipamiento o servicios en virtud del Contrato Comercial, por un monto total no superior al 85 por ciento del precio de compra en virtud del Contrato Comercial” (cláusula 3a)). Asimismo, el Estado Nacional manifestó que “se compromete a: (a) retirar y utilizar los Anticipos de acuerdo con el objeto estipulado en virtud de la Cláusula 3 (*objeto*)” (cláusula 15.1a).

9.2.6.2.3. Contrato de seguro de crédito de exportación de SINOSURE como condición previa para las solicitudes de utilización

En el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a obligación de los Prestamistas de poner a disposición cualquier monto en virtud de la Cláusula 2 (*La Facilidad*) se encuentra sujeta a las siguientes condiciones previas adicionales en cuanto a que: // [...] // b) no hay aviso pendiente por parte de Sinasure solicitando a los Prestamistas la suspensión de la realización de los Anticipos; c) cada Documento Justificativo Sinasure se encuentra en plena vigencia y efecto en relación con ese Anticipo y que el Seguro Sinasure se aplicara al Anticipo propuesto y a los intereses sobre el mismo durante el periodo en que el Anticipo se encuentre pendiente (y, para evitar dudas, se ha cumplido y se está cumpliendo con cualquier requerimiento de Sinasure en relación con el contenido local en virtud del Contrato Comercial)” (cláusula 4.2). Para asegurar la cobertura del seguro, se previeron los siguientes términos:

- el pago anticipado obligatorio “(a) Si: // (i) Se modifica, cancela o revoca cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure sin el previo consentimiento por escrito de los Prestamistas; o si no es vinculante para, o ejecutable contra [...] Sinasure [...]; // (ii) existe un incumplimiento en virtud de cualquier Documento Justificativo Sinasure; o // (iii) (con sujeción al inciso (b) a continuación) se revoca, rescinde o suspende el Seguro Sinasure total o parcialmente; // [...] // (b) Si se produce cualquier situación contemplada en el inciso (a)(iii) precedente, los Prestamistas negociaran con Sinasure con miras a contar de nuevo con el Seguro Sinasure. (cláusula 7.2);
- el compromiso del Estado Nacional de que “suministrará información relevante y tomará las acciones pertinentes a pedido de los Prestamistas (actuando razonablemente) para cumplir con los términos del Contrato de Seguro Sinasure y mantendrá en vigencia el Contrato de Seguro Sinasure” (cláusula 15.1(h)).
- el compromiso del Estado Nacional de que, salvo conformidad expresa de los Prestamistas, bajo ninguna circunstancia, “celebrará cualquier acuerdo (u obligación) o adoptará cualquier medida (u omisión) que podría v: tener un Efecto Adverso Importante sobre el cumplimiento y validez del Contrato de Seguro Sinasure” (cláusula 15.2(c)).
- la previsión como caso de incumplimiento del hecho de que, “[c]omo consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, (i) cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento escrito de los Prestamistas, o no es vinculante para, o ejecutable contra [...] Sinasure [...], o (ii) se produce un incumplimiento en virtud de cualquier [...] Documento Justificativo Sinasure” (cláusula 16.1(k)).
- la previsión como caso de incumplimiento del hecho de que, “como consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, el Seguro Sinasure es revocado, rescindido o suspendido en todo o en parte, (i) el Contrato de Seguro Sinasure es o se torna inválido o no vinculante, (ii) de conformidad con los términos del Seguro Sinasure, Sinasure tiene derecho a y ha solicitado la emisión de un aviso de caducidad de plazos” (cláusula 16.1(l)).

9.2.6.2.4. Solicitudes de utilización

En el contrato de financiamiento se estableció que “[e]l Prestatario podrá utilizar Anticipos durante el Período de Disponibilidad de acuerdo con el cronograma acordado en el Contrato Comercial” (cláusula 5.1). Asimismo, se estableció que “[c]ada Prestamista [...] pagará (y el Prestatario por el presente autoriza incondicionalmente e irrevocablemente al Prestamista a pagar) el Anticipo solicitado directamente en nombre del Prestatario al Vendedor [...] mediante a acreditación del Anticipo solicitado en la Cuenta del Vendedor” (cláusula 5.3d); y el Estado Nacional reconoció que “todos esos pagos por parte de los Prestamistas constituirán la realización del Anticipo pertinente al Prestatario por parte de los Prestamistas y los Prestamistas obtendrán una liberación válida al efecto contra recibo por parte del Vendedor de dichos pagos en la Cuenta del Vendedor” (cláusula 5.3f)).

9.2.6.2.5. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, se estableció que “[l]a tasa de interés para cada uno de sus Períodos de Interés será la tasa anual determinada por el Agente que será el producto de la fórmula (L+M), donde: // “L” es la LIBOR a 6 meses en U\$S aplicable; y // “M” es el Margen” (cláusula 9.1). Al respecto, se advierte que el “Margen” estaba definido como “3,15% anual” (cláusula 1.1).

9.2.6.2.6. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública

Al respecto, el Estado Nacional se comprometió a “(d) (i) cumplir con [...] el Contrato Comercial, (ii) no modificar (ni procurar ni permitir ninguna modificación para el Vendedor o el Comprador de) ninguna disposición del Contrato Comercial, incluyendo, sin carácter limitativo, aquellas relacionadas con las partes, el objeto, el precio, el prorrateo del precio, los límites temporales para el cumplimiento y más en general cualquier otra disposición del Contrato Comercial, según corresponda, sin el previo consentimiento por escrito del Agente (que actuará de acuerdo con las instrucciones de los Prestamistas), (iii) no rescindir ni abandonar el Contrato Comercial (ni procurar ni permitir dicha acción por parte del Vendedor o del Comprador) y (iv) no renunciar al cumplimiento de ninguna disposición importante del Contrato Comercial (ni procurar ni permitir dicha acción por parte del Vendedor o del Comprador); [...] (f) obtener [...] y posteriormente mantenga en plena vigencia y efecto cada consentimiento y licencia y

llevar a cabo todas aquellas otras acciones y medidas que resulten periódicamente necesarias o deseables para la conducción de sus operaciones y para el debido cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los Documentos Financieros y del Contrato Comercial [...]; y // (m) garantizará que el Comprador no cancele el cumplimiento de ni transfiera obligaciones en virtud de, o modifique los términos correspondientes a los montos adeudados en virtud de o el país de origen respecto del cumplimiento de cualquier obligación en virtud del Contrato Comercial” (cláusula 15.2).

Por otra parte, se previó como caso de incumplimiento, independientemente de que fuera “causado o no por cualquier razón de cualquier naturaleza fuera del control del Prestatario o de cualquier otra persona” al hecho de que “[c]omo consecuencia de cualquier acto u omisión del Prestatario o del Comprador, (i) cualquier Contrato Comercial [...] es modificado, cancelado o revocado sin el previo consentimiento escrito de los Prestamistas, o no es vinculante para, o ejecutable contra el Vendedor [...], según corresponda, o (ii) se produce un incumplimiento en virtud de cualquier Contrato Comercial” (cláusula 16.1(k)).

Al respecto, se previó que “[e]n oportunidad de y en cualquier momento con posterioridad al acaecimiento de un Caso de Incumplimiento, el Agente podrá (actuando según las instrucciones de los Prestamistas) mediante aviso al Prestatario: // [...] // (ii) demandar que todo o, si así fuera determinado por todos los Prestamistas, parte de los Anticipos, junto con los intereses devengados y todos los otros montos devengados en virtud de los Documentos Financieros, sean inmediatamente exigibles y pagaderos, después de lo cual se tornarán inmediatamente exigibles y pagaderos” (cláusula 16.2).

9.2.6.2.7. Independencia de los documentos financieros

En el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a persona que no sea una Parte carece de derechos en virtud de la Ley de Contratos (Derechos de Terceros) de 1999 para hacer cumplir o beneficiarse con cualquier término de este Convenio” (cláusula 1.3); y que “[l]a responsabilidad del Prestatario de realizar el pago de cualquier monto adeudado por el mismo en virtud de los Documentos Financieros no está condicionada de ninguna forma por el cumplimiento del Comprador, el Vendedor o cualquier otra persona respecto de su o sus obligaciones en virtud del Contrato Comercial o de conformidad con cualquier otro documento y no se verá afectada de ningún modo por ningún reclamo que tenga o crea tener el Prestatario contra el Comprador, el Vendedor, cualquier Prestamista, Sinasure, o cualquier otra persona a modo de compensación o contrademanda o de otro

modo” (cláusula 10.8). Asimismo, el Estado Nacional declaró y garantizó que “la formalización, otorgamiento y cumplimiento de los Documentos Financieros y del Contrato Comercial no violará en ningún aspecto importante [...] ningún compromiso del cual es parte” (cláusula 14.1(f)).

9.2.6.2.8. Derecho aplicable.

Al respecto, se sometió el contrato al derecho inglés salvo en lo atinente a la inembargabilidad de las reservas del BCRA o de determinados bienes del dominio público del Estado Nacional (artículo 33).

