



FUNDEPS

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE POLÍTICAS SUSTENTABLES

Riesgos y oportunidades de la nueva Ley de Asociaciones Público-Privadas en Argentina

En el presente documento se presentan los aspectos más relevantes relativos a las Asociaciones Público-Privadas (APP) y su reciente recepción normativa en la República Argentina, así como también los riesgos y oportunidades que éstas presentan.

María Victoria Gerbaldo

Pedro José González Achával

Mette Elisabeth Grumløse

**DOCUMENTO DE
TRABAJO 2017**

Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables

Artigas 120, 6to I, Córdoba (CP X5000KVD)

Córdoba, Argentina

info@fundeps.org · +54-351-4290246

Diciembre de 2017

Tabla de contenidos

Resumen ejecutivo	2
I.- Introducción	3
II.- Antecedentes legislativos en Argentina y el actual marco legal.....	4
III.- La ley 27.328 - Principales características	5
IV.- Oportunidades.....	8
V.- Riesgos.....	9
VI.- Conclusión.....	11
VII.- Referencias.....	12
Sobre FUNDEPS.....	14

Resumen Ejecutivo

En el presente documento se presentan los aspectos más relevantes relativos a la reciente recepción normativa del régimen de Asociaciones Público-Privadas (APP) en la República Argentina, así como también los riesgos y oportunidades que las APP pueden traer aparejadas.

El propósito general del trabajo es destacar algunas características generales de las Asociaciones Público-Privadas, y luego analizar algunos aspectos destacados de la Ley 27.328, que recepta normativamente dicho régimen en la República Argentina.

Las APP tienen gran potencial para crear oportunidades para el desarrollo, pero también pueden traer aparejados diversos riesgos. De allí la importancia de que, a la hora de implementar proyectos con esta modalidad de asociación, se evalúe correctamente la viabilidad económica-financiera y se controle, supervise y planifique en forma adecuada y responsable los proyectos impulsados bajo este régimen. Asimismo, resulta esencial no perder el foco en el interés social de los proyectos y promover la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas a fines de evitar potenciales impactos ambientales y sociales negativos o posibles casos de corrupción.

I.- Introducción

Las APP o PPP (por su significado en inglés: *Private Public Partnerships*), nacidas en el Reino Unido a principios de los '70 y luego expandidas por el resto del Europa, América del Norte y Latinoamérica, con Brasil, Chile, Colombia, Perú, Uruguay y México, representan una nueva forma de vinculación entre el sector privado y el sector público. Bajo este modelo, parte de los servicios u obras tradicionalmente de responsabilidad del sector público son ejecutados por el sector privado mediante un contrato en el que están claramente delineados los objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio u obra en cuestión, y las obligaciones y riesgos asumidos por cada parte.

Según un informe de la Red Europea de Deuda y Desarrollo (EURODAD)¹, no existe una definición universal para este término "APP". Usualmente, este acrónimo se utiliza en el contexto del desarrollo para referirse a acuerdos muy distintos, lo que genera una gran confusión y dificulta las posibilidades de mantener un debate constructivo sobre la contribución de las APP al financiamiento para el desarrollo. En dicho informe hacen referencia al uso más extendido de las APP, es decir: 1) un acuerdo contractual a medio o largo plazo entre el Estado y una empresa del sector privado; 2) un acuerdo en el que el sector privado participa proporcionando bienes y servicios que tradicionalmente proporciona el Estado, tales como hospitales, escuelas, prisiones, carreteras, puentes, túneles, vías férreas, agua, servicios sanitarios y energía; 3) un acuerdo en virtud del cual los riesgos se comparten en cierta medida entre el sector público y el sector privado.

A pesar de estas características mencionadas, cada vez son más los países que incluyen su propia definición de APP en las leyes y políticas nacionales². Esto implica que las APP pueden tener significados diferentes cuando se debaten a nivel mundial. La vasta literatura sobre APP distingue hasta 25 tipos, que resultan de la combinación de las funciones que desempeña el sector privado: diseño; construcción; reforma, financiamiento, operación, mantenimiento, propiedad, transferencia y arrendamiento.

