

Las Asociaciones público-privadas en Argentina: una primera aproximación a un nuevo régimen legal

Aportes realizados por Delfina Vila Moret y Pía Marchegiani
Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN)
Agosto 2017; última actualización diciembre de 2017¹

1. Introducción

El cambio de gobierno argentino, ocurrido en diciembre de 2015, implicó no sólo el cambio de las políticas internas sino un giro en el perfil internacional del país, que redundó en la mayor presencia en distintos foros internacionales y espacios de debate global (cumbre de cambio climático, presidencia del Grupo de los 20 [G-20], celebración de la Organización Mundial del Comercio [OMC]) y encuentros bilaterales con distintos países (Estados Unidos, China, Italia).

Muchos de estos espacios e intercambios entre mandatarios de distintos países, de acuerdo a los discursos del propio Gobierno, buscan elevar la confianza de las principales potencias del norte global, principalmente para atraer nuevas inversiones al país para retomar una agenda de crecimiento económico y superación de la crisis económica.

En ese contexto, la sanción de un nuevo régimen para la promoción de las Asociaciones Público-Privadas (APP) permitiría asegurar la provisión de fondos, que el gobierno no dispone, integrando al sector privado a proyectos de distinto tipo, colocando al país en similar situación a otros países de la región que ya cuentan tienen sistemas en marcha.

Este documento en primer lugar, analiza el contexto de surgimiento de un nuevo régimen para las APP en Argentina, para luego abordar las diferencias con el sistema anterior, las novedades que incorpora y las previsiones sobre transparencia y control que busca instaurar. Finaliza con algunos interrogantes sobre el sistema previsto.

¹ Algunos de los aportes de este documento fueron incluidos en la publicación:
<http://www.ambienteysociedad.org.co/es/america-latina-implementa-el-esquema-de-las-app/>

2. Un nuevo régimen legal ¿por qué ahora?

El Gobierno ha realizado distintos anuncios para impulsar lo que los propios funcionarios han denominado como “el plan de infraestructura más importante de la historia de la Argentina”. Destacando que las primeras prioridades se vinculan con la agenda social para alcanzar la meta de “pobreza cero”, se anuncian objetivos como el dotar al 100% de la población con acceso al agua potable y un 75% cloacas². Así también se destacan aspectos vinculados a evitar los impactos de las inundaciones y sequías, y mejorar la competitividad con obras viales y ferroviarias.

En ese sentido, en diciembre de 2016 se presentaron las 100 prioridades de gobierno que buscaron focalizar las tareas de los distintos ministerios. Las mismas se agrupan en 8 grandes objetivos. El tercero de ellos, de acuerdo al orden en que son presentados, se denomina “**Desarrollo de Infraestructura**”.

Este objetivo contiene 11 prioridades vinculadas a distintos aspectos y tipos de infraestructura. Entre ellos: desarrollo de energías renovables, Plan Energético de Infraestructura, Plan de Agua y Saneamiento, Plan Nacional Vial, Infraestructura terrestre urbana de la zona del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), Plan ferroviario de cargas, restauración de cuencas, Plan de riego, Prevención de inundaciones, tráfico aéreo. Asimismo, dentro de ellos se incluye la promoción del régimen de APP.

En la mayoría de los casos no se cuenta con información pública relevante para poder conocer más en detalle el tipo de obras y/o proyectos que buscan ejecutarse, así como tampoco cómo se pretende llegar al financiamiento necesario³. Por otra parte, tampoco se conocen los fundamentos y criterios que determinan la relevancia de cada una de las obras, o si las mismas resultan prioritarias de acuerdo a un marco más amplio de entendimiento que integre una mirada de la propia ciudadanía respecto de las prioridades y necesidades vinculadas a infraestructura.

La instrumentalización de los fondos para semejantes planes se dará a través de las APP. En efecto, en la prioridad N° 37, el Gobierno establece el fomento de inversiones de Participación

² Ver por ejemplo: http://www.rielfm.com.ar/entre-rios/frigerio-las-prioridades-son-las-inversiones-en-infraestructura_51169.htm

³ Solo en algunos casos, se puede acceder a algo de información en los sitios web de los organismos pertinentes, y se puede conocer algunos aspectos vinculados a cómo podrán cumplirse los objetivos y prioridades propuestas

Público Privado, fundamentando su decisión en que Argentina tiene un déficit de infraestructura tan grande que el Estado no puede hacerse cargo en soledad.

