

MEMORANDUM

SÍNTESIS DE VENTAJAS DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

(LEY 27.328 Y DECRETO 118/17)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires
14 de febrero de 2018

Por Estudio Beccar Varela

Confidencial

El presente informe resume las diversas ventajas que implica para los inversores, contratistas y financistas el régimen del Contrato de Asociación Público-Privada aprobado por la Ley 27.328¹ y por su reglamentación contenida en el Decreto 118/17² (“el Régimen de PPP”).

En función de ello, hemos elaborado el siguiente informe, en el cual se detallan –de modo resumido–, las principales ventajas que trae aparejado, para los particulares, el régimen mencionado.

En el citado análisis se analiza, por separado, el ámbito de aplicación del Régimen de PPP, los procedimientos de selección del contratista, las formas de financiamiento externo, la eliminación de privilegios estatales y las alternativas en cuanto a resolución de conflictos.

1. Ámbito de aplicación:

1.1. *Objetivo:* la regulación adopta un criterio amplio en cuanto a los proyectos que podrán ejecutarse bajo el Régimen de PPP. En tal sentido, se enuncian las siguientes áreas³:

- a) Infraestructura;
- b) Vivienda;
- c) Actividades y servicios;
- d) Inversión productiva;
- e) Investigación aplicada;
- f) Innovación tecnológica

El listado es simplemente enunciativo (no limitativo), por lo que podría llevarse a cabo bajo el Régimen de PPP todo proyecto que el Estado crea justificado para ser establecido bajo esta modalidad contractual; entre ellos, proyectos vinculados con infraestructura en materia de telecomunicaciones, si es que éstos fueran del particular interés de ADIMRA o de sus miembros.

¹ Sancionada el 16/11/16 y publicada en el Boletín Oficial el 30/11/16.

² Emitido el 17/2/17 y publicado en el Boletín Oficial el 20/2/17.

³ Art. 1º, Ley 27.328.

1.2. *Subjetivo*: Los contratos bajo el Régimen PPP pueden ser celebrados entre⁴:

a) Como contratante, los órganos y entes que integran el Sector Público Nacional, con el alcance previsto en el art. 8° de la Ley 24.156 y sus modificatorias⁵; y

b) Como contratista, sujetos privados o públicos.

2. Los procedimientos de contratación.

Por ser los que garantizan de mayor modo la concurrencia, publicidad e igualdad, sólo pueden ser adoptarse los siguientes procedimientos⁶ para la adjudicación de contratos en el Régimen PPP:

a) Licitación pública nacional o internacional; o

b) Concurso público nacional o internacional.

Esto presenta diferencias con los restantes regímenes de contratación administrativa –por ejemplo, el régimen de obra pública, suministro, etc.–, en los cuales proceden otros mecanismos menos abiertos y menos transparentes como, por caso, la licitación privada, el concurso de precios y la contratación directa. En el caso del Régimen PPP, la contratación directa se encuentra expresamente prohibida.

En los procedimientos de selección:

a) Debe promoverse la participación de Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs) y el fomento de la industria y trabajo nacional⁷;

b) Los pliegos y demás documentación deben prever que los bienes y servicios tengan, como mínimo, 33% de componente nacional. Ello puede ser exceptuado en ciertos casos;

c) Las preferencias de la ley 25.551 (régimen de “compre nacional”) a favor de bienes de origen nacional resultarán de aplicación;

d) Son aplicables los mecanismos de iniciativa privada⁸.

Debe destacarse que las preferencias a favor de las empresas nacionales y PyMEs pueden otorgarse, inclusive, en casos en que tales empresas nacionales y PyMEs formen consorcios con empresas extranjeras, en cuyo caso las empresas nacionales y PyMEs mantengan una participación no inferior al 30% en dicha asociación o consorcio.⁹

⁴ Id.

⁵ El Art. 8, Ley 24.156, incluye: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) Empresas y Sociedades del Estado, que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; y d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

⁶ Art. 12, Ley 27.328.