Es importante mencionar que surge una tipología dual cuando se clasifican las APP de acuerdo a la fuente de ingresos del sector privado: a) 'Usuario paga': El socio privado está autorizado a cobrar al público por el uso de las instalaciones, generalmente mediante el pago de un peaje o una tarifa (por ej., una tarifa de agua o peajes en una carretera), lo que puede complementarse con subsidios pagados por el gobierno. El peaje reembolsa al privado los costos de construcción y operación de las instalaciones. Este modelo es común en la construcción de carreteras y es el más usado en América Latina. b) 'Gobierno paga': El pago al socio privado proviene de pagos regulares del socio público en base al nivel del servicio proporcionado. Los pagos pueden depender de que el bien o servicio se brinde según la calidad definida en el contrato o de que los servicios se brinden a los usuarios - tal como una carretera de 'peaje oculto', que es gratis para los usuarios pero el gobierno paga una tarifa por conductor al operador. Un ejemplo es el programa Iniciativa de Financiamiento Privado del Reino Unido. A menudo existen combinaciones de financiamiento público y de los usuarios, ya sea para la construcción y/o para el servicio.

Entre la variedad de definiciones sobre las APP es importante mencionar de proporcionada por el Grupo del Banco Mundial, que expresa: "un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad gubernamental

¹ Romero, M. J. (2015). *What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development*. EURODAD. Recuperado de: <http://www.eurodad.org/files/pdf/55cb59060d9d4.pdf>

² Romero, M. J. (2015): p. 31

para proporcionar un activo o servicio público, en el cual la parte privada asume un riesgo significativo y la responsabilidad de la administración y la remuneración está vinculada al desempeño.³

En Argentina, y luego de algunos intentos de darle forma legal a las APP en los años 2000 y 2005, se aprueba en el Congreso una nueva legislación a fines de 2016, a través de la ley 27.328⁴. El texto de esta ley define los contratos de asociación público privada en su art. 1 como: "aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156⁵ y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica".

II.- Antecedentes legislativos en Argentina y el actual marco legal

En la República Argentina hubo varios intentos de legislar la iniciativa e inversión privada en obras de infraestructura. En los años 90 se promulgó el decreto 635/97 modificatorio del 1105/89 sobre Inversiones de Riesgo e Iniciativa Privada. Luego, en 2000, se impulsaron los decretos 1299/00, 677/01, y 228/01 sobre el Régimen para la Promoción de la Inversión Privada en el Desarrollo de la Infraestructura. También, en 2005 se firmó el decreto 967/05 sobre el Régimen Nacional de Asociación Pública-Privada⁶. En el mismo año se promulgó el decreto 966/05 sobre el Régimen Nacional de Iniciativa Privada.⁷

Al parecer dicha legislación no fue utilizada con éxito, por lo que a fines del año 2016 el Gobierno encabezado por Mauricio Macri presentó en el Congreso de la Nación el proyecto de inversiones para obras de infraestructura conocido como "PPP" (Participación Público Privada), que fracasó en una primera instancia en Diputados, y fue aprobado luego de reingresar al recinto con una serie de cambios realizados en comisión para favorecer a la industria nacional y a las PyMEs.⁸ Entre los principales puntos, se especificó el "compre nacional", estableciendo que las inversiones deben tener un piso de 33% de participación de componente nacional en bienes y servicios que se contratan (art. 12 de la Ley 27328). De igual forma, quedó establecido que las obras que se realicen bajo esta modalidad, sólo pueden abarcar un 5 % del presupuesto para el 2017 y las licitaciones tienen que tener previamente un dictamen que indique cuántos puestos de trabajo nacional se generarán y en qué porcentaje se beneficia a las PyMEs. El Frente Renovador también negoció la creación de una comisión bicameral de control

³ PPP Reference Guide, Introduction. (s.f.). World Bank Group, PPP Knowledge Lab. Recuperado de: <https://pppknowledge.org/guide/sections/1-introduction>

⁴ Texto de la Ley 27.328, "Contratos de Participación Público - Privada". InfoLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/norma.htm>

⁵ Texto de la Ley 24.156, "Administración Financiera Y De Los Sistemas De Control Del Sector Público Nacional". InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/texact.htm>

⁶ Carregal S., Schiariti M.L., Veramendi E.V. (2016). "La Participación Público Privada como una nueva herramienta para el desarrollo de infraestructura en Argentina". Marval, O'Farrell, Mairal. Recuperado de: <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/>

⁷ Ferraro, G. (2016). "La importancia de la asociación público-privada". Diario La Nación. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1949488-la-importancia-de-la-asociacion-publico-privada>

⁸ Diario Clarín. "Tras los retoques, aprueban la ley de inversiones que habían frenado Massa y los K". Diario Clarín. Recuperado de https://www.clarin.com/politica/retoques-aprueban-inversiones-frenado-massa_0_ryMFOsDee.html

que podrá monitorear teniendo acceso a toda la información, incluyendo los contratos (la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada)?

