

¿Mayores controles para la PPP?

ABRIL 2020

 **FARN**
FUNDACIÓN AMBIENTE Y
RECURSOS NATURALES

CONTENIDO

1. <u>INTRODUCCIÓN</u>	03
2. <u>PREVISIONES DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL RESPECTO A LA TRANSPARENCIA Y CONTROL</u>	04
3. <u>RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS - ETAPA 1 (RARS-1)</u>	06
3.1. <u>Mecanismo de selección de la modalidad de obra</u>	12
3.2. <u>Renegociación contractual</u>	14
4. <u>CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMENDACIONES</u>	15
5. <u>REFERENCIAS</u>	16

Por Leandro Gomez^{*1, *2}

*1. El autor agradece la revisión y comentarios de Pía Marchegiani.

*2. Este artículo fue realizado gracias al apoyo de la Charles Stewart Mott Foundation.

1. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de llevar adelante un ambicioso plan de infraestructura, denominado por los propios funcionarios como “el más importante de la historia de la Argentina” (FM Riel, 2016), el gobierno del expresidente Mauricio Macri (2015-2019), de la coalición política Cambiemos, impulsó desde 2016 el desarrollo de la llamada participación público-privada (PPP). En esta línea, en noviembre de ese año se sancionó la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada y meses después su respectiva reglamentación (Decreto 118/17).

La PPP es un acuerdo a mediano y largo plazo entre el sector público y el privado para que el segundo lleve adelante obras que tradicionalmente se asignan al sector público (infraestructura en transporte, educación, salud, inversión productiva, investigación, etc.). A diferencia de otros mecanismos de obra pública, éste cuenta con una distribución del riesgo del proyecto entre ambos actores, y es el contratista privado quien debe proveer los fondos para la obra. En este sentido, es la empresa la que debe asegurarse el financiamiento a través de mercados de deuda nacionales e internacionales.

Si bien la PPP se ha implementado a nivel global, ha recibido numerosas críticas debido a que suele ser más costosa que los métodos tradicionales de financiamiento, el sector público tiende a asumir riesgos propios del privado, conlleva riesgos fiscales y posee defectos de transparencia. Asimismo, este mecanismo suele no responder de manera adecuada a los desafíos sociales y ambientales actuales. En este sentido, el Tribunal de Cuentas Europeo analizó doce proyectos de PPP cofinanciados por la Unión Europea en Francia, Grecia, Irlanda y España y encontró que no resultan “una opción económicamente viable para la creación de infraestructuras públicas...”. Entre las principales falencias se mencionan aspectos de precio-calidad y transparencia. Las obras representaron para el sector público un costo mayor al estimado, mientras que el alcance de los proyectos fue menor al esperado, generando un desequilibrio negativo en la balanza precio-calidad. En términos de transparencia, el Tribunal alertó sobre el asiento de los proyectos PPP por fuera de los balances presupuestarios, postergando así el registro de la deuda asumida por el sector público, pudiendo ocasionar graves riesgos fiscales (Tribunal de Cuentas Europeo, 2018).

Entre los aspectos de falta de transparencia más preocupantes se encuentran las recurrentes re-negociaciones contractuales, una distribución de riesgos opaca entre el ente público y el privado y la falta de un registro financiero de la deuda asumida por el sector público (Eurodad, 2017).

En su deseo de desarrollar el modelo de PPP, Argentina ha buscado asesoramiento internacional y ha intentado, de acuerdo con los testimonios de funcionarios entrevistados para la realización de este informe, integrar las mejores prácticas internacionales en la materia. En esa línea, se incorporaron aspectos de transparencia y control, no solo a través de la transparencia activa que conlleva la publicación de información en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público-Privada (SSPPP)¹, sino también mediante la generación de mecanismos de control, dando intervención a la Auditoría General de la Nación (AGN) y creando una comisión bicameral en el Congreso de la Nación². No obstante, resulta fundamental conocer cómo se están implementando dichos mecanismos.

1. <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/evaluacion-presupuestaria/ppp>

2. Para un análisis más detallado sobre el régimen legal ver: Marchegiani y Vila Moret (2017). *Las Asociaciones público-privadas en Argentina: una primera aproximación a un nuevo régimen legal*. Disponible en: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2018/03/a.pdf>

El presente documento indaga en la puesta en práctica de las previsiones de transparencia y control del régimen legal de PPP en un caso en particular de Argentina: el proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras - Etapa 1 (RARS-1), con el objetivo de identificar desafíos, debilidades y posibles mejoras. Para ello, primero se realiza un breve repaso del régimen legal argentino con énfasis en los mecanismos de transparencia y control existentes, luego se analiza el caso RARS-1 y por último se efectúa una serie de recomendaciones para la mejora de la transparencia y control del mecanismo de obra PPP.

2. PREVISIONES DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL RESPECTO A LA TRANSPARENCIA Y CONTROL

En Argentina el nuevo régimen se conforma con la sanción de la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada³ (noviembre de 2016) y su reglamentación mediante el Decreto 118/2017⁴ (febrero de 2017). En él se definen las características de los contratos, los procesos de licitación y adjudicación, las previsiones sobre distribución de riesgos entre actores públicos y privados, y aspectos institucionales, de transparencia y control.

A nivel conceptual el régimen argentino incorpora, en cierta medida, algunas de las preocupaciones que el modelo PPP presentó en su implementación en otros países. Ejemplo de ello resulta que no se admiten iniciativas a instancias del sector privado y que el sector público es el que deberá elaborar y definir los proyectos, determinando que esta modalidad de contratación “permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer” (Ley N° 27.328, art. 1). También se hace explícita la necesidad de darle intervención a la máxima autoridad ambiental y de cumplir con la normativa ambiental vigente. (Marchegiani y Di Paola, 2018).

Además, se incluyen aspectos vinculados a la transparencia y control. Entre ellos se encuentran la formación de una “Comisión Bicameral para el Seguimiento de Contrato de Participación Público-Privada”, la auditoría de todos los proyectos de PPP por parte de la AGN, y la debida “difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de esta ley”, para lo cual se establece la generación de un sitio de consulta pública y gratuita por internet (Ley N° 27.328, art. 29).

