

Argentina Crea un Nuevo Régimen de Participación Público-Privada para Promover el Desarrollo de Infraestructura

El 16 de noviembre de 2016, el Congreso argentino aprobó una nueva ley sobre Participación Público-Privada para favorecer la inversión privada y permitir una cooperación equilibrada y predecible entre los sectores públicos y privados en una amplia variedad de áreas, incluyendo infraestructura.

El nuevo régimen de PPP ha tenido como modelo los marcos regulatorios usados en otros países latinoamericanos, tales como Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay; y fue discutido con cámaras empresarias locales, entidades multilaterales y estudios jurídicos.

La nueva ley de PPP prevé principios rectores generales y ciertos términos obligatorios que deben ser incluidos en cualquier contrato de PPP. Se espera que el Poder Ejecutivo y otras entidades gubernamentales emitan la reglamentación correspondiente y preparen pliegos específicos para los proyectos.

Las principales características del nuevo régimen de PPP son las siguientes:

- **Amplio objeto.**
 - Los órganos y entes estatales pueden celebrar contratos de PPP con sujetos privados para desarrollar proyectos de infraestructura, vivienda, servicios, producción, investigación aplicada o innovación tecnológica.
 - Las actividades admisibles incluyen el diseño, la construcción, la ampliación, la mejora, la explotación, la operación y el financiamiento de proyectos, así como el suministro de equipamientos y bienes.
- **Estructura legal flexible.**
 - La PPP puede estar estructurada a través de formas societarias o contractuales, y el gobierno tiene permitido tener participación en cualquiera de los vehículos que se constituyan.
 - Las sociedades y fideicomisos financieros que canalicen la PPP podrán estar habilitados para obtener financiamiento a través de la oferta pública de sus valores negociables.
- **Plazo amplio.**

Los contratos de PPP pueden durar hasta 35 años, incluyendo prórrogas de su plazo inicial.
- **Mayor protección del contratista privado.**

El régimen de PPP procura limitar las facultades del gobierno en materia de contratación pública y otorgar mayor protección a desarrolladores y prestamistas.

Entre otras, el régimen de PPP contempla las siguientes garantías:

- La atribución estatal de modificar unilateralmente los términos queda limitada al 20% del valor total del contrato.
- El contratista debe recibir una adecuada compensación ante cualquier variación unilateral para preservar el equilibrio económico-financiero original y asegurar su financiamiento.
- El contrato de PPP puede distribuir riesgos entre las partes, incluidos los riesgos derivados de la actuación estatal, caso fortuito, fuerza mayor y extinción anticipada.
- El contrato de PPP puede también garantizar ingresos mínimos al contratista.

- El gobierno no puede terminar el contrato por razones de ilegitimidad sin que medie decisión judicial al respecto.
- El contratista privado puede ceder, en todo o en parte, el contrato de PPP a terceras partes cuando el 20% del plazo original haya transcurrido o cuando el 20% de la inversión comprometida haya sido realizada.
- **Exclusión de la aplicación de normativa aplicable a otros contratos públicos.**
 - El régimen de PPP ha sido diseñado como una alternativa a los actuales regímenes de contratación administrativa.
 - Los contratos de PPP están exceptuados de la aplicación de todas las leyes y regulaciones que otorgan prerrogativas especiales al sector público que no están generalmente a disposición de otras partes (como la ley de 13.064 de Obra Pública, 17.520 de Concesión de Obra o el Decreto 1.023/2001 de Régimen General de Contratación Pública).
 - Los contratos de PPP también están eximidos de la aplicación de las disposiciones legales que prohíben la indexación de deudas o que permiten al deudor pagar en moneda nacional las deudas pactadas en moneda extranjera.
 - La responsabilidad de las partes en un contrato de PPP estará regida por los términos y condiciones acordados entre ellos y por el Código Civil y Comercial de la Nación.
- **Íntegra compensación en caso de terminación anticipada.**
 - En caso de terminación anticipada, el régimen de PPP prevé que el contratista debe recibir, en forma previa, compensación íntegra, la que será determinada según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que se establezca en la reglamentación y en la documentación contractual.
 - La compensación no podrá ser inferior a la inversión no amortizada y deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al proyecto.
 - Los contratos de PPP están expresamente excluidos de la legislación que restringe la responsabilidad estatal o excluye el lucro cesante en caso de terminación anticipada por razones de interés público.
- **Proceso transparente y equitativo de selección del contratista.**
 - El régimen de PPP exige que el proceso de selección del contratista sea transparente, público, competitivo y equitativo.
 - Consecuentemente, los órganos y entidades estatales deberán realizar una licitación pública, nacional o internacional según corresponda, para seleccionar al contratista privado en un contrato de PPP.
 - El régimen de PPP faculta al Poder Ejecutivo a que la redacción de las condiciones particulares de los contratos sea precedida por un diálogo competitivo con participación de todos los interesados precalificados. Este procedimiento novedoso ya ha sido utilizado en la reciente licitación para energías renovables.
 - El gobierno debe promover la participación de las pequeñas y medianas industrias a la vez que fomenta la industria y el trabajo nacional. Además, los contratos de PPP deben asegurar que un tercio de los bienes y servicios suministrados a un proyecto de PPP tengan componente nacional. El Poder Ejecutivo puede, sin embargo, otorgar excepciones en ciertas contrataciones.
- **Amplias alternativas para la estructuración financiera.**
 - Se espera que los proyectos de PPP sean financiados mediante una combinación de partidas presupuestarias estatales, préstamos de agencias de desarrollo, y financiación de proyecto y bancaria.

