

Proyecto de Ley sobre Participación Público-Privada

Ymaz Cossio, Esteban R.

Publicado en: LA LEY 25/07/2016 , 1 • LA LEY 2016-D , 1328

Cita Online: AR/DOC/2209/2016

El envío de proyecto de ley al Congreso por el Poder Ejecutivo, el 9 de junio de 2016, sobre el régimen de contratación público- privado se realizó por considerarlo "una de las claves para la creación de empleo en la Argentina, y por ende, para el desarrollo económico del país" (segundo párrafo del Mensaje N° 770/2016 de Elevación del Proyecto).

También, para que sea una superación del sistema anterior "a la hora de generar inversiones significativas", regulando "los aspectos esenciales del Sistema de Participación Público Privada" (Mensaje de Elevación, tercer párrafo).

Sería entonces de interés listar los puntos jurídicos básicos de este proyecto, que pueden hacerlo atractivo para la parte privada que intervendrá en los futuros contratos de Participación Público-Privada.

Y hacerlo en forma breve, para facilitar la primera aproximación jurídica al tema.

Va así, a continuación, una posible versión de esta lista, en la que los números de los artículos entre paréntesis son los del Proyecto elevado al Congreso.

— Los contratos de Participación Público- Privada, serán para el diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamiento y bienes, explotación y operación, y financiamiento, con el objeto de desarrollar proyectos de infraestructura, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica (art. 1°, primer y segundo párrafos).

— La ley será una ley marco (Mensaje de Elevación, tercer párrafo).

— Se propone que los privados asuman una parte sustancial del riesgo de la construcción, de la obtención del financiamiento y de la cuantía de los flujos de ingresos futuros (Mensaje, sexto párrafo, último punto).

— Los contratos serán a medida para cada caso *-taylor made-* (art. 1°, último párrafo).

— El plazo deberá ser suficiente para recuperar las inversiones, repagar el financiamiento y obtener una utilidad razonable (art. 4°, inc. d.).

— Se podrán crear sociedades específicas para cada proyecto (art. 7°).

— Estará dada la autorización legal para que las constituya el Estado y participe en ellas (art. 8°).

— Deberá haber un reparto equitativo y eficiente de riesgos, incluyendo el hecho del príncipe, el caso fortuito y la fuerza mayor, el alea económica extraordinaria, y la extinción

anticipada del contrato (art. 9º, inc. b.).

— La remuneración podrá provenir del Estado, de los usuarios o de terceros (art. 9º, inc. f.).

— Los aportes del Estado podrán consistir en cesiones de créditos públicos, de bienes, de créditos presupuestarios, de impuestos, o de derechos contractuales, y en derechos de superficie, avales, exenciones tributarias, subsidios, franquicias, concesiones de uso y explotación sobre bienes del dominio público o privado, y otros (art. 9º, inc. g.).

— Limitará el derecho del Estado a modificar unilateralmente el contrato: sólo del proyecto y hasta un máximo de un 20%, con compensación (art. 9º, inc. i.).

— Establecerá el derecho de ambas partes al mantenimiento de la ecuación económica y financiera del contrato, y a renegociarlo si se altera (art. 9º, inc. j.).

— Posibilitará la garantía de ingresos mínimos según cada contrato (art. 9º, inc. k.).

— Prohibirá limitar la indemnización en caso de rescisión por interés público (art. 9º, inc. p.).

— La suspensión o nulidad unilateral del contrato por razones de legitimidad deberá ser resuelta por el Tribunal competente, no por la Administración (art. 9º, inc. p.).

— Establecerá el derecho de la parte privada de suspender sus prestaciones en caso de incumplimientos del Estado (art. 9º, inc. s.).

— Reconocerá el derecho a ceder o dar en garantía los créditos provenientes del contrato (art. 9º, inc. q.).

— Facultará al Estado a autorizar la transferencia de la sociedad de fines específicos a los financistas o terceros, en caso de incumplimiento de sus obligaciones financieras (art. 9º, inc. r.).

— Establecerá la facultad de ceder el contrato una vez transcurrido el 20% de su plazo o de la inversión comprometida (art. 9º, inc. t.).

— Establecerá la posibilidad de estipular el arbitraje y los paneles de resolución de disputas (*DRB*) para resolver las controversias (art. 9º, inc. w.).

— Dará la autorización legal para someter las controversias a arbitraje o avenimiento (art. 9, inc. w., y art. 23).

— Declarará no aplicable la posibilidad del art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, de recurrir el laudo por ser contrario al ordenamiento jurídico, si el tribunal arbitral tiene sede en la Argentina (art. 9, inc. w., y art. 24).

— En todos los casos de extinción anticipada del contrato, el Estado, antes de tomar posesión, deberá pagar a la parte privada la indemnización estipulada, que nunca podrá ser inferior a la inversión no amortizada (art. 10).

- Las licitaciones para la contratación podrán ser nacionales o internacionales (art. 12).
- El régimen de iniciativa privada será aplicable a las contrataciones -5% de ventaja, y derecho a mejora dentro del 20%, 1% de recupero por el proyecto si se adjudica a un tercero- (art. 17).
- Abrirá la posibilidad del sistema de diálogo competitivo como procedimiento de contratación (art., 14).
- Las garantías a la parte privada podrán ser: afectación o transferencia de impuestos, bienes, fondos o cualquier clase de ingresos públicos; fideicomisos a los que se transfieran en forma irrevocables recursos similares a los anteriores; fianzas y avales de entidades de reconocida solvencia nacional e internacional; o cualquier otro instrumento que cumpla la función de garantía en forma apropiada (art. 18).
- No se les aplicará a estos contratos: ni la Ley de Obras Públicas N° 13.064 y modificatorias; ni la de concesión de obra pública N° 17.520 y modificatorias; ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional del Decreto N° 1023/2001 y modificatorias y su reglamentación; ni la posibilidad de pagar en moneda nacional deudas en moneda extranjera del art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación; ni la prohibición de cláusulas de ajuste o indexación de los arts. 2° y 10 de la Ley de Convertibilidad N° 23.928 y modificatorias (art. 2° y art. 26).
- Y se les aplicará supletoriamente el Código Civil y Comercial de la Nación, para la responsabilidad patrimonial de las partes (art. 11).