En esa línea en noviembre del 2016 sancionó la Ley 27.328 sobre Contratos de Participación Público-Privada⁴, reglamentada en febrero de 2017 mediante el Decreto 118/2017⁵.

3. Marco jurídico actual de contrataciones de participación público-privadas en Argentina

3.1. El régimen anterior: el Decreto 967/2005

El país ya contaba con regulación a través del Decreto 967/05 que fue el marco legal establecido para los proyectos de inversión público-privada. La motivación de dicha norma, en sus propios términos, fue que *“el ESTADO NACIONAL debe estimular a los particulares a participar en los proyectos de infraestructura, sean éstos de obras públicas, concesión de obras públicas, concesión de servicios públicos, licencias y/o cualquier otra modalidad, para desarrollarse mediante los diversos sistemas de contratación (...) logrando de esta forma una oferta más amplia de proyectos y de servicios.”*

Este tipo de emprendimientos eran propuestos por miembros del sector privado, propiciando la realización de un emprendimiento que debía ineludiblemente financiarse a través de fondos provenientes de dicho sector, descargando al erario público del costo inicial de inversión.

Constituía un requisito imprescindible para la presentación de dichos proyectos que el privado acreditase la conveniencia del proyecto, así como la proveniencia del financiamiento. Es decir que recaía exclusivamente en cabeza del privado elaborar una propuesta para presentar ante el Estado.

Asimismo, el análisis de procedencia y conveniencia para llevar a cabo un proyecto bajo este régimen normativo se efectuaba bajo la supervisión de una “Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas” integrada de forma *ad-hoc* entre los ex Ministerios de Economía y Producción, y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, quien luego concluía en

⁴ B.O. 30.11.2016

⁵ B.O. 20.2.2017

declarar de interés público el proyecto⁶. Efectuada dicha declaración se procedía a contratar el proyecto a través de la figura de licitación pública o concurso público integral.

Ahora bien, se establecía en dichos procedimientos de selección, un derecho de preferencia a favor quien hubiera presentado la iniciativa e incluso, en el supuesto de no ser seleccionado, el proponente poseía el derecho a percibir de quien resultare adjudicatario, el 1% del monto al que se adjudicase la ejecución del proyecto, por el término de dos años.

Si bien existen ejemplos de proyectos que han sido declarados de interés entre los años 2006–2008⁷, consultado el Poder Ejecutivo Nacional en el año 2017⁸, no se ha obtenido respuesta acerca de si se encuentran en vigencia proyectos licitados bajo el encuadre legal desarrollado en el presente apartado.

3.2. *¿Un nuevo régimen para la nueva gestión gubernamental?*

El Gobierno ha impulsado la sanción de un nuevo régimen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 27.328, y su Decreto Reglamentario 118/17, definiendo a los contratos de participación público-privada (PPP) como aquellos celebrados entre órganos y entes que integran el sector público nacional (según la definición de Ley 24.156 sobre la Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional⁹) (contratante) y sujetos privados o públicos (contratista) para el desarrollo de proyectos de *“infraestructura, vivienda, actividades y servicios,*

⁶ Mediante la Resolución Conjunta de los Ministerios de Economía y Finanzas Públicas y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios 526/05 y 1231/05, se estableció la composición de Comisión de Evaluación (SECRETARIO DE OBRAS PUBLICAS, SUBSECRETARIO DE COORDINACION Y CONTROL DE GESTION (MINPLAN) y SECRETARIO LEGAL Y ADMINISTRATIVO y SECRETARIO DE COORDINACION TECNICA, (MECON).