9.2.6.2.9. Resolución de controversias.

En el contrato de financiamiento se estableció que las controversias derivadas o relacionadas con aquél serían resueltas definitivamente y con carácter vinculante por un procedimiento arbitral con sede en Londres, Inglaterra (cláusulas 34.1 y 34.2).

9.2.6.2.10. Renuncia de inmunidad.

Finalmente, se estableció que “[e]l Prestatario y la República Argentina se encuentran sujetos al derecho civil y comercial respecto de cualquier y toda obligación en virtud de este Convenio y la formalización, otorgamiento y cumplimiento de este Convenio por parte del Prestatario y de la República Argentina constituyen actos privados y comerciales (*actos jure gestionis*) en lugar de actos públicos o gubernamentales (*actos jure imperii*). Ni el Prestatario ni la República Argentina tienen derecho a presentarse en juicio o hacer que se presente en juicio en su nombre ningún derecho de inmunidad (soberana o de otro modo) para sí mismo o para cualquiera de sus bienes (excepto aquellos bienes públicos de propiedad de la República Argentina que en la actualidad no están sujetos a embargo de conformidad con la ley específica de la República Argentina) en ninguna acción para hacer cumplir sus obligaciones en virtud del presente, que pueda ser entablada contra el mismo por cualquier tribunal competente o tribunal arbitral en base a este Convenio o cualquiera de los otros Documentos Financieros” (cláusula 14.1(l)); y que “[e]n la medida en que el Prestatario pueda en cualquier jurisdicción reclamar para sí o para sus bienes inmunidad de juicio, ejecución, embargo (ya sea preventivo, ejecutivo u otro) u otro proceso legal y en la medida en que tal jurisdicción pueda atribuirse al Prestatario o a sus bienes tal inmunidad (ya sea reclamada o no) [*sic*], el Prestatario acuerda irrevocablemente no reclamar y renuncia irrevocablemente a tal inmunidad, salvo a los efectos de la inembargabilidad de las reservas del Banco Central de la República

Argentina o determinados bienes públicos pertenecientes a la República Argentina no sujetos a embargo, según lo específicamente declarado por las leyes de la República Argentina” (cláusula 34.6).

9.2.7. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), suscripto el 4 de diciembre de 2013 y ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017; y el Convenio de Crédito Comprador celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp. e Industrial and Commercial Bank of China Ltd., suscripto el 25 de junio de 2012, con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014.

9.2.7.1. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014, con sus adendas I, II y III ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017, respectivamente

9.2.7.1.1. Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014

En este acápite, nuevamente, se consideran los términos del contrato en los cuales expresamente se refiere al contrato de financiamiento.

9.2.7.1.1.1. Entrada en vigencia condicionada.

En primer lugar, en el contrato se estableció que “entrará en vigencia cuando estén dadas las siguientes condiciones: [...] b. La enmienda al Contrato de Préstamo de Exportación del Comprador para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas (tanto para la provisión como para las obras civiles) celebrado el 25 de junio de 2012, haya sido firmado entre el Gobierno de Argentina y China Development Bank

Corporation, de ser necesario” (artículo 36).

9.2.7.1.1.2. Obligaciones sujetas al contrato de financiamiento.

En segundo lugar, se advierte que el contrato preveía la sujeción de numerosas obligaciones de pago (es decir, obligaciones principales) a los términos del contrato de financiamiento y su ejecución. En este sentido, se acordó que:

- “[e]l veinte por ciento (20%) del total del Precio de Provisión deberá ser abonado a través de los desembolsos a ser realizados de acuerdo con el Contrato de Préstamo, dentro de los 30 (treinta) días luego de la Fecha de Entrada en Vigencia de este Contrato” (cláusula 6.2.1).³⁴⁷
- “[e]l setenta y cinco (75%) del Precio de Provisión deberá ser pagado a través de los desembolsos a ser realizados de conformidad con el Contrato de Préstamo, contra la presentación de los siguientes documentos, en forma proporcional a la entrega de cada lote de Bienes Contratados” (cláusula 6.2.2).
- “[e]l saldo del cinco por ciento (5%) del Precio de Provisión en proporción a cada lote de Bienes Contratados deberá ser pagado a través de los desembolsos a ser realizados de conformidad con el Contrato de Préstamo” (cláusula 6.2.3).
- “Precio de Ejecución: El 70% (setenta por ciento) del Precio de Ejecución será pagadero a través de los desembolsos a ser realizados de conformidad al Contrato de Préstamo, luego de que se haya utilizado el Anticipo para pagarle al Constructor o Sub-Constructor a cargo de las Obras” (cláusula 6.3).
- “CMEC pagará al Contratante [...] la parte correspondiente del Precio de Ejecución dentro de [...] las disposiciones aplicables del Contrato de Préstamo. Los pagos realizados por CMEC al Contratante [...] serán realizados en: [...] (ii) si el pago es realizado mediante desembolsos en virtud del Contrato de Préstamo, por transferencia electrónica en dólares estadounidenses desde la cuenta de CMEC en el exterior a la cuenta bancaria

³⁴⁷ Al respecto, corresponde tener en cuenta que la “Fecha de Entrada en Vigencia” estaba sujeta a la celebración del contrato de financiamiento correspondiente (acápito 9.2.7.1.1.1).

en Argentina designada por el Contratante” (cláusula 18.6).

9.2.7.1.1.3. Rescisión del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En cuanto a la rescisión del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista, se estableció que:

- “[l]a responsabilidad total de CMEC en virtud de este Contrato no excederá bajo ninguna circunstancia el Precio de Provisión” (cláusula 19.1).³⁴⁸
- “ninguna de las Partes será responsable ante la otra por el lucro cesante y/o pérdida de ingresos, así como por el daño especial, eventual, incidental, indirecto o punitivo, incluyendo, a título enunciativo, los daños ocasionados por [...] extinción de obligaciones contractuales” (cláusula 19.2).
- “[e]n caso de que el Contratante resuelva el Contrato por incumplimiento de CMEC [...], el Contratante sólo pagará a CMEC las sumas adeudadas, de corresponder, sobre la parte de los Bienes Contratados ya entregados al Contratante y aquellos terminados y listos para ser enviados con el Certificado de Inspección Pre-entrega firmados, y tendrá derecho a ser indemnizado por las pérdidas que hubiera sufrido como consecuencia de dicha resolución” (cláusula 26.3.1).
- “[e]n caso de Fuerza Mayor [...], CMEC tendrá derecho al pago del valor de la porción de los Bienes Contratados que estén completos y listos para el embarque con un Certificado de Inspección Pre-Entrega firmado” (cláusula 26.3.3).
- “[l]as Partes del presente Contrato no responderán por ningún reclamo directo o indirecto efectuado por terceros como consecuencia de la extinción del Contrato” (cláusula 26.4).

³⁴⁸ Conforme se apuntará en el acápite 7.4.3.1, la Convención de Viena aplicaba a este contrato, dado que estaba regido por el derecho argentino. Al respecto, prevé que “[l]a indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato” (art. 74).

9.2.7.1.1.4. *Rescisión del contrato de inversión pública por nulidad o rescisión del contrato de financiamiento.*

En el contrato de inversión pública se previó que, “si el Contrato de Préstamo es considerado nulo o rescindido por algún motivo, este Contrato deberá ser rescindido inmediatamente y las Partes no tendrán derecho a presentar reclamo o indemnización alguna, excepto por: (i) el pago de la contraprestación por las obligaciones ya cumplidas; y (ii) el pago del valor de la parte de los Bienes Contratados ya enviados al Contratante y de aquellos listos para ser enviados con el Certificado de Inspección Pre-entrega firmado” (cláusula 36.3).

9.2.7.1.1.5. *Derecho aplicable y resolución de controversias.*

Por otra parte, el contrato fue sometido al derecho de Argentina (artículo 24); y se estableció que las controversias derivadas serían resueltas con definitivamente y con carácter vinculante por un procedimiento arbitral con sede en París, Francia, con renuncia a cualquier otra jurisdicción que pudiera ser aplicable (cláusula 25.2).

9.2.7.1.2. *Adendas II y III al Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificadas por los decretos nros. 868 del 16 de julio de 2016 y 987 del 30 de noviembre de 2017, respectivamente*

Dado que la adenda I del contrato no contiene términos que refieran al contrato de financiamiento y, en consecuencia, carece de relevancia para este análisis, se consideran a continuación únicamente las otras dos adendas.

9.2.7.1.2.1. *Adenda II al Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificada por el decreto n° 868 del 16 de julio de 2016*

Los términos relevantes de esta adenda son los siguientes: (a) se modifica la cláusula 6.3 del contrato, de manera tal que se mantiene la sujeción del pago del Precio

de Ejecución al contrato de financiamiento y se elimina su condicionamiento a la utilización del Anticipo (subsección 2.4); y (b) se establece que “[l]a presente Enmienda será efectiva una vez ocurrida la totalidad de las siguientes condiciones: [...] b. El consentimiento escrito previo del Agente Crediticio conforme el Contrato de Préstamo” (subsección 4.1 de la adenda II).