No obstante, a pesar de los intentos de recolectar en alguna medida la experiencia comparada, persisten preocupaciones sobre la puesta en práctica y el funcionamiento de los eslabones que hacen al mecanismo y su transparencia.

En esta línea, es importante resaltar que el régimen prevé cláusulas de confidencialidad, lo cual repercute en los aspectos de control y transparencia. El acceso a la información pública es un prerequisite para una participación ciudadana plena, la cual resulta un componente clave para la práctica democrática, la lucha contra la corrupción y la defensa de los derechos.

Asimismo, como se explicará a continuación, si bien la Ley N° 27.275 sobre Derecho de Acceso a la Información Pública garantiza el derecho a consultar esta información y promueve la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, al mismo tiempo crea una ventana de discrecionalidad en cuanto a la transparencia del régimen de oferta pública.

3. B.O. 30.11.2016

4. B.O. 20.2.2017

La sanción de la Ley N° 27.275 tuvo lugar en 2016. Esta norma vino a saldar una deuda con la ciudadanía en términos de derecho, pero el Capítulo II - Excepciones, genera un margen de discrecionalidad que limita el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía. Si bien las restricciones son necesarias porque un derecho no es ni puede ser absoluto, para que el acceso a la información sea efectivo las restricciones deben ser limitadas, taxativas, estar fundamentadas y responder a objetivos mayores. (Cané, 2019).

En particular, el artículo 8 inciso m de la referida norma prevé que cuando se trate de “información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública” los sujetos obligados podrán ser exceptuados de conceder información. Por ende, se les ofrece a las sociedades anónimas vinculadas a la oferta pública un canal por el cual negarse a brindar información, lo cual afecta el derecho ciudadano a la información y a la participación. Asimismo, en tanto la excepción se funda en el carácter del sujeto y no en la información solicitada, esta resulta amplia, carente de fundamento y sitúa a las sociedades anónimas por sobre los sujetos de derecho.

Cabe señalar, además, que la nueva normativa sobre contratos de participación público-privada edifica un régimen alternativo de obra pública que no sigue los principios de derogabilidad. En otras palabras, la administración pública no puede modificar o rescindir el contrato unilateralmente, ya sea por actos ilegítimos o por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Únicamente viabiliza el pedido de nulidad del contrato del sector público vía sede judicial.

Esta limitación de las prerrogativas de la administración pública no tuvo su homónimo en el oportunismo contractual privado, al no establecer condicionantes para la renegociación contractual por iniciativa privada más allá de lo que determine cada contrato. La renegociación es una práctica usual que, según el Banco Mundial, en la región latinoamericana alcanza el 68% del total de los proyectos (ITF, 2017). En esa instancia usualmente se aumenta el pago a percibir por el actor privado, modificando los costos para el sector público y/o los que recaerán sobre los futuros usuarios de la obra. Tal es así que en los casos de Colombia y Perú, el total de las renegociaciones implicaron un costo adicional del 99,7% y del 143,7% sobre el valor original de los respectivos contratos (OECD, 2013). En este eje, el régimen argentino desatiende las experiencias globales y regionales, y vehiculiza las renegociaciones contractuales por iniciativa privada.

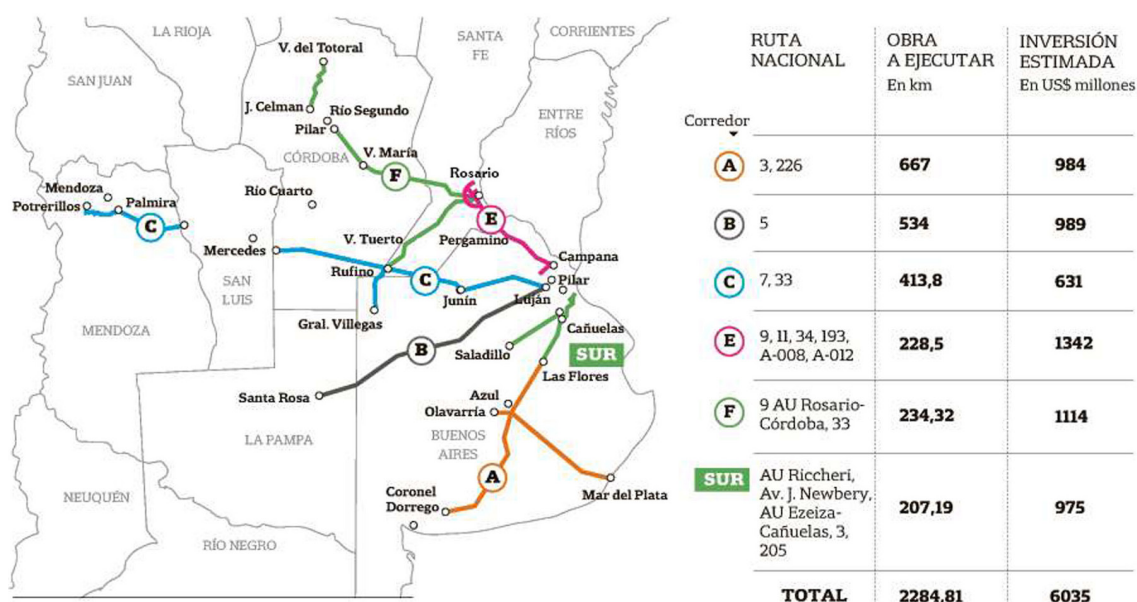
Por último, es importante mencionar la intencionalidad de democratizar las licitaciones, dado que la gratuidad de los pliegos y la posibilidad de presentarse a la licitación sin financiamiento previamente otorgado pretenden que un mayor número de empresas puedan participar de los concursos. Si bien esto significa un avance frente a la cartelización de la obra pública (práctica ilegal entre empresarios y funcionarios públicos, en la que los primeros se reparten las licitaciones y los segundos las asignan a cambio de coimas), también conlleva efectos negativos: la posible dilación de los proyectos por dificultades en la obtención de financiamiento (tal como sucede con el caso estudiado, RARS-1) y la adjudicación de los proyectos sin conocimiento certero de los costos finales de financiamiento, lo cual perjudica la transparencia financiera de la obra en cuestión.

3. RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS - ETAPA 1 (RARS-1)

RARS-1 es un proyecto de construcción de autopistas, carriles de sobrepaso, pavimentación de banquetas y variantes de traza en zonas urbanas que abarca cinco provincias argentinas: Buenos Aires, La Pampa, Córdoba, Mendoza y Santa Fe. El ente público que lo lidera es la Dirección Nacional de Vialidad (DNV).

Se trata del proyecto de obra por mecanismo PPP más avanzado en Argentina y se compone de seis corredores viales (A, B, C, E, F y Sur) ya licitados y adjudicados (ver Mapa 1). Los contratos fueron firmados en julio de 2018, con un plazo de construcción de 60 meses. Sin embargo, el inicio de obra se vio dilatado en repetidas ocasiones a raíz de las dificultades de los adjudicatarios para obtener financiamiento, por lo que el gobierno nacional de Cambiemos buscó motorizarlo a través de préstamos y de la elaboración de un fideicomiso exclusivo para obras PPP. Esto puso de manifiesto el interés de las autoridades en el avance tanto del proyecto como del modelo de PPP.

MAPA 1. CORREDORES LICITADOS



Fuente: Vialidad Nacional / LA NACIÓN

El desarrollo del modelo de participación público-privada se insertó en un marco político en el que el gobierno del expresidente Macri (2015-2019) pretendió hacer suya la bandera de la transparencia, para así diferenciarse de la gestión de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015), afectada por denuncias de corrupción. A través de numerosas declaraciones públicas, el gobierno macrista resaltó la transparencia como uno de los aspectos clave del modelo de participación público-privada. Tal es así que en su plan y estructura de proyectos PPP (correspondiente a junio de 2018), las autoridades promovieron la transparencia del proceso de proyectos, contratos y ejecución de PPP, así como de sus respectivos documentos.

En esta línea, el modelo de PPP desarrollado presenta mecanismos e instrumentos que pretenden asegurar la transparencia y el control de los proyectos:

- Publicaciones en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público-Privada (SSPPP)⁵.
- Mecanismo de Alerta Temprana de la Oficina Anticorrupción.
- Instituciones de seguimiento y control.

Publicaciones en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público-Privada

Siguiendo lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada se creó la Subsecretaría de Participación Público-Privada (SSPPP), actualmente bajo la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Entre sus principales competencias se encuentran la evaluación inicial de los proyectos; la fiscalización de su licitación y ejecución; la coordinación de la participación de los entes públicos requeridos para el desarrollo de un proyecto de participación público-privada; la identificación de las mejores prácticas de ética y transparencia; y el llevar adelante un registro que centralice toda la documentación relativa a cada proyecto de PPP.

En referencia a la última función, la SSPPP tiene un rol de transparencia activa. Esta consiste en la obligación que tienen los entes públicos de facilitar el acceso a la información pública por medio de su sitio web oficial, con información clara y entendible. Así, el artículo 29 de la norma establece: “La unidad de participación público-privada deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de Internet, con el fin de 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 (...).”

Al momento de redacción del presente documento, el sitio referido presenta las competencias de la SSPPP, el plan de proyectos PPP y guías para autoridades (cronograma de Gantt, flujograma del proceso, guía de contratos y guías de informes preliminares y justificación de los proyectos). También puede encontrarse el marco regulatorio y los diversos proyectos PPP.

Con respecto al RARS-1, como se observa en el Cuadro 1, a través del sitio de la SSPPP se puede acceder a actos administrativos, pliegos, ofertas y documentación contractual, no obstante, no se encuentran disponibles informes de autoridades competentes.

5. <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/evaluacion-presupuestaria/ppp>

CUADRO 1. INFORMACIÓN PUBLICADA Y NO PUBLICADA EN EL SITIO DE LA SSPPP

¿QUÉ ESTÁ PUBLICADO?	¿QUÉ NO ESTÁ PUBLICADO?
<ul style="list-style-type: none"> • Marco regulatorio del mecanismo PPP. • Proyecto RARS-1. • Documentación contractual firmada por la Dirección Nacional de Vialidad y las empresas privadas adjudicatarias de cada corredor vial (contrato de fideicomiso, contrato PPP, matriz de riesgos, especificaciones técnicas, etc.). • Pliegos de bases y condiciones generales y particulares y pliegos de especificaciones técnicas para cada corredor vial de RARS-1. • Circulares e informes de cierre de las audiencias públicas. • Presentación, evaluación y adjudicación de ofertas. • Presentaciones oficiales ante entidades bancarias para la conformación de fideicomisos de asistencia financiera para el proyecto RARS-1. • Estructura del fideicomiso financiero para RARS-1. • Flujograma del proceso del proyecto RARS-1. • Presentaciones y roadshows oficiales. • Estudio de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental correspondiente a cada corredor vial (no está disponible en el sitio web de la SSPPP, sino en el de la DNV al cual se puede acceder a través de la web de la Subsecretaría). • Dictamen de la DNV, artículo 13 de la Ley N° 27.328, sobre la factibilidad y justificación de la obra y el mecanismo PPP, su impacto financiero y presupuestario, así como socio-ambiental (no está disponible en el sitio web de la SSPPP, sino en el de la DNV al cual se puede acceder a través de la web de la Subsecretaría). 	<ul style="list-style-type: none"> • Informes técnicos del Ministerio de Finanzas (según organigrama del Estado de la gestión de Cambios) en lo atinente a la asunción de riesgos y obligaciones del sector público vinculados a la estructura financiera del proyecto. • Informes del Ministerio de Hacienda (según organigrama del Estado de la gestión de Cambios) relativos al impacto fiscal de los compromisos asumidos, la razonabilidad del uso de recursos públicos, y los aspectos económicos y financieros vinculados a los riesgos y obligaciones asumidas por la DNV. • Mecanismo de selección de la modalidad de obra y los resultados arrojados para el proyecto RARS-1. • Mecanismo de Reporte de Alto Nivel de la Oficina Anticorrupción.