⁷ Por ejemplo: mediante el Decreto 248/06 se declaró de interés público, el objeto de la propuesta presentada por las empresas CORPORACION AMERICA SOCIEDAD ANONIMA Y HELPORT SOCIEDAD ANONIMA, consistente en la construcción, mantenimiento administración y explotación en concesión de un tramo de la actual Ruta Nacional 8, comprendido entre las ciudades de PILAR y PERGAMINO, ambas en la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, denominada AUTOPISTA PILAR-PERGAMINO

⁸ Ver: <http://farn.org.ar/pedidos-de-informe-2017>

⁹ El artículo 8 de la citada Ley se refiere: a) *Administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social;* b) *Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.*

inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica” (artículo 1, Ley 27.328).

El objeto de dichos proyectos podrá abarcar las actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

Al mismo tiempo se prevé que el diseño de dichos contratos tendrá *“la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia”* (artículo 1).

Para la celebración de contratos bajo esta modalidad, deberá previamente determinarse que esta modalidad *“permite cumplir con los objetivos de interés públicos”* (artículo 1).

El interés público deberá ser propuesto y fundamentados por la contratante, esto es los órganos y entes que integran el sector público nacional, de acuerdo a las pautas establecidos en el artículo 4 de la ley, entre los que se destacan: la claridad de los objetivos de interés público de la contratación y los mecanismos de supervisión; la eficiencia en las funciones del Estado y el uso de los recursos públicos, y aspectos que hacen a la promoción de la inclusión social, la generación de empleo, la creación de mercado local y participación de las pequeñas y medianas empresas, la preservación del medio ambiente y la solidaridad intrageneracional, intergeneracional, e interregional, entre otros. Así también se destaca que el plazo de las contrataciones deberá propender a no superar los 35 años de duración, incluyendo las inversiones contractuales comprometidas, el financiamiento aplicado y una utilizada razonable (artículo 4, inciso d).

Respecto de la protección y cuidado del ambiente, se dispone la adopción de medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, de impactos negativos o adversos de acuerdo a normativa vigente. En razón de eso la documentación contractual deberá establecer las respectivas obligaciones de las partes y los mecanismos que aseguren el cumplimiento de la normativa aplicable, debiendo darse intervención al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (artículo 5).

Por otra parte, la contratación podrá contemplar la constitución de una sociedad de propósito específico, fideicomisos, u otros esquemas asociativos. En el caso de la sociedad de propósito específico deberá constituirse como sociedad anónima de acuerdo de la Ley General de Sociedades; los fideicomisos financieros de acuerdo a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación. Además, las *“sociedades y los fideicomisos referidos en el presente artículo podrán estar*

habilitados a realizar oferta pública de títulos negociables de conformidad con lo dispuesto en por la ley 26.831¹⁰ (artículo 7).

Este marco legal establece la división proporcional y equitativamente los riesgos y dejando amplios márgenes de libertad para adaptarse a cada proyecto en particular, a las posibles variaciones en la ecuación económico – financiera de contrato, entre otras, conforme se detallará a continuación.

Este nuevo modelo ha modificado sustancialmente su antecesor, siendo la autoridad contratante la que debe elaborar el proyecto a ser ejecutado en colaboración con el sector privado. En este nuevo modelo, específica y expresamente se busca compartir los riesgos de la inversión, tal como lo estipula el artículo 9 inciso b) de la precitada norma: *[los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones] El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato.*

El nuevo modelo se propone captar mayor inversión, dado que resulta más atractivo para el sector privado, quien comparte los riesgos de la inversión con el Estado. Se establece que los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos clásicos de contratación y/o concesión de obra y servicios públicos, dejando fuera los proyectos cuyo único objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del erario público. Sin embargo, está prevista la posibilidad de que el contratista sea una empresa y/o sociedad en las que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado, *“sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna¹¹”.*

Pero, más allá de los enunciados de la ley, la realidad es que no resulta clara la proporción o la efectiva división de los riesgos o cómo serán efectivamente compartidos. Por ejemplo, este

¹⁰ Ley de Mercado de Capitales; B.O. 28.12.2012.

¹¹ Decreto 118/2017 del Poder Ejecutivo Nacional, 17/02/2017.

régimen prevé la posibilidad de ofrecer como garantía del financiamiento la cesión de los derechos crediticios que se produzcan en la ejecución contractual, así como la posibilidad de utilizar formas y cláusulas contractuales de cualquier tipo de contratos, limitando las denominadas “potestades exorbitantes” de la Administración para generar una mayor certeza jurídica. No obstante, el sector público sigue conservando la facultad de rescindir el contrato por razones de interés público, lo que se conoce como “rescate”.

