El diseño flexible del Contrato de Participación Público-Privada como un mecanismo de fomento para la colaboración e inversión privada en infraestructura o servicios públicos

S. Manuel Alderete

I. Introducción [arriba]

El 9 de junio de 2016, el Poder Ejecutivo elevó al Congreso Nacional el proyecto que luego se convertiría en la Ley N° 27.328[1] de Contratos de Participación Público-Privada (en adelante, "Ley de PPP"). En el mensaje de elevación, se precisó que: "una de las claves para la creación de empleo en la Argentina y por ende para el desarrollo económico del país es que se materialice la inversión en infraestructura y los contratos de Participación Público-Privada son una herramienta eficaz para lograrlo".[2] El régimen de PPP busca justamente servir como marco normativo propicio para incentivar al sector privado a asumir el desarrollo y la financiación de obras públicas de magnitud o la prestación de servicios de interés general.

Al margen de las medidas particulares de fomento incluidas en la Ley de PPP y su normativa complementaria, el diseño de un régimen flexible y adaptable a las necesidades propias de cada proyecto es lo que permite incentivar la participación y la inversión privada.

En este breve trabajo, nos limitaremos a analizar la figura del Contrato de PPP, concebida como un contrato administrativo de contenido variable que funciona, en este sentido, como un mecanismo de fomento a las inversiones privadas en obras o servicios públicos.

II. Conceptos generales sobre PPP. Hacia una definición ¿precisa? [arriba]

En esencia, el esquema de PPP consiste en una asociación entre los sectores público y privado, con el objetivo de desarrollar proyectos de infraestructura y/o coordinar la prestación de un servicio público. En un sentido amplio, podría afirmarse incluso que comprende cualquier tipo de forma de colaboración entre el Estado y empresas o particulares.[3] Así, se afirmó que esta técnica consiste en la tercerización total o parcial de proyectos de infraestructura y servicios sociales, tradicionalmente asumidos por el Estado, para que su desarrollo sea llevado a cabo por el sector privado con los beneficios resultantes del incremento en la capacidad de inversión proveniente de fondos privados, aumento en la eficiencia y optimización en la asignación de riesgos.[4]

La PPP constituye en todos los casos el punto de encuentro entre los intereses de los sectores público y privado, en relación a un proyecto de infraestructura determinado[5]; proyecto que, en definitiva, delimitará el contenido de cada Contrato de PPP según sus características específicas. Sin embargo, es posible encontrar una serie de características en común o elementos esenciales[6]: (i) la colaboración ocurre siempre mediante un Contrato[7]; (ii) el objetivo es la realización, construcción y puesta en marcha de un proyecto de infraestructura pública o la prestación de un servicio, pudiendo incluir un conjunto indeterminado de prestaciones adicionales, como la posterior operación y mantenimiento del proyecto, su refacción, gestión, modificación, etc.; (iii) la finalidad es la satisfacción de un interés público concreto basado en la necesidad de proveer un servicio o construir un opus determinado para beneficio de la comunidad; (iv) es un contrato

a largo plazo[8]; (v) es un contrato conmutativo y no aleatorio, pues las partes pueden conocer, al momento de su celebración, las ventajas y sacrificios que implicará el negocio[9]; (vi) la financiación del proyecto debe necesariamente provenir del sector privado[10]; (vii) el repago del proyecto y la contraprestación del contratista privado podrá estar a cargo del propio Estado y/o de los usuarios, vinculada al uso o aprovechamiento de la infraestructura o de los servicios[11], y es posible incluir mecanismos adicionales de repago, si las características del proyecto lo permiten[12]; (viii) se introduce una asignación o reparto de todos los riesgos significativos del proyecto entre el contratista privado y el contratante público; (ix) existen prerrogativas a favor de la parte pública, aunque moderadas con relación a los contratos administrativos tradicionales; y (x) generalmente, luego de la terminación del Contrato de PPP, el proyecto revierte al patrimonio del Estado Nacional.[13]

III. La flexibilidad del Contrato de PPP y la búsqueda de participación privada [arriba]

Un contrato rígidamente formulado no constituye un marco jurídico idóneo para la realización de proyectos complejos, de difícil definición previa y de resultado imprevisible. En este contexto, un Contrato de PPP se presenta como una alternativa viable al ser una figura contractual abierta y que es posible perfilar en cada caso concreto con el objetivo de obtener financiación y eficiencia.[14]

Si bien concordamos con que el Contrato de PPP es un contrato administrativo[15], la indeterminación inicial de su contenido es tal que resultaría imposible enmarcarlo como un contrato administrativo clásico, a diferencia de los Contratos de Obra Pública y de Concesión de Obra Pública regulados respectivamente por las Leyes N° 13.064 y N° 17.520. En efecto, el Contrato de PPP es, por hipótesis, de contenido variable o indeterminado.