Luego de los cambios nombrados, el oficialismo consiguió que la Cámara de Diputados vote el proyecto de participación público-privada con apoyo dividido del Massismo y del Bloque Justicialista. El Frente Para la Victoria (FPV), la Izquierda y los progresistas votaron en contra. Dicho visto bueno fue ratificado por el Senado y luego convertido en Ley (N°27.328), publicada en el Boletín Oficial el 30/11/16. Asimismo, dicha ley fue reglamentada por el Poder Ejecutivo que ocupa el partido "Cambiemos", mediante el decreto 118/2017¹⁰.

III.- La ley 27.328 - Principales características

- Régimen alternativo, evaluación de conveniencia y selección del contratista: Los sistemas tradicionales de obra pública y concesión de obra pública subsisten, ya que la PPP es un régimen alternativo a éstos y se optará por el sistema más apto para satisfacer las necesidades públicas según el caso. (Art.2). La Administración Pública debe primero evaluar la conveniencia de esta modalidad frente a la de los contratos tradicionales, previendo especialmente los aspectos financieros y presupuestarios necesarios para llevar adelante tal contrato. La regla para la selección del contratista es la licitación o concurso público, nacional o internacional, puede aplicarse la iniciativa privada y se incorpora la opción del "diálogo competitivo" para la definición de la solución más conveniente al interés público sobre cuya base se formularán las ofertas.
- Exclusividad normativa: En caso de que, previa evaluación de un proyecto en particular, sea seleccionado el sistema de PPP como el régimen más apto para regularlo, a dicho proyecto no se le aplicarían las leyes de Obra Pública (N° 13.064), de Concesión de Obra Pública (N° 17.520), ni tampoco el Régimen General de Contrataciones Públicas (N°1023/2001).
- Amplitud del régimen legal: La ley sienta un marco de principios y parámetros amplios que luego son complementados por la reglamentación y completados por los pliegos y términos contractuales de cada proyecto en particular, que definirán las obligaciones y riesgos específicos para dicho proyecto. En este sentido, el Decreto 118/2017 que reglamenta la Ley de APP, amplía lo normado en la misma en aspectos relativos a expropiación, empresa ejecutante, subcontratación, normativa laboral y de seguridad social, recepción, contraprestación, preservación de la ecuación económico-financiera, variaciones al contrato, financiamiento, derechos de superficie, sanciones, extinción por interés público y panel técnico (art. 9° del Decr. 118/2017).
- Protección del ambiente: El proyecto específicamente tiene en cuenta el ambiente como bien a proteger y como factor a tener en cuenta al estructurarse la implementación de proyecto APP. Así, en su Art.4, inc. k y en su art. 5; la ley dispone que previo a la aprobación de la documentación contractual,

⁹ Bullorini, J. (2016), "Tras los retoques, aprueban la ley de inversiones que habían frenado Massa y los K". Diario Clarín. Recuperado de: https://www.clarin.com/politica/retoques-aprueban-inversiones-frenado-massa_0_ryMFOsDee.html

¹⁰ Texto del Decreto 118/2017, "Contratos, Reglamentación Ley N° 27.328". InfoLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271968/norma.htm>

deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Asimismo, insta a promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán. Asimismo, exhorta la promoción de la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los proyectos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente. Además agrega que en la documentación contractual deberán especificarse las obligaciones que deberán recaer sobre cada una de las partes y los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte de la contratista de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia.

Cabe agregar, finalmente, que la reglamentación del decreto 118/2017, en su art. 5, dispone la intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable a los fines de formular consideraciones que considere importantes y, además, que previo al llamado a licitación, se deberá contar con las autorizaciones ambientales correspondientes.