9.2.7.1.2.2. Adenda III al Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas, celebrado entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corporation (CMEC), ratificada por el decreto n° 987 del 30 de noviembre de 2017

El término relevante de esta adenda es que se establece que “[l]a presente Enmienda será efectiva una vez ocurrida la totalidad de las siguientes condiciones: [...] b. El consentimiento escrito previo del Agente Crediticio conforme el Contrato de Préstamo” (subsección 4.1 de la adenda II).

9.2.7.2. Contrato de Línea de Crédito al Comprador, celebrado entre el entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corporation (CDB) e Industrial and Commercial Bank of China Ltd. (ICBC), con su acuerdo complementario, aprobados por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014

En este acápite se relevan los términos relevantes para el presente estudio del contrato de financiamiento entre el Estado Nacional y CDB e ICBC, por el cual se financia el contrato para el Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas.

9.2.7.2.1. Términos definidos

En primer lugar, por el contrato de financiamiento se definieron numerosos términos que refieren expresamente al contrato de inversión pública en cuestión:

- “Contrato Comercial se refiere al contrato (oportunamente modificado o ampliado) respecto del equipo a ser provisto y a las tareas a ser realizadas por parte del Exportador (conformado por un acuerdo contractual, condiciones particulares, condiciones generales, especificaciones técnicas y otros documentos detallados en el contrato) de fecha 11 de marzo de 2010, con sus

modificaciones respectivas al 13 de julio de 2010, 8 de octubre de 2010, 7 de abril de 2011, 7 de octubre de 2011 y 25 de junio de 2012, celebrado entre la Secretaría de Transporte del Ministerio del Interior y Transporte del Gobierno de la Nación Argentina y el Exportador, nuevamente modificado el 25 de septiembre de 2013, con su modificación y nueva redacción el 4 de diciembre de 2013 celebrado entre el Empleador y el Exportador” (artículo 1). En este mismo artículo se define como “Empleador” al entonces “Ministerio del Interior y Transporte” y como “Exportador” a CMEC (*id.*)

- “Precio del Contrato Comercial significa dos mil cuatrocientos setenta millones, quinientos cuarenta y ocho mil cuarenta dólares (\$2.470.548.040)” (artículo 1).
- “Monto elegible significa el monto de hasta un ochenta y cinco por ciento (85%) del Precio del Contrato Comercial que sea atribuible a los Bienes y Servicios elegibles” (artículo 1).
- “Proyecto significa el proyecto para la rehabilitación de la línea ferroviaria Belgrano Cargas, de una extensión de 1.517 km y obras de mejoras en la línea ferroviaria Belgrano Cargas, de una extensión de 321 km en Argentina” (artículo 1).

9.2.7.2.2. Objeto

El objeto del contrato de financiamiento era el financiamiento del Proyecto de Rehabilitación del Ferrocarril Belgrano Cargas —objeto del contrato de inversión pública antes considerado—, lo que se desprendía de la obligación del Estado Nacional de “aplicar todos los montos tomados en préstamo en virtud de la Línea de Crédito para financiar pagos directos al Exportador para el Proyecto” (cláusula 3.1). En este sentido, se estableció que “[l]os Prestamistas sólo estarán obligados a cumplir [...] sin en la fecha de la Solicitud de Utilización y en la Fecha de Utilización propuesta [...] (e) el Anticipo pertinente será utilizado con los fines especificados en la cláusula 3.1 (*Objeto*)” (cláusula 5.2).

9.2.7.2.3. Independencia de los documentos financieros

Sin perjuicio del objeto reseñado, por el contrato de financiamiento se acordó la negación de su vinculación jurídica con el contrato de inversión pública. A tal efecto, el

Estado Nacional reconoció “expresamente” que aquel contrato constituye las obligaciones asumidas por el Prestatario, y que éstas “son independientes y completamente ajenas” al contrato de inversión pública y, de igual modo, que las obligaciones asumidas por el Estado Nacional según el contrato no están (a) sujetas al cumplimiento por el contratista chino de sus obligaciones según el contrato de inversión pública; (b) ni afectadas por (i) cualquier conflicto derivado del contrato de inversión pública; (ii) la insolvencia, disolución, concentración, escisión, fusión o reconstrucción del contratista chino; (iii) cualquier inaplicabilidad, ilegalidad o invalidez de cualquier obligación del contratista chino según el contrato de inversión pública; o (iv) cualquier violación, frustración o incumplimiento del contrato de inversión pública” (cláusula 2.5). Asimismo, esta cláusula es calificada como “condición esencial” para que el financista celebre el contrato (cláusula 2.6); y se estableció que, “[s]alvo que se exprese lo contrario en un Documento Financiero, en virtud de la Ley de Contratos (*Derechos de terceros*) de 1999 del Reino Unido (la Ley de Derechos de Terceros), una persona que no sea una de las Partes no tendrá derecho alguno a hacer cumplir los términos de este Convenio ni a beneficiarse de alguno de ellos” (cláusula 1.6). Asimismo, el Estado Nacional declaró que “[l]a celebración y el cumplimiento por parte del mismo de los Documentos Financieros y las transacciones contempladas en estos Documentos Financieros [...] no se contradicen ni se contradecirán [*sic*] con: // [...] // (b) ningún acuerdo o instrumento que lo obligue o que obligue a la República Argentina” (cláusula 18.5).

9.2.7.2.4. Contrato de seguro de crédito de exportación de SINOSURE como condición suspensiva para las solicitudes de utilización.

Asimismo, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]os Prestamistas sólo estarán obligados a cumplir con las cláusulas 6.6 y 6.7 (*Participación de los Prestamistas*) si en la fecha de la Solicitud de Utilización y en la Fecha de Utilización propuesta: // [...] // (g) el Agente Crediticio se encuentra satisfecho porque la Documentación Respaldatoria de SINOSURE tienen plena vigencia; el Prestatario ha pagado la cuota pertinente de la Prima de SINOSURE de manera que la Póliza de SINOSURE brindará cobertura en relación con el Anticipo propuesto y el interés que se paga por él; y porque no existe ningún aviso pendiente de SINOSURE que (a) requiera o solicite que el Agente Crediticio suspenda la entrega de cualquier Anticipo o que (b) limite la cobertura o la reembolse de los costos en virtud de la Póliza de SINOSURE o cualquier parte de la misma, o bien que rechace dicha Póliza y sus partes” (cláusula 5.2).

Igualmente, por el Anexo 2 (Condiciones previas) se requería que “[l]a póliza de SINOSURE ha sido debidamente emitida por SINOSURE, en términos satisfactorios para los Prestamistas, y se han cumplido todas las condiciones previas a su entrada en vigor” (punto 5(a)). Asimismo, el requerimiento de esta cobertura estaba complementado por los siguientes términos:

- la previsión de que “[e]l Prestatario no deberá tomar ninguna medida ni omitir tomar una medida que pueda: // (a) permitir la restricción, revocación, anulación o rescisión de la Póliza de SINOSURE; o // (b) dar lugar a una exclusión o defensa de pago aplicable a un siniestro asegurado por la Póliza de SINOSURE” (cláusula 20.9).
- la calificación como un caso de incumplimiento al hecho de que “la Póliza de SINOSURE deja de estar vigente o se rescinde, SINOSURE está (o considera que está) parcial o totalmente fuera de riesgo en relación con la póliza de SINOSURE o si se produce incumplimiento alguno en virtud de cualquier Documentación Respaldata de SINOSURE” (cláusula 21.10).

9.2.7.2.5. Solicitudes de Utilización.

Por otra parte, se estableció que cada solicitud de utilización “no será considerada como cumplida a menos que: [...] (c) haya sido firmado por el Prestatario y refrendado por el Exportador” (cláusula 6.2). Asimismo, en el Modelo de Solicitud de Utilización (Anexo 3), se establecía que las “[i]nstrucciones de pago” eran “[a] la cuenta del Exportador” (punto 2); y que su refrendo implicaba que “el Exportador garantiza que los bienes y servicios detallados en la(s) factura(s) anteriormente mencionada(s) son, en parte, de origen chino, por lo cual cumplen con los requisitos de SINOSURE de que el total de los bienes y servicios que deben ser provistos en virtud del Contrato Comercial incluyan contenido chino por un total no menor al porcentaje del precio del Contrato Comercial indicado en la Póliza de SINOSURE como contenido mínimo requerido de origen chino” (punto 7).

9.2.7.2.6. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a tasa de interés para cada Anticipo y el Préstamo para cada Período de Interés será [...] la tasa de porcentaje anual que es el total de: // (a) el Margen; y // (b) la LIBOR”

(cláusula 9.1). Al respecto, “Margen” fue definido como el “dos coma noventa por ciento (2,90%) anual” (cláusula 1.1).