⁷ Id.

⁸ Art. 17, Ley 27.328.

⁹ Existe actualmente un Proyecto de Ley para modificar el régimen de “compre nacional”, que establece como condición para los adjudicatarios de contrataciones administrativas la celebración de acuerdos de cooperación productiva para la adquisición de productos y servicios locales por hasta el 20% del valor de la oferta. Este Proyecto

3. Financiamiento

El financiamiento externo obtenido por el contratista puede ser establecido como un requisito de la oferta, el cual –según las modalidades del pliego que regule el contrato– podrá ser repagado por el contratante en la ejecución del proyecto, ya sea por:

- a) Aportes en dinero.
- b) Cesión de fondos obtenidos por operaciones de crédito público.
- c) Titularidad de bienes.
- d) Titularidad de créditos presupuestarios, fiscales o contractuales.
- e) Beneficios Tributarios.
- f) Subsidios
- g) Franquicias.
- h) Concesión de uso o explotación de bienes de dominio público.
- i) Cualquier tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado Nacional.

4. Morigeración de las clásicas prerrogativas estatales

A diferencia de los contratos públicos tradicionales –por ejemplo, el régimen de obra pública–, bajo el Régimen de PPP el Estado puede renunciar, en el pliego que regule el contrato, a ciertas prerrogativas clásicas, y asimismo reconocer al contratista ciertas protecciones específicas contra esas prerrogativas. Así, por ejemplo, puede preverse en el pliego:¹⁰

- a) La limitación a la facultad estatal de modificar unilateralmente el contrato. Sólo podrán introducirse variaciones en lo referente a la ejecución del proyecto y hasta un límite máximo, en más o en menos, del 20% del valor total del contrato, en la medida que se compense adecuadamente la alteración al contratista, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento;
- b) El contratista puede ser autorizado a ceder el contrato o a dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato, incluyendo el derecho a percibir los aportes comprometidos por la parte pública contratante, la remuneración y las indemnizaciones pertinentes, así como se prevé la posibilidad de titularización (securitización) de los flujos de fondos pertinentes;
- c) La facultad del contratista de suspender temporariamente la ejecución de las prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte;
- d) La facultad del contratista privado de ceder, total o parcialmente, el contrato a un tercero siempre que éste reúna similares requisitos que el cedente y haya transcurrido, al menos, el 20% del plazo original del contrato o de la inversión comprometida, lo que antes ocurra;
- e) La facultad del contratista de subcontratar los trabajos, previa comunicación a la parte contratante y con su aprobación y consentimiento;
- f) En caso de resolución del contrato por parte del Estado por razones de interés público –o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia–, la resolución debe ser aprobada mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional y la indemnización al contratista debe ser plena (es decir, debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante) y no puede ser en ningún caso menor a la inversión no amortizada;

de Ley cuenta con mediación sanción de la Cámara de Diputados y espera tratamiento por parte de la Cámara de Senadores (Expte. Senado CD 51/17).

¹⁰ Art. 9, inc. i, Ley 27.328.

- g) La suspensión del contrato o su nulidad por razones de ilegitimidad deben ser solicitadas judicialmente y declaradas por un juez competente, sin que pueda ser revocado o suspendido por mera decisión de las autoridades administrativas;
- h) En cualquier caso de terminación anticipada, el Estado no podrá tomar la posesión de la obra sin antes pagar al contratista la indemnización correspondiente¹¹.
- i) La indexación de precios está permitida y la parte contratante no puede invocar el derecho a pagar en moneda local si las obligaciones contractuales fueron contraídas en moneda extranjera.¹²

5. Resolución de controversias

El Régimen de PPP prevé diversas formas de resolución de controversias alternativas al sistema judicial o administrativo tradicional:

- a) Para los conflictos de carácter técnico, interpretativo y patrimonial, se incorpora el sistema de “panel técnico”, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución del contrato para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes¹³;
- b) Para las demás controversias, se prevé la posibilidad de optar por mecanismos de avenimiento o arbitraje¹⁴;
- c) Se mantiene, asimismo, el sistema de resolución de controversias propio de los Tratados Bilaterales de Inversión, a través del CIADI, el cual resultaría de aplicación si el país del contratista privado tuviera un tratado de ese tipo vigente con la Argentina.

