

Contratos de Asociación Pública – Privada

*¿Una solución al déficit de inversión
en infraestructura en Argentina?*



Alejandro Einstoss Tinto
Enero 2018



Contenido.

1.	Introducción.	2
2.	¿Qué es un contrato APP/PPP?	3
3.	Tipos de Asociación público privadas.	4
4.	Beneficios potenciales y esperados de las asociaciones público-privadas	5
4.1.	Buenas Prácticas y Desafíos en proyectos PPP.	6
4.1.1.	La elección de los proyectos.	6
4.1.2.	La Licitación.	6
4.1.3.	El reparto de riesgos.	7
4.1.4.	Financiamiento.	7
4.1.5.	Sobrecostos en el proceso de construcción.	8
4.1.6.	Renegociaciones.	9
4.1.7.	Aceptación social.	9
4.2.	Desafíos.	9
5.	Las PPP en el Reino Unido: más de dos décadas de experiencia.	10
5.1.	PPPs en el sistema de transporte de Londres: un ejemplo a tener en cuenta.	12
6.	La experiencia en la región.	13
6.1.	Evolución de las Inversiones en infraestructura mediante esquemas APPs en América Latina por sector. Periodo 1990 – 2015.	14
6.2.	Inversión APP acumulada 1990 – 2015 por sector	14
6.3.	Distribución geográfica de la Inversiones APP – Periodo 2004 – 2014.	15
6.4.	Mecanismos de Financiamiento de la infraestructura APP	16
7.	Balance regional de la implementación de esquemas APPs.	16
7.1.	Categorización y ranking de América Latina y el Caribe en función del desarrollo APP.	18
8.	El caso argentino.	19
8.1.	Nueva Legislación y Normativa. ¿Por qué esta vez será diferente?	19
8.2.	Nueva Ley APP – Principales disposiciones.	21
9.	Comentarios finales.	24
10.	Referencias.	28

1. Introducción.

La provisión eficiente de los servicios de infraestructura constituye uno de los aspectos más importantes y necesarios de las políticas de desarrollo; y si bien la inversión en infraestructura no garantiza por sí misma el crecimiento económico, se ha demostrado empíricamente que el progreso en infraestructuras ejerce un impulso muy importante sobre las economías, promoviendo una mejora de la productividad, de la competitividad y del bienestar social.

Por otro lado, las redes de infraestructuras constituyen un elemento vertebrador de la estructura económica de los países y de sus mercados.

En este sentido, los esquemas de asociación público-privada representan una de las mayores innovaciones en el sector de infraestructura de América Latina en los últimos años, habiendo servido de base la experiencia previa de otros países, como España e Inglaterra, para el desarrollo de este tipo de colaboraciones en la región.

Este esquema conlleva una asignación eficiente de riesgos entre el sector privado y el gobierno a través de contratos que establecen criterios de participación y las responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el desarrollo de proyectos que contemplan el desarrollo de obra pública.

En estas colaboraciones, el sector privado juega un papel fundamental en la construcción, mantenimiento y explotación de infraestructura, o en el desarrollo de servicios, participando también en la financiación del proyecto.

El rango de aplicación de las APPs abarca desde la infraestructura energética, la infraestructura de transporte, el sector de telecomunicaciones, como así también la provisión de servicios de agua potable y saneamiento, la construcción de escuelas, hospitales, cárceles, etc.

A partir de la década del 90, la inversión privada comenzó a representar un papel relevante al momento de financiar diferentes tipos de infraestructuras en varios países de América Latina, ante la incapacidad de los Estados de cubrir la necesidad de inversión pública de la región.

En el marco de este proceso, Argentina fue uno de los principales destinos de la inversión privada para el desarrollo y operación de redes de infraestructura de servicios públicos, hasta el año 2002.

Para ello, se implementaron reformas estructurales y regulatorias que promovían la implantación de nuevos modelos de colaboración entre ambos sectores: el modelo de Asociación Público-Privada (APP) o de Participación Público Privada (PPP).

La disrupción regulatoria a partir de la crisis macroeconómica y su reflejo en la sanción de la ley de emergencia económica – aún vigente luego de 15 años - , contribuyó a que las inversiones del sector privado en infraestructura se enfocaran en el resto de los países de la región, relegando las inversiones en Argentina sólo a aquellos sectores regulados concesionados durante la década del noventa.

En noviembre de 2016 la actual administración sanciona una nueva ley que establece un nuevo régimen de contratos de Participación Público Privada (PPP) con su correspondiente decreto reglamentario.¹

¹ Ley Nº 27.328 del 16/11/2016 y Decreto 11/2017 del 17/02/2017.

El objetivo del presente trabajo es analizar las distintas tipologías posibles de contratos PPP, cuáles son los beneficios potenciales de dichos contratos, como así también cuales son los problemas y desafíos que presentan a la luz de las experiencias regionales e internacionales en su aplicación.

Finalmente se analizará el caso argentino y la nueva legislación y normativa aplicable.

2. ¿Qué es un contrato APP/PPP?

El régimen de Asociación Público Privada – APP -, ó de Participación Público Privada – Public Private Partnership- PPP constituye una alternativa a los sistemas clásicos de contratación de obra pública, donde el Estado diseña, financia, paga y opera y el privado solo construye.

Este mecanismo, de origen en el derecho anglosajón, desarrollado a principio de los 70's en el Reino Unido, en su origen se concentró en la concesión de construcción y operación de carreteras; sin embargo, en la actualidad su uso se ha extendido a otras infraestructuras y servicios públicos tales como: infraestructura energética, infraestructura de transporte, así como provisión de servicios de agua potable y saneamiento, hasta los servicios de educación y salud.

Este régimen busca armonizar y sumar las ventajas que genera la participación del sector público y la del sector privado en la realización de proyectos de infraestructura, en materia de: financiamiento, acceso a los mercados de capitales, eficiencia constructiva, capacidad de endeudamiento y de gestión.

En líneas generales la PPP implica la prestación de manera directa de un servicio al sector público por parte de una empresa privada, mediante un contrato que incluye el diseño, la construcción y luego la operación y el mantenimiento de una infraestructura. La idea central es buscar **ganancias de eficiencia** que surgirían de alinear los intereses de quien diseña, construye y luego opera, la obra o el servicio en cuestión.

Por este motivo, las APP constituyen una herramienta contractual que puede adoptar una variedad de formatos, en función del reparto de los riesgos asociados al desarrollo de proyectos de infraestructura.

En este escenario la mayor **ventaja para el sector público** es que las obras son financiadas por el sector privado, evitando de esta forma restricciones presupuestarias, no generar deuda pública y aprovechar la capacidad de gestión del sector privado.

El repago de esta infraestructura se realiza mediante cargos directos al usuario o de manera indirecta mediante cargos tributarios que permiten diferir en el tiempo el impacto presupuestario de la obra y favorecen la solidaridad intergeneracional.

Al mismo tiempo, el interés de los privados en asegurar el repago de la inversión, garantizaría – en teoría - la solvencia de los análisis de factibilidad de los proyectos.

Las **ventajas al sector privado** vienen de la mano de poder participar y estructurar proyectos que estarían fuera de escala sin la participación del sector público. Del mismo modo el mecanismo APP reduce los riesgos asociados al posible oportunismo contractual del Estado, relacionados a hechos de carácter político, de fuerza mayor, expropiaciones, confiscaciones, etc.

La aplicación de estos modelos no ha estado exenta de éxitos y fracasos.

Las APP pueden presentar desventajas en relación a la obra pública tradicional. Por ejemplo elevados costos financieros que no son compensados por las ganancias de eficiencia, errores en la elección de los proyectos y en la distribución de riesgos, renegociaciones recurrentes y fallas en la confección de los contratos que deriven en sobrecostos a los usuarios, son algunos de los problemas que se identifican y analizan en el presente documento.

3. Tipos de Asociación público privadas.

La experiencia internacional muestra un amplio espectro de tipologías de contratos en relación al desarrollo de infraestructura pública mediante APPs, a partir del grado de participación del sector privado en el proyecto.