- Duración del contrato: Los contratos no pueden superar en ningún caso, los 35 (treinta y cinco) años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas. (Art. 4, inc.d)
- Obligaciones y riesgos: El contrato debe precisar la determinación de las obligaciones, riesgos y aportes asumidos, así como las sanciones por incumplimiento, los procedimientos de aplicación y las formas de ejecución. Se procura establecer un equitativo y eficiente reparto de riesgos. También se van a fijar estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. A los fines del control de estas obligaciones y riesgos asumidos intervendrán el Ministerio de Hacienda y la Unidad de Participación Público Privada, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 6 del decreto reglamentario 118/2017.
- Flexibilidad en las estructuras jurídicas: La ley prevé la estructuración de la PPP a través de una sociedad existente, una sociedad de propósito específico y se explicita además la posibilidad de estructuración mediante fideicomisos financieros y otros tipos de vehículos o esquemas asociativos. Se permite la creación de sociedades anónimas o fideicomisos en las cuales participe el Estado conjuntamente con privados, y en ambos casos quedarían habilitados éstos para hacer oferta pública de sus valores negociables de conformidad con la Ley de Mercado de Capitales 26.831 (esto último puede ampliar en grandes cantidades el financiamiento).
- Garantías de pago al contratista: Se prevé la afectación específica y/o transferencia de cualquier clase de ingreso público, el otorgamiento de cualquier instrumento que cumpla función de garantía, y se incluye la posibilidad de usar fideicomisos como mecanismo de garantía y/o pago de la contraprestación a cargo del ente contratante. Estos fideicomisos deberán contar con una reserva de liquidez durante la vida del contrato y en ciertos casos requerirían autorización del Congreso (art.18).
- Remuneración del contratista (posibilidad de actualizar y pagar en moneda extranjera): Para garantizar a las partes el mantenimiento del equilibrio económico financiero original del contrato, es posible aplicar la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de bienes, obras o servicios. Esto, ya que expresamente se excluye la prohibición de indexación prevista en la Ley de Convertibilidad (Nº

23.928). Además, las partes pueden acordar que los pagos se realicen en moneda extranjera y se excluye la aplicación del artículo 765 del Código Civil y Comercial (CCCN)¹¹.

- Responsabilidad por incumplimiento: Se establece que en caso de extinción del contrato por razones de interés público, no aplicaría ninguna norma que limitaría la responsabilidad del Estado. Asimismo, en casos de extinción anticipada por parte del contratante previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista una compensación que nunca podría ser menor a la inversión no amortizada, garantizando el repago del financiamiento (art.10, Ley 27.328). Esta responsabilidad por incumplimiento es reglamentada por el art. 10 del decreto 118/2017 estableciendo que la valuación y el procedimiento de determinación de la compensación que pudiese corresponder al Contratista PPP en casos de extinción anticipada del Contrato PPP por parte del Ente Contratante, será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia.
- Normas que rigen si hay incumplimiento. Se prevé que la responsabilidad patrimonial de las partes se rige por lo establecido en los pliegos de la licitación y el contrato que se celebre, así como por las normas del CCCN. El cálculo de los daños podrá incluir la posibilidad de reclamar lucro cesante en los términos previstos en el contrato.
- Límites al poder del Estado: El Estado puede disponer unilateralmente la variación del contrato con un límite máximo del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, debiendo en tal caso compensar al contratista para preservar el equilibrio económico-financiero original y las posibilidades y condiciones de financiamiento (art. 9, inc.i).¹²
- Control de la ejecución contractual y designación de auditores externos independientes: El control puede quedar a cargo de la contratante o bien de un órgano creado al efecto. La Auditoría General de la Nación deberá incluir en cada plan de acción anual la auditoría de la totalidad de los contratos de participación público-privada existentes, su desarrollo y resultado.
- Además, la reglamentación o los pliegos podrán prever la posibilidad de acudir a auditores externos con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional que harán el efectivo control y seguimiento en la ejecución de las obras a efectos de determinar si se ha devengado o no la contraprestación a favor del encargado de la obra (art. 21, Ley 27.328). Así, en función de la naturaleza y características del Proyecto, la Autoridad Convocante, previa intervención de la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA, podrá contemplar que en el Pliego se acuda a la figura del Auditor Técnico a los fines del control de la ejecución del Proyecto (art. 21, Decreto 118/2017).

¹¹"Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal." (CCCN, art. 765)

¹² Ver también Decr. 118/2017, art. 7.