Si bien el dictamen del artículo 13 de la Ley N° 27.328, efectuado por el Ministerio de Transporte, no se encuentra disponible en el sitio web de la SSPPP, está publicado en la web de la Dirección Nacional de Vialidad. Dicho dictamen presenta un ítem de análisis de las ventajas y desventajas del régimen de participación público-privada, pero se limita a enumerar supuestos beneficios generales y carece de un estudio detallado de la conveniencia de dicho régimen por sobre otros modelos de contratación y obra para el proyecto RARS-1. Asimismo, para la selección del meca-

nismo de obra se realizó un análisis de Valor por Dinero (VPD)⁶ en el que se comparó la modalidad de contratación y obra PPP con la modalidad de obra pública tradicional. Sin embargo, los resultados arrojados por el análisis para el proyecto RARS-1 no se encuentran disponibles en el sitio web de la SSPPP ni en el de la DNV.

Cabe señalar que tanto el sitio de la SSPPP como el de la Dirección Nacional de Vialidad (autoridad que lleva adelante el proyecto RARS-1) al cual se puede acceder a través de la web de la SSPPP, no cuentan con los informes técnicos del ex-Ministerio de Finanzas (actual Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía) en lo atinente a la asunción de riesgos y obligaciones del sector público vinculados a la estructura financiera de los respectivos proyectos PPP, ni tampoco hacen públicos los informes del ex-Ministerio de Hacienda (actual Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía) relativos al impacto fiscal de los compromisos asumidos, la razonabilidad del uso de recursos públicos (en caso de que sean requeridos) y los aspectos económicos y financieros vinculados a los riesgos y obligaciones asumidas por el ente público.

El artículo 6 de la reglamentación de la Ley N° 27.328 establece: “Sin perjuicio de las funciones de la SUBSECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA, con carácter previo a la emisión del dictamen previsto en el artículo 13 de la Ley, el MINISTERIO DE FINANZAS deberá expedirse sobre cada Proyecto con respecto a los términos y condiciones del Contrato PPP en lo atinente a la asunción de riesgos y obligaciones por parte del Sector Público Nacional relacionados con la estructura financiera propuesta, incluyendo su costo financiero, y en la medida en que involucre endeudamiento público en los términos del Título III de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias”. Sin embargo, dicha información –relevante para conocer el costo financiero y el endeudamiento público (si existiera), así como los riesgos y obligaciones del sector público ante la estructura financiera de cada proyecto– no se halla en el sitio web de la SSPPP.

Los informes faltantes son requisitos para el avance de los proyectos hacia su etapa licitatoria y su adjudicación, por lo que su disponibilidad y libre acceso resultan de importancia para la transparencia del proceso.

Otro punto a considerar es que el sitio web de la SSPPP no informa sobre la existencia de un canal exclusivo para reportar irregularidades en el proceso licitatorio de proyectos PPP (Mecanismo de Reporte de Alto Nivel de la Oficina Anticorrupción), ni permite la realización de reportes desde la propia web. Para acceder a esta herramienta se debe ingresar al sitio de la Oficina Anticorrupción o desde la Dirección Nacional de Vialidad.

Mecanismo de Alerta Temprana de la Oficina Anticorrupción

Con el fin de prevenir actos de corrupción e irregularidades éticas, la Oficina Anticorrupción (OA) implementa el Mecanismo de Reporte de Alto Nivel para contratos PPP. Es un canal para que los interesados puedan reportar situaciones de direccionamiento de los pliegos, soborno, conflicto de interés o tráfico de influencias.

Esta herramienta recibe el reporte y lo analiza; en caso de concederle validez lo eleva a la DNV (por ser el ente público que dirige el proyecto), acompañado de recomendaciones sobre cómo atender la situación y su posterior seguimiento. Hasta el momento de redacción del presente do-

6. Para más información sobre el análisis Valor por Dinero ver el apartado “Mecanismo de selección de la modalidad de obra”.

cumento⁷, el Mecanismo de Alerta Temprana no recibió ningún aviso sobre hechos de corrupción y/o irregularidades durante la etapa de licitación de RARS-1.

No obstante, este sistema tiene como debilidad un plazo limitado para la presentación del reporte, enfocado exclusivamente en el proceso de adjudicación (el periodo va desde la publicación de los prepliegos hasta 48 horas antes de la publicación de la adjudicación). Esto excluye toda posible alerta temprana para potenciales hechos de corrupción que pudieran sucederse en instancias posteriores a la adjudicación, como las renegociaciones contractuales.

Asimismo, la OA (junto a la SSPPP, el Ministerio de Transporte de la Nación y el Banco de Inversión y Comercio Exterior, con apoyo del BID Invest) elaboró un marco de integridad que establece lineamientos para que las empresas incorporen programas destinados a prevenir prácticas ilegales. Este marco está orientado a empresas que participen de proyectos PPP y accedan a financiamiento a través de un fideicomiso exclusivo para obras PPP del Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE)⁸. Sin embargo, no solo los corredores viales A, C, E y F del proyecto RARS-1 fueron adjudicados a empresas vinculadas a la llamada Causa de los Cuadernos⁹, sino que además las adjudicatarias de los corredores A y C, relacionadas a prácticas de corrupción en la referida causa, recibieron en agosto del 2019 un crédito de USD 15 millones del BICE.

Estos créditos fueron posibles porque el mencionado marco de integridad se limita a solicitar la separación de quien llevó adelante el hecho ilegal, focalizándose en el sujeto individual, sin repercusiones para la empresa involucrada. De esta manera, bajo el marco de integridad de la OA las empresas implicadas en causas de corrupción no solo pueden continuar con las obras adjudicadas sino que también pueden recibir financiamiento público a través del BICE.

Instituciones de seguimiento y control

La observación y el control de los proyectos se encuentra en manos de la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada del Congreso de la Nación (en adelante, Comisión Bicameral) y de la Auditoría General de la Nación (AGN). Dado que las contrataciones bajo esta modalidad pueden alcanzar un máximo de 35 años, comprometiendo ejercicios futuros, es necesario un seguimiento y control de mediano y largo plazo, por lo cual la Comisión Bicameral y la AGN adquieren un rol central.