En cuanto a la contraprestación estipulada para el Contratista, quien contrae a su nombre el financiamiento para llevar a cabo el proyecto, el régimen en cuestión establece que podrá llevarse a cabo integralmente con las contraprestaciones de uso abonadas por los usuarios y/o una contraprestación “pública”, dejándolo librado a ser definido en cada caso particular, ateniéndose a las particularidades- comerciales y técnicas – de cada proyecto.

Asimismo, si bien aún no se han llevado a cabo proyectos bajo estas normas, el régimen nuevo detalladamente establece cada paso del procedimiento para llevar a cabo un proyecto en conjunto con el sector privado: elaboración del proyecto y dictamen sobre su procedencia y conveniencia, ejecución mediante licitación o concurso público, numerosas intervenciones de diversas áreas de Gobierno, recaudos socio-ambientales, rendiciones acerca de la conveniencia inicial, rendiciones acerca de la efectiva implementación y evolución del proyecto, detalle del impacto presupuestario para el erario público en forma plurianual.

A mayor abundamiento, se proponen diversos principios rectores e instrumentos normativos para lograr la mayor apertura posible en materia de adaptación a innovaciones científicas y tecnológicas, mayor regulación ambiental, etc.

3.2.1 Sistema institucional previsto

En el marco legal expuesto, se prevé la creación de un organismo específicamente abocado al análisis de la procedencia y ejecución de este tipo de proyectos: la Unidad de Participación Público Privada¹². Dicho órgano tendrá a su cargo la centralización normativa de los contratos de PPP, la evaluación inicial de los proyectos, la fiscalización de su licitación y ejecución, la reglamentación de los medios de transparencia y de consulta pública, entre varias otras facultades.

Si bien a la fecha de realización de este documento dicho órgano aún no se encontraba

¹² Luego esta unidad fue elevada al rango de Subsecretaría.

efectivamente creado ni en funcionamiento, conforme lo ha manifestado el Ministerio de Finanzas de la Nación¹³, a la fecha de la actualización del presente, ya se evidenciaron avances visibles en la página web. En el particular, dicho Ministerio ha manifestado que se encuentra en proceso de construcción del sitio donde se asentará la Unidad de Participación Público-Privada, y asimismo se encuentra *“realizando varias acciones, algunas de ellas con la colaboración del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo y de otras instituciones internacionales y organismos públicos de países latinoamericanos, tendientes a identificar las mejores prácticas internacionales en la materia”*¹⁴. No obstante, no se aclaraba cuáles son dichas acciones ni a qué proyectos específicamente se referían.

Estas son las grandes novedades introducidas por el nuevo régimen, con un elevado nivel de detalle en comparación con el anterior, y con una notoria y aparente voluntad de llevar a cabo numerosos proyectos que ya forman parte del ideario actual del Poder Ejecutivo, con ayuda de la inversión y mano de obra privada, disminuyendo el riesgo y el costo inicial del erario público y volcando en cabeza del privado la ejecución posterior, contemplando como opción, como fuera mencionado, la creación de sociedades de “propósito específico” (las que deberán ser constituidas bajo la forma de fideicomiso en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación).

En ese sentido, han sido consultados los órganos del Estado Nacional que normativamente poseerán un rol más relevante en materia de este tipo de contrataciones. En primer lugar, no se ha recibido respuesta a la fecha por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en relación a su papel en materia de recaudos ambientales e intervenciones previas.

Si bien se observa un gran interés del Estado Nacional por esta modalidad de contrataciones, centrados en la posibilidad de captar fondos y el *“know-how”* del sector privado, a la fecha efectivamente no pueden observarse las consecuencias sociales, ambientales y económico-financieras que este modelo traerá aparejadas.

¹³ Providencia N° PV-2017-07860871-APN-MF, dictada en el marco del Expediente Electrónico N° EX-2017-06143780-APN-MF, 03/05/2017.