- Resolución de controversias: Según el Capítulo VII - "*Solución de controversias*" de la ley de APP, las controversias técnicas, y cualquier tipo de disputas que surjan con motivo de éstas, podrán someterse a paneles técnicos y/o a tribunales arbitrales. En caso de optarse por arbitraje con prórroga de jurisdicción, el PEN debe aprobar tal elección e informar al Congreso. Se excluye expresamente la revisión por tribunales locales del mérito del laudo arbitral. En la iniciativa no se excluye la posibilidad de que el arbitraje tenga lugar en el exterior.
- Pymes y "compre nacional": El art. 12 de la Ley 27.328 dispone que se promueve la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo nacional. Asimismo, los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que la provisión de bienes y servicios que deba realizarse en el marco de los contratos tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento (33%) de componente nacional¹³.
- Órganos importantes: La centralización normativa está a cargo de la Unidad de Participación Público-Privada (dependiente del Ministerio de Hacienda); se crea también mediante esta ley la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, que podrá solicitar informes a la Unidad de Participación Público-Privada o a la autoridad contratante y respecto de los proyectos en curso, que informe sobre el cumplimiento de las exigencias contenidas en los párrafos anteriores, así como también respecto de la transferencia de tecnología a favor de la industria nacional y la contratación de recursos y talentos humanos radicados en el país.

IV.- Oportunidades

La sanción de esta Ley y la consecuente implementación de las APP en Argentina pueden traer ciertos beneficios en caso de ser correcta y responsablemente implementada. A continuación, se enunciarán algunas de las que oportunidades que comúnmente se asocian a las APP:

- En lugar de construir infraestructuras partiendo de un capital inicial, las APP funcionan en base a pagos anuales procedentes del presupuesto o del pago de tarifas por parte de los usuarios. Así, los gobiernos no necesitan obtener préstamos directos, pero los costes aparecerán con los años (dado que el gobierno asume una deuda a futuro) o serán asumidos por los usuarios. Es importante considerar que las políticas de austeridad y las prácticas contables también crean incentivos perversos dado que los gobiernos pueden mantener ocultos el coste del proyecto y los pasivos contingentes.¹⁴
- Éste régimen provee una buena posibilidad de negocio para los privados, y en lo relativo la construcción de infraestructuras, que tradicionalmente ha estado en manos del sector público, supone una nueva frontera que conquistar para los primeros. Así con los contratos de APP pueden llevar a cabo proyectos ambiciosos con pocos riesgos, dado que les garantizan unos ingresos durante mucho tiempo que normalmente están avalados en gran medida por el propio gobierno. Así, por ejemplo, se limitan

¹³ "A los efectos del artículo 12 de la Ley se entenderá: (i) por "componente nacional", en lo que respecta a bienes, aquellos bienes que revistan carácter nacional según el artículo 2° de la Ley N° 25.551(...). (Decreto 118/2017: Art.12, Inc. 41, Ap. b).

¹⁴ Romero, M.J. (2015): p.5.

algunas prerrogativas de derecho público de la Administración¹⁵, que en la experiencia generalmente aparecen en los momentos de mayor debilidad del contratante privado.

- Pueden mejorar el grave déficit de infraestructura en Argentina al ampliar las posibilidades de financiamiento. En principio sería posible recibir inversiones que permitan llevar a cabo proyectos muy ambiciosos para mejorar el nivel de vida y las posibilidades de desarrollo de nuestro país.
- Suministro de servicios públicos potenciado por el aporte en experiencia, conocimientos, tecnología e innovación del sector privado a través de la supuesta mayor eficiencia operativa que puede tener un privado (aunque muchas veces puede no ser así).
- Desarrolla las capacidades locales del sector privado a través de la propiedad conjunta con grandes empresas internacionales y oportunidades de subcontratación de empresas locales.
- Puede ser una gran posibilidad para incluir a las Pymes en proyectos de envergadura y, al mismo tiempo, para fomentar la creación de puestos de trabajo en nuestro país. La ley expresamente nombra a las pequeñas y medianas empresas y establece un piso de un 33% de bienes y servicios de origen nacional en los proyectos de APP.
- Hay una traslación de algunos riesgos hacia el sector privado durante el periodo del proyecto, lo que genera, obviamente, un alivio para el Estado.
- Al tratarse de proyectos de largo plazo (máx. 35 años), contribuye a acabar con el cortoplacismo, que trae graves consecuencias para el desarrollo productivo y sustentable de un país.