7. Enero 2020.

8. Ante las dificultades de las empresas privadas involucradas en proyectos PPP para obtener financiamiento internacional, con la intención de acelerar el avance de los corredores ya adjudicados y promover este mecanismo de obra, en junio de 2019 el gobierno nacional abrió una línea de préstamo por USD 100 millones a través del Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE). Esto pretendió servir de puente para la viabilidad financiera de las obras hasta tanto se terminase de conformar un fideicomiso por un valor de USD 900 millones, con fondos de un préstamo del BID Invest y bancos privados (La Nación, 2019). En agosto 2019 se otorgaron tres créditos por USD 15 millones para las empresas adjudicatarias de los corredores A, C y Sur, de RARS-1 (Cayón, 2019).

9. La llamada causa de los cuadernos es una causa judicial contra la actual vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner, exfuncionarios públicos y empresarios, por asociación ilícita. Se basa en la copia de unos cuadernos supuestamente redactados por el exchofer de un alto funcionario, donde narra los recorridos realizados para el cobro de presuntas coimas provenientes de la obra pública durante la segunda gestión presidencial de Fernández.

La empresa Vial Agro SA, implicada en la causa de los cuadernos, forma parte del consorcio empresarial que ganó la licitación del corredor vial A del proyecto RARS-1. El corredor C fue otorgado a José Cartellone Construcciones Civiles SA, también relacionado con la causa por corrupción. Por último, los corredores E y F fueron para el consorcio compuesto por Helpport, Panedile, Eleprint y Copasa, siendo Helpport la empresa constructora del grupo Corporación América, implicado en la mencionada causa a través de su rama energética.

La Comisión Bicameral está conformada por siete diputados y siete senadores elegidos por cada cámara¹⁰. Cuenta con amplias facultades de acceso a la información económica, financiera, social y ambiental de los proyectos PPP, pudiendo convocar a los funcionarios a cargo de los proyectos y al titular de la SSPPP. Debe verificar los aspectos económico-financieros, sociales y ambientales estipulados en los proyectos, así como los objetivos de interés público que la contratación pretende atender. No obstante, la Ley de Contratos de Participación Público-Privada establece en su artículo 30 que los miembros de la comisión no pueden dar a conocer información de índole industrial o comercial, ni cláusulas de confidencialidad existentes en los contratos.

La Comisión Bicameral cuenta, además, con la facultad de elevar observaciones, recomendaciones y propuestas a la SSPPP y a las autoridades de las Cámaras de Senadores y Diputados. A pesar de ello, no tiene la potestad para condicionar un proyecto.

Desde su constitución en marzo de 2018 hasta la redacción del presente informe, se reunió cinco veces. En la primera reunión se designaron las autoridades; la segunda consistió en la aprobación del reglamento interno de la comisión y la elaboración de un requerimiento de información a la SSPPP sobre el proyecto RARS-1; en el tercer encuentro el ministro de Transporte y el subsecretario de Participación Público-Privada se presentaron a fin de dar cuenta del estado de ejecución y cumplimiento de los contratos correspondientes al mencionado proyecto. En la cuarta reunión se aprobó un segundo pedido de información a la SSPPP, se suscribió un convenio de colaboración con la Oficina de Presupuesto del Congreso, y la Auditoría General de la Nación expuso sobre su funcionamiento con respecto a los proyectos PPP. En la última reunión, a pesar de no contar con quórum suficiente, se decidió elevar un nuevo pedido de información a la SSPPP. Los primeros cuatro encuentros se dieron de marzo a noviembre de 2018 y el quinto ocurrió en julio 2019. El hecho de haber mantenido la primera y única reunión de 2019 en julio y carecer de quórum es una señal de la escasa actividad de la comisión.

Hasta el momento de redacción del presente documento, su accionar se ha limitado a las mencionadas cinco reuniones y a cuatro requerimientos de información (tres dirigidos a la Subsecretaría de Participación Público-Privada y uno a la Secretaría de Industria), sin la generación de informes ni observaciones. En este sentido, sería propicio que la comisión se expidiera sobre los aspectos económico-financieros, sociales y ambientales del proyecto RARS-1, así como sobre los mecanismos de renegociación que instauran los contratos de los seis corredores viales adjudicados.

Ante la continuidad de RARS-1, la inacción de la comisión representa una falta de férreo control parlamentario sobre el mecanismo PPP.

Otro factor a considerar es la ausencia de participación de la sociedad civil. Si bien la Comisión Bicameral se guarda para sí la potestad de solicitar asesoramiento técnico a asociaciones empresariales, no le concede voz a otros actores interesados como, por ejemplo, las organizaciones civiles, capaces de colaborar en la evaluación y monitoreo, y a las comunidades afectadas por las obras.

El otro ente que debería prestar seguimiento y control es la AGN, cuya función es auditar la totalidad de los contratos PPP. Vale destacar que cuenta con la potencialidad de dar seguimiento y control a mediano y largo plazo, con menores vaivenes que la Comisión Bicameral, que renueva sus integrantes con el paso de las elecciones legislativas.

10. La Comisión Bicameral estuvo compuesta desde su creación hasta diciembre 2019 por: Diego Bossio, Federico Pinedo, Adrián Grana, Silvia Elías de Pérez, Carlos Caserío, Carlos Espínola, Silvina Frana, Yanina Gayol, Nancy González, Lorena Matzen, Miguel Pichetto, Juan Romero, Faundo Suarez Lastra y Juan Villalonga. Dada la elección legislativa de octubre 2019, se modificó su composición luego de la asignación de comisiones entre los parlamentarios electos.

Con el fin de controlar los proyectos PPP, la AGN celebró encuentros de capacitación para sus profesionales y firmó un acuerdo de colaboración con la Comisión Bicameral. Se conformaron equipos de auditorías de proyectos PPP, con ingenieros, contadores públicos, economistas, abogados, un arquitecto y un politólogo. Para su Plan de Acción Anual 2018 se incluyó una auditoría de cumplimiento para cada uno de los seis corredores de RARS-1. A su vez, el Plan de Acción Anual 2019 volvió a incluir la auditoría de cumplimiento de los contratos ya firmados. Si bien esos controles se encuentran en curso, hasta la fecha de redacción no se publicó informe alguno¹¹.

3.1 Mecanismo de selección de la modalidad de obra

El artículo 13 de la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada señala que todo proyecto de obra que quiera realizarse bajo el modelo PPP debe, previo llamado a licitación o concurso público para la adjudicación, evaluar si ese tipo de contratación es la mejor opción para la obra en cuestión. Esto implica un análisis comparativo entre el modelo PPP y el mecanismo de obra pública tradicional (es decir con fondos públicos, ya sea a través de entes estatales o mediante contratistas), a fin de determinar el mecanismo de contratación conveniente para el proyecto.