9.2.7.2.7. Obligaciones referidas a la vigencia de los términos del contrato de inversión pública

Finalmente, en el contrato de financiamiento se estableció que los siguientes supuestos constituían un “Caso de Incumplimiento causado o no por cualquier razón que esté fuera del control del Prestatario o de cualquier persona” (cláusula 21.1):

- “[e]l Prestatario no cumple con ninguna de las disposiciones de los Documentos Financieros de los cuales es una de las partes [...] o el Empleador no cumple con ninguna de las disposiciones del Acta Compromiso del Empleador [...], y el Empleador (en el caso del Acta Compromiso del Empleador) [...] tiene conocimiento de dicho incumplimiento” (cláusula 21.3).

En el Acta de Compromiso del Empleador (Anexo 7), se prevía que la entonces Secretaría de Transporte del entonces Ministerio del Interior y Transporte se comprometiera a “(a) a cumplir el Contrato Comercial; // (b) sin perjuicio de las disposiciones del derecho aplicable, no modificar ninguna disposición del Contrato Comercial, incluidas, entre otras, las disposiciones relacionadas con las partes, el objeto, el precio, el prorrateo del precio, los plazos para el cumplimiento y, en general, cualquier otra disposición del Contrato Comercial, según sea el caso, sin previo consentimiento por escrito del Agente Crediticio (que actúa de acuerdo con las instrucciones de los Prestamistas); // (c) a notificar al Agente Crediticio inmediatamente después de tomar conocimiento de cualquier incumplimiento sustancial del Contrato Comercial o aviso de rescisión que se entregue en virtud de tal Contrato; // (d) a no rescindir ni abandonar el Contrato Comercial ni el Proyecto; y // (e) a no renunciar al cumplimiento de una disposición sustancial del Contrato Comercial (ni procurar o permitir que el Exportador lo haga)” (punto 3.3).

- “[s]i el Contrato Comercial se modifica, suspende, rechaza, termina o rescinde de forma sustancial sin el consentimiento de los Prestamistas, o si existe un incumplimiento en virtud del Contrato Comercial, salvo cuando el Contrato Comercial sea suspendido como resultado de un caso de fuerza

mayor (según se define en el Contrato Comercial) y dicha suspensión persista por un período no mayor que el período durante el cual se extienda el caso de fuerza mayor (según se define en el Contrato Comercial)” (cláusula 21.11).

Al respecto, se preveía que, “[e]n la fecha en que se produzca un Caso de Incumplimiento, o en cualquier fecha posterior a esta, el Agente Crediticio podrá, y lo hará si así se lo ordenan los Prestamistas Mayoritarios, mediante notificación al Prestatario: // [...] // (b) declarar que todos o parte de los Préstamos, junto con los intereses devengados, y todos los demás montos devengados o pendientes en virtud de los Documentos Financieros son inmediatamente exigidos y pagaderos, con lo cual se tornarán inmediatamente exigibles y pagaderos” (cláusula 21.12).

Finalmente, en el Modelo de Solicitud de Utilización (Anexo 3), se establecía que la condición previa al desembolso de que “el Empleador no se encuentra en situación de incumplimiento en virtud del Contrato Comercial, y ni el Empleador (al leal saber del Prestatario) ni el Exportador han tomado ninguna medida (ni siquiera el envío de notificación alguna) que pudiese derivar en la terminación, cancelación o suspensión (de todo o de una parte sustancial) de dicho contrato ni han iniciado ningún procedimiento arbitral de conformidad con el Contrato Comercial)” (punto 6(f)).

9.2.7.2.8. Derecho aplicable.

En cuanto a la ley aplicable, se estableció que éste se regía por el Derecho inglés (cláusula 35), el cual sería reconocido y ejecutado dentro de Argentina (cláusula 18.8).

9.2.7.2.9. Resolución de controversias.

Las controversias derivadas del contrato de financiamiento fueron sometidas definitivamente y con carácter vinculante a un procedimiento arbitral con sede en París, Francia; respecto de lo cual el Estado Nacional renunció irrevocable e incondicionalmente a objetar tal jurisdicción (cláusulas 18.9, 36.1 y 36.2).

9.2.7.2.10. Renuncia de inmunidad.

En línea con lo señalado en el acápite anterior, el Estado Nacional renunció a su inmunidad soberana en las siguientes cláusulas del contrato de financiamiento: (a) “[l]a firma, entrega y cumplimiento de este Contrato y todos los demás documentos a ser firmados, entregados y cumplidos por la República Argentina en virtud del presente

Contrato constituyen actos privados y comerciales y no actos públicos o de gobierno” (cláusula 18.19); (b) “[e]l Prestatario no podrá invocar o hacer invocar en su nombre cualquier derecho de inmunidad [...] para sí o cualquiera de sus bienes (que no sean Activos Públicos) en cualquier acción de cumplimiento iniciada contra el Prestatario en virtud del presente [...]” (cláusula 18.20); y (c) “[e]l Prestatario reconoce irrevocablemente y acepta que los Documentos Financieros y todos los acuerdos celebrados con relación a éstos [...] y [...] sus obligaciones en virtud de los Documentos Financieros son obligaciones de carácter comercial y no público o gubernamental [...]” (cláusula 37.1).

9.2.8. Contrato para la Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca, celebrado entre el Ministerio de Transporte y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., aprobado por la decisión administrativa n° 604 del 17 de abril de 2017; y el Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019

9.2.8.1. Pliego de bases y condiciones particulares y modelo de contrato para la Adjudicación simple por exclusividad para la adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca

9.2.8.1.1. Perfeccionamiento, y entrada en vigencia condicionada

En cuanto al perfeccionamiento del contrato y su entrada en vigencia, en el pliego de bases y condiciones particulares se establecía que:

- “[e]l oferente deberá incorporar a su propuesta económica una Carta de Intención de financiamiento por hasta el OCHENTA Y CINCO POR CIENTO (85%) del monto total de la presente contratación. // La Carta de Intención de financiamiento deberá incluir todas las condiciones legales y económico-financieras apropiadas, las que luego serán negociadas con el MINISTERIO DE FINANZAS” (cláusula 2.7).

- “en la oportunidad de la suscripción del Convenio de Financiamiento, el Estado Nacional verificará si el costo total del financiamiento elegido no supera el costo de los bonos de la República Argentina por una Vida Promedio similar a los plazos del financiamiento propuesto. // En el supuesto de que, en esa instancia se supere ese costo, el Estado Nacional no estará obligado a su suscripción, habilitándose la posibilidad de requerir al Prestamista la modificación de la propuesta de financiamiento para que cumpla con dicho requisito, o requerir al Adjudicatario la gestión para incluir un nuevo programa de crédito que sea acorde con los requisitos previstos en este Pliego.

La firma de la Carta de Intención de Financiamiento implica la ratificación en todos sus puntos por el Prestamista. En consecuencia, de resultar Adjudicatario el Oferente, si su Prestamista se desligase de las obligaciones contraídas en dicha Carta de Intención de Financiamiento, o pretendiera la modificación por cualquier causal, medio o instrumento de las condiciones de financiamiento originalmente ofrecidas en dicha Carta que hagan a la esencia de la misma por la que fuera elegida por el Ministerio y no existiere justa causa debidamente comprobada para hacerlo, ello importará la pérdida de la garantía de mantenimiento de Oferta constituida por el Oferente.

[... L]os términos contenidos en la Carta de Intención de financiamiento que se presente junto con la propuesta al Ministerio y que luego sea perfeccionada con la suscripción del respectivo Convenio de Financiamiento entre el MINISTERIO DE FINANZAS y el Prestamista deberán ser esencialmente similares a la propuesta presentada oportunamente en la Carta de Intención de Financiamiento. El Contrato comercial firmado entre el Ministerio y el Cocontratante será adaptado en lo pertinente conforme la propuesta de financiamiento aceptada, incluyendo las cláusulas especiales que resulten necesarias. // [...].

La aceptación de la Carta de Intención de financiamiento será opcional para el Ministerio y su desistimiento por parte del Ministerio no le implicará costo ni reconocimiento alguno a favor del Oferente y/o el Prestamista. Aun cuando se hubiere aceptado una Carta de Intención de financiamiento, el Estado Nacional podrá optar por un financiamiento cuyas condiciones sean superadoras de aquél ofrecido originalmente por el Oferente/Adjudicatario.

En estos casos, no se ejecutarán las garantías pertinentes constituidas por el Oferente/Adjudicatario” (aviso sobre la cláusula 2.7).

- “[e]l MINISTERIO DE TRANSPORTE y el adjudicatario formalizarán un acuerdo conforme el modelo de Contrato Comercial [...], dentro de los DIEZ (10) días de la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación. // El contrato se perfeccionará en el momento de su firma. [...]. // Sin perjuicio del perfeccionamiento del contrato comercial suscripto entre el Ministerio y el Adjudicatario, dicho acuerdo quedará sujeto a la celebración del Convenio de Financiamiento que oportunamente suscriba el MINISTERIO DE FINANZAS y el PRESTAMISTA.

