



Primeras aproximaciones sobre el proyecto de ley de Participación Público-Privada (“PPP”)



Por [Diego Alonso](#)

[Bulló Abogados](#)

Finalmente, el pasado 10 de junio el Poder Ejecutivo ingresó en el Congreso de la Nación (Senado), el proyecto de ley que regula el régimen de participación público-privada (“PPP”) o asociación público-privada.

Este proyecto fue largamente esperado y hay ciertamente gran expectativa en que sea prontamente aprobado, en tanto instrumento que facilite la concreción de políticas públicas que el actual gobierno ha definido como determinantes en su gestión.

En efecto, tal como se describe en el mensaje de elevación, se confía en que a través de esta medida se propicie la inversión privada en obras de infraestructura necesarias para el desarrollo de una actividad económica sustentable que fomente el empleo pleno.

En ese contexto, es lógico que se procure contar con una regulación que ha demostrado funcionar correctamente en Latinoamérica y en otros lugares del mundo, cuya principal ventaja es permitir el financiamiento privado de grandes obras de infraestructura y servicios.

Podríamos decir, quizás a modo de síntesis del espíritu del proyecto de ley, que se trata de un texto que procura un adecuado equilibrio entre las potestades estatales usualmente previstas en la contratación estatal y las garantías esenciales sin las cuales el contratista privado no se encuentra debidamente seguro para destinar millonarias inversiones en proyectos de muy largo plazo. Es así que, según consideramos, el proyecto contempla numerosas e importantes previsiones que procuran dar debido resguardo a muchas de los riesgos usuales que aquejan al contratista.

Se trata en nuestro criterio, de una versión superadora del régimen actualmente vigente (Decretos 1299/2000 y 967/2005).

Ello así, las principales características del régimen que contiene el proyecto de ley son las siguientes:

(i) Amplio ámbito de aplicación.

Siguiendo el sentido de la legislación comparada latinoamericana e incluso mejorándola, es importante destacar que el proyecto no limita el campo de acción de este valioso instrumento a un concepto clásico de infraestructura sino que, tal como se desprende de su art. 1º, es pasible de ser utilizado en los campos de “infraestructuras, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica y servicios conexos a los mismos”, pudiendo

tener como objeto “una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento”.

(ii) Modalidad alternativa.

A fin de evitar cualquier confusión en su interpretación, lo que claramente podría afectar las ventajas que supone para quienes brindarán el financiamiento esperado, el proyecto se preocupa en dejar bien aclarado (v. art. 2º) que se trata de un instrumento jurídico distinto a los regímenes vigentes en materia de obra pública (Ley 13.064), concesión de obra pública (Ley 17.520) y el régimen general de contratación pública (Decreto 1023/01). En el mismo sentido, en su art. 26º se especifica que a las contrataciones bajo este sistema no les serán de aplicación directa, supletoria o análoga, las leyes que regulan dichos otros regímenes que, vale aclarar, continuarán siendo una alternativa a utilizar según el criterio del organismo estatal contratante.

(iii) Las garantías jurídicas para el sector privado.

Como se adelantara al inicio, el proyecto se hace cargo de que la única manera de propiciar que arriben al país los fondos que se necesitan para la envergadura de la empresa que se acomete, es brindar las garantías jurídicas que otorgan cobertura al sector privado frente a los habituales riesgos ajenos al mismo que trastocan la ecuación económico-financiera del contrato.

Como es sabido, no se trata de regalar nada al contratista privado ni excluir el denominado riesgo empresario, sino más bien de mantener la ecuación planteada al inicio, que justificó la decisión de emprender el proyecto, sin que la misma se vea seriamente afectada por cuestiones que muchas veces trasuntan verdades arbitrarias sorprendidas.

En este sentido, son numerosas y muy importantes las previsiones que apuntan a lograr un escenario propicio para la decisión de inversión que se procura obtener:

1. El plazo de origen del contrato debe permitir la recuperación de inversiones efectivamente realizadas, el repago del financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable (art. 4º, inc. d).

2. Puede preverse la creación de una sociedad de propósito específico para la ejecución del contrato (art. 7º).

3. El contrato debe incluir previsiones sobre los siguientes aspectos (art. 9º):

3.1. Plazo de vigencia y su prórroga.

3.2. El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos, asignándolos a quien se encuentre en mejores condiciones de prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, el caso fortuito, la fuerza mayor, la alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato.