- Para mejorar la financiación, el régimen de PPP permite, con aprobación previa del Congreso, la afectación específica y/o la transferencia de recursos, bienes, fondos e ingresos tributarios (inclusive a los fideicomisos existentes o que se creen) para financiar o asegurar los pagos previstos en los contratos de PPP.
- El nuevo régimen habilita también la emisión o constitución de garantías u otros mecanismos de apoyo al crédito, el otorgamiento del derecho de intervención a los prestamistas y la creación de todo tipo de gravámenes.
- **Preservación ambiental.**

Los proyectos de PPP deben ser estructurados de manera de promover la preservación y protección del medio ambiente. A esos efectos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable debe intervenir antes de la aprobación de cualquier proyecto de PPP.
- **Solución de controversias mediante arbitraje.**
 - Cualquier controversia que surja de los contratos de PPP puede ser sometida a arbitraje nacional o internacional. Sin perjuicio de ello, el arbitraje internacional ante tribunales arbitrales extranjeros sólo puede ser acordado con previa aprobación del Poder Ejecutivo, la que debe ser puesta en conocimiento del Congreso.
 - En ningún caso, la justicia argentina podrá revisar la apreciación de los hechos y el derecho efectuada en el laudo arbitral.
 - En caso de que así se lo acuerde en los términos de la contratación, la autoridad estatal contratante deberá continuar haciendo los pagos durante la tramitación de la controversia, pero los fondos sobre los que recaiga la controversia deberán ser depositados en una cuenta hasta la resolución final de la disputa.
- **Supervisión estatal.**
 - La Ley de PPP crea una unidad de PPP en el ámbito del Poder Ejecutivo que estará a cargo de asistirlo en el desarrollo y regulación de los proyectos de PPP y de concentrar toda la documentación de todos los proyectos y contratos de PPP. La unidad de PPP podrá también asistir a entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos de PPP.
 - Además, la ley de PPP crea una comisión bicameral especial en el seno del Congreso para monitorear la ejecución de los proyectos de PPP y verificar el cumplimiento del régimen de PPP.

Queda por verse si este nuevo régimen tendrá éxito en atraer y canalizar la inversión privada en infraestructura. Sin perjuicio de que la reglamentación deberá regular muchos aspectos específicos y que hay margen para mejorar el régimen, esta nueva ley es indudablemente positiva y constituye una clara señal de que Argentina está abierta a hacer negocios.

Para consultas sobre este tema, contactar a:

Cristian Mitrani
cristian.mitrani@mcolex.com
+54 (11) 4590-8605

Horacio Ruiz Moreno
horacio.ruizmoreno@mcolex.com
+54 (11) 4590-8782

Diego Parise
diego.parise@mcolex.com
+54 (11) 4590-8607

María Soledad Vallejos Meana
maria.soledad.vallejos@mcolex.com
+54 (11) 4590-8636