

“LOS PPP”. CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Autora. Marianela Demuru

Septiembre 2017

1. Introducción

Los **contratos de participación público-privados** son aquellos celebrados entre los órganos y entes que pertenecen al Estado –sea nacional, provincial o municipal– y sujetos privados o públicos, con el objeto de llevar a cabo una serie de proyectos que impliquen llevar a cabo acciones y/o actividades de construcción, explotación, mejora, mantenimiento, explotación.

Constituye un instrumento que **facilita la concreción de políticas públicas**, por lo que este tipo de contratos constituye una modalidad alternativa a los contratos de obra pública y concesión de obra pública.

La nueva norma, Ley 27328, propicia que propicia un **cambio de paradigma en** materia de obras de infraestructuras, mediante la cual se pretende terminar con la “ineficiencia” del Estado en la ejecución de obras.

En este tipo de contrataciones, la distribución de riesgos se modifica, toda vez que la autoridad del Estado contratante se desliga de la carga de obtener el financiamiento, ya que es el contratista quien asume la responsabilidad por la obtención de una parte, al menos sustancial, del proyecto.

Se confía que a través de esta medida se propicie la **inversión privada en obras de infraestructura pública** necesarias para el desarrollo de una actividad económica sustentable, generando la atracción de capitales y tecnología, en un marco de mayor **participación de bancos, sector privado y organismos multilaterales de crédito para el financiamiento de las mismas, y que, a su vez, fomente el empleo pleno.**

La mayor ventaja es que estas obras son ejecutadas y financiadas por el sector privado; el privado licita la obra y puede financiarse por un sinnúmero de entidades de financiamiento recayendo sobre él la deuda de financiada; mas no sobre el Estado. Éste en su caso pagará la infraestructura a través de un canon

periódico por el servicio provisto, por medio de terceros o por medio de los mismos usuarios –quedándose o no a cargo de la concesión-, lo cual permite diferir en el tiempo el impacto presupuestario del precio de la obra.

Atento a la “flexibilidad” de la ley y su reglamentación en cuanto a las posibilidades asociativas entre Estado y Privado, el presente “contrato de ppp” parece ser un mero vehículo que permitirá llevar adelante las más variadas formas de relaciones y vinculaciones entre los referidos sujetos a fin de llevar a cabo la ejecución de obras. Permitiendo ello afirmar que en cuanto a figura jurídica se asemeja a los múltiple usos de la figura del fideicomiso.

2. Abstract Ley 27.328

- Regidos por la nueva *Ley 27.328* y su *Decreto Reglamentario N° 118/201*, se sanciona un nuevo régimen de contratación el que, conforme la misma ley, constituye ser una “**modalidad alternativa**” a los contratos regulados por las leyes 13.064 (obras públicas), 17.520 (concesión de obra pública) y decreto 1023/2001 (régimen de contrataciones con el Estado) (*art. 3*).

- Se dispone la creación de los *contratos de participación público-privada* (*art. 1*) estableciendo que los mismos serán los celebrados entre:

a) **los órganos y entes que integran el sector público nacional, como parte CONTRATANTE**, con el alcance previsto en el art. 8 ley 24.156:

a.i.) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.

a.ii.) 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.

a.iii.) 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.

a.iii.) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

b) y, como CONTRATISTAS, “Sujetos privados o públicos con el alcance dispuesto en la presente ley”;

Se norma asimismo en el art. 3 que “*las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, podrán celebrar dichos contratos en calidad de CONTRATISTAS.*”

- Se podrán desarrollar proyectos “*de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica*”. y podrán “*tener por objeto una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamiento y bienes, explotación u operación y financiamiento*” (art. 1).

- *Previo a la celebración de los contratos de PPP se deberá acreditar que mediante dicha forma de contratación se permite cumplir con los **OBJETIVOS DE INTERÉS PÚBLICO** que se pretenden (art. 1).*

En concordancia con ello, el art. 4, manda al CONTRATANTE a especificar los objetivos de interés público, respetar los intereses y derechos de los destinatarios, promover la inclusión social, incentivar la generación de nuevos empleos, fomentar la participación directa o indirecta de las pymes, entre otros y el art. 5 manda a promover la protección y cuidado del medio ambiente, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación de los impactos negativos o adversos que se ocasionen.

Es decir, el CONTRATANTE deberá acreditar previamente (art. 1) la posibilidad de cumplir los objetivos de interés público mediante esta modalidad de contratación y velar por los mismos durante la estructuración de los proyectos de PPP (art. 4)

como en su etapa de ejecución; lo que conlleva la necesaria presencia del Estado en las diversas etapas de contratación –para lo cual se crea, como se verá, la Unidad de Participación Pública Privada dependiente del Ministerio de HACIENDA-

- En el Art. 6, se menciona que las erogaciones y compromisos que se asuman en el marco de proyectos de PPP, deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas (Ley N° 24.1256, 25.3152 y demás legislaciones), y que a su vez, se debería informar el impacto fiscal de dichos compromisos asumidos, en las respectivas leyes de presupuesto.

- En cuanto al contenido del contrato y el diseño de los mismos, el *art. 1* dispone que “*tendrá la **flexibilidad** para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto ...*”, aunque sin perjuicio de ello en el *art. 9* se establece el contenido obligatorio que cada contrato deberá contener, entre ellos, **el plazo de vigencia y sus prórrogas –los que no podrán extenderse más allá de 35 años-**, obligaciones de las partes, mecanismos de control de cumplimiento, **formas de pago de la remuneración –la que podrá ser percibida de los usuarios, de la contratante o de terceros-**, garantías, causales de extinción, entre otros.