3.3. Las obligaciones del contratista, los riesgos y aportes asumidos.

3.4. Las sanciones por incumplimiento, los procedimientos de aplicación y las formas de ejecución.

3.5. Estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

3.6. La forma, modalidad y oportunidades de pago de la remuneración, así como el procedimiento de revisión del precio del contrato a los fines de preservar el precio base del mismo.

3.7. Especificación de los aportes del contratante.

3.8. Instrumentos que permitan adaptar las modalidades de ejecución a los avances tecnológicos y a las necesidades y exigencias de financiamiento que se produzcan a lo largo de su vigencia.

3.9. Límite del 20% a la potestad de disponer el contratante en forma unilateral la variación del contrato, lo que se circunscribirá a la ejecución del proyecto, compensándose adecuadamente la alteración, preservándose el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

3.10. Derecho de las partes contratantes al mantenimiento del equilibrio económico financiero original del contrato y los instrumentos y procedimientos de renegociación o adecuación contractual para el caso de ruptura de dicho equilibrio.

3.11. Garantías de ingresos mínimos para el caso que las hubiere.

3.12. Obligación del contratante de prestar su colaboración para la obtención de financiamiento que resulte necesario para la ejecución del proyecto.

3.13. Régimen de los bienes muebles e inmuebles que se utilicen y/o construyan durante la vigencia del contrato.

3.14. Causales de extinción del contrato, con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes, sus alcances y métodos de determinación y pago. Es muy importante que en este punto se haya previsto que en caso de extinción por razones de interés público, no se aplicarán de ningún modo las limitaciones que se desprenden de la Ley 21.499 de Expropiaciones, la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y del Decreto 1023/01 de Régimen General de contratación pública. También es relevante que se prevea que la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad, debe ser solicitada y declarada por Tribunal competente.

3.15. Lo atinente a la cesión y transferencia del contrato.

3.16. Facultad del contratista de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratante.

3.17. Facultad de subcontratación.

3.18. Procedimientos y métodos de solución de controversias.

4. En los casos de extinción anticipada del contrato por parte del contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimientos de determinación que se establezcan, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada. Debe asegurarse asimismo el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto (v. art. 10°).

5. En línea con lo anticipado respecto de la exclusión de la aplicación de normativa limitativa de responsabilidad, se establece que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en los pliegos y en el contrato, aplicándose supletoriamente el Código Civil y Comercial de la Nación (v. art. 11°).

6. A fin de evitar cualquier tipo de controversia en dos aspectos cruciales como son la moneda de pago y la actualización del monto adeudado, se excluye la aplicación directa, supletoria o análoga (i) del art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación relativo a las “Obligaciones de dar dinero”, cuyo contenido generó y continúa generando un amplio debate y (ii) de los arts. 7° y 10° de la Ley 23.928 que prohíben la actualización, indexación o repotenciación de deudas (v. art. 26°).

Por último y sin perjuicio de las garantías expuestas, no puede dejar de mencionarse que también se prevén numerosos resguardos en beneficio no sólo del propio contratante estatal sino de los usuarios de las obras, los terceros en general y, en definitiva, del interés público.

Ejemplo de estas previsiones son aquellas que se contemplan en oportunidad de estructurarse el proyecto por parte del contratante, debiendo éste procurar (art. 4°):

1. La especificación de los objetivos de interés público que la contratación tiende a satisfacer y los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo.
2. Promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos.
3. Respetar los intereses de los destinatarios de los servicios y/o actividades y de los sujetos involucrados en los proyectos.
4. Ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos.
5. Promover la inclusión social en el área de desarrollo de los proyectos, de modo tal de optimizar el acceso a infraestructuras y servicios básicos.
6. Incentivar la generación de nuevas fuentes de trabajo, estableciéndose planes y programas de capacitación para los trabajadores.
7. Aplicar mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e intrarregional en la financiación de los proyectos.

8. Fomentar la participación de PYMES.

9. Facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional.

En el mismo sentido, se contempla la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los proyectos, debiendo preverse la adopción de medidas de prevención, mitigación o compensación de los eventuales impactos negativos o adversos al ambiente (v. art. 5°).

(iv) Procedimiento de selección. Diálogo competitivo. Iniciativa privada.

En primer término, se establece que deberá realizarse un informe por parte de la autoridad convocante en orden a fundar la adopción de este mecanismo, debiéndose referir a ciertos aspectos propios del proyecto, como por ejemplo, su factibilidad, el impacto de los gastos en las metas de resultado fiscal, flujo de recursos públicos y las externalidades que provocará el proyecto (art. 13°).

Luego, se dispone como regla general la realización de la licitación o el concurso público, nacional o internacional según corresponda de acuerdo a los factores que se enumeran, como ser, la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto y origen de los fondos (art. 12°).