En términos generales, los esquemas de Asociación Público-Privada pueden darse a través de contratos de:

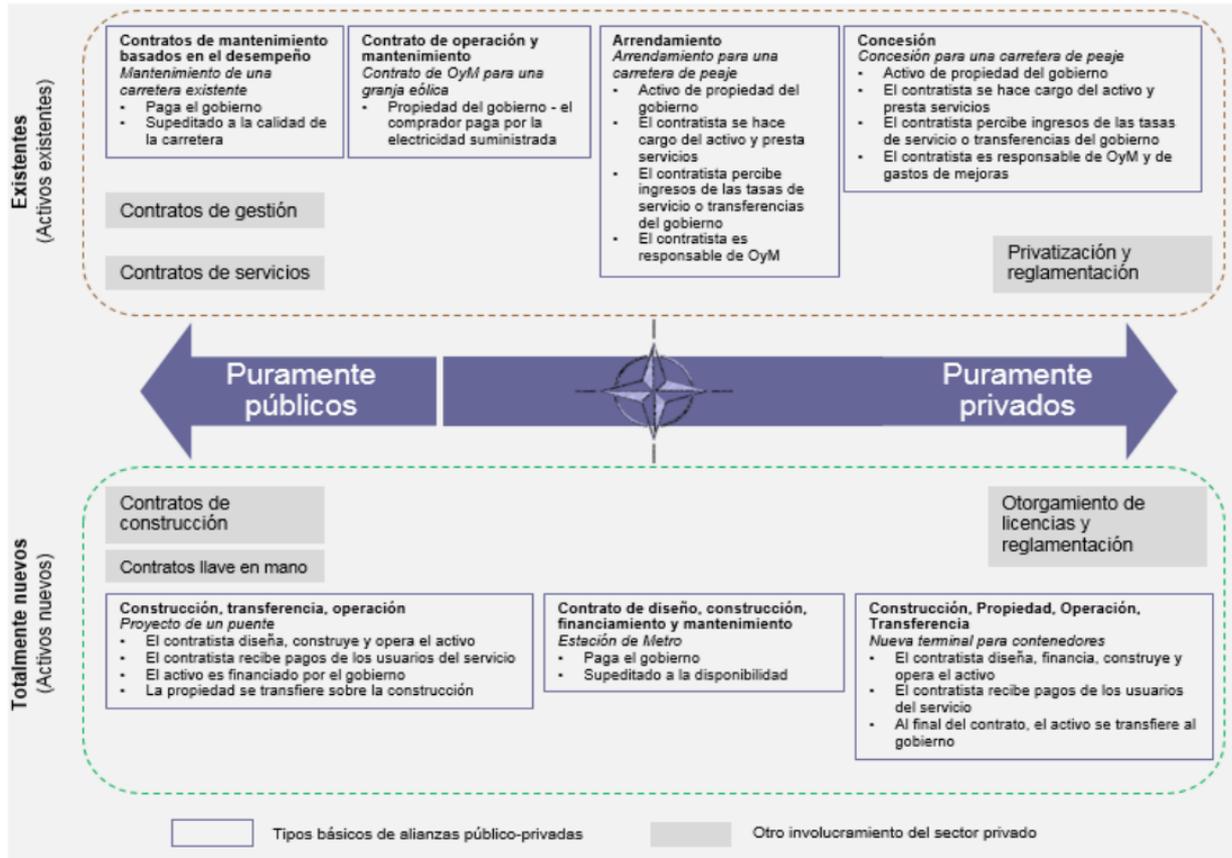
- **Servicios** permiten al sector privado realizar tareas específicas, como por ejemplo mantenimiento, mientras que el sector público es responsable de su coordinación. Generalmente están asociados a contratos de largo plazo. La principal ventaja del sector público es que se benefician de la experiencia que tiene el sector privado en tareas técnicas, y al momento de su contratación debe abrirse a la competencia.
- **Administración** es un acuerdo mediante el cual empresas privadas se encargan del desarrollo de servicios propios del Estado, siendo contratadas a nombre de una entidad pública.
- **Arrendamiento**, el sector privado gestiona la infraestructura según las decisiones que toma el sector público. El sector privado, por su parte, no recibe ninguna tarifa del gobierno, sino que sus ganancias dependen directamente de los beneficios del manejo de la empresa, asumiendo completamente el riesgo operativo. El gobierno mantiene la responsabilidad de la inversión y, por tanto, asume el riesgo de la misma.
- **BOT** (build, operate and transfer) y **DBO** (diseño, construcción y operación), son tipos de APPs basadas en resultados. Presenta semejanzas a **una concesión de obra pública**. Por la misma se otorga la responsabilidad al sector privado no solo de la inversión en infraestructura sino también de la operación y del mantenimiento de los activos. La mayoría de las veces el sector público otorga una serie de garantías o subvenciones para que el sector privado conciba el proyecto como rentable a pesar de los riesgos existentes. La propiedad de los activos en todo momento se mantiene en el Estado al finalizar el contrato.

Como variantes a esta última tipología pueden identificarse:

- **BOOT** (build, own, operate and transfer): construcción, propiedad, operación y transferencia.
- **BOOST** (Build, own, operate, subsidize and transfer): construcción, propiedad, operación, subsidio (que solventa total o parcialmente la infraestructura) y transferencia al Estado.
- **DBFO** (design, build, finance and operate): El privado tiene a cargo también el diseño, la construcción, el financiamiento y la operación de la infraestructura.
- **BOO** (build, own and operate): construcción, propiedad y operación.

Los contratos CREMA (construcción, rehabilitación y mantenimiento) de la red vial, ó contratos COM (construcción, operación y mantenimiento) de accesos a la Ciudad de Buenos Aires, suscriptos entre Vialidad Nacional y empresas privadas son ejemplos de la utilización de esta terminología a la práctica local.

Tipos de Asociación público privadas.



Fuente: Banco Mundial.org/ppp.

4. Beneficios potenciales y esperados de las asociaciones público-privadas

La restricción en los recursos fiscales hace que los gobiernos concentren su atención en aprovecharlos en los proyectos en marcha y por ende recurren al sector privado para desarrollar proyectos de infraestructura mediante asociaciones público-privadas por diversas razones:

- Como una vía para que el sector privado introduzca tecnología e innovación para mejorar el suministro de servicios públicos a través de la eficiencia operativa.
- Como incentivo para que el sector privado entregue los proyectos a tiempo y dentro del presupuesto acordado.
- Como mecanismo de certidumbre en presupuestos futuros, ya que se establecen gastos de proyectos de infraestructura en el presente y en el futuro.
- Como complemento a las limitaciones de las capacidades del sector público para satisfacer la creciente demanda de desarrollo de la infraestructura

- e. Como una vía para desarrollar las capacidades locales del sector privado a través de la propiedad conjunta con grandes empresas internacionales, así como oportunidades de subcontratación de empresas locales para obras civiles, obras eléctricas, instalaciones, servicios de seguridad, servicios de limpieza, servicios de mantenimiento, etc.
- f. Como vía para que el sector privado aumente su participación gradualmente en las empresas estatales;
- g. Crea diversificación en la economía ya que hace al país más competitivo: impulsa negocios y la industria asociada mediante el desarrollo de la infraestructura (como la construcción, el equipo, los servicios de apoyo, etc.)
- h. Como una extracción al largo plazo de value-for-money a través de la transferencia apropiada de riesgos hacia el sector privado durante el periodo del proyecto- desde el diseño y construcción al mantenimiento y las operaciones.

4.1. Buenas Prácticas y Desafíos en proyectos PPP.

4.1.1. La elección de los proyectos.

El objetivo principal que se plantea el sector público a la hora de desarrollar proyectos bajo la modalidad de PPP es obtener mayores beneficios de los que se obtendrían ejecutando ese proyecto directamente como obra pública. Por lo tanto, una vez demostrada la conveniencia social de un proyecto, es conveniente que se someta a un análisis que demuestre cuál es la mejor alternativa para su ejecución.

En los países que cuentan con mayor experiencia en el desarrollo de contratos APP, el procedimiento usualmente empleado para esta clase de análisis es el de “valor por dinero” —o **value for money**—, que generalmente, incluye, desde un punto de vista cuantitativo, todos los factores que pueden ser evaluados en términos monetarios.

Se basa en comparar los costos y riesgos que le supone al gobierno la ejecución del proyecto bajo modalidad APP, con lo que le costaría al gobierno ejecutar el proyecto bajo el modo convencional, sin intervención privada.

El óptimo value for money representa la mejor combinación de todos los costos y beneficios que genera el proyecto a lo largo de su vida.

Este tipo de análisis es utilizado en el Reino Unido y en varios países de la región como, por ejemplo, ha sido empleado en varios proyectos del Programa de Concesiones de Chile, que requerían de porcentajes importantes de recursos provenientes de los presupuestos fiscales.

4.1.2. La Licitación.

El modelo de adjudicación de los proyectos de APP en América Latina se caracteriza por utilizar, en la mayoría de los casos, un procedimiento abierto, es decir, el órgano

concedente valora qué alternativa presentada por el conjunto de licitadores resulta la más adecuada, en función de ciertos criterios establecidos en el contrato.

En general para la evaluación de las propuestas, suelen exigirse ciertos requisitos de solvencia económica-financiera, así como un mínimo de experiencia en la construcción y/o explotación de obras similares a la del proyecto a adjudicar. Este sistema se caracteriza por resultar más rápido, por suponer menores costos y ser más objetivo en comparación con el procedimiento negociado.