Por lo tanto, la celebración del Convenio de Financiamiento operará como una condición suspensiva expresamente pactada en el Contrato Comercial que se suscriba entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE y el adjudicatario, subordinando los efectos propios del contrato hasta el acontecimiento de dicha condición. // De verificarse esta condición, ella tendrá efecto retroactivo al momento de la firma del Contrato suscrito entre el Ministerio y el adjudicatario. // [...] // La celebración del Convenio de Financiamiento deberá cumplirse dentro de los CIENTO VEINTE (120) días contados desde la suscripción del Contrato Comercial. Este plazo podrá prorrogarse en función del avance en las negociaciones del Convenio de Financiamiento, a petición del Ministerio de Finanzas.

El modelo de Contrato que se suscriba se adecuará en lo pertinente a las condiciones de financiamiento que finalmente se acepten en el Convenio de Financiamiento, incluyendo las cláusulas especiales que resulten necesarias para su efectiva ejecución” (cláusula 2.14).

Asimismo, en el modelo de contrato se establecía que “[l]a ejecución del Contrato, así como todos los efectos a ella relacionados, se encuentran supeditados al cumplimiento de la condición suspensiva establecida en la Documentación Contractual, otorgándole los efectos que allí se establecen” (cláusula 4.3).

9.2.8.1.2. Anticipo financiero.

Al respecto, en el PByCP se establecía que “[e]l Ministerio otorgará UN (1) único anticipo financiero por un total de QUINCE POR CIENTO (15%) del monto adjudicado,

pagadero de la siguiente forma: // Dentro de los TREINTA (30) días de haber notificado el Ministerio al adjudicatario la firma del Convenio de Financiamiento, el adjudicatario deberá integrar la correspondiente CONTRAGARANTÍA de anticipo financiero y presentará la solicitud de pago de dicho anticipo financiero, acompañando la Factura Comercial por el Monto correspondiente al Anticipo Financiero” (cláusula 5.2.1).

9.2.8.1.3. Circuito de pagos.

Por otra parte, en el pliego de bases y condiciones particulares se establecía que “[e]l anticipo financiero, los pagos contra stock con entrega de comprobantes y los pagos para la cancelación del saldo por los Bienes y servicios que integran el objeto de la presente contratación serán abonados por el Ministerio en los términos establecidos en este capítulo, quedando supeditados al cumplimiento de la condición suspensiva del Contrato Comercial. // A los efectos de realizar los pagos CONTRA STOCK [...] y por SALDOS [...] el Ministerio de Transporte de la Nación emitirá una instrucción de pago y gestionará ante el Ministerio de Finanzas de la Nación (o el órgano que lo suceda con competencia primaria en la materia) para que se emita la solicitud de desembolso al Financista, dentro de los TREINTA (30) días corridos de la presentación de la documentación solicitada para cada uno de ellos. // El Ministerio cumplirá con su obligación de pago al respecto de las facturas que dieron origen a la instrucción de pago referida antecederentemente cuando el monto por el cual fue emitida dicha instrucción sea transferida por el Financista e ingrese en la cuenta bancaria del Adjudicatario, sin perjuicio de lo cual, el Ministerio no responderá por los intereses por retrasos en los desembolsos atribuibles al Financista” (cláusula 5.1).

9.2.8.1.4. Rescisión del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista.

En cuanto a la rescisión del contrato de inversión pública por incumplimiento del contratista, se estableció que “[l]a ejecución de las garantías o la iniciación de las acciones destinadas a obtener el cobro de las mismas, tendrán lugar sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan o de las acciones judiciales que se ejerzan para obtener el resarcimiento integral de los daños que los incumplimientos de los Oferentes, Adjudicatario o Cocontratante hubieran ocasionado” (cláusula 6.2.7).

9.2.8.1.5. Derecho aplicable y resolución de controversias.

En cuanto al derecho aplicable, en el pliego de bases y condiciones particulares se establecía la aplicación de derecho argentino, incluyendo, al RCAN y el Reglamento del RCAN (cláusula 1.4); y, en cuanto a la resolución de controversias, se afirmó la competencia de los tribunales de Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tras agotarse las instancias administrativas (cláusula 1.5), con renuncia expresa e irrevocable a cualquier otro fuero o jurisdicción (cláusula 14.3).

9.2.8.2. Contrato de Línea de Crédito celebrado entre el entonces Ministerio de Hacienda y China Development Bank Corp., aprobado por el decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019

Hasta aquí se ha considerado el acuerdo de inversión pública con los actos administrativos aprobatorios de la contratación, del cual se consideraron las Cláusulas Relevantes que manifestaban o sugerían la existencia de una relación entre éste y el contrato de financiamiento. En este acápite se procede igualmente en relación con este último contrato.

9.2.8.2.1. Términos definidos

En primer lugar, por el contrato de financiamiento se definieron numerosos términos que refieren expresamente al contrato de inversión pública en cuestión (cláusula 1):

- “‘Contrato Comercial’ significa el Contrato Comercial de Adquisición de 200 Coches, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica y Servicios Técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca (Contrato Comercial de Adquisición de 200 Coches, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica y Servicios Técnicos para la Línea Ferrocarril Geran Roca) de fecha 23 de abril de 2018 suscrito entre la República Argentina, por intermedio del Ministerio de Transporte, y el Contratista, y sus modificaciones”.
- “‘Contratista’ significa CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd.”
- “‘Precio del Contrato’ significa el monto que pagará el Propietario del Proyecto al Contratista conforme al Contrato Comercial, que no podrá superar los US\$277.916.696,07”.

- “‘Porcentaje Relevante’ significa, en relación con cada pago que se efectuará conforme al Contrato Comercial como parte del Precio del Contrato: (a) al hacer referencia a las sumas que se deben abonar con el producido de la Línea de Crédito, ochenta y cuatro coma noventa y uno setenta y cinco por ciento (84,9175%) de cada pago, y (b) al hacer referencia a las sumas que deberá abonar el Propietario del Proyecto conforme al Compromiso de PO, quince coma cero ocho veinticinco por ciento (15,0825%) de cada pago”.

9.2.8.2.2. Objeto del préstamo

En cuanto al objeto del contrato de financiamiento, se estableció que “[e]l Prestatario aplicará todos los montos solicitados conforme a la Línea de Crédito a los pagos al Contratista de manera directa para cancelar el Porcentaje Relevante de las obligaciones de pago relacionadas con los Bienes y Servicios Elegibles al vencimiento conforme al Contrato Comercial, en un monto que no podrá superar el Monto Elegible” (cláusula 3.1).

9.2.8.2.3. Contrato de seguro de crédito de exportación de SINOSURE como condición suspensiva para solicitudes de utilización.

En el contrato de financiamiento se estableció que “[e]l Prestamista solo estará obligado a poner un Préstamo a disposición del Prestatario si en la fecha de la Solicitud de Utilización y en la Fecha de Utilización propuesta: // [...] // (f) el Prestamista está de acuerdo sobre la vigencia plena de la Póliza de Sinasure, que el Prestatario ha pagado todas las cuotas relevantes de la Prima de Sinasure adeudadas y pagaderas a la Fecha de Utilización propuesta y que la Póliza de Sinasure brindará cobertura relacionada con la Utilización propuesta y los intereses derivados y no existe un aviso pendiente de Sinasure que (i) requiera o solicite al Prestamista suspender la disposición de un Préstamo o (ii) limite la cobertura o recuperaciones o se oponga a la Póliza de Sinasure o cualquier parte de ella” (cláusula 4.2).

Este término estaba reforzado por la previsión como un evento de incumplimiento del caso de que “[e]l Prestatario toma cualquier medida o no toma medidas, que pudieran // (i) permitir la restricción, revocación, anulación o rescisión de la Póliza de Sinasure conforme a sus términos; o // (ii) generar una exclusión o defensa de pago aplicable a una pérdida asegurada conforme a la Póliza de Sinasure” (cláusula 20.3(a)).

9.2.8.2.4. Solicitudes de Utilización.

Por otra parte, por el contrato de financiamiento se establece que cada solicitud de utilización debía especificar “los detalles de una cuenta del Contratista para recibir el monto derivado de la Utilización” (cláusula 5.2(v)), y que tenía que incluir “la firma del Prestatario, el Propietario y el Contratista” (cláusula 5.2(vi)). Esto se refleja en el Modelo de Solicitud de Utilización (Anexo 2), donde se establece que:

- “[l]os montos derivados de este Préstamo se debe [sic] acreditar en [Insertar datos de la cuenta del Contratista]” (punto 4).
- “[c]on la firma de esta Solicitud de Utilización, el contratista por el presente certifica que: // [...] // (b) el Contrato Comercial está plenamente vigente; // (c) no existe ningún litigio, arbitraje o procedimiento administrativo pendiente ante ningún tribunal, cuerpo arbitral o agencia en relación con el Contrato Comercial; y // (d) el Propietario del Proyecto no ha ejercido los privilegios legales para cambiar unilateralmente los términos económicos del Contrato Comercial” (punto 7).