Es plausible que se haya incorporado la figura del diálogo competitivo, existente en la legislación latinoamericana (ej. El Salvador), como herramienta para la elaboración de las condiciones particulares y documentación contractual. Este sistema consiste en la realización de un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre el contratante y los interesados precalificados, que permite la configuración de la solución más conveniente al interés público (v. art. 14°).

Por último, se aclara que los procedimientos de selección previstos son compatibles con los procedimientos de iniciativa privada (v. art. 17). En este aspecto, de suma importancia sin dudas, el proyecto optó por no incluir una regulación completa de la figura que actualmente se rige por el Decreto 966/2005, reservándolo seguramente para una posterior reglamentación.

(v) Las garantías económicas.

El Capítulo III del proyecto se encuentra dedicado al tratamiento de las garantías que el contratante estatal brindará al contratista, respecto de las obligaciones de pago que hubiere asumido.

Se incluye un amplio abanico de opciones, entre las que se encuentran: la afectación específica y/o de fondos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos; la creación de fideicomisos y/o utilización de los existentes y el otorgamiento de fianzas, avales y cualquier otra clase de garantía por parte de entidades de reconocida solvencia.

(vi) Control de la ejecución del contrato.

A lo largo de todo el proyecto quedan suficientemente cubiertas las potestades a cargo del Estado. En el caso puntual del control de la ejecución del contrato, en el Capítulo IV del proyecto se prevé que dicho control se encuentre a cargo del organismo contratante o del órgano creado con esa finalidad en la respectiva jurisdicción.

En consecuencia, a diferencia del criterio de otras legislaciones latinoamericanas, no se ha creado un ente específico o Autoridad de Aplicación que concentre este tipo de contratos más allá de las jurisdicciones que encaren los distintos proyectos. Ello no quiere decir que luego, mediante una norma reglamentaria, no se vaya a crear algún ente u organismo con tal finalidad.

Sin perjuicio de tal situación, se asignan al contratante amplias facultades de inspección y control, aclarándose expresamente que puede requerir todo tipo de información vinculada al cumplimiento del contrato y desarrollo del proyecto, garantizándose la confidencialidad de la información comercial o industrial.

Se establece que la reglamentación o los pliegos prevean la intervención de auditores externos, con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad, y trayectoria, que colaboren en la revisión del cumplimiento de la ejecución de los contratos.

(vii) Resolución de controversias.

Es indudable que el modo que se prevea para solucionar eventuales conflictos es un aspecto clave para el inversor. Más aún en el contexto de un país que ha demostrado desconocer reiteradamente sus compromisos.

Es así que el proyecto prevé en primer término (v. art. 9, inc. w), que pueda conformarse un panel técnico que decida cuestiones de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución e incluso terminación del contrato.

Se dejó a la reglamentación y estipulación de los documentos contractuales la reglamentación de este instrumento (procedimientos, conformación, posibilidad de impugnación, etc.).

Sin perjuicio de ello, tanto dicha norma como el Capítulo VI del proyecto contemplan la posibilidad que se incluya el arbitraje como método de solución de controversias relativas a la ejecución, aplicación y/o interpretación del contrato.

Tampoco en este punto se avanza en la reglamentación de todos los aspectos esenciales de la cuestión, los que quedarán para la reglamentación y los documentos contractuales.

Sí queda abierta la posibilidad que el arbitraje sea nacional o internacional, pues no otra cosa puede concluirse de la previsión para los laudos de los tribunales arbitrales en la República Argentina que contiene el art. 24 del proyecto. Esta última norma limita la apelación de los laudos nacionales bajo lo previsto en el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procurando delimitar la noción de “falta esencial de procedimiento” que incluye esta previsión.

Es importante que se haya establecido que aquellos pagos no alcanzado por controversia y que ya se hubiesen devengado, deban igualmente ser efectivizados (v. art. 25).

(viii) A modo de conclusión.

En nuestra opinión, puede decirse que estamos en presencia de un proyecto lo suficientemente abarcativo y flexible como para cumplir con la ambiciosa finalidad a la que está dirigido, que no es otra que conseguir millonarios recursos para encarar el enorme déficit de infraestructura que aqueja al país, a la vez que con ello propender a una mejora sustancial en el nivel de empleo.

Hay muchos aspectos que obviamente dependerán del ajuste preciso que surja de la reglamentación y/o de los documentos contractuales, pero el texto de la ley contempla en principio todas las cuestiones básicas y necesarias para fomentar el éxito de las empresas que se encaren.