A nivel regional se verifica que la adjudicación final se decide, en la gran mayoría de los casos, en función de una variable económica.

4.1.3. El reparto de riesgos.

La asignación de riesgos en los proyectos de APP supone un aspecto clave para lograr un exitoso desarrollo de los mismos y, habitualmente, se lleva a cabo de acuerdo a la premisa que enuncia la teoría clásica, según la cual, *“los riesgos deben recaer sobre los agentes que mejor puedan controlarlos”*.

El mecanismo de reparto de riesgos se basa en que el sector privado debería gestionar aquellos riesgos que el mercado puede asumir o diversificar, y se transfiere al sector público los que de ningún modo sean controlables.

Sin embargo, en algunos proyectos de baja rentabilidad y con elevados riesgos financieros, técnicos, medioambientales y políticos, el sector privado no tiene suficiente confianza para abordar este tipo de financiación, lo que lleva a que algunas APPs necesiten respaldo financiero público, a través de garantías o subvenciones, que disminuyan algunos de esos riesgos.

Por ejemplo, en el caso de concesiones viales, el “riesgo de demanda” o de tráfico se trasfiere al sector privado, pero suele requerir ciertas garantías o compromisos por parte del gobierno.

4.1.4. Financiamiento.

A pesar de que el desarrollo de infraestructuras en América Latina en las últimas décadas ha estado ligado a una importante participación del sector privado, el financiamiento a cargo del sector público sigue, y seguirá teniendo, un papel fundamental.

Para el caso particular del proyecto PPP, si bien las posibilidades de financiamiento a nivel nacional e internacional son amplias – financiamiento bancario privado, emisión de deuda, fondos fiduciarios - la experiencia regional da cuenta que gran parte del financiamiento fue dado a través de préstamos de la banca pública como por subvenciones a fondo perdido.

Algunos países latinoamericanos cuentan con instituciones como la banca de desarrollo —integrada por instituciones financieras con participación estatal— para financiar la parte de las inversiones de los proyectos de infraestructuras que no son asumidas por el sector privado.

La falta de definición de los aspectos referidos al financiamiento en los contratos adjudicados por modalidad PPP, derivan en muchas ocasiones en renegociaciones a lo largo de la vida del proyecto.

En este sentido, uno de los aspectos más controvertidos de los contratos de PPPs es definir el momento adecuado en el que el gobierno debe exigir el cierre financiero del proyecto.

Mientras que en algunos países el contrato sólo se adjudica cuando existe financiamiento comprometido, en otros entre ellos España y la mayoría de las naciones de América Latina el contrato se adjudica sin que exista un cierre financiero definitivo.

Los motivos: agilizar el proceso de licitación, ahorrar costes a los proponentes en sus ofertas y evitar dar demasiado poder a las entidades financieras en la negociación con los concesionarios.

La experiencia indica que, aunque no se exija un cierre financiero definitivo antes de la adjudicación del contrato, parece razonable que el gobierno al menos establezca un límite temporal máximo para que el concesionario cierre el financiamiento.

De esta manera, en caso de no cumplirse con este requisito, la administración podrá rescindir el contrato, o bien adjudicárselo al segundo clasificado en la licitación o bien volver a licitarlo.

4.1.5. Sobrecostos en el proceso de construcción.

Los sobrecostos durante el período de construcción pueden provocar cambios contractuales que implicarán mayores costos para los usuarios o para la sociedad toda vía impuestos.

Los motivos: En algunas ocasiones es el propio gobierno el que modifica el diseño de pliegos, ya que se da cuenta de que el diseño original no cubre las necesidades de la sociedad – hospitales en Colombia - y, por tanto, exige al concesionario cambiar el proyecto ya aprobado, lo que implica mayores costos. En otras ocasiones, como en el caso de las prisiones de Chile, los sobrecostos surgen por cambios sugeridos por la empresa concesionaria que son finalmente aceptados por los supervisores del proyecto.

En otros casos el concesionario es el que reclama por mayores costos, como consecuencia de incrementos en los precios de materiales, mano de obra e insumos, por encima de los presupuestados en la oferta.

Que existan sobrecostos por encima de los límites previstos en contratos PPP, hace poner en duda la verdadera eficiencia de este modelo, basado conceptualmente en que el sector privado es más eficiente que el sector público cuando se le permite gestionar en forma integral el ciclo de vida del proyecto (diseño, construcción, mantenimiento y operación).

El problema de los sobrecostos en la construcción es uno de los desafíos más importantes a resolver en los contratos de PPP.

En este aspecto los Estados Nacionales, Provinciales o municipales deberán procurar:

- Completar los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental y legal del proyecto, que incluyan los estudios de demanda correspondientes.

- Evitar las demoras derivadas de expropiaciones, o del otorgamiento de licencias, que de producirse generaran reclamos por mayores costos.
- Depositar el riesgo de construcción en los contratistas privados, solo admitiendo sobrecostos por razones de interés público.
- Las ampliaciones por interés público deberán ser sometido al dictamen de un panel de expertos independientes, mediante proceso transparente.

4.1.6. Renegociaciones.

El importante número de cambios contractuales que se dan en los proyectos PPP, en la práctica acaban siendo pagados por los usuarios, y se generan como consecuencia de: reclamos por mayores costos reconocidos por los gobiernos, desajustes en la demanda real frente a la prevista en los contratos, insuficiencia financiera por falta de financiamiento o mal reparto de riesgos en los contratos.

De la experiencia relevada surge que es necesario restringir exclusivamente a causas de interés público los motivos que dan lugar a renegociaciones y/o modificaciones en los contratos. En este sentido los contratos PPP deberán generar las condiciones que eviten vicios de oportunismo/ arbitrariedad tanto públicos como privados.

Sin embargo, en el marco de los procesos de renegociación parece razonable que, las modificaciones contractuales deban sean puestas bajo arbitraje de un panel de expertos independientes cuya resolución sea inapelable.

Por otra parte, es bueno que el contrato prevea de antemano el procedimiento para reequilibrar al concesionario, en caso de que un cambio contractual inevitable ó extraordinario, a fin de reducir márgenes de arbitrariedad de la administración.

4.1.7. Aceptación social.

Es clave que la sociedad conozca las ventajas que ofrecen los contratos PPP frente a otras alternativas. La aceptación social se alcanzará en la medida en que el precio que tengan que asumir los usuarios o la sociedad esté más que compensado por los beneficios que la propia sociedad percibe y valora de los proyectos.

Por lo tanto, no todos los proyectos son susceptibles de desarrollarse bajo la modalidad de PPP. Hay casos en los que la característica de la infraestructura presenta importantes problemas de aceptabilidad social hacen necesario seguir optando por el modelo de provisión pública convencional.

4.2. Desafíos.

En resumen y en base a las buenas prácticas relevadas, surgen los siguientes desafíos al momento de desplegar proyectos bajo la modalidad PPP.

- Que los proyectos PPP no sean utilizados para poner en marcha proyectos que no se encuentren socialmente justificados y que acaben generando importantes cargas presupuestarias en el futuro.
- Las PPPs son un medio y no un fin en sí mismo, por lo que nunca deben servir para justificar proyectos que no tengan sentido económico y social.
- La experiencia indica que en gran medida el éxito de los proyectos PPPs exige que el gobierno cuente con funcionarios debidamente capacitados, y con poder suficiente para impulsar los proyectos desde el sector público.
- Que exista la mayor participación y competencia en las licitaciones.
- El diseño de los contratos aparece como un punto central, que debe contemplar los siguientes aspectos:
 - Una correcta transferencia de riesgos entre los diferentes agentes involucrados en el proyecto.
 - Incluir mecanismos para dirimir conflictos ágiles y que involucren a personal técnico e independiente. Los contratos de APP generan numerosas interpretaciones que deben ser resueltas de forma rápida e independiente.
 - Limitar los cambios contractuales una vez que se ha adjudicado la concesión a los estrictamente necesarios por el interés público.
- Abrir el financiamiento de los proyectos de APP a todas las posibles fuentes de recursos disponibles en el mercado: banca multilateral, nacional y extranjera, así como al mercado de capitales, a través de bonos de infraestructura o titularización de derechos.
- Ajustar los modelos de ingresos del concesionario a planteamientos más ligados a la prestación de servicios. La experiencia demuestra que el concesionario tiene muy poca influencia en la gestión del riesgo de demanda y, sin embargo, puede hacer mucho por mejorar la calidad del proyecto. Por lo tanto, los ingresos del concesionario deberían estar más ligados a la prestación del servicio más que al uso de la infraestructura.
- Transparencia en la información. Los proyectos de PPPs son, por definición, proyectos públicos y, en consecuencia, parece razonable que toda la sociedad pueda tener acceso a la información de dicho proyecto –cambios contractuales, condiciones de financiación, calidad de la prestación de servicios, etc. –.
- Demostrar que los proyectos de PPP generan valor respecto a otros procedimientos de licitación convencionales. Para ello será necesario implementar un mecanismo de valuación superior del value for money, que incorpore aspectos como calidad del servicio o la posibilidad de disponer del proyecto con anticipación en relación a un proyecto de obra pública tradicional.
- Lo anterior permitirá que la sociedad empiece a valorar positivamente los proyectos que se desarrollan mediante PPP, ya que generalmente los usuarios no perciben suficientes beneficios en contraprestación por el precio que tienen que pagar.