Como se mencionó previamente, para RARS-1 la DNV elaboró un dictamen de acuerdo a la Ley N° 27.328, el cual se limitó a describir de manera general los supuestos beneficios de la participación público-privada.

Asimismo, con el objetivo de determinar la modalidad de obra más conveniente, se realizó una comparación de costos, riesgos y beneficios entre el modelo PPP y el tradicional. Este análisis se llevó a cabo previa licitación de los corredores viales y por fuera de los mecanismos e instrumentos de control anteriormente mencionados. Como el Mecanismo de Alerta temprana de la OA se enfoca en el proceso de adjudicación, no considera el proceso previo de selección de la modalidad de obra. Además, la Comisión Bicameral sigue el cumplimiento de los contratos de los proyectos, a la vez que la Auditoría General de la Nación se centra en auditar su ejecución, por lo que todo proceso anterior a la firma de los contratos e inicio del proyecto escapa de su control. De esta manera, la modalidad de obra para el proyecto RARS-1 fue seleccionada por la DNV y la SSPPP sin control alguno, estando ambas entidades interesadas en la concreción de las obras y en la promoción de la modalidad PPP. Por ello, cabe señalar que sus intereses pudieron haber condicionado su objetividad en el momento de efectuar el referido análisis.

Ese estudio fue realizado bajo la metodología de Valor por Dinero (VPD). El VPD es una herramienta que pretende identificar el modelo de obra con mejor relación costo-beneficio. En el caso de RARS-1, el estudio de VPD comparó los costos de ejecución del modelo de obra pública tradicional con el de PPP, sobre la base de que los sobrecostos y sobreplazos son las principales dificultades para los proyectos de infraestructura. Para determinar los valores de dichos sobrecostos y sobreplazos se comparó un proyecto público de referencia con el contrato PPP, en función de la asignación de riesgos y costos al actor público y al privado en cada modelo de obra. El cálculo arrojó que si el Estado se encargase de la totalidad de la obra con fondos públicos, el inicio de ejecución del proyecto sería en 2023, mientras que para el modelo PPP y con la construcción en manos del privado, se proyectó un inicio de obra inmediato a la adjudicación. La posibilidad de concretar las obras viales en el corto plazo sin afectar los fondos públicos al momento de inicio de la obra resultó determinante para la selección del mecanismo PPP.

11. Cabe mencionar que, a pesar de las repetidas solicitudes de reunión con funcionarios de la AGN, no hemos recibido respuesta positiva.

El análisis dio por sentado que bajo la modalidad PPP el contratista privado contaría con financiamiento asegurado, lo que permitiría el inicio inmediato de las obras. Sin embargo, no consideró que el marco regulatorio argentino permite que los oferentes privados se presenten a las licitaciones sin la necesidad de contar con financiamiento previo, es decir que la obtención de los fondos necesarios resulta ser un interrogante hasta que se adjudica la obra y la empresa sale al mercado de capitales a buscar financiamiento. A su vez, este interrogante se traslada a la fecha de inicio del proyecto y a su costo final, dado que ambos están vinculados al financiamiento que obtenga la empresa privada contratista.

Así, a pesar de que el análisis de VPD evaluó que bajo la modalidad PPP las obras del proyecto RARS-1 tendrían inicio inmediato, todos los corredores viales sufrieron constantes dilaciones en el comienzo por las dificultades que tuvieron las empresas adjudicatarias –y aún tienen– para obtener financiamiento. Esto llevó al Estado a ofrecerles préstamos y a edificar un mecanismo de financiamiento específico para proyectos PPP, en un intento por evitar mayores demoras. Por ende, los supuestos beneficios que la metodología VPD le asignó al modelo no fueron tales.

Asimismo, el cálculo de VPD no consideró los riesgos públicos procedentes de las limitaciones a las prerrogativas de derecho de la administración pública que imparte el régimen argentino de PPP (incapacidad de modificar o rescindir el contrato unilateralmente, ya sea por actos ilegítimos o por razones de oportunidad, mérito o conveniencia). Tampoco tuvo en cuenta los riesgos y costos públicos derivados de la renegociación ni de otras formas de oportunismo contractual por iniciativa privada.

El criterio técnico empleado cuenta con otra limitación: el desconocimiento del costo final del proyecto. Esta incertidumbre deviene de la falta de certeza sobre los costos del financiamiento privado y de las frecuentes renegociaciones (en el ámbito de transporte, propio del proyecto aquí estudiado, se renegocian el 78% de los contratos –según ITF, 2017).

En esta línea, un estudio de CAF-Banco de Desarrollo de América Latina sobre la experiencia latinoamericana expresa: “Lo que sí resulta claro es que las valoraciones que se llevan a cabo en los análisis de *value for money* no corresponden exactamente a la realidad, debido fundamentalmente a que, en muchos casos, el costo de los proyectos, especialmente su construcción, acaba siendo muy superior a lo previsto. Además, en muchos casos, estos sobrecostos acaban siendo pagados, a través de cambios contractuales, por los usuarios de la infraestructura o por los ciudadanos de un país a través de sus impuestos” (Vassallo, 2015).

Además, sobre la discrecionalidad del mecanismo VPD, la Red Latinoamericana por Justicia Económica y Social (Latindadd) sostiene: “La estimación del valor por dinero ofrece un excesivo margen de discrecionalidad y subjetividad, abriendo la puerta a decisiones más políticas, a la corrupción, a proyectos sobredimensionados, inútiles o con costos excesivos; dejando de lado la racionalidad económica y el bien común” (2019).

Como se señaló, el mecanismo VPD empleado para la selección de modalidad de obra en RARS-1 presenta limitaciones capaces de alterar el resultado del cálculo de conveniencia. Esto obedece a que sobredimensiona el aspecto temporal de las obras otorgándole tiempos irreales de inicio al modelo PPP a la vez que desconocen los riesgos de sobrecostos y de oportunismo contractual privado, así como sus implicancias económico-financieras para las cuentas públicas a mediano y largo plazo.