6. Ventajas y protecciones para el contratista, inversor o financista.

En virtud de todo lo arriba expuesto, puede afirmarse que el nuevo Régimen de PPP otorga importantes ventajas y fuertes protecciones al contratista privado, al inversor o financista, siendo que ello ha sido especialmente tenido en cuenta por quienes han redactado y propuesto el texto legislativo.

Así, vale la pena destacar que el Régimen de PPP ha sido elaborado tomando como base la experiencia positiva de otros países de Latinoamérica y del resto del mundo, como Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Japón, Perú, Reino Unido y Uruguay, adoptando así las mejores prácticas regionales e internacionales en la materia.

Como muestra de la especial atención que el Régimen de PPP pone sobre los intereses del sector privado, vale la pena citar los siguientes párrafos que forman parte de la Exposición de Motivos que ha dado origen a la ley sancionatoria del régimen:

“...que la obra pública tenga una armónica compatibilización con los intereses y las posibilidades que surjan del sector privado” y “...las medidas propuestas se enmarcan en las políticas del Gobierno Nacional que permitirán propiciar incentivos para la Inversión Privada...”.

Dicho esto, a continuación resumiremos las principales ventajas y protecciones del Régimen PPP para el contratista, inversor o financista, según hemos descripto a lo largo del presente informe:

¹¹ Art. 10, Ley 27.328.

¹² Art. 31, Ley 27.328.

¹³ Art. 9, inc. x, Ley 27.328.

¹⁴ Art. 25, Ley 27.328.

**PRINCIPALES VENTAJAS Y PROTECCIONES DEL RÉGIMEN PPP
PARA EL CONTRATISTA, INVERSOR O FINANCISTA**

- ✓ Es un régimen flexible, aplicable y adaptable a cualquier tipo de proyecto.
- ✓ Permite el desarrollo y financiamiento de proyectos a largo plazo.
- ✓ Garantiza la transparencia, competencia e igualdad en el proceso de selección.
- ✓ Permite asociarse con empresas locales para obtener los beneficios de la producción nacional.
- ✓ Se privilegia la iniciativa privada.
- ✓ Permite financiar el proyecto mediante la *securitización* o el *project financing*.
- ✓ Impide la modificación unilateral del contrato por parte del Estado.
- ✓ Garantiza la preservación de los términos económicos-financieros del contrato.
- ✓ Permite indexar, actualizar y mantener el valor económico del contrato.
- ✓ Garantiza el pago del precio en la moneda pactada.
- ✓ Otorga protecciones y alternativas de salida ante casos de incumplimiento del Estado.
- ✓ Impide que el Estado pueda terminar el contrato de manera arbitraria.
- ✓ Garantiza la plena indemnización en caso de terminación o expropiación del contrato.
- ✓ Impide la confiscación por parte del Estado.
- ✓ Garantiza la resolución imparcial y profesional de las controversias técnicas.
- ✓ Admite la resolución alternativa de conflictos por fuera del sistema judicial local.
- ✓ Tiene rango de ley nacional y no puede ser modificado por simple decreto ejecutivo.

Este informe ha sido preparado y entregado sólo para conocimiento y beneficio de ADIMRA y sus miembros, y el mismo no podrá ser revelado a terceros (excepto a eventuales socios o inversores extranjeros, con fines meramente promocionales) ni presentado ante ningún tribunal o árbitro, sin el previo consentimiento escrito del Estudio Beccar Varela.

Daniel Levi
dlevi@ebv.com.ar
+54 11 4379-6839

Juan Stupenengo
jstupenengo@ebv.com.ar
+54 11 4379-4730

* * *