5. Las PPP en el Reino Unido: más de dos décadas de experiencia.

El Reino Unido, es uno de los países donde el desarrollo de obra pública mediante mecanismo PPP, ha tenido mayor desarrollo, donde se las conoce bajo el nombre IFP – Iniciativa de financiamiento privado -.

Su desarrollo abarcó todos los ámbitos de la obra pública, incluyendo sanidad, educación y hasta el sector militar.

Bajo modalidad de contratos PPP, el gobierno paga por la utilización de infraestructuras diseñadas, financiadas, construidas, gestionadas y de propiedad de un consorcio de proveedores y entidades financieras. De esta forma las PPPs permiten que la infraestructura pública pasa a formar parte de la cartera de inversión en “activos” que permite al sector financiero extraer riqueza del sector público mediante el flujo de fondos y los retornos que aseguran /garantizan estos contratos.

Según datos de la Comisión del Tesoro – HM Treasury UK government - en su dilatada experiencia el Reino Unido ha desarrollado obra pública mediante PPP por un valor de USD 70.600 millones.²

Sin embargo, y luego de más de dos décadas de experiencia detecta una serie de problemas y riesgos entre los cuales se incluyen³:

- Las ganancias por eficiencia derivadas de la participación de privados no compensan los mayores costos afrontados por el gobierno. Es decir, en general los proyectos PPP han costado más que si hubieran sido financiados mediante obra pública tradicional. No se verifica una buena relación calidad – precio.
- Las garantías de rentabilidad de los contratos en algunos casos han sido excesivas, derivando en beneficios extraordinarios a costa de presupuestos públicos futuros o de tarifas que pagan los usuarios.
- Se verifica la pérdida de capacidad estatal de diseñar, construir, financiar y gestionar infraestructura.
- Erosiona la rendición la de cuentas públicas.

En relación a este último problema el FMI ⁴afirma:

- *“En vez de que el gobierno haga pagos anticipados para cubrir el coste de la construcción de un activo, el sector privado soporta este coste y el gobierno cubre el coste de oportunidad del capital como parte del pago de servicios al sector privado. Es así como se pueden utilizar las APP para registrar un endeudamiento público y deuda inicialmente más bajo que con la inversión pública tradicional.”*

y advierte: *“Las APP se pueden utilizar principalmente para eludir los controles de gasto y mover la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera de la hoja de balance*

² <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/ commons-select/treasury-committee/news/pfi-report/>

³ <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/ commons-select/treasury-committee/news/pfi-report/>

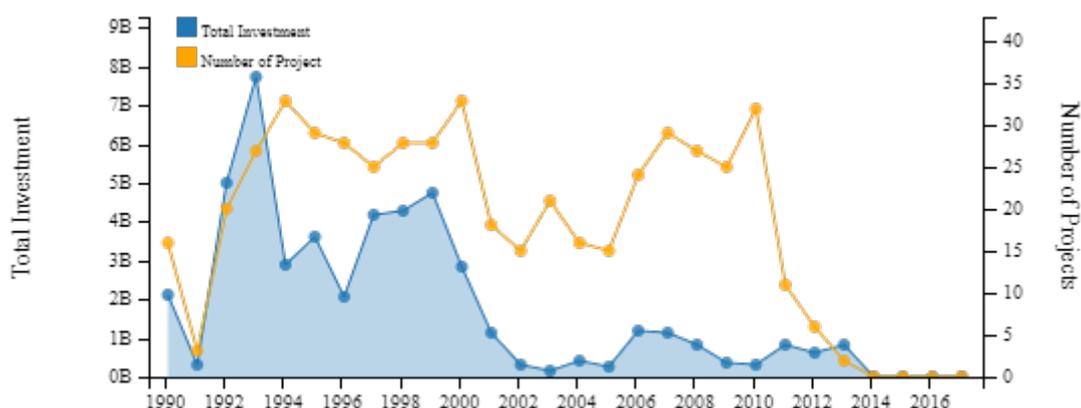
⁴ <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> pág. 19

del gobierno, mientras el gobierno sigue soportando el riesgo inherente y es quien se enfrenta a los potenciales altos costes fiscales.”

En relación a los sobrecostos que implica la instrumentación de contratos PPP, la oficina Nacional de Auditoria de UK – National Audit Office – en su informe “Lessons from PFI an other projects⁵”, detecta que las inversiones en infraestructura mediante sistemas PFI han tenido un costo financiero más de dos veces superior al de un proyecto desarrollado por obra pública tradicional. Y observa que el costo de financiamiento continúa creciendo en el periodo 2008 – 2015, mientras la tasa de interés que paga el gobierno del Reino Unido ha caído en todo el periodo.

En este aspecto afirma: “Se debe cuestionar el financiamiento privado en licitaciones públicas, teniendo en cuenta que el costo de financiación de la deuda aumento desde la crisis del crédito en un 20%.”.

Evolución de los proyectos PPP en UK



5.1. PPPs en el sistema de transporte de Londres: un ejemplo a tener en cuenta.

Transport for London (TfL) es el organismo del gobierno local responsable de implementar estrategias de transporte y administrar el servicio de transporte de Londres y originalmente tuvo a su cargo casi el 25% de los proyectos PPP del Reino Unido.

Los tres contratos PPPs más importantes se implementaron a partir de 2003, con destino a la renovación y mantenimiento del todo el sistema de metro de Londres, por un valor de USD 26.000 millones a dos consorcios (Metronet y Tubelines). El gobierno nacional y TfL garantizaron el 95% de las deudas contraídas por los consorcios para financiar las obras.

En 2007, uno de los consorcios (Metronet) se declara en quiebra luego que TfL y el gobierno nacional se negaran a cubrir con subsidios el déficit que generaba que los ingresos presupuestados no permitieran cubrir los costos de la gestión del proyecto. La reversión de la concesión al Estado significó un costo de 600 millones de libras para los contribuyentes.

⁵ <https://www.nao.org.uk/press-release/lessons-from-pfi-and-otherprojects-2/>

La Comisión del Transportes del Parlamento Británico⁶, en el informe final de la PPP resume: *“El legado de los accionistas de Metronet fue el resultado de una mala gestión del programa, un control de costos ineficaz, falta de planificación prospectiva y una gestión fiscal ineficiente”*.

La otra gran PPP se rescinde en 2010 . – Tubelines -, luego que TfL compró la empresa por 310 millones de libras, tras ganar un laudo arbitral en relación al cálculo excesivo de costos por parte del consorcio. Tubelines, que llevaba meses de retraso en las obras comprometidas no pudo continuar y el proyecto se municipalizó. TfL refinanció el endeudamiento mediante la emisión de bonos, logrando de esta forma reducir significativamente el costo de financiamiento del proyecto.⁷

A la fecha el Municipio de Londres a través de TfL ha cancelado el 97% de los contratos PPPs, incluyendo el Croydon Tramlink, que es un sistema de tren ligero que fue construido y explotado por un consorcio desde el año 2000 bajo un contrato PPP por 99 años.

La cancelación de los contratos ha aportado dos grandes beneficios a TfL⁸:

1. Ahorros por sustitución de deuda privada por deuda pública a tasas menores, mediante la emisión de bonos.
2. Ahorros de eficiencia estimados en más de 2.000 millones de libras por la eliminación de duplicaciones, licitando subcontratos de manera competitiva – que los consorcios habían adjudicado a sus propios accionistas - y mejorando la planificación y la programación.

6. La experiencia en la región.

Existen importantes experiencias a nivel regional sobre la implementación de modelos PPP para la construcción, conservación y operación de infraestructuras públicas.

Según cifras del Banco Mundial (BM), en los primeros seis meses del año 2016 de los cinco países con mayor inversión privada en grandes proyectos de infraestructura de transporte, energía y agua, cuatro fueron latinoamericanos (Colombia, México, Chile y Brasil), razón por la cual la región encabeza la lista como mayor destino de inversiones privadas con un 41% del total global.

Una explicación parcial de este fenómeno puede encontrarse en la desaceleración económica de la región por la cual los gobiernos acuden cada vez más al sector privado para financiar los proyectos de infraestructura.