3.2. Renegociación contractual

En el marco del proyecto RARS-1, los contratos PPP celebrados entre la DNV y los contratistas establecen en su artículo 69 que la ecuación económico-financiera se define al momento de la adjudicación y se conforma por el equilibrio entre los riesgos asumidos por el contratista y su derecho a recibir la contraprestación pública y la contraprestación por uso y demás derechos especificados en el contrato. Asimismo, el artículo 69.1 señala que con excepción de los casos de ampliación de plazos y ajuste de las contraprestaciones “... el equilibrio de la ecuación económico-financiera original del CONTRATO PPP deberá ser restablecido, a solicitud de cualquiera de las PARTES, cuando se vea alterado significativamente por razones imprevisibles al momento de la ADJUDICACIÓN que sean ajenas a la PARTE que invoca el desequilibrio y no se refieran a riesgos asumidos por cada una de las PARTES”. En otras palabras, la empresa contratista podrá solicitar restablecer la ecuación económico-financiera (es decir, renegociar el contrato) cada vez que considere que el referido equilibrio se rompió por cuestiones ajenas, que no hayan sido consideradas en la división de riesgos al momento de efectuar el contrato.

En esta línea, se establece un procedimiento según el cual la empresa privada puede realizar una solicitud y propuesta para el restablecimiento de la ecuación económico-financiera (renegociación contractual) que la DNV puede aceptar u objetar. En caso de que el organismo público la objete y existan diferencias entre las partes, se procede a una negociación amistosa. Si no se llega a un acuerdo se debe acudir a un panel técnico¹². Si bien la definición del panel técnico es vinculante para las partes, si hubiese disconformidad con lo resuelto la parte disconforme puede acudir a un arbitraje de derecho. Dado que el arbitraje es la última instancia, su decisión resulta definitiva y vinculante.

Este recorrido formal para la renegociación contractual concede un amplio margen de discrecionalidad, no solo por la falta de parámetros claros para la aceptación o rechazo de la propuesta del privado, sino también por la falta de transparencia en la llamada negociación amistosa, la cual consiste en una negociación de “buena fe” entre la empresa y la DNV. Es decir, no hay participación de órganos de control como la OA o la Comisión Bicameral ni de terceras partes interesadas que aseguren el control y la transparencia del proceso, así como tampoco existen parámetros preestablecidos para esta instancia. Además, como ya se mencionó, las renegociaciones contractuales quedan por fuera del Mecanismo de Alerta Temprana de la OA.

Considerando que según el Banco Mundial las renegociaciones contractuales en las PPP de transporte, como se mencionó previamente, ascienden al 78% (ITF, 2017) –con gran impacto sobre los costos para el público–, los proyectos de transporte como RARS-1 requieren que las instancias de renegociación sean transparentes y cuenten con fuertes mecanismos de control. En cambio, las indefiniciones, la falta de parámetros y la ausencia de inspección sobre la negociación amistosa, abren la posibilidad de renegociaciones injustificadas que engrosen los costos finales de obra en perjuicio del ente público y de los usuarios de los corredores viales.

12. El panel técnico se compone por tres profesionales, un ingeniero, un abogado y un economista. Los miembros del panel son elegidos de común acuerdo entre las partes y, si no hay acuerdo, mediante sorteo público realizado por la SSPPP.

4. CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

Centrado en el análisis de los mecanismos e instrumentos de control y transparencia del modelo de participación público-privada argentino y su implementación en el marco del proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras - Etapa 1, el presente documento ha podido llegar a algunas conclusiones:

Primero, al desentenderse de las experiencias internacionales que alertan sobre el oportunismo contractual privado bajo la modalidad PPP, el régimen legal argentino condiciona la derogabilidad de la obra por la administración pública y vehiculiza la renegociación contractual por iniciativa privada.

Segundo, la adjudicación de las obras sin que los adjudicatarios tengan financiamiento previamente otorgado, tal como lo establece el régimen legal argentino, atenta contra la transparencia financiera del proyecto. Esto se debe a que, al no tener fondos otorgados, la adjudicación se realiza sin conocimiento certero de los costos finales de financiamiento para cada una de las propuestas licitadas. A su vez, este sistema conlleva el riesgo de dilación de las obras por dificultades en la obtención del financiamiento, tal como sucede con el proyecto RARS-1. Cabe recordar que luego de adjudicados los corredores viales las empresas tuvieron serias dificultades para obtener fondos en el mercado de capitales.

Tercero, la Subsecretaría de Participación Público-Privada falta al artículo 28 de la Ley N° 27.328 al incumplir con su rol de transparencia activa, dados los informes técnicos del proyecto RARS-1 que no se encuentran disponibles en su sitio web.

Cuarto, como se refleja en el caso de estudio, la Oficina Anticorrupción ofrece un control limitado sobre el mecanismo PPP, ya que su Mecanismo de Alerta Temprana se desentiende de posibles irregularidades y hechos de corrupción durante la ejecución de la obra, dejando de lado instancias con riesgo de hechos ilícitos, como es la revisión del contrato.

Quinto, el marco de integridad elaborado por la OA parece ser limitado, ya que no repercute sobre las empresas involucradas en hechos de corrupción y se centra solo en los sujetos individuales. Así, aquellas empresas vinculadas a causas de corrupción que forman parte del proyecto RARS-1 pueden continuar con las obras adjudicadas e inclusive obtener financiamiento a través de mecanismos operados por el propio gobierno.

Sexto, ante la inacción de la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada del Congreso de la Nación y la falta de informes públicos de la Auditoría General de la Nación, pareciera no haber un seguimiento ni control férreo de los proyectos PPP.

Séptimo, las vías establecidas para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero (renegociación contractual) resultan opacas y faltas de transparencia, dado que se carece de parámetros claros para que la DNV acepte o rechace la propuesta de revisión contractual del privado, y tampoco existe control externo en la llamada negociación amistosa.