V.- Riesgos

- En la mayoría de los casos, las APP resultan el método más costoso de financiación y aumentan significativamente el gasto público. Además, resulta muy complejo negociar y poner en práctica las APP y muchas veces sus costes de construcción y transacción son más elevados que los de las obras públicas. Por ello, demasiado a menudo, las APP conllevan riesgos para las instituciones públicas.¹⁶
- El "fantasma de las privatizaciones". Éste es el principal temor que aparece en muchos artículos de opinión, no sólo en nuestro país, sino también de autores de otros países de Latinoamérica¹⁷. Así, se teme que se privaticen los servicios públicos, cosa que en nuestro país ya ha sucedido.

¹⁵ "Entre otras, el poder de modificar unilateralmente el contrato, la rescisión por razón de interés público, la imposibilidad del contratista privado de invocar el incumplimiento del Estado para suspender sus prestaciones, la limitación de la responsabilidad del Estado" (Carregal, Schiariti, Veramendi, 2016).

¹⁶ "Las APP tienen una serie de implicaciones fiscales como consecuencia de la falta de transparencia de los pasivos contingentes (el riesgo de deudas en el futuro) y el hecho de que el público espera que el gobierno garantice los servicios públicos. Si un proyecto fracasa (lo que no es poco frecuente) los costes son asumidos por el sector público que tiene que rescatar el proyecto, y a veces incluso a la empresa, lo que hace que las deudas privadas acaben siendo cubiertas por el sector público." (Romero, 2015, p.2).

¹⁷ Báez Cortés, J.F. (2016). "Los mil agujeros de la Ley APP, Observaciones técnicas, crítica jurídica y una propuesta". Diario Confidencial. Nicaragua. Recuperado de: <https://confidencial.com.ni/los-mil-agujeros-la-ley-app/>

- Se reduce la disponibilidad de recursos para otros gastos y disminuye la función redistributiva del Estado.
- Pueden generar beneficios sólo para el sector privado cuando están mal administradas. Según la Revista Forbes, en México hay célebres casos de APP que han generado grandes beneficios pero solamente para el sector privado. Así, sostienen que en muchos casos el gobierno se comprometía a pagar durante 25 años por el uso de un inmueble una renta que año a año aumentaba junto con la inflación, es decir, prácticamente sin riesgo. Es decir, se ofrecía un contrato con altos rendimientos a largo plazo, prácticamente con 0% de riesgo. Y es esto último, expresan, lo que el uso y abuso de las APP ha generado: otorgar contratos benéficos para ciertos privados y que las bondades de las APP se pierdan en un mar de corrupción y compadrazgos.¹⁸
- El informe de la EURODAD (Romero, 2015: p. 7), que se cita más arriba, sostiene que las APP presentan limitaciones importantes a la hora de reducir la pobreza y la desigualdad y de prevenir un impacto negativo sobre el medio ambiente¹⁹. Esto debido a que las empresas privadas también tienen más incentivos para deshacerse de cualquier elemento que pueda hacer disminuir sus beneficios, incluso a costa del empleo. Asimismo, y a pesar de que las instituciones financieras, como el Banco Mundial, cuentan con una serie de salvaguardas sociales y medioambientales para sus operaciones, el respeto de estas ha resultado problemático, ya que en la última década, las comunidades locales han enviado múltiples quejas a los mecanismos de compensación de las instituciones por cuestiones medioambientales y sociales relacionadas con las APP.
- Corrupción y poca transparencia. Las APP son poco transparentes y su escrutinio público es limitado, lo que tiene un impacto sobre su capacidad para rendir cuentas y puede generar corrupción. Fernando Solanas, Senador de la Nación, nos recuerda: lo sucedido con la represa de Yacyretá, "monumento a la corrupción", y sostiene: "hoy la seguimos pagando: costó 12 veces más (...) El negocio fue siempre no acabar las obras en término por discusión de indemnizaciones y actualización de precios"²⁰.
- Probabilidad de deudas y beneficios escasos. Nuevamente, "Pino" Solanas, en el artículo citado, explica que desde hace años "nadie controla nada y la deuda la deberá pagar la próxima generación. Es una invitación al festín del endeudamiento y la anulación del Congreso como ámbito de debate y control de la deuda, como marca la Constitución". (Solanas, F., 2016)
- Posible daño a la industria nacional y a las Pymes. Éste fue el principal cambio que fuera introducido antes de reingresar en la Cámara de Diputados. Sucede que al atraer inversiones privadas (chinas por ejemplo), para construir obras, es probable que se importen para dichas construcciones bienes y servicios de esos países para llevarlas a cabo. Por ello, algunos sostienen que no servirá para reconstruir las industrias que teníamos, sino para anular. Es por este motivo que uno de los aspectos que se incorporó al texto de la ley se relaciona con una intención de una participación activa de las Pymes en