Entre 1992 y 2013, América Latina y el Caribe dedicó el 2,4% de su Producto Bruto Interno a infraestructura, un monto sustancialmente menor al registrado en otras regiones (UE,

⁶ <https://publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmtran/45/45.pdf>

⁷ <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01746>

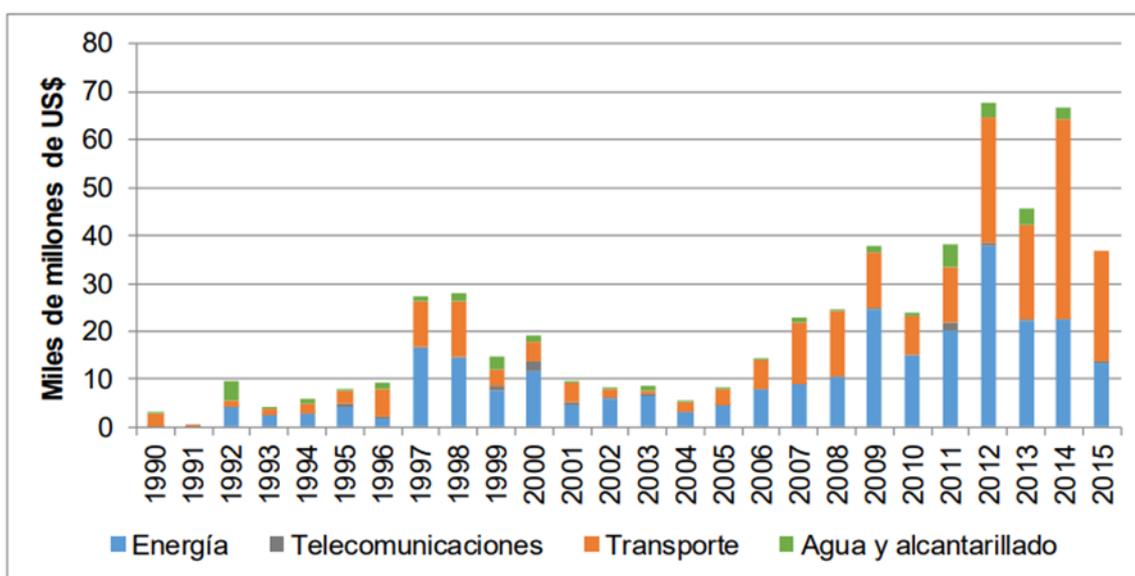
⁸ London Underground after the PPP, 2007-

<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN01746>

USA, China, Japón, India) pero considerablemente superior al registrado en Asia meridional ó África subsahariana.⁹

En este sentido, según la base de datos del Banco Mundial, las inversiones en infraestructura mediante PPPs, en la región aumentaron de USD 8.000 millones en 2005 a USD 39.000 millones en 2015, y muestra¹⁰ que para el decenio 2006 – 2015 América Latina y el Caribe recibieron inversiones acumuladas por USD 361.000 millones en unos 1000 proyectos de infraestructura en su mayoría en sectores de energía y transporte.

6.1. Evolución de las Inversiones en infraestructura mediante esquemas APPs en América Latina por sector. Periodo 1990 – 2015.



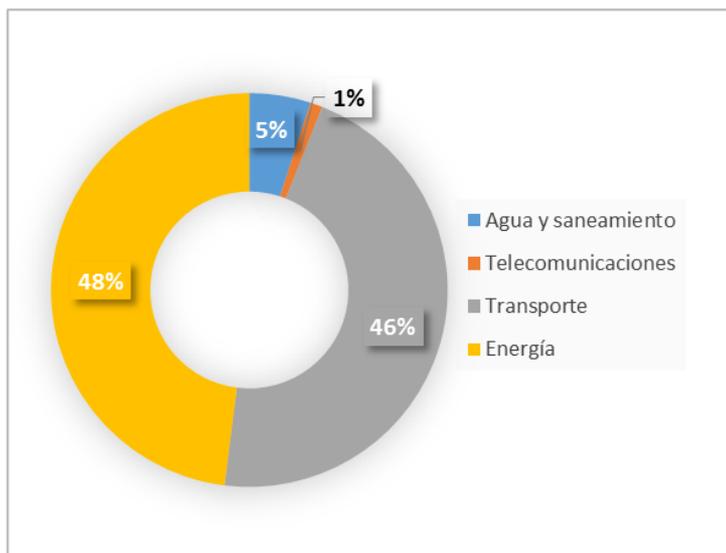
Fuente: Base de datos BM: Base de datos PPI – 2016

6.2. Inversión APP acumulada 1990 – 2015 por sector

Las inversiones mediante esquemas APP en la región se concentran en los sectores de transporte (principalmente rutas y autopistas) y energía, que representan el 46 y el 48% de la inversión total para el periodo bajo esta modalidad.

⁹ Para el mismo periodo China invirtió en el desarrollo de infraestructura el 8,5% del PBI, mientras Japón 5%, India 4.7%, la Unión Europea 2,5% y USA 2,6.- Datos 2016 B Fuente BID y Mackensy Global Institute

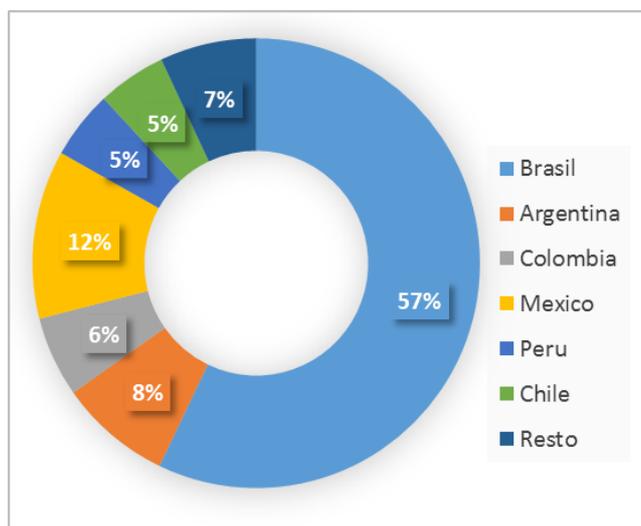
¹⁰ Evaluaciones de Asociaciones Publico Privadas en Infraestructura – BID / CII (Corporación Interamericana de Inversiones) – 2016.



Fuente: Base de datos BM: Base de datos PPI – 2016.

6.3. Distribución geográfica de la Inversiones APP – Periodo 2004 – 2014.

Del mismo modo, la implementación de APPs durante la última década está muy concentrada en Brasil (57%), México (12%), Argentina¹¹ (8), Colombia (6%), Perú (5%) y Chile (5%).



Fuente: Base de datos BM: Base de datos PPI – 2016

¹¹ El Banco Mundial registra para Argentina las inversiones realizadas en concesiones de segmentos regulados.

6.4. Mecanismos de Financiamiento de la infraestructura APP

Durante el periodo 2004 – 2014, el endeudamiento mediante préstamos con bancos comerciales, nacionales y organismos multilaterales explicó el 80% del financiamiento de las infraestructuras ejecutadas mediante esquemas APPs.



Fuente: Base de datos BM: Base de datos PPI – 2016

7. Balance regional de la implementación de esquemas APPs.

Más del 70% de los contratos PPP suscritos en la región desde principios de la década del 90 hasta el año 2015 fueron objeto de renegociación. Para el sector de agua y saneamiento este porcentaje se eleva al 93%¹².

Entre las causas de renegociación de los contratos pueden mencionarse la mala, defectuosa e incompleta confección de los contratos, evaluación deficiente de los riesgos asociados a un proyecto de largo plazo y del valor de costo financiero del proyecto, falta de estudios completos de factibilidad que no solo incluyan aspectos económicos sino ambientales y sociales, causas de fuerza mayor, etc.

Costos de renegociación de la APP: Chile, Colombia y Perú			
Fuente: OCDE ¹³	Chile	Colombia	Perú
Numero de renegociaciones	21	25	15
Valor original del contrato en millones de USD	281,3	263,2	155,2
Número de contratos renegociados	18	21	11
% de contratos renegociados	86%	84%	73%
Costo adicional a partir de la renegociación	54,8	262,5	223
Costos adicionales como % del valor original	19,5	99,7	143,7

¹² http://infrascope.eiu.com/wp-content/uploads/2017/02/EIU_IDB_INFRASCOPE_2017-FINAL-1.pdf

¹³ OECD Development Centre – Working Paper 317: “Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru – E. Britan y otros – 2013.

Lo anterior pone de manifiesto que en muchos aspectos la región presenta fuerte restricción para movilizar inversión privada a través de APPs.