¹⁴ Providencia N° PV-2017-07860871-APN-MF, dictada en el marco del Expediente Electrónico N° EX-2017-06143780-APN-MF, 03/05/2017.

3.2.2 Excepciones

El nuevo régimen normativo establece asimismo que a los proyectos de participación público-privada no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica la normativa vigente en materia de contratación y concesión de obras públicas (las Leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias), ni el reglamento para la contratación de servicios y suministro de bienes (Decreto 1023/01 y normas reglamentarias), lo que significa que los principios, cláusulas exorbitantes y formalidades que rigen los procedimientos licitatorios y de contratación que se llevan a cabo con el erario público no son de aplicación particular a estas modalidades. Por ejemplo, el principio de mayor concurrencia, igualdad, la facultad de modificar e interpretar y dirigir los contratos por parte del Estado, entre otros.

Este nuevo régimen posee su propia regulación en materia de contratos y licitaciones (detalladas en los artículos 12-17) librando muchas de estas cuestiones a las particularidades de cada contrato, según sea conveniente o no para cada proyecto en especial. En otras palabras, las cláusulas y principios que rigen los contratos administrativos, serán de aplicación en la medida que sean integradas a la contratación.

Si bien esto representa una ventaja a la hora de captar capitales e inversión para obtener financiamiento, representa un riesgo para el erario público. No obstante, se mantiene la facultad de “rescate”, es decir de rescindir el contrato y retomar la ejecución del proyecto por parte del Estado, lo que permite de alguna forma conservar la facultad de “re-estatización” y asegurar el interés público comprometido.

Asimismo, otra de las excepciones contenidas en el aludido régimen es el artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que prescribe los privilegios de cobro ante la concurrencia de varios acreedores sobre la misma cosa inmueble, lo que plantea varios interrogantes, teniendo en cuenta por ejemplo que está permitido para el Contratista brindar los derechos sobre el proyecto como garantía para obtener financiamiento.

Por otra parte, estos proyectos se encuentran también exceptuados de la prohibición de actualización monetaria en las deudas, e indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, lo que entendemos se dirige a atraer la inversión, generando cláusulas

notablemente favorables para obtener financiamiento.

3.2.3 Presupuesto y control patrimonial

Corresponde mencionar los aspectos vinculados a la transparencia y seguimiento presupuestario y patrimonial. El presupuesto es la previsión de ingresos y gastos para un determinado período de tiempo (Di Paola, 2017).

El nuevo régimen de contrataciones público-privado establece un tope del cinco 5% para el ejercicio 2017 del Presupuesto general para proyectos de participación público-privada, debiendo para los años siguientes indicar con precisión en el proyecto de presupuesto las partidas presupuestas destinadas a estos proyectos (artículo 32, Ley 27.328).

Argentina, cuenta con la Ley 24.156 sobre Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, vigente desde 1992, con sus modificaciones, que establece y regula la administración financiera nacional y los sistemas de control, comprendiendo el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos para la obtención de recursos públicos y cumplimiento de objetivos del Estado (artículos 1 y 2).

Los distintos sistemas que regula esta norma, integra el sistema presupuestario, sistema de crédito público, sistema de tesorería y sistema de contabilidad. Además regula los sistemas de control interno (Sindicatura General de la Nación) y externo (Auditoría General de la Nación).

Entre otros aspectos establece que cuando en los presupuestos se incluyan créditos para contratar obras o adquirir bienes y servicios cuyo plazo de ejecución exceda al ejercicio financiero se debe *“incluir en los mismos información sobre los recursos invertidos en años anteriores, los que se invertirán en el futuro y sobre el monto total del gasto, así como los respectivos cronogramas de ejecución física. La aprobación de los presupuestos que contengan esta información, por parte de la autoridad competente, implicara la autorización expresa para contratar las obras y/o adquirir los bienes y servicios hasta por su monto total, de acuerdo con las modalidades de contratación vigentes”* (artículo 15, Ley 24.156).

Así también establece la evaluación presupuestaria (artículos 44 y 45) y sistema de contabilidad gubernamental (título V, artículos 85 y ss).