¹⁸ Díaz, E. (2014). "Uso y abuso de las asociaciones público privadas". Revista Forbes México. Recuperado de: <https://www.forbes.com.mx/uso-y-abuso-de-las-asociaciones-publico-privadas/>

¹⁹ Por ejemplo, muchos de estos proyectos traen aparejada la transformación productiva de muchas ramas de la economía como la minería, industria química y la implementación de nuevas estrategias energéticas como la energía nuclear e hidroeléctrica, lo que provoca riesgos ambientales.

²⁰ Solanas, F. (2016). "Contra la ley de participación público-privada". Diario Infobae. Argentina. Recuperado de: <http://www.infobae.com/opinion/2016/09/28/contra-la-ley-de-participacion-publico-privada/>

las APP, así como de la inclusión de productos y trabajadores nacionales (33% de bienes y servicios como piso, según el art. 12).

- ¿Garantizar el equilibrio financiero? Al dejarse sin efecto la prohibición de indexación automática del valor de la obra, es decir, al poder actualizarse el valor mediante coeficientes nacionales o extranjeros para garantizar "el equilibrio económico financiero original del contrato", es probable que surjan problemas como los que tenemos con las dos represas de Santa Cruz que, sin haberse comenzado, ya duplicaron su presupuesto²¹.

VI.- Conclusión

En nuestro país tenemos un grave déficit de obra pública y, hasta el momento, el Estado no ha sido capaz de llenar ese vacío. Es por ello que se buscan, como con la nueva ley de APP, nuevas formas de financiamiento en infraestructura y obra pública. Sin embargo, hay que ser cuidadosos a la hora de implementarla, ya que las APP acarrear algunos riesgos, por un lado, y oportunidades, por otro.

Según el informe de EURODAD (Romero, 2015, p. 30), hay varias consideraciones importantes a la hora de analizar a las APP como instrumentos que aporten al desarrollo. Así, es fundamental dejar de ocultar el coste real de las APP, ya que constituyen una forma de endeudamiento oneroso por lo que deberían adoptarse prácticas contables sensatas, por ejemplo: – incluir las APP en la contabilidad nacional, es decir, registrarlas como deuda nacional, para que se incluyan en los análisis de sostenibilidad de la deuda, en lugar de dejarlas al margen del balance presupuestario

Además, es fundamental el concepto de transparencia y rendición de cuentas. Para ello, los gobiernos deben publicar información relacionada con los contratos públicos de forma que se pueda comprender, hacer un seguimiento, garantizar su eficiencia y rendir cuentas por los resultados. Adicionalmente, los gobiernos deberían fomentar la buena gobernanza democrática para todos los grandes proyectos de infraestructura mediante consultas informadas y una amplia participación de la sociedad civil, además de dar a las comunidades locales, los sindicatos y otras partes interesadas la posibilidad de supervisar el proceso.

Otro punto a tener en cuenta es que los resultados de desarrollo deben convertirse en una prioridad, para beneficiar a toda la sociedad, generando resultados positivos, de acuerdo con las estrategias nacionales y elaboradas democráticamente. Esto implica asegurarse de que los servicios son asequibles para el sector público y los usuarios, además de garantizar el acceso igualitario a las infraestructuras y asegurarse de que no tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente.

Aquí se enuncian algunas condiciones consideradas importantes para un buen funcionamiento de estos instrumentos:²²

- Gestión de los contratos, hasta la finalización de la obra y puesta en operaciones, de manera coordinada entre los distintos organismos administrativos.

²¹ Ver: Bianchi, A. (2015).

²² Carregal, Schiariti, Veramendi, (2016).