- Se establecen un sinnúmero de **garantías para el CONTRATISTA**,

- En torno a las **prerrogativas del Estado**, se debe destacar que el presente régimen limita el mundo de facultades que la Administración pública tiene en el derecho administrativo. El presente régimen de actuación tiende ser más “flexible” y regido por normas de derecho privado –en este caso el Código Civil y Comercial de la Nación-.

Dentro de las prerrogativas a favor del Estado, se regla la posibilidad de establecer **variaciones unilateralmente** en relación a la ejecución del contrato, disponiendo un límite del 20% con compensación de los costos alterados.

Asimismo, se otorga la facultad de **ponerle fin al contrato por razones de interés público**, pero en este caso expresamente si dispone que en dicho caso no

será de aplicación directa, supletoria, ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499, 26.944 y decreto 1023/2001 – es decir, responsabilidad limitada del Estado teniendo en cuenta las normas de derecho administrativo -. En el mismo sentido, el **art. 10** establece que en caso de extinción anticipada por parte de la contratante, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder.

- *Por su lado, el art. 11* dispone que la **responsabilidad patrimonial** de las partes contratantes se regirá por el CCyC.

Sin perjuicio de ello, es destacable considerar que la reforma del Código Civil y Comercial expresamente dispuso que **las normas de derecho privado, en cuanto a responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos no será aplicable, debiendo aplicarse las normas de derecho administrativo**. Por lo que puede presentarse una situación de conflicto interpretativo desde el punto de vista judicial –en caso de suscitarse un conflicto-.

- La **forma de vinculación** entre las partes, puede ser variada, desde un contrato hasta la constitución de sociedades anónimas mixtas, fideicomisos financieros.

- En este punto es dable destacar el **art. 9 inc. n)** que dispone “La facultad de la contratante de prestar su cooperación para la obtención del **financiamiento** que resulte necesario para la ejecución del proyecto”, de lo que se deduce que no es el Estado necesariamente quien debe financiar el proyecto, sino que es el mismo contratista quien corre con dicho acto –razón por la cual se entiende que el Estado no es el que se endeuda con fuentes de financiamiento ni interno ni externo-.

Ahora si, el Estado adeudará como contraparte una remuneración por la obra o proyecto -art. 9 inc. f) remuneración que podrá ser percibida por los mismos usuarios, la contratante o de parte de terceros-, pero ya como contraprestación, mas no como deuda financiada por organismo alguno.

- En cuanto a los *procedimientos de selección*, se realizarán por medio de la licitación o concurso público, debiendo garantizarse la transparencia, publicidad, igualdad, etc.

Se debe garantizar que, en el marco del contrato, la provisión de bienes y materiales debe ser al menos del 33% de componente nacional.

- Como novedad, el art. 25 dispone la posibilidad de resolver las contiendas por medio de *avenimiento o árbitros*. Inclusive, refiere la posibilidad de prorrogar la jurisdicción. Contra los laudos sólo podrán interponerse recursos de aclaratoria y nulidad.

- Se crea la *Unidad de PPP*, como órgano que tenga a su cargo la centralización de la normativa.

- Se crea la *Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público Privada*, la que estará integrada por 7 senadores y 7 diputados. El titular de la UPPP deberá concurrir anualmente a dicha Comisión.

3. Conclusiones

Sin perjuicio que las normas aplicables a este tipo de contratación “tienden” a ser las ordenadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, no debe perderse de vista que las *prerrogativas del Estado como poder público son irrenunciables* (conf. Dictámenes 164:82; 202:48; 217:115 de la Procuración del Tesoro de la Nación). Por tanto, serán aplicables *al contrato y a la relación contractual* las normas de derecho privado en tanto y en cuanto no se encuentren afectados derechos de orden público.

Por ello *dependerá del Supremo Tribunal de Justicia* comprender y respetar que *a)* las decisiones políticas de optar por este tipo de contrataciones para desarrollar obras públicas no son cuestionables judicialmente –como se viene sosteniendo en reiterados fallos respecto de las decisiones políticas no justiciables - y, *b)* teniendo en cuenta además que el presente régimen modifica las normas que habitualmente se

han aplicado a las relaciones contractuales entre el Estado y los privados –de derecho administrativo a derecho privado-. ***Sobre todo en torno a la responsabilidad de las partes.***

Por otro lado, para que funcionen los PPP se necesitan: ***REGLAS CLARAS, CONFIANZA EN Y DE LOS MERCADOS***, y en definitiva, de un proceso de ***CAMBIO CULTURAL***.

En el mismo sentido, se debe ***COORDINAR A NIVEL MINISTERIAL***, cuál será la forma en que CADA MINISTRO diseñe la ejecución de sus obras a cargo por medio de este mecanismo, y la forma de articulación de las mismas. Se deberán ***trabajar con la UNIDAD DE PPP***, del MINISTERIO DE HACIENDA para que las reglas en relación a este tipo de contrato sean, transversalmente en relación a todos los ministerios, las mismas.

Por último, en relación a la ***PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN EN CASO DE CONFLICTO*** -que se plantea en la ley como posibilidad en el art 25- se deberá tener especial cuidado desde el punto de vista jurídico.

Ante todo deberá entenderse que **cada contrato** será distinto en cuanto a los contratantes, a los requerimientos de los entes que otorgan el financiamiento, y en cuanto al Ministerio contratante. Por ende, la posibilidad de prórrogas de jurisdicción de tribunales o adopción de mecanismos como el avenimiento o arbitraje, deberá resolverse en cada convenio en particular.

Una buena oportunidad para dicha resolución de conflictos lo constituirían los ***TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES***, respecto del cual se encuentra el Congreso de la Nación un proyecto enviado por el Ministerio de Justicia de la Nación.