En este sentido, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), realiza periódicamente el Informe “Infrasonido”, que utiliza un marco de 23 indicadores para captar los avances en aspectos regulatorios, institucionales, de Madurez en la implementación de estos esquemas contractuales, de Inversiones y clima de negocios, y de desarrollo de instrumentos relacionados a la implementación de proyectos APPs de infraestructura.

Dicho informe en su edición 2017¹⁴, resalta la situación de Chile y Colombia que luego de 25 años de experiencia han logrado marcos regulatorios desarrollados, pone de manifiesto que si bien en la última década se registran mejoras en algunos países – especialmente Uruguay, Guatemala y México – los avances han sido desparejos y las necesidades difieren para cada país.

Y detalla que “varios países, entre ellos Argentina, Costa Rica y Nicaragua, han desarrollado nuevos marcos legales para las APP en el último año, pero necesitarán tiempo para poner en práctica sus nuevas políticas. Estos países tendrán que probar sus nuevos marcos definiendo una cartera sólida de proyectos y asegurando que alcancen el cierre financiero”.

En función del grado de desarrollo y madurez de los indicadores relevados el BID clasifica a los países en cuatro categorías: maduros, desarrollados, emergentes e incipientes y confecciona un ranking en función de su desempeño.

Se observa que Argentina se ubica en la categoría “incipientes”, compartiendo categoría con Venezuela, Ecuador y Paraguay, y en función de su desempeño ocupa el puesto 17º de los 19 países relevados.

Lo anterior pone en evidencia el importante retraso relativo que Argentina presenta en relación a la región para el desarrollo de proyectos bajo el esquema APPs.

El desaliento a la inversión privada como resultado de la ruptura de contratos de concesión a partir del 2001 (en algunos casos sin resolución hasta 2016), el default de la deuda pública por más de 15 años y las restricciones al acceso al mercado de capitales global, pueden explicar el escaso desarrollo de asociaciones publico privada durante la última década a nivel local.

¹⁴2017: Infrasonido: Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean - <https://drive.google.com/file/d/0B9ZrLkB2JshXUINoQ21iLXAwWTQ/view>

7.1. Categorización y ranking de América Latina y el Caribe en función del desarrollo APP.



Fuente: BID – The Economist, Inteligent Unit: Infrascopes Report – Marzo 2017.

8. El caso argentino.

El déficit de inversión en infraestructura en la Argentina es de tal magnitud¹⁵, y tan importante es la necesidad de capital, tecnología, gestión y recursos para satisfacer ese déficit, que ni el sector público ni el sector privado pueden, por sí solos, dar una respuesta adecuada.

Por lo cual son necesarias nuevas formas de asociación entre ambos sectores para potenciar lo mejor de cada uno de ellos y materializar la inversión en infraestructura que mejorará la calidad de vida de los argentinos.

Bajo el modelo PPP, 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.

En el concepto clásico de PPP, la posibilidad de unificar y alinear los intereses de quien diseña, construye y opera la obra, genera beneficios por eficiencia cuantificables en relación a la obra pública tradicional.

La mayor ventaja para el sector público es que las obras son financiadas por el sector privado. Esta infraestructura la paga el Estado en el tiempo mediante el canon periódico por el servicio provisto por el privado. **Esto permite diferir en el tiempo el impacto presupuestario del precio de la obra y favorece la solidaridad intergeneracional en su financiación.**

Cuestiones éstas, que posicionan a los contratos PPP en una alternativa a los sistemas clásicos de contratación de obra pública, en el marco de la actual coyuntura macroeconómica de déficits fiscal recurrentes.

8.1. Nueva Legislación y Normativa. ¿Por qué esta vez será diferente?

Argentina, a pesar de no haber experimentado un amplio desarrollo de iniciativas de PPP, cuenta con una legislación sobre la concesión de obra pública que data de 1967, que se ha ido modificando y adaptando a lo largo de los años.

Existen dos antecedentes legislativos de PPP, ninguno de los cuales fue utilizado ampliamente: el Decreto N° 1299 del año 2000 y el Decreto N° 967 del 2005.

El primero era un excelente régimen, pero fue dictado en un contexto económico internacional y político argentino muy adverso. El segundo se instrumentó a través de una regulación deficiente, a pesar de haber sido emitido en un excelente contexto económico

¹⁵ El déficit de inversión en infraestructura se pone de manifiesta en caída de los parámetros de calidad técnica y de calidad percibidos por los usuarios de los servicios públicos de infraestructura (transporte, Agua y Saneamiento, Servicio Eléctrico, Gas Natural por red y Telefonía) durante la última década. Ver informe "Indicador Sintético de la Calidad de los Servicios Públicos" – Fundación Centro de Estudio para el Cambio Estructural - <http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/2017/09/sde48.pdf>

internacional, con abundancia de capital para las economías emergentes y términos de intercambio favorables para la Argentina.

Generalmente los marcos institucionales de las PPP están orientados a facilitar el desarrollo de infraestructuras a través de la ejecución de una serie de tareas —planificación, diseño, promoción, licitación, supervisión, regulación— llevadas a cabo por diferentes instituciones —ministerios de infraestructuras, ministerios de hacienda, departamentos de planeación, gobiernos locales, agencias específicas, entidades reguladoras, etc. — en función de las competencias que les hayan sido otorgadas.

En este contexto, un marco institucional adecuado es clave para que el modelo de provisión de infraestructuras y prestación de servicios públicos funcione correctamente.

Para gestionar los proyectos de Asociación Público-Privada es normal que los gobiernos constituyan unidades específicas, con personal especializado, que reúnan gran parte de las funciones de gestión de la infraestructura.

En algunas naciones, como en el caso de Chile, las unidades de APP dependen de los ministerios con competencia en obras públicas. En otras dependen de ministerios con competencias en hacienda, desarrollo económico o planeación.

El nuevo régimen de PPP sancionado a partir de la Ley 27.328 y su decreto reglamentario 118/2017, implica un cambio de paradigma en relación a la contratación pública, al excluirse o limitarse significativamente las prerrogativas de derecho público de la Administración (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). Es decir se limita el “oportunismo contractual del gobierno”, que generalmente aparece en los momentos de mayor debilidad del contratante privado (por ejemplo, una vez que la inversión principal ya ha sido realizada y la infraestructura ha sido construida).

Sin embargo, no aparece una preocupación simétrica – explícita en el texto de la ley – relacionado al “oportunismo contractual de la contraparte privada”, que como se ha visto en la experiencia regional y europea aparece como un problema recurrente y es una temática central en la literatura de la temática.

La nueva Ley 27.328 posiciona al financiamiento de infraestructura mediante contratos PPP, como una herramienta de política del gobierno de gran importancia.

Su éxito dependerá de varios factores que permitan que el alivio fiscal que implica su instrumentación en el presente, no se traduzca en un problema fiscal futuro.

- **Selección de proyectos:** en general los proyectos identificados están relacionados a servicios públicos de infraestructura, que se prestan sobre redes de infraestructura y cada uno de estos proyectos constituirán aportes a una red ya existente. En este sentido la selección y priorización de proyectos no sólo debería observar una problemática sectorial o local, sino tener una mirada que contemple la globalidad de la prestación del servicio en cuestión y la red que lo sustenta.

- La presencia de redes, generalmente conlleva la existencia de monopolios naturales, los contratos PPP deberán considerar las regulaciones vigentes, de tratarse de proyectos con impacto en redes ya concesionadas, será importante **delimitar responsabilidades y definir la propiedad de los nuevos activos.**
- Una de las claves para que la PPP se constituya en una herramienta eficaz y capaz de canalizar las obras de infraestructura, es que los contratos sean financiados por el sector privado, para lo cual se requiere que estén incorporados los elementos jurídicos y económicos que brinden las seguridades necesarias para el recupero de los préstamos que se otorguen.
- **Rentabilidad:** la determinación de los márgenes de rentabilidad y en particular la determinación de la rentabilidad sobre el capital propio y las garantías asociadas - adquiere centralidad al momento de la instrumentar los contratos PPP en cada uno de los proyectos sectoriales.
- **Endeudamiento:** Del mismo modo el monto de la inversión, el grado de apalancamiento financiero, y el endeudamiento (tasa, el plazo y la moneda en que se toma dicha deuda), son puntos a tener en cuenta al momento de la adjudicación.
- **Adjudicación** de los proyectos, mediante mecanismos competitivos que no solo contemplen el menor canon, sino que la elección del proyecto considere aspectos cualitativos relacionados a la participación de componentes nacionales, parámetros de calidad, etc.
- **Mecanismo de resolución de conflictos:** Es necesario implementar un mecanismo transparente y ágil de resolución de controversias que proteja al privado del “oportunismo del Estado”, pero que deje en claro que no se permitirán “renegociaciones oportunistas” por parte de los privados.