Por otra parte, la Ley 25.152 sobre Administración de Recursos Públicos establece los requisitos para la formulación del presupuesto general de la administración pública, la evaluación de la calidad del gasto y el presupuesto plurianual, entre otros. Allí se establece que el Presupuesto General contendrá todos los gastos corrientes y de capital a ser financiados mediante impuestos, tasas y otras contribuciones obligatorias, endeudamiento público, tarifas por prestación de servicios; y flujos financieros que se originen por la constitución y uso de fondos fiduciarios (artículo 2).

El régimen de Contratos de Participación Público-Privado de la sancionada Ley 25.328 establece en su artículo 6 que las erogaciones y compromisos que se asuman en los proyectos de participación público-privado deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, teniendo en cuenta la responsabilidad fiscal y la rendición de cuentas de acuerdo a las Leyes 24.156, 25.152 sobre Presupuesto Nacional y otras normas vigentes. Así también establece que el Poder Ejecutivo Nacional deberá informar al Congreso el impacto fiscal de los compromisos asumidos, y *“deberá incorporar dichos impactos fiscales en las respectivas leyes de presupuesto, tanto en lo referente a los proyectos iniciados y no concluidos como los adjudicados pero no comenzados”* (artículo 6).

Así también prevé que para el caso que el contrato de participación público-privada compromete recursos del presupuesto público, previo a convocar a concurso o licitación deberá contarse con la autorización para comprometer ejercicios futuros prevista en el citado artículo 15 de la Ley 24.156, la que podrá otorgarse tanto en el presupuesto general o en una ley especial. Esta autorización podrá ser otorgada si *“el stock acumulado por los compromisos firmes y contingente cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el sector público no financiero en los contratos de participación público-privado calculados a valor presente, no exceda el siete por ciento (7%) del producto bruto interno a precios corrientes del año anterior”* (artículo 16).

Sin embargo, se prevé que este límite se puede revisar anualmente cuando se trate el presupuesto teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país, entre otros (artículo 16), permitiendo en virtud de necesidades y prioridades fijadas de un modo más o menos discrecional y sin el necesario marco de discusión, comprometer en exceso el patrimonio público a futuro.

Más allá de estas previsiones y de la referencia general a la adaptación y seguimiento de las normas vigentes, existen aspectos de preocupación, que en su mayoría podrán evaluarse con más

detenimiento una vez que el régimen esté en funcionamiento.

En primer lugar, la Ley 25.328 prevé como modalidad de contratación la constitución de fideicomisos (citado artículo 7). Si bien deben ser integrados en el presupuesto de acuerdo a la Ley 25.152, los fondos fiduciarios se aprueban como un componente diferenciado del presupuesto, y no están regulados por las mismas normas que el resto de los gastos públicos (Di Paola, 2017).

El presupuesto 2017 cuenta con 16 fondos fiduciarios presupuestados, más los mencionados en el articulado, cuyo detalle no aparece en la planilla anexa al artículo 13 de la Ley 27.341 (Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2017) como ser el FONDAGRO y el FODER. El 73% de los gastos de los fondos fiduciarios sobre la temática energética, agropecuaria y transporte corresponden a la concesión de subsidios, mientras que el 27% restante se destina a obras de infraestructura. Lo que pone de manifiesto la tendencia de medidas de corto plazo, frente a las obras de inversión (Di Paola, 2017).

Es necesario remarcar que la constitución de fondos fiduciarios por parte del Estado permite una movilidad con mayor libertad de acción de sus fondos, ya que los mismos son considerados como herramientas fuera del presupuesto nacional, donde se los enumera a título informativo, ya que no están integrados al Sistema de Administración Financiera y tampoco ingresan al Tesoro Nacional¹⁵. Debido a esta circunstancia, se visualiza a los Fondos Fiduciarios como un medio para evitar el debate parlamentario sobre el destino de los fondos, coincidiendo con el uso de esta herramienta para la canalización de subsidios, primordialmente.

En segundo lugar, en el 2008 se estableció la reforma de la Ley de Presupuestos para la creación de un Programa de Inversiones Prioritarias (PIP) en la esfera del entonces Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Este programa, prevé un régimen especial para proyectos de infraestructura económica y social para construcción de bienes de dominio público y privado; y está siendo actualizada en la actualidad.

