

**Nuevos instrumentos jurídicos
para la realización de infraestructura
en la República Argentina.**

(A propósito de la ley de Participación Pública Privada)

POR GABRIELA STORTONI

DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA (HERRAMIENTAS LEGALES)

- El régimen de Obra Publica, de la Ley 13064 del año 1947, ha sido la herramienta mas utilizada para la realización de obra publica en Argentina, cuando existen fondos estatales para el desarrollo de la obra.
- En segundo lugar aparece el regimen de concesiones para desarrollo de infraestructura, con gran desarrollo en los años 90 en nuestro pais. En este caso, se impone el recupero, principalmente con tarifa o peaje.
- No obstante la crisis del año 2001 en Argentina perforó los contratos públicos y muchas obras de infraestructura terminaron con renegociaciones anticipadas, reclamos cruzados, arbitrajes internacionales y juicios.
- Entonces en nuestro pais, es logico asumir la realizacion de grandes infraestructuras?
- Y que el negocio sea terminar la obra?

¿QUÉ SON LAS PPP?

- Las PPP (public private partneship) o en español **ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA** son contrataciones o asociaciones del sector publico y privado para la realizacion de infraestructura o prestacion de servicios, que puede incluir financiacion privada, donde lo esencial es la asuncion conjunta de riesgos, según quien pueda mejor prevenirlo.
- El regimen permite la **FLEXIBILIDAD** para adoptar nuevos modelos contractuales, siempre que exista un equilibrio adecuado de los riesgos y los beneficios.
- Y a su vez la norma establece como contrapartida el otorgamiento de **GARANTIAS** para reducir el riesgo de la financiacion privada.
- El regimen de la ley 27.328 se rige por las reglas del derecho comun.
- Los Contratos PPP se consideran de **INTERES NACIONAL**.

“PPP” EN ARGENTINA

- **Regulación de las obligaciones, riesgos y aportes asumidos, así como las sanciones por incumplimiento, los procedimientos de aplicación y las formas de ejecución.**
- **Acceso por procedimiento de selección que sean transparentes, sin desmedro de la eficiencia.**
- **Estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas;**
- **Flexibilidad en 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;**
- **Límites a la potestad del Estado de disponer unilateralmente la variación del contrato, debiendo en tal caso preservar el equilibrio económico-financiero original y las posibilidades y condiciones de financiamiento.**

PPP EN ARGENTINA

- Causales de extinción del contrato, con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes, sus alcances y métodos de determinación y pago; excluyéndose la aplicación de legislación limitativa vigente como la Ley 21.499 de Expropiaciones, Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 y del Decreto 1023/01 de Régimen General de contratación pública;
- Facultad del contratista de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratante;
- Panel Técnico y Arbitraje como método de solución de controversias.
- No se aplica el régimen de redeterminación.

REGIMENES LEGALES

PPP
LEY 27328

OBRA PÚBLICA
LEY 13.064

CONCESIÓN
17.520
CON MODIFICACIÓN 23.696 Y
DECRETO 1105/89

OBJETO

Objeto: diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamiento y de bienes, explotación, operación y financiamiento

Objeto: diseño y construcción

Objeto: diseño, construcción mantenimiento y explotación

PARTES

Contratante (artículo 8 de la Ley 24156); Contratista: empresa a cargo de la PPP, Empresa Ejecutante y la Entidad Financiadora

Comitente estatal y Contratista privado

Concedente estatal y concesionario

PRECIO Y FORMA DE PAGO:

-Monto global (contrato llave en mano), pago contra presupuesto en cuotas anuales, pago al final de la ejecución, recupero contra canon durante mantenimiento o explotación.
No se aplica redeterminación de precios

-Ajuste alzado, Coste y Costa, Unidad de medida u otros, pero contra fuente presupuestaria o fondo estatal.
- Sujeto a redeterminación de precios

-Peaje o Tarifa (puede ser subsidiado parcialmente)
- Actualización según contrato (sistemas similares a redeterminación)