8.2. Nueva Ley APP – Principales disposiciones.

La iniciativa del PEN importa una mejora sustancial respecto del régimen actual establecido en el Decreto N° 967/2005 y mantiene algunos elementos presentes en el Decreto 1299/2000.

Las características principales son:

- **Régimen alternativo.** La PPP constituye un régimen alternativo al de obra pública y concesión de obra pública y, por ende, no impide la utilización de los sistemas tradicionales. El sector público decidirá en cada proyecto cuál es la forma de contratación más apta para satisfacer las necesidades públicas y recurrirá al régimen de PPP si lo considera más eficaz para tales fines.

- **Marco regulatorio.** El régimen legal de cada proyecto se complementará con la reglamentación, los pliegos y los términos del respectivo contrato. No serán de aplicación a los proyectos celebrados bajo el régimen de PPP las leyes de Obra Pública 13.064 y de Concesión de Obra Pública 17.520, ni tampoco el Decreto N° 1023/2001 de Contrataciones Públicas.

Las obligaciones contractuales de las partes serán aquellas expresamente previstas en la ley de PPP y su reglamentación, en el respectivo pliego de licitación y en el contrato correspondiente.

- **Flexibilidad en cuanto a la estructura jurídica.** El vehículo que participa en el contrato puede ser una sociedad existente, una sociedad de propósito específico. El Estado Nacional también puede participar en una sociedad anónima creada a ese solo efecto.

En este sentido las sociedades de propósito específico previstas en la ley están habilitadas a realizar oferta pública de títulos valores de conformidad con la Ley de Mercado de Capitales 26.831, una herramienta potencialmente importante a la hora de obtener un financiamiento más amplio.

- **Flexibilidad en cuanto a la estructura de garantías.** Se faculta la cesión de derechos de cobro, cesión de derechos de la sociedad de objeto específico en caso de incumplimiento, el otorgamiento de fianzas, avales y cualquier garantía por parte de entidades solventes nacionales o internacionales.

Permite también la constitución de fideicomisos como mecanismo de garantía y/o pago de la contraprestación a cargo del ente contratante, los que deberán prever la existencia de una reserva de liquidez durante la vida del contrato.

En este sentido el Capítulo IX del proyecto de Presupuesto 2018 prevé la creación de un “**Fideicomiso PPP**”, que podrá constituirse mediante un único fideicomiso o a través de distintos fideicomisos individuales y que tendrán por objeto:

- Efectuar y/o garantizar pagos en virtud de contratos PPP
- Otorgar préstamos, garantías, fianzas, avales o cualquier otro tipo de financiamiento o garantía en relación con los contratos PPP.
- Emitir valores fiduciarios.
- Emitir certificados de avance de obra, actas de reconocimiento de inversión y asumir su pago.
- Realizar aportes de capital y adquirir instrumentos financieros destinados a la ejecución y financiación de contratos PPP.

El mencionado Fideicomiso PPP estará constituido por:

- Bienes, garantías y créditos presupuestarios que asigne el Estado Nacional.
- Aportes y contribuciones provenientes de otros fondos fiduciarios

- Contribuciones, cargos específicos, tarifas y otras contraprestaciones por uso.
- Pagos que deban realizar los contratistas.

El patrimonio del fideicomiso, estará a cargo de un fiduciario que deberá ser una entidad financiera, estará constituido por los recursos mencionados la ley, incluyendo tributos, y posibilitará la emisión de títulos valores para permitir la titulación de los flujos provenientes del pago del canon periódico.

- **Flexibilidad en cuanto a la estructura de la remuneración del contratista.** Con una moneda expuesta a procesos inflacionarios, financiar un proyecto a largo plazo es imposible salvo que expresamente la ley permita mecanismos de eficientes para preservar el valor del contrato en el tiempo.

En este sentido, la iniciativa expresamente excluye la prohibición de indexación prevista en la Ley de Convertibilidad 23.928. Además, las partes pueden acordar que los pagos se realicen en moneda extranjera y se excluye la aplicación del art. 765 del CCyC.

En cuanto a la estructura de la contraprestación, se prevé la posibilidad de cesión de fondos de operaciones de crédito o de tributos; la constitución de derechos de superficie y/o de uso u cualquier otro aporte por parte del Estado Nacional.

Por último, se consagra el derecho del contratista a mantener el equilibrio económico financiero original del contrato. El art 9º inc f indica que sin perjuicio de lo que establezca la reglamentación, pliegos o contratos, los contratos PPP deberán incluir los “*procedimientos de revisión del precio del contrato que permitan preservar la ecuación económico-financiera del contrato*”.

- **Step-in rights.** El contratista podrá contratar préstamos bajo la condición de que su incumplimiento importará la cesión del contrato a favor del acreedor o de terceros, según las modalidades y procedimientos que se establezca en el contrato.
- **Designación de auditores externos independientes.** Las partes del contrato podrán designar a auditores técnicos independientes quienes 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. En el contrato podrá preverse que, si la Administración no está de acuerdo con la determinación del auditor, ello no obsta al pago de la contraprestación, que quedará en una cuenta en garantía o en fideicomiso hasta que se resuelva la controversia.

En forma concurrente la Auditoría General de la Nación “deberá incluir en cada plan de acción anual la auditoría de la totalidad de los contratos de PPP existentes, su desarrollo y resultado”.

- **Diálogo competitivo.** Este es un novedoso mecanismo que introduce la ley. El diálogo competitivo es una de las opciones que posee la Administración para realizar un

proceso de selección de contratistas y se la utiliza cuando no se conoce con precisión qué tipo de bien o servicio se quiere o debe contratar, pero sí se conoce cuál es el fin o beneficio que se quiere obtener. Por ejemplo, si la Administración quiere ahorrar energía en sus edificios e instalaciones, el objetivo es claro, el ahorro energético y por tanto económico, pero el cómo conseguirlo puede que no sea tan obvio, ya que hay varias soluciones para alcanzar el mismo objetivo. Es por ello que se hace uso de este procedimiento en el cual, tras la interacción con los interesados precalificados, se desarrolla y define la solución que resultará ser la más ventajosa tanto para la Administración como para las empresas que formularán sus ofertas.

- **Cuantificación de daños en caso de incumplimiento de las partes.** 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 CCyC. El cálculo de los daños podrá incluir la posibilidad de reclamar lucro cesante en los términos previstos en el contrato.
- **Indemnización por terminación anticipada.** El contrato fijará el alcance de la indemnización en casos de rescisión por razones de interés público, así como el método de determinación y pago, **debiéndose abonar el 100% de la indemnización previo a la toma de posesión de los activos. No será de aplicación norma alguna que limite la responsabilidad del Estado.**
- **Resolución de controversias. Arbitraje.** Las controversias técnicas y cualquier tipo de disputas que surjan con motivo de contratos de PPP podrán someterse a paneles técnicos y/o a tribunales arbitrales. El texto expresamente excluye la revisión del m del laudo arbitral por tribunales locales. En la iniciativa no se excluye la posibilidad de que el arbitraje tenga lugar en el exterior.

9. Comentarios finales.

Sin dudas el modelo PPP aparece como una importante herramienta para cubrir el enorme déficit de infraestructura pública heredada por la actual administración. Dicho déficit es de tal magnitud, que ni el sector público ni el sector privado pueden, por sí solos, dar una respuesta adecuada.

La principal ventaja para el sector público, es que las obras son financiadas por el sector privado. Esta infraestructura la paga el Estado en el tiempo mediante el canon periódico por el servicio provisto por el privado. **Esto permite diferir en el tiempo el impacto presupuestario del precio de la obra y favorece la solidaridad intergeneracional en su financiación.**

Por lo cual son necesarias nuevas formas de asociación entre ambos sectores para potenciar lo mejor de cada uno de ellos y materializar la inversión en infraestructura que mejorará la calidad de vida de los argentinos.

En este contexto, la implementación de los proyectos PPP explicará una importante proporción de la inversión en infraestructura en los próximos años en Argentina y así lo manifiesta el proyecto de presupuesto 2018, enviado recientemente para su aprobación:

Las transferencias de Capital presupuestadas por el gobierno nacional para 2018 alcanzan los \$210.941 millones – 1.9% del PBI -. El presupuesto estima complementar este gasto en capital con \$ 225.000 millones a través del financiamiento y ejecución de infraestructura pública a través de empresas públicas, de inversión privada en mercados regulados y **en particular a partir de los “Programa de Participación Publico Privada”**. *“En consecuencia en 2018 el gasto total en infraestructura pública será de \$ 435.000 millones, lo que representa 3,5% del PBI, registro 35% superior a lo proyectado para 2017”*.