9.2.8.2.5. Tasa de interés

En cuanto a la tasa de interés, en el contrato de financiamiento se estableció que “[l]a tasa de interés de cada Préstamo para cada Período de Interés es la tasa porcentual anual que representa el total: // (a) del margen aplicable y // (b) LIBOR” (cláusula 8.1). Al respecto, se definió a “Margen” como “dos coma cuatro por ciento (2,4%) anual” (cláusula 1.1) y “el Período de Interés de cada Préstamo será de seis Meses” (cláusula 9.1(a)).

9.2.8.2.6. Obligaciones referidas a la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública.

Por otra parte, el contrato de financiamiento asimismo estableció obligaciones para el Estado Nacional en relación con la ejecución y vigencia de los términos del contrato de inversión pública. En tal sentido, se estableció que los siguientes casos constituían eventos de incumplimiento:

- “[e]l Propietario del Proyecto no cumple debidamente con sus obligaciones del Contrato Comercial” (cláusula 20.2(a)).

- “[s]in el permiso previo por escrito del Prestamista, el Propietario del proyecto se abstendrá de: // (i) realizar, permitir, acordar[,] realizar una modificación, un cambio o una modificación al Contrato Comercial; // (ii) ceder, suspender, resolver o rescindir, o aceptar la cesión, suspensión, resolución o rescisión del Contrato Comercial; o // (iii) ejercer los privilegios legales para cambiar unilateralmente los términos del Contrato Comercial” (cláusula 20.2(b)).
- “[e]l Propietario del Proyecto no procura ni el Prestatario procura que el Propietario del Proyecto tome todas las medidas comercialmente razonables para mantener y aplicar sus derechos materiales conforme al Contrato Comercial” (cláusula 20.2(c)).
- “[e]l Prestatario no cumple con alguna de las disposiciones de los Documentos Financieros” (cláusula 20.5(a)).

Al respecto, se previó que “[e]n cualquier momento después de la ocurrencia de un Evento de Incumplimiento continuo el Prestamista podrá, previo aviso al Prestatario: // [...] // (b) declarar que la totalidad o una parte de los Préstamos, junto con el interés acumulado, y el resto de los montos devengados o pendientes de pago conforme a los Documentos Financieros serán íntegramente exigibles, mediante [*sic*] los cuales se tornarán inmediatamente exigibles” (cláusula 20.25(b)).

Asimismo, esto se refleja en el Modelo de Solicitud de Utilización (Anexo 2), donde se preveía que “[p]or medio del presente declaramos y garantizamos que: // (a) el uso de los montos derivados de la Utilización propuesta es exclusivo para los Bienes y Servicios Elegibles, cuyo pago se deberá efectuar conforme al Contrato Comercial; // (b) no existe ningún litigio, arbitraje o procedimiento administrativo pendiente ante ningún tribunal, cuerpo arbitral o agencia en relación con el Contrato Comercial que se pudiera esperar razonablemente que ocasiona un Efecto Adverso Material; // (c) el Propietario del Proyecto no ha ejercido los privilegios legales para cambiar unilateralmente los términos económicos del Contrato Comercial; // (d) todos los documentos suministrados por nosotros en relación con nuestra Solicitud de Utilización cumplen con el Contrato Comercial y la Póliza de Sinore en todos los aspectos materiales”; // [...] // (f) el Contrato Comercial está plenamente vigente; y // (g) el Contratista no ha incumplido el Contrato Comercial ni el Propietario del Proyecto y, al leal saber y entender del Prestatario, el Contratista no ha tomado ninguna medida, incluso el aviso, que pudiera conducir a la rescisión, cancelación o suspensión del Contrato Comercial” (punto 6).

9.2.8.2.7. Obligaciones referidas a otros contratos de financiamiento y relaciones bilaterales entre Argentina y China.

Por otra parte, en el contrato de financiamiento asimismo se previeron obligaciones para el Estado Nacional en relación con otras relaciones jurídicas (contratos de financiamiento para otros contratos de inversión pública con contratistas chinos) o bilaterales entre Argentina y China. De esta manera, se establecieron los siguientes casos constituían eventos de incumplimiento:

- “[e]l Prestatario, el Estado o cualquier otra Entidad Pública Material condena, nacionaliza, confisca o de cualquier otro modo expropia, asume el control de la totalidad o una parte sustancial del negocio significativo, propiedades u otros activos o participación del capital de cualquier entidad de la Entidad de la RPC sin compensación adecuada o justa causa, o inicia una acción o procedimiento relacionado con lo anterior (cláusula 20.17(a)).
- “[e]l gobierno de la RPC tiene la intención o ha anunciado la intención de cortar los lazos diplomáticos con el Estado o el gobierno del Estado tiene la intención o ha anunciado su intención de cortar lazos diplomáticos con la RPC” (cláusula 20.17(b)).

9.2.8.2.8. Independencia de los documentos financieros.

En el contrato de inversión pública se estableció que “[c]ualquier persona que no fuera Parte no tiene derechos en virtud de la Ley de Contratos de 1999 (Derechos de Terceros) para aplicar ni podrá gozar de los beneficios sobre ninguno de los términos de este Contrato” (cláusula 1.4).

9.2.8.2.9. Derecho aplicable.

En cuanto a la ley aplicable al contrato de financiamiento, se estableció que éste se regía por el Derecho inglés (cláusula 31).

9.2.8.2.10. Resolución de controversias.

La cláusula de resolución de controversias del contrato de financiamiento establecía su sometimiento a un procedimiento arbitral con sede en París, Francia (cláusula 32.1).

9.2.8.2.11. Renuncia de inmunidad.

Finalmente, el Estado Nacional manifestó distintas renunciaciones a su inmunidad en el contrato de financiamiento:

- “[e]l Prestatario no está facultado a invocar ningún derecho de inmunidad (soberano o de otro modo) respecto de sí o sus activos diferentes a los Activos Públicos en una acción adoptada en su contra ante la jurisdicción de tribunales, litigios, ejecución de sentencia, embargo antes de la sentencia o en ayuda de ejecución de sentencia, compensación o cualquier otro proceso legal relacionado con las obligaciones de los Documentos Financieros de los cuales es parte” (cláusula 17.16).
- “[e]l Prestatario reconoce y acepta de manera irrevocable que los Documentos Financieros y contratos suscritos en relación con los Documentos Financieros (incluso apéndices, cronogramas y anexos) y el cumplimiento o la falta de cumplimiento de las obligaciones de los Documentos Financieros son comerciales en lugar de actos soberanos o de gobierno, que se llevan a cabo para fines comerciales” (cláusula 17.17).
- “[e]l Prestatario renuncia de manera irrevocable (y acepta no formular reclamos) en relación con los Documentos Financieros conforme a cualquier ley o en cualquier jurisdicción, independientemente de que la disputa se relacione con actos de un soberano o carácter gubernamental, cualquier reclamo que tuviera o pudiera adquirir inmunidad sobre la base de soberanía o de otro modo (para sí y sus bienes, adquiridos en el presente o futuro), incluso inmunidad derivada de: // (i) la jurisdicción de cualquier corte o tribunal y el servicio y la obtención de procesos en dicha corte o dicho tribunal; // (ii) cualquier recurso provisional o de otro tipo, antes, durante o desde después del inicio del procedimiento; y // (iii) cualquier embargo o ejecución o aplicación de una sentencia o laudo arbitral contra sus bienes. // (iv) Independientemente del párrafo (a), los Activos Públicos y solo los Activos Públicos estarán facultados a gozar de inmunidad de ejecución y recursos” (cláusula 32.3(a)).
- “[e]sta renuncia de inmunidad soberana constituye solo una renuncia limitada y específica para los Documentos Financieros y en ningún caso se deberán interpretar como una renuncia general de Argentina o una renuncia respecto de

los procedimientos no relacionados con los Documentos Financieros” (cláusula 32.3(b)).

10. Fuentes

10.1. Bibliográficas y hemerográficas

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (2006 [1975]) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 5ta reimpresión.

ARMELLA, C. (2015) “Contratos conexos”, en *Diario La Ley. Suplemento Especial sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, del 25.02.2015, pp. 203 y ss. Buenos Aires, La Ley.

BALBÍN, C. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, tomo I.

— (2008a) *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, tomo II.

BARNETT, R. (1986 [2006]) “La teoría consensual del contrato”, en *Lecciones y Ensayos*, número 82, pp. 125-185. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

BARRA, R. (1984) *Contrato de obra pública*, tomo I. Buenos Aires, Ábaco.

BORDA, G. (1991) *Tratado de Derecho Civil. Parte General II*, 10 edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

CASSAGNE, J. (1998) “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”, en *El Derecho (serie especial dedicada al Derecho Administrativo)* del 22 de diciembre de 1998, y *El Derecho* 181-942 (cita digital ED-DCCLXV-58).

— (1999) “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, en *El Derecho* 180-773 (cita digital ED-DCCLXV-58).