REGIMENES LEGALES

PPP	LOP	CONCESIONES
REPARTO DE RIESGOS		
EQUITATIVO - Riesgos Externos o Internos - Constructivo: a cargo del empresario - Caso fortuito o fuerza mayor : Comitente o partes iguales - Riesgo de huelgas y sindicatos - Riesgo regulatorio; conocer la ley - Riesgo político: limitación de rescisión - Riesgo económico: garantía de la -ecuación económica y financiera - Riesgo financiero: Garantía de ingreso mínimo u otro	A CARGO DEL ESTADO - Indemnización o daño emergente (excluye 1023 y 13064 lucro cesante) - Ecuación económica financiera	A CARGO DEL CONCESIONARIO - Indemnización por daño emergente (Ídem LOP) - Ecuación económica financiera. - Puede incluir garantía de ingreso mínimo
PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN:		
Por Licitación pública electrónica Incorpora el diálogo competitivo Adjudicación por precio mayor más STANDARD de calidad.	Sistema Decreto 1023/01 y Ley 13.064. Lic. Electrónica. Adjudicación por OFERTA más CONVENIENTE (c/cómputo y presupuesto)	Ley 17.520, 13.064 y Decreto 1023/01 Adjudicación por OFERTA más CONVENIENTE (Project Finance)

REGIMENES LEGALES

PPP	LOP	CONCESIONES
OTRAS CUESTIONES REGULATORIAS		
Compre Nacional (especial regulación)	Compre Nacional (reserva de mercado)	Compre Nacional (reserva de mercado)
Plazo de 35 años (fideicomiso CCyCN sólo 30 años)	Según cronograma de ejecución de la obra	Plazo contingente atado al Project Finance
Potestad modificatoria tasada (20%) y con derecho a compensación aun en caso de reducción. Por encima renegociación?	-20% en más o menos. -Adicionales (art. 9, inc. B) Más del 20% nuevo contrato	Ídem LOP
-Arbitraje con prórroga de jurisdicción y limitada revisión judicial - Paneles Técnicos	Jurisdicción federal o local con posibilidad de arbitraje	Jurisdicción federal o local con posibilidad de arbitraje

CUESTIONES A TENER EN CUENTA: EL RIESGO LEGAL

- Garantías eficientes:
 - Fideicomisos
 - Desgravaciones impositivas
 - Tarifas o canones
 - Peaje sombra o presupuesto anual aprobado.
 - Valores representativos de deuda, títulos, debentures, etc.
- El marco contractual del sector público con eficiente reparto de riesgos, identificándolos, su gravedad, y atención (matriz de riesgo como parte del contrato).
- La tracción hacia la calidad
 - Pasar de la obra al servicio, incorporando índices de calidad, como condición de pago del precio pactado.
 - Incluir el mantenimiento para hacer mas atractiva la contratación.
- Incentivos y sanciones: premios y castigos en la ejecución temprana o anticipada y por cumplimiento/incumplimiento de los índices de calidad.

LECCIONES A TENER EN CUENTA

- 1.** *Santificar la oferta y evitar la renegociación contractual (evitar errores de los años 90)*
- 2.** *Planificar la contratación, alinear intereses y contar con contratos estándar que ayuden a la mejor GOBERNANZA (DIRECTIVA 2004/18/CE)*
- 3.** *Reducir a excepcionalidad la potestad de modificación. En este caso, es importante tener en cuenta el caso Chileno (máximo 15% adicional y no luego de transcurridos $\frac{3}{4}$ parte de la ejecución contractual)*
- 4.** *Incorporar regímenes de iniciativa privada, con mas incentivos. (P.Ej.modelo chileno)*
- 5.** *Velar por la transparencia en los procesos novedosos tales como el dialogo competitivo y la manifestación de interés.*
- 6.** *Reducir los supuestos de rescisión o rescate por parte del Estado: sujeta a una indemnización tasada. Modelo Chileno: solo en la etapa de construcción y con indemnización determinada (Inversión ejecutada con mas los beneficios por la parte realmente ejecutada, actualizada, sin costo financiero).*
- 7.** *Rentabilidad social, elegibilidad del proyecto y justificación de ser la mejor alternativa a aplicar: Ley de PPP México y Régimen de Contrataciones publicas de España (artículo 11).*

CONCLUYENDO....

- La clave del éxito de la experiencia PPP se encuentra en la regulación normativa que aplique el sector público, de la profesionalidad, capacitación e involucramiento de un cuerpo específicamente dedicado al o los proyectos y de la adecuación de culturas y comportamientos del sector público ante alternativas innovadoras y serias.
- *Es esencial en este escenario que el contrato sea la base de la distribución de los riesgos y se redacte para su cumplimiento y no para su excepción.*
- *Los riesgos en PPP pueden ser distintos a los contratos clásicos, pero deben reflejar un sistema equitativo y justo.*
- *En la capacidad de adaptación y respuesta del sector público radica la mayor incertidumbre, en tanto respete la asignación de tales riesgos y abandone privilegios del poder.*

POR SU ATENCION MUCHAS GRACIAS!!!!

GABRIELA STORTONI

gstortoni2008@gmail.com