Se considera que estos proyectos y obras son un activo financiero y serán tratados como “adelantos a proveedores y contratistas hasta su finalización”. Así de acuerdo a la opinión crítica,

¹⁵ Lo Vuolo, R. y Seppi, F. (2006). Los fondos fiduciarios en Argentina. La privatización de los Recursos Públicos. Documento de Trabajo N° 50. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas. CIEPP. Abril de 2006. Disponible en: http://www.ciepp.org.ar/index.php?page=shop.getfile&file_id=68&product_id=68&option=com_virtuemart&Itemid=1

este tipo de inversiones figuran *“debajo de la línea, y por lo tanto no son computadas para determinar el resultado fiscal, sea déficit o superávit. Es así como muchas inversiones en caminos, ferrocarriles, represas u otras, que se hacen a puro gasto público, en caso de estar incorporadas al PIP no inciden en el cómputo del déficit fiscal”*. Al mismo tiempo este tipo de proyectos no estarían obligados a realizar estudios de rentabilidad económica como establece la ley de presupuestos¹⁶.

En este sentido, habrá que ver cómo este tipo de programas se combinan con la modalidad de contratación de PPP y que riesgos prevén a la contabilidad del patrimonio estatal.

En tercer lugar, se debe incorporar a este debate un actor relativamente nuevo en la economía argentina: China, como proveedor de financiamiento y de infraestructura. Desde 2014 los lazos económicos se han reforzado dada la necesidad de financiamiento por parte de nuestro país para la realización de obra pública. Un ejemplo de ello es la facilidad otorgada a financiadores y contratistas chinos, podrán saltarse el proceso licitatorio accediendo a un proceso de adjudicación directa si ofrecieran algún tipo de “financiamiento condicional” (Decreto 338/2017¹⁷): un período de gracia equivalente, como mínimo, al plazo contemplado de ejecución material del proyecto y/o una tasa de interés con un descuento de, al menos, el 25% con respecto a la tasa de interés de los títulos públicos emitidos por la nuestro país. En este contexto, el nuevo marco de APP parece ser una oportunidad adicional para estos nuevos actores en nuestra economía.

3.2.4 Transparencia y mecanismos de control

La Ley además dispone que se instrumentará un sitio específico de consulta pública y gratuita en internet para *“dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de esta ley”* (artículo 29, Ley 27.328).

Asimismo, dispone que no podrá convocarse a licitación o concurso público sin que hayan transcurrido 30 días desde que la unidad de participación público-privada hubiese puesto a

¹⁶ Ver preocupación manifestada en: <http://www.lanacion.com.ar/2028212-proyectos-publicos-injustificados>

¹⁷ B.O. 17/05/2017.

disposición del público en el sitio web la totalidad de estudios e informes del proyecto referido, así como también los dictámenes de la autoridad convocante referidos al artículo 13.

Así también prevé la formación de una “Comisión Bicameral para el Seguimiento de Contrato de Participación Público-Privada” formada por 7 senadores y 7 diputados elegidos por los mismos cuerpos y respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas (artículo 30).

Esta Comisión tiene la misión de efectuar un seguimiento de los proyectos desarrollados en esta modalidad, así como a la ley en sí, verificar el cumplimiento de sus resultados y perspectivas de desarrollo a futuro.

Si bien la Comisión tendrá acceso a la documentación pertinente, incluyendo los contratos, respecto de los cuales no podrá alegarse confidencialidad; la ley establece que dicha comisión, sus miembros y empleados deberán *“garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial de ese carácter (...) asumiendo las responsabilidades correspondientes por su divulgación”* (artículo 30).

Por último, se establece que el titular de la unidad de participación público-privada deberá concurrir anualmente a dicha Comisión a brindar información sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los contratos de participación público-privada en curso así como los que se considere pertinente desarrollar en el transcurso de los sucesivos dos años presupuestarios. La comisión podrá efectuar observaciones, propuestas y recomendaciones.