— (2001) “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino”, en *El Derecho – Revista de Derecho Administrativo*, tomo 2001/2002, 493 (cita digital ED-DCCLXVII-291)

— (2002) *Derecho Administrativo*, séptima edición. Buenos Aires, LexisNexis, tomo II.

— (2005) *El contrato administrativo*, segunda edición. Buenos Aires, LexisNexis.

COTO, Alejandro Ezequiel (2020) “Conexidad de contratos del Estado Nacional: el caso de los contratos de inversión pública ferroviaria con financiamiento externo asociado entre la República Argentina y la República Popular China (2006-2019)”

CHOMER, H. y SÍCOLI, J. (2015) “Contratos conexos”, en Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo III, pp. 460-466. Buenos Aires, Infojus.

COLEMAN, J. (2010) *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons.

COMADIRA, J. (2007) *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires, La Ley.

COSENTINO, A., ISASA, M., CARRERAS MAYER, P., *et al.* (2017) *Crisis y reestructuración de deuda soberana*. Buenos Aires, EUDEBA.

COTO, A. (2016) “De la inmunidad absoluta al alter ego: los ataques de los holdouts contra el Banco Central de la República Argentina”, en *En Letra*, número 5, tomo II (feb/2016), pp. 31-75. Consultado en [www.enletra.com] el 21.12.2020.

— (2018) “La suerte de los bonistas de la República Argentina ante la Justicia Nacional en tiempos de emergencia pública”, en *En Letra*, número 9 (feb/2018), pp. 109-176. Consultado en [www.enletra.com] el 21.12.2020.

DE LORENZO, M. y TOBÍAS, J. (1996) “Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)”, en *La Ley* 1996-D. Buenos Aires, La Ley, pp. 1387-[+].

FRUSTAGLI, S. (1997) “Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial”, en *Trabajos del Centro*, número 2, año 1997. Rosario, Universidad Nacional de Rosario, pp. 43-54.

GARAVENTA, C. y MANIN, M. (2012) “Sobre los orígenes de la doctrina de la frustración del fin del contrato: comentario al fallo Krell v. Henry”, en *Lecciones y Ensayos*, número 90, pp. 315-324. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

GASTALDI, J. (2016) “La frustración del fin del contrato”, en *La Ley Online* (Cita Online: AR/DOC/3377/2015).

GORDILLO, A. (2013) *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires, FDA.

GREGORINI CLUSELLAS, E. (2015) “La frustración de la causa fin del contrato”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, número 272, del 30 de junio de

COTO, Alejandro Ezequiel (2020) “Conexidad de contratos del Estado Nacional: el caso de los contratos de inversión pública ferroviaria con financiamiento externo asociado entre la República Argentina y la República Popular China (2006-2019)”

2015, pp. 763 y ss. (Cita Online: AR/DOC/5231/2015).

HART, H. (2007) *El concepto de Derecho*, traducción de Carrió, G. (1963). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

HUTCHINSON, T. (2000) *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Decreto reglamentario 1759/72, texto ordenado 1991 según reformas introducidas por decreto 1883/91. Con remisión al texto constitucional de 1994*, 5ª edición. Buenos Aires, Astrea.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, M. (2009) “Acto administrativo y contrato administrativo”, en *Ediciones Especiales: Contratos Administrativos*, pp. 139-147. Buenos Aires, Ediciones RAP.

KELSEN, H. (2009 [1960]) *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. (2015) “La frustración de la causa fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015*, del 25 de febrero de 2015, pp. 283 y ss. (Cita Online: AR/DOC/387/2015).

LÓPEZ FRÍAS, A. (1994) *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona, Ed. Bosch.

LORENZETTI, R. (1999) *Tratado de los Contratos. Parte General*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

— (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado – Tomo II – Artículos 257 a 445*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

MAIRAL, H. (1998) “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en *El Derecho* 179-655.

— (1999) “La teoría del contrato administrativo”, en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral -Facultad de Derecho, mayo 1999*. Buenos Aires, 2000, Ciencias de la Administración.

— (2000) “La Teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Norteamericano”, en *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, tomo 2000/2001, 525 (cita digital ED-DCCLXVII-540).

COTO, Alejandro Ezequiel (2020) “Conexidad de contratos del Estado Nacional: el caso de los contratos de inversión pública ferroviaria con financiamiento externo asociado entre la República Argentina y la República Popular China (2006-2019)”

MARIENHOFF, M. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 5ta. ed.

— (2011a) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 5ta. ed.

MARZORATI, O. (2007) *Derecho de los negocios internacionales*, tomo I. Buenos Aires, Astrea.

MIRANDA, R. (2015) “Argentina con China: el riesgo de la bonanza”, en *Estudios Internacionales*, número 180, año 2015, pp. 91-113. Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile.

MUGILLO, R. (2016) *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. Buenos Aires, Astrea.

NICHT, P. (2012) “China y Argentina: “Oportunidades y desafíos” o cristalización de una asociación dependiente”, en *Relaciones Internacionales*, número 20, junio de 2012, pp.107-128. Madrid, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI) de la Universidad Autónoma de Madrid.

NICOLAU, N. (1997) “Los negocios jurídicos conexas”, en *Trabajos del Centro*, número 2, pp. 9-16. Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario.

OVIEDO, E. (2015) “El ascenso de China y sus efectos en la relación con Argentina”, en *Estudios Internacionales*, número 180, pp. 67-90. Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile.

— (2017) “Alternancia política y capitales chinos en Argentina”, en Oviedo, E. (comp.) *Inversiones de China, Corea y Japón en Argentina. Análisis general y estudio de casos*, pp. 12-35. Rosario, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.

PAPAYANNIS, D. (2006) “El valor de la teoría consensual del contrato”, en *Lecciones y Ensayos*, número 82, pp. 107-123. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

RAMÓN-BERJANO, C., MALENA, J. y VELLOSO, M. (2015) “El relacionamiento de China con América Latina y Argentina. Significado de la alianza estratégica integral y de los

acuerdos bilaterales”, documentos de trabajo nros. 95-96, octubre 2015. Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).

SCHUJOVITZKY, L. (2017) “Capitales chinos en Argentina: naturaleza y clasificación en base a casos de estudio”, en Oviedo, E. (comp.) *Inversiones de China, Corea y Japón en Argentina. Análisis general y estudio de casos*, pp. 36-52. Rosario, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.

URIBURU QUINTANA, J. (2017) “El déficit argentino en infraestructura y el rol de China. Grandes Proyectos en Revisión”, en Oviedo, E. (comp.) *Inversiones de China, Corea y Japón en Argentina. Análisis general y estudio de casos*, pp. 104-117. Rosario, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.

VERGARA, L. (2020) “La readecuación contractual”, en *La Ley*, 10 de agosto de 2020, p. 1 y ss. (Cita Online: AR/DOC/2566/2020).

10.2. Contratos Relevados

Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd. el 25 de agosto de 2006, aprobado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008.

Adenda N° 1 al Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Sifang Locomotive & Rolling Stock Co. Ltd. el 11 de mayo de 2007, aprobada por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008.

Adenda N° 2 al Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios el 2 de septiembre de 2009, aprobada por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Adenda N° 3 al Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta entre el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock. Co. Ltd. el 24 de septiembre de 2009, aprobada por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Adenda N° 4 al Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripa por el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd. el 10 de diciembre de 2009, aprobada por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Adenda N° 5 al Contrato de Suministro de Coches de Pasajeros, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China South Locomotive and Rolling Stock Corp. Ltd., CSR Nanjing Puzhen Rolling Stock Co. Ltd. el 17 de octubre de 2012, aprobado por Decisión Administrativa N° 582 del 15 de julio de 2013.

Convenio de Préstamo de Crédito Comprador, suscripto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y Export - Import Bank of China (EXIMBANK), aprobado por decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works el 25 de agosto de 2008, aprobado por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008.

Adenda N° 1 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Industry (Group) Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR

Qishuyan Locomotive & Rolling Stock Works el 11 de mayo de 2007, aprobada por el decreto n° 91 del 15 de enero de 2008.

Adenda N° 2 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Corp., Shanghai Golden Source International Economic & Trade Development Co. Ltd., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd. el 24 de septiembre de 2009, aprobada por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Adenda N° 3 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica suscripta por el entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China South Locomotive & Rolling Stock Corp., CSR Qishuyan Locomotive Co. Ltd. el 10 de diciembre de 2009, aprobada por el decreto n° 119 del 22 de enero de 2010.

Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo, suscripto por Ministerio de Economía y Producción y Industrial & Commercial Bank of China (ICBC) (Organizador Principal), ABN AMRO Bank NV, Agriculture Bank of China, aprobado por Decreto N 91/2008.

Contrato Marco para el Suministro de 279 Coches de Pasajeros para la Red de Subterráneos de la CABA, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC) el 5 de noviembre de 2008, aprobado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010.

1° Contrato Complementario para el suministro de 45 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC) el 5 de noviembre de 2008, aprobado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010.

Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo, suscripto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp., China Construction Bank Corp., aprobado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010.