Luego de más de una década fuera de los mercados internacionales, la actual administración relata al FMI en el marco de la primer revisión de cuentas por Artículo IV¹⁶, su intención de *“avanzar en un ambicioso programa de infraestructura, aumentando el gasto de capital del 2% al 6% del PIB en ocho años, de los cuales dos tercios provienen de asociaciones con el sector privado”*. Además, señaló que *“cubrir la brecha de infraestructura en el país llevará tiempo y requerirá una mejora en los marcos institucionales y legales para la participación del sector privado en proyectos de infraestructura ”*, incluyendo la introducción de un sistema de concesiones que funcione bien, sea transparente y competitivo”.

En este contexto, Argentina instrumenta un nuevo régimen de PPP sancionado a partir de la Ley 27.328 y su decreto reglamentario 118/2017, que no solo implica un cambio de paradigma en relación a la contratación pública, al excluirse o limitarse significativamente las prerrogativas de derecho público del Estado, sino el enorme desafío que las concesiones y contratos que se instrumenten bajo esta modalidad se realicen de manera correcta.

Es decir que permitan compensar con beneficios de eficiencia, el mayor costo que ineludiblemente implica la intermediación privada y que no se transforme en una hipoteca para las arcas del Estado en el mediano plazo.

El presente documento intenta enumerar aquellos aspectos que, luego de analizada la literatura de la temática, la experiencia regional e internacional y la nueva legislación, aparecen como principales problemas y desafíos ex post, al momento de la instrumentación de los contratos PPP.

- **Identificación y priorización de los Proyectos:** es decir que los proyectos PPP no se utilicen para poner en marcha proyectos que no se encuentren socialmente justificados y que acaben generando importantes cargas presupuestarias en el futuro.
- La **resolución de controversias y las renegociaciones** aparecen como la problemática central.

¹⁶ <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr16346.pdf>

En este sentido la incorporación en la nueva legislación de mecanismos arbitrales vinculados a paneles técnicos independientes que permitan evaluar la sostenibilidad de los contratos está en línea con las buenas prácticas relevadas, sin embargo, la Ley y su reglamentación hacen énfasis en limitar los riesgos del “oportunismo contractual del Estado”, pero no aparece una preocupación simétrica explícita del oportunismo contractual de los oferentes privados.

El oportunismo privado, aparece como un aspecto central en las experiencias regionales relevadas y la nueva ley no introduce “señales” explícitas en contra de las **renegociaciones oportunistas**. Este tipo de renegociaciones deberán ser tenidas en cuenta al momento de la redacción de los contratos específicos en cada uno de los proyectos PPP.

El problema de las renegociaciones se relaciona con cuestiones de transparencia y de legitimación de los proyectos PPP frente a la sociedad.

Dado que la infraestructura de redes sobre la que mayoritariamente se aplicarán los proyectos PPP están relacionados a servicios públicos, la presencia de los **“Paneles Técnicos”** previstos en la ley podrían servir de filtros que prevengan procesos de litigiosidad recurrente y descoordinados. Pudiendo incluso disparar procesos de audiencia pública que sirvan de catalizador de la opinión pública o incluso de renegociación competitiva que implique el riesgo del actual concesionario de perder la adjudicación.

- La ley incluye mecanismos de preservación del valor de la inversión y de los riesgos inherentes, con la intención de prevenir las renegociaciones, pero que en la práctica funcionan como garantías al inversor. Al llegar a este punto es necesario referirse a la **“rentabilidad razonable”** que estos proyectos aseguran al inversor.

Al respecto el FMI afirma *“las garantías gubernamentales otorgadas en conexión con las PPP son una gran fuente de riesgo fiscal”* ... y continua, *“a menudo con las PPP, el sector privado reduce el riesgo de financiamiento a través de garantías crediticias, el riesgo de demanda se reduce a través de pagos mínimos garantizados para servicios vendidos al público, el riesgo del valor residual se reduce a través de que el gobierno garantice el precio al que comprará el activo cuando llegue a su fin el contrato de operación.”* Por lo tanto, mediante los contratos PPP, el sector privado puede transferir prácticamente todo el riesgo al sector público.

Por lo tanto, la rentabilidad sobre el capital propio invertido de cada uno de los proyectos deberá estar en relación a la asignación de riesgos contemplados en cada contrato. Al mismo tiempo el **estudio de costos de capital** de cada proyecto debe ser comparable con el costo de financiamiento del sector público, dado que finalmente este natural sobre costo, debe ser compensado por ganancias de eficiencia.

La Unidad de Proyectos de Participación Público Privada que crea la Ley en órbita del Ministerio de Finanzas tendrá un rol relevante en la confección de los estudios de costo de capital, como así también en el análisis de Costo / Beneficio de cada proyecto (o análisis Value for Money).

- La implementación de los proyectos PPP presentan grandes oportunidades de financiamiento de obra pública, pero de la misma magnitud es el **riesgo al que se exponen las cuentas públicas a futuro** por la naturaleza incompleta de los contratos.

En relación a este último problema el FMI ¹⁷afirma:

“En vez de que el gobierno haga pagos anticipados para cubrir el coste de la construcción de un activo, el sector privado soporta este coste y el gobierno cubre el coste de oportunidad del capital como parte del pago de servicios al sector privado. Es así como se pueden utilizar las APP para registrar un endeudamiento público y deuda inicialmente más bajo que con la inversión pública tradicional.”

y advierte: *“Las APP se pueden utilizar principalmente para eludir los controles de gasto y mover la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera de la hoja de balance del gobierno, mientras el gobierno sigue soportando el riesgo inherente y es quien se enfrenta a los potenciales altos costes fiscales.”*

- Finalmente, **la transparencia**: los proyectos de PPPs son, por definición, proyectos públicos y, en consecuencia, parece razonable que toda la sociedad pueda tener acceso a la información de dicho proyecto –cambios contractuales, condiciones de financiación, calidad de la prestación de servicios, etc. –. que demuestre que los proyectos de PPP generan valor respecto a otros procedimientos de licitación convencionales.

Lo anterior permitirá que la sociedad empiece a valorar positivamente los proyectos que se desarrollan mediante PPP, ya que generalmente los usuarios no perciben suficientes beneficios en contraprestación por el precio que tienen que pagar.

¹⁷ <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> pág. 19

10.Referencias.

- Bitran E., S. Nieto Parra y J.S. Robledo (2013), "Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru", OECD Development Centre Working Paper.
- BID – Corporación internacional de inversiones: Evaluaciones de Asociaciones Publico Privadas en Infraestructura. - 2017.
- CAF (2015), Asociación Público Privada en América Latina: Aprendiendo de la experiencia, CAF Banco de Desarrollo de América Latina.
- Julio De la Torre A. y H. Rudolph, (2014), "The Seven Sins of Flawed Public-Private Partnerships", The World Bank. .
- Estache A. y S. Sassier (2014), "Public-Private Partnerships and Efficiency": A Short Assessment", CESifo DICE Report 12 (3), pp 8-13.
- Fischer, R. (2011), "The Promise and Peril of Public Private Partnerships: Lessons from the Chilean Experience", International Growth Centre Policy Paper.
- Guasch J.L., D. Benitez, I. Portabales y L. Flor (2014), "Contract Renegotiations of Transport PPP Projects. An Overview of the Latin American Experience", International Transport Forum.
- Sadka E. (2007), "Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective", IMF Working Paper WP/06/77.
- de Renzio, P., P. Gomez, y J. Sheppard (2009). "Budget Transparency and Development in Resource-Dependent Countries", International Social Science Journal 57 (issue supplement s1): 57-69.
- House of Commons Library.2012. London Underground after the PPP, 2007 Briefing Paper SN01746
- INTERNATIONAL MONETARY FUND - Public-Private Partnerships - Prepared by the Fiscal Affairs Department (In consultation with other departments, the World Bank, and the Inter-American Development Bank) Approved by Teresa Ter-Minassian March 12, 2004 .
- London Underground after the PPP, 2007- House of Commons Library – Parliament UK. – 2012.
- International Monetary Fund, Argentina 2016 . Article IV Consultation . Press Release. Staff report. – Washington 2016.
- Infraestructura publica y participación privada: Conceptos y experiencias de America y España – CAF – 2012.
- De la Riva, Ignacio M. El Derecho Administrativo, [2017] - ¿Es la participación público-privada" (PPP) un nuevo contrato administrativo? – 2017.

- European Commission – Guidelines for successful public – private partnerships. – march 2003.
- ¿Por qué las APPs no funcionan? Ventajas de la alternativa publica – David Hall, Psiru. – 2014.
- - World Bank – PPP in infrastructure resource center. Banco de datos.
- Riesgos fiscales de las asociaciones públicas privadas (APP) en América Latina - Germán AlarcoTosoni.
- Participación publico privada y desarrollo de infraestructuras ¿Las nuevas regulaciones solucionan los viejos problemas? – Aragone Revoir y Perrino staban - 2015.