Este sistema, que si bien parece en términos teóricos propender a la transparencia de la información pública, genera una serie de dudas respecto a cómo será manejada la información pública; y cómo operarán los aspectos de confidencialidad. Recordemos que en muchos casos se trata de obras de gran envergadura con severos impactos ambientales cuya información valiosa y central para la toma de decisiones respecto de proyectos u obras en particular es el elemento central de participación ciudadana.

Además, existen preguntas sobre cómo funcionará la Comisión, ya que las comisiones bicamerales en el sistema legislativo argentino no han tenido los mejores resultados de desempeño; algunas terminan por no constituirse, resultan poco operativas o funcionan a espaldas del público, sin posibilidad de participación ciudadana en tareas de control.

En esa línea de ideas, existe otro aspecto relevante a señalar. Al mismo tiempo que se sancionó la

ley para el nuevo régimen de APP se sancionó la Ley 25.725 sobre Derecho de Acceso a la Información Pública, una ley que Argentina se debía hacer hace más de una década. En efecto, si bien contaba con una Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental (Ley 25.831), vigente desde el 2004, los aspectos referidos a la información pública de carácter general se encontraban regidos por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Por dichos motivos su sanción fue celebrada por distintos grupos de la sociedad civil que bogaban por su sanción.

La citada Ley 25.725 contiene un tema de gran preocupación en relación a la transparencia: prevé entre sus causales de excepción (artículo 8), que los sujetos obligados podrán exceptuarse de brindar información cuando se trate de: *“m) Información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública”*.

La causal de excepción señalada, basada exclusivamente en la procedencia del sujeto obligado (sujeta al régimen de oferta pública), y no en el carácter de la información en cuestión (pública o no) en conjunción de los aspectos señalados en primer lugar, parece habilitar una ventana para que las cuestiones de transparencia sean decididas discrecionalmente y no en un marco de transparencia amplio.

4. Comentarios de cierre

Desde el cambio de Gobierno, Argentina parece haber redoblado su apuesta por las APP para canalizar fondos que el Estado no dispone. Se propone realizar el mayor plan de estructura de la historia argentina utilizando las APP como principal instrumento.

Si bien Argentina contaba con regulación al respecto, en el 2016 se dictó un nuevo régimen que pretende ser más robusto y brindar mayor transparencia e instancias de control. Al mismo tiempo, se tomó conocimiento que el Gobierno argentino se encuentra realizando intercambios con instituciones como el Banco Mundial para conocer y adoptar las mejores prácticas en la materia.

En ese sentido, se detallaron aquí las principales características que propone el nuevo régimen de APP en Argentina, sus aspectos institucionales, y sus previsiones sobre transparencia y control. A la fecha, de acuerdo a información recabada, la estructura institucional todavía no está en funcionamiento y no existen aún proyectos bajo este régimen.

Sin embargo, y pese a los intentos de poner en funcionamiento desde su marco legal un sistema que colecte en alguna medida la experiencia comparada e integre los distintos tipos de desafíos existentes en estos regímenes, existen fundadas preocupaciones respecto a su implementación.

En particular, existen subsisten serios interrogantes respecto a cómo funcionará este régimen, en particular teniendo en cuenta los grandes desafíos en materia de transparencia, aspecto medular de este tipo de contrataciones.

Referencias:

Ambiente y Sociedad (2016). Asociaciones público-privadas desde la Banco Multilateral; implementación en América Latina, Parte I, Bogotá, mayo 2016.

Ambiente y Sociedad (2016a). Asociaciones público-privadas desde la Banco Multilateral; implementación en América Latina, Parte II, Bogotá, mayo 2016.

Cruz, David (2016). Asociaciones Público-Privadas desde la Banca Multilateral; Implementación en América Latina; Parte I, Ambiente y Sociedad, Bogotá, Colombia.

Di Paola, M.M. (2017) *El presupuesto climático: rumbo al 2017. Todo sigue igual en FARN Informe Anual 2017*, Buenos Aires, Argentina.

Romero, M. J. (2015). What Lies Beneath? A Critical Assessment of PPPs and their Impact on Sustainable Development. European Network on Debt and Development (Eurodad). Recuperado de: <http://www.eurodad.org/whatliesbeneath>.