2° Contrato Complementario para el suministro de 40 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA, suscripto por la entonces Secretaría de

Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC) el 5 de noviembre de 2008, aprobado por el decreto n° 118 del 22 de enero de 2010.

3° Contrato Complementario para el suministro de 65 coches de pasajeros para la Línea A de la Red de Subterráneos de la CABA, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CITIC International Cooperation Corp. Ltd. (CITICICC) el 13 de julio de 2010, aprobado por el decreto n° 1607 del 12 de octubre de 2011.

Convenio de Crédito, suscripto entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China CITIC Bank Corp. Ltd., Wing Lung Bank Ltd., Industrial and Commercial Bank of China (Asia) Ltd., aprobado por Decreto N 1607/2011, de fecha 12 de octubre de 2012.

Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group el 30 de diciembre de 2009, aprobado por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010.

Adenda N° 1 al Contrato de Suministro de Locomotoras, Coches, Repuestos y Herramientas (Equipos Contratados), Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripta por la entonces Secretaría de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y China CNR Corp. Ltd., Changchun Railway Vehicles Corp. Ltd. CNR Group, Dalian Locomotive & Rolling Stock Corp. Ltd., CNR Group, aprobada por el decreto n° 2154 del 30 de diciembre de 2010

Convenio de Facilidad de Préstamo a Plazo, suscripto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., China CITIC Bank Corp. Ltd., aprobado por decreto n° 2154 de fecha 30 de diciembre de 2010.

Contrato para el Suministro de EMU, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicios Técnicos y Capacitación Técnica, suscripto por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y CSR Qingdao Sifang Co. Ltd. el 9 de enero de 2012, aprobado por el decreto n° 9 del 10 de enero de 2013.

Contrato para el Suministro de Equipamiento Ferroviario, Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicio Técnico y Capacitación Técnica, suscripto por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y CSR Qingdao Sifang Co. Ltd. el 23 de mayo de 2013, aprobado por la Decisión Administrativa N° 584 del 15 de agosto de 2013.

Contrato para el Diseño, Suministro e Ingeniería para la Instalación, Supervisión y Dirección de la Instalación y Puesta en Servicio del Sistema de Señalización de Base para los FFCC Mitre y Sarmiento, suscripta por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Railway Signal & Communication Corp. Ltd. el 17 de julio de 2013, aprobada por la Decisión Administrativa N° 727 del 18 de septiembre de 2013.

Contrato para el Suministro de Unidades Múltiples Diésel (UMD), Repuestos, Herramientas, Documentación Técnica, Servicio Técnico y Capacitación Técnica, suscripta por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y CNR Import & Export Corp. Ltd. (CNR) el 1 de noviembre de 2013, aprobado por la Decisión Administrativa N° 16 del 16 de enero de 2014.

Contrato para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas, suscripto entre el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corp. el 3 de diciembre de 2013, aprobado por el decreto n° 1090 del 17 de julio de 2014.

Enmienda N° 1 al Texto Ordenado del Contrato y sus Enmiendas para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas , suscripta por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corp. el 31 de enero de 2014, aprobada por el decreto n° 868 del 16 de julio de 2016.

Enmienda N° 2 al Texto Ordenado del Contrato y sus Enmiendas para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas, suscripta por el entonces Ministerio del Interior y Transporte y China Machinery Engineering Corp. el 8 de septiembre de 2015, aprobada por el decreto n° 868 del 16 de julio de 2016.

Enmienda N° 3 al Texto Ordenado del Contrato y sus Enmiendas para el Proyecto de Rehabilitación del FFCC Belgrano Cargas, suscripta por el Ministerio de Transporte y China Machinery Engineering Corp. el 13 de diciembre de 2016, aprobada por el decreto n° 987 del 30 de noviembre de 2017.

Convenio de Crédito Comprador, suscripto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y China Development Bank Corp., Industrial and Commercial Bank of China

Ltd., aprobado por el decreto n° 1071 del 10 de julio de 2014.

Contrato de Adquisición de 200 coches, repuestos, herramientas, documentación técnica, capacitación y asistencia técnica y servicios técnicos para la Línea Ferrocarril General Roca, suscripto por el Ministerio de Transporte y CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd., aprobado por Decisión Administrativa N° 604 del 17 de abril de 2018.

Contrato de Línea de Crédito, suscripto por el Ministerio de Hacienda y China Development Bank, aprobado por decreto n° 144 del 22 de febrero de 2019.

10.3. Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (1941) “Ganadera “Los Lagos” S.A. c/ Nación Argentina”, sentencia del 30 de junio de 1941, en *Fallos*: 190:142.

— (1957) “Ditlevsen y Cía. Ltda., S.A. Com., Ind. y Exp. c/ Nación”, sentencia del 26 de abril de 1957, en *Fallos*: 237:452.

— (1976) “Metalmecánica c. Gobierno de la Nación” (*Metalmecánica*), sentencia del 23 de diciembre de 1976, en *Fallos*: 296:692.

— (1979) “Meridiano S.C.A. c. Administración General de Puertos” (*Meridiano*), sentencia del 24 de abril de 1979, en *Fallos*: 301:292.

— (1980) “Heredia de Morales, Justiniana c/ Nación Argentina”, sentencia del 11 de marzo de 1980, en *Fallos*: 302:159.

— (1987) “Mevopal S.A. y otra c/ Banco Hipotecario Nacional s/ ordinario” (*Mevopal*), sentencia del 26 de noviembre de 1987, en *Fallos*: 310:2216.

— (1988) “Almacenajes del Plata S.A c. Administración General de Puertos s/ daños y perjuicios”, sentencia del 24 de noviembre de 1988, en *Fallos*: 311:2385.

— (1990) “Dulcamara S.A. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ cobro de pesos” (*Dulcamara*), sentencia del 29 de marzo de 1990, en *Fallos*: 313:376.

— (1992) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, sentencia del 3 de marzo de 1992, en *Fallos*: 315:158.

— (1993) “Cinplast IAPSA c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ordinario”

(*Cinplast*), sentencia del 2 de marzo de 1993, en *Fallos*: 316:212.

— (1996) “Brunicardi, Adriano c/ Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina” (*Brunicardi*), sentencia del 10 de diciembre de 1996, en *Fallos*: 319:2886.

— (2003) “El Rincón de los Artistas c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”, sentencia del 30 de septiembre de 2003 (E. 441. XXXVIII. R.O.).

—(2014) “Claren Corporation c/Estado Nacional s. exequatur” (*Claren Corporation*), sentencia del 6 de marzo de 2014, en *Fallos*: 337:133.

10.4. Tratados, convenios, protocolos, memorandos y documentos derivados de la relación Argentina-China

Tratado de amistad entre la República Argentina y la República Popular China, celebrado el 10 de febrero de 1947, aprobado por el decreto-ley 7672 del 5 de octubre de 1963.

Convenio Comercial entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 2 de febrero de 1977, aprobado por la ley 21.758.

Convenio de cooperación económica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 7 de junio de 1980, aprobado por la ley 22.377.

Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, celebrado el 5 de noviembre de 1992, aprobado por la ley 24.325.

Memorándum de entendimiento sobre la cooperación en actividades ferroviarias entre el Ministerio de Comercio de la República Popular China y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, celebrado el 16 de noviembre de 2004.

Memorándum de entendimiento entre la República Argentina y la República Popular China sobre cooperación en materia de comercio e inversiones, celebrado el 17 de noviembre de 2004.

Acta de la III Reunión del Grupo de Trabajo de Actividades Ferroviarias creado por el Memorándum de entendimiento sobre la cooperación en actividades ferroviarias, del 22 de mayo de 2006.

Memorándum de entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China para expandir y diversificar su relación en materia de comercio e inversiones, celebrado el 13 de julio de 2010.

Acuerdo de cooperación para la construcción de infraestructura en materia de comunicaciones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 13 de julio de 2010.

Memorándum de entendimiento para el establecimiento de un mecanismo de diálogo estratégico para la cooperación y la coordinación económica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 5 de septiembre de 2013.

Declaración conjunta sobre el establecimiento de la asociación estratégica integral entre la República Argentina y la República Popular China, celebrada el 18 de julio de 2014.

Convenio marco de cooperación en materia económica y de inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 18 de julio de 2014, aprobado por la ley 27.122.

Convenio complementario de cooperación en materia de infraestructura entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, celebrado el 18 de julio de 2014.

Declaración conjunta sobre el fortalecimiento de la asociación estratégica integral entre la República Argentina y la República Popular China, celebrada el 4 de febrero de 2015.

Acta de la reunión del 3er Diálogo Estratégico China-Argentina para la Cooperación y Coordinación Económica, celebrada el 18 de abril de 2017, aprobada por Resolución N° 74 del 11 de mayo de 2017 del entonces Ministerio de Finanzas.

Memorando de entendimiento entre el Ministerio de Transporte de la República Argentina y el Ministerio de Comercio de la República Popular China sobre el fortalecimiento de la cooperación en los sectores de infraestructura, celebrado el 02 de diciembre de 2018.