Por último, el proceso de selección de modalidad de contratación y obra es llevado adelante por la autoridad pública convocante al proyecto (la DNV en el caso del RARS-1) y la SSPPP, por fuera de todo mecanismo e instrumento de control. Los intereses de la agencia que pretende efectuar las obras y de la Subsecretaría vinculada al desarrollo del mecanismo PPP podrían interferir en la objetividad del proceso de selección de modalidad de obra. Además, dicho proceso se centra en el instrumento de análisis Valor por Dinero, el cual presenta limitaciones que pueden afectar la selección del modelo de obra. De esta manera, en el marco del proyecto RARS-1, el cálculo de conveniencia VPD sobredimensionó el aspecto temporal de la obra y asignó tiempos de inicio irreales al modelo PPP, además de ignorar sus riesgos.

En síntesis, el análisis identificó una serie de limitaciones y opacidades en los mecanismos e instrumentos de transparencia y control existentes y aplicados al proyecto RARS-1, que llegan a poner en cuestionamiento el modelo PPP. En cambio, la experiencia internacional señala que el desarrollo de obras bajo este modelo requiere de instituciones transparentes y de un Estado presente, con agentes de control fortalecidos y activos (Salazar Valdivia y Alarco Tosoni, 2019).

Considerando los hallazgos principales, se presentan a continuación recomendaciones para los entes públicos:

- Respetar el principio de derogabilidad de la obra por la administración pública, fortaleciendo así la posición del Estado.
- Revisar las cláusulas contractuales de confidencialidad, a fin de permitir el libre y transparente acceso a la información por parte de la comunidad.
- Requerir la obtención de financiamiento previo a aquellas empresas que se presenten a licitación. Así habrá certezas sobre los costos de financiamiento y se reducirán los riesgos de demora en el inicio de obra.
- Incorporar toda la documentación disponible, los reportes técnicos faltantes y el análisis del mecanismo de obra en el sitio web de la SSPPP. Asimismo, para una transparencia efectiva se debe incorporar un fácil acceso al Mecanismo de Alerta de Alto Nivel.
- Extender el alcance del Mecanismo de Reporte de Alto Nivel de la OA para que funcione como sistema de alerta temprana para hechos de corrupción a lo largo de todo el proceso del proyecto, incluyendo la ejecución de la obra hasta su entrega final al ente público contratante. De este modo incluiría las potenciales renegociaciones contractuales y los ajustes de contraprestaciones convenidos en el contrato.
- Extender el marco de integridad elaborado por la OA, incluyendo la responsabilidad de las empresas en los hechos ilícitos (y no limitarse a responsabilidades personales). Esto reduce los riesgos de corrupción que representan las empresas ya involucradas en hechos ilícitos y estimula el control y transparencia dentro de las propias compañías.
- Evaluar los proyectos previa adjudicación de las obras por la Comisión Bicameral, debiendo expedirse sobre el interés público del proyecto en cuestión, sobre la selección del mecanismo de obra y sobre los diversos aspectos económico-financieros, sociales y ambientales.
- Ante las falencias que muestra la herramienta VPD, considerar los análisis locales e internacionales que alertan sobre los diversos riesgos y falencias del modelo PPP para el correcto diseño de un mecanismo de selección de modalidad de obra objetivo y transparente, que tenga en cuenta los beneficios y costos de cada modelo.
- Promover la participación de entidades de control y terceras partes interesadas en el proceso de selección de modalidad de obra a fin de concederle mayor transparencia y control.
- Limitar el oportunismo contractual privado, reduciendo así los riesgos de renegociación que implican mayores costos para la entidad pública y usuarios.
- Establecer parámetros claros para la aceptación o rechazo de propuestas privadas de restablecimiento del equilibrio económico-financiero.
- Fortalecer y transparentar la llamada negociación amistosa, incluyendo la participación activa de terceras partes interesadas y órganos de control.

5. REFERENCIAS

Cané, S. (2019). "La cláusula YPF de la Ley 27.275: el derecho al secreto". En Informe Ambiental FARN 2019. Disponible en: https://farn.org.ar/iaonline2019/wp-content/uploads/2019/07/4.3_Cane-S_La-clausula-YPF-de-la-ley-27275-El-derecho-al-secreto.pdf

Cayón, D. (2019). "Crédito puente por USD 45 millones del BICE para contratistas de PPP". Publicado en El Cronista el 6 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.cronista.com/economiapolitica/Credito-puente-por-us-45-millones-del-BICE-para-contratistas-de-PPP-20190806-0047.html>

Diamante, S. (2019). "Infraestructura. El Gobierno prestara USD 100 millones para que avancen las obras viales". Publicado en La Nación el 4 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/economia/infraestructura-el-bice-prestara-us100-millones-avancen-nid2254520>

Eurodad (2017). "Global Campaign Manifesto. Public-Private Partnerships". Disponible en: <https://eurodad.org/files/pdf/1546822-public-private-partnerships-global-campaign-manifesto-1507748444.pdf>

FM Riel (2016). "Frigerio: 'Las prioridades son las inversiones en infraestructura'". Publicado el 11 de febrero de 2016. Disponible en: http://www.rielfm.com.ar/entre-rios/frigerio-las-prioridades-son-las-inversiones-en-infraestructura_51169.htm

ITF (2017). *Public Private Partnerships for Transport Infrastructure: Renegotiation and Economic Outcomes. ITF Roundtable Reports*. OECD Publishing, Paris. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/transport/public-private-partnerships-for-transport-infrastructure_9789282108130-en

Marchegiani, P. y Di Paola, M. M. (2018). "Las Asociaciones Público Privadas entraron pisando fuerte a Argentina". En *Pulso Ambiental*. FARN. Marzo 2018.

Marchegiani, P. y Vila Moret, D. (2017). "Las Asociaciones público-privadas en Argentina: una primera aproximación a un nuevo régimen legal". FARN. Disponible en: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2018/03/a.pdf>

Salazar Valdivia, C. y Alarco Tosoni, G. (2019). *Riesgos Público-Privados*. Latindadd. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1LW8acGj7Y_j59G2aN_KGNk9f8RRlofOp/view

Tribunal de Cuentas Europeo (2018). Comunicado de prensa: 20 de marzo de 2018. "Los auditores afirman que las asociaciones público-privadas de la UE adolecen de deficiencias generalizadas y beneficios limitados". Disponible en https://www.eca.europa.eu/Lists/News/NEWS1803_20/INSR_PPP_ES.pdf

Vassallo Magro, J. M. (2015)- *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá. CAF. Disponible en: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>