- Adopción en el mediano plazo de una metodología objetiva para medir la eficacia económica del sistema de PPP.
- Estabilidad macroeconómica, jurídica y fiscal y sistema tributario que promueva inversiones a largo plazo.
- Adhesión de las provincias al régimen y exención del impuesto de sellos. Los proyectos de PPP requieren el uso intensivo de contratos.
- Ejecución articulada y armónica de los proyectos de PPP con la ejecución de los recursos presupuestarios.
- Distribución de riesgos entre las partes intervinientes en el proyecto de manera eficiente.
- Mecanismos que permitan y alienten a los funcionarios a comparar ofertas no homogéneas.
- Inexistencia de riesgos interpretativos y subjetividades a la hora de determinar un incumplimiento.
- Uso de cláusulas de estabilidad del marco normativo aplicable.
- Jurisprudencia pacífica que avale el nuevo régimen, dándole estabilidad y seguridad.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que tras la aprobación de la ley de APP los proyectos impulsados bajo esta modalidad se multipliquen durante los próximos años en la Argentina, resulta fundamental que, durante todo el proceso en el que el proyecto de APP se desarrolle, se evalúen correctamente los riesgos que éste implicará, se controle, supervise y planifique en forma correcta y responsable, teniendo en cuenta el interés social del proyecto, el acceso a la información, la participación ciudadana y procurando evitar la corrupción y los potenciales impactos ambientales, sociales y sobre los derechos humanos.

VII. Referencias

- Romero, M. J. (2015). *What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development*. EURODAD. Recuperado de: <http://www.euroadad.org/files/pdf/55cb59060d9d4.pdf>
- PPP Reference Guide, Introduction. (s.f.). World Bank Group, PPP Knowledge Lab. Recuperado de: <https://pppknowledgelab.org/guide/sections/1-introduction>
- Texto de la Ley 27.328, "Contratos de Participación Público-Privada". InfoLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/norma.htm>
- Texto de la Ley 24.156, "Administración Financiera Y De Los Sistemas De Control Del Sector Público Nacional". InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/texact.htm>
- Texto del Decreto 118/2017, "Contratos, Reglamentación Ley N° 27.328". InfoLEG, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/271968/norma.htm>

- Carregal S., Schiariti M.L., Veramendi E.V. (2016). *"La Participación Público Privada como una nueva herramienta para el desarrollo de infraestructura en Argentina"*. Marval, O'Farrell, Mairal. Recuperado de: <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/>
- Ferraro, G. (2016). *"La importancia de la asociación público-privada"*. Diario La Nación. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1949488-la-importancia-de-la-asociacion-publico-privada>
- Bullorini, J. (2016), *"Tras los retoques, aprueban la ley de inversiones que habían frenado Massa y los K"*. Diario Clarín. Recuperado de: https://www.clarin.com/politica/retoques-aprueban-inversiones-frenado-massa_0_ryMF0sDee.html
- Báez Cortés, J.F. (2016). *"Los mil agujeros de la Ley APP, Observaciones técnicas, crítica jurídica y una propuesta"*. Diario Confidencial. Nicaragua. Recuperado de: <https://confidencial.com.ni/los-mil-agujeros-la-ley-app/>
- Díaz, E. (2014). *"Uso y abuso de las asociaciones público privadas"*. Revista Forbes México. Recuperado de: <https://www.forbes.com.mx/uso-y-abuso-de-las-asociaciones-publico-privadas/>
- Solanas, F. (2016). *"Contra la ley de participación público-privada"*. Diario Infobae. Argentina. Recuperado de: <http://www.infobae.com/opinion/2016/09/28/contra-la-ley-de-participacion-publico-privada/>
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (2014). Boletín Oficial de la República Argentina. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>
- Bianchi, A. (2015). *"Presupuesto 2016: las represas Kirchner y Cepernic en Santa Cruz costarán el doble del precio al que se adjudicaron"*. Diario Todo Noticias. Argentina. Recuperado de: <http://tn.com.ar/economia/presupuesto-2016-las-represas-kirchner-y-cepernic-en-santa-cruz-costaran-el-doble-del-precio-al-que-619550#>.

Sobre FUNDEPS

La **Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS)** es una organización sin fines de lucro cuyo trabajo se dirige hacia la construcción de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, promoviendo un desarrollo sustentable que respete derechos humanos, mediante la incidencia en políticas públicas a nivel local, nacional e internacional.

Con estos fines, FUNDEPS realiza actividades de investigación, capacitación, incidencia, litigio estratégico y cooperación en general.

:: Misión.

Contribuir al fortalecimiento de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, que a través de procesos democráticos y participativos, promueva un desarrollo sustentable y respetuoso de los derechos humanos.

Página Web: www.fundeps.org

Facebook: @FUNDEPS

Twitter: @fundeps

Instagram: @fundepsargentina