Con esta brevísima descripción, ya es posible imaginarse al Contrato PPP como una figura contractual de amplio alcance y vastas posibilidades, tanto para definir su objeto como las modalidades y herramientas más adecuadas para lograr la finalidad que en cada caso se proponga. Nuestra legislación recepta de alguna manera esta característica de indeterminación y flexibilidad contractual, permitiendo una amplia combinación de herramientas e institutos contractuales, de acuerdo con las necesidades de cada proyecto específico. El art. 1 de la Ley de PPP presenta un abanico de opciones como objetos contractuales posibles, al afirmar que podrán celebrarse Contratos de PPP para desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Asimismo, se expresa que el diseño de los Contratos de PPP podrá tener la flexibilidad que le permita adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas existentes en la materia, especificando luego que los proyectos que se desarrollen bajo la Ley de PPP "podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento".[16]

El legislador ha buscado proporcionar a la Administración Pública y a los contratistas privados una multiplicidad de opciones para que, a la par de obtener de una manera eficaz la finalidad de interés público contenida en todo contrato administrativo, el Contrato de PPP sirva como una posibilidad atractiva para los inversionistas privados.

IV. Conclusión [arriba]

La participación e inversión privada en infraestructura pública no puede funcionar adecuadamente sin un esquema institucional y legal propicio que generen la suficiente seguridad jurídica como para atraer inversores serios y otorgar rentabilidad a los proyectos.

El Régimen de PPP recientemente diseñado por el Estado argentino viene a constituirse con un marco jurídico estable, con el objetivo de fomentar la inversión y colaboración privada en el desarrollo de infraestructura pública.

Las bases normativas existen, el juego ha comenzado, ahora depende de sus jugadores -públicos y privados- para que sus resultados sean propicios. Ojalá que exista suficiente transparencia como para generar inversiones genuinas que se materialicen en infraestructura pública.

Notas [arriba]

[1] Sancionada el 16/11/2016 y promulgada el 30/11/2016.
[2] Mensaje de elevación N° 770/2016 de fecha 9/06/2016. Ingresado al Congreso como Expediente N° 61/16.
[3] Por ello, muchos autores incluyen dentro del esquema de PPP al tradicional contrato de concesión de obra pública. Entre ellos: Aragone Rivoir, I., Desarrollo de proyectos de participación público-privada: contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales, Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013; Harris, Stephen, Public Private Partnerships: delivering better infrastructure services, London, Head International Financial Services, Inter-American Development Bank, working paper; entre otros. O directamente identifican al Contrato de PPP con el contrato de concesión: Crivelli, J. C., Inversión Privada en el sector público, Astrea, Buenos Aires, 2017.
[4] Wiss, Marcia A y Maurea Faria, Teresa, Public Private Partnership in Latin America: Governmental salvation or deception?, International Bar Association Conference, Auckland, 2004.
[5] Cfr. Aguilar Valdez, Oscar, Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructura pública, en Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique, La Contratación Pública, Lexis Nexis, Buenos Aires, págs. 582 y ss.
[6] Ver en este sentido: Azzarri, Juan Cruz y Vega Olmos, Jimena, “Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley”, LL 2016-D, 784.
[7] Ya sea mediante la creación de una verdadera persona jurídica público-privada o por un esquema meramente convencional, la realización en conjunto de proyectos de infraestructura pública siempre se instrumenta mediante un contrato específico.
En cuanto a las relaciones entre los sujetos contractuales, la Ley de PPP admite dos sistemas de colaboración entre ambos sectores. Por un lado, el sistema contractual que diseña un esquema de derechos y obligaciones con vínculos puramente convencionales, preservando la independencia de cada una de las

partes; y, por otro, el institucional, que implica la creación de una persona jurídica distinta a sus miembros e integrada por socios de la órbita pública y privada (arts. 7 y 8 de la Ley de PPP).
[8] En efecto, las cuantiosas sumas de dinero que se requieren para llevar a cabo un proyecto de infraestructura justifican una relación contractual extensa y con un plazo suficiente para amortizar las inversiones realizadas.
[9] De su carácter conmutativo se deriva la necesidad de asegurar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero inicial durante toda la vida del Contrato de PPP.
[10] De hecho, el esquema de PPP es justamente diseñado para que la infraestructura no deba ser financiada exclusivamente por el Tesoro Nacional.
[11] Ya sea mediante el pago directo por parte de los usuarios de una contraprestación por uso o aprovechamiento de la infraestructura o del servicio, o bien, mediante el sistema denominado shadow toll o peaje en sombra, en donde el obligado a pagar la contraprestación por uso será el propio Estado en función de la cantidad de usuarios que aprovechen la infraestructura.
[12] Como por ejemplo, derechos de explotación sobre determinados bienes de dominio público que pueden constituirse como zonas comerciales, la contribución de mejoras por parte de terceros que resulten beneficiados por la construcción de la obra, etc.
[13] El art. 9, inc. o, de la Ley de PPP establece que los Contratos de PPP deberán prever la titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino, luego de su terminación, de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan.
[14] Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, El Contrato de Colaboración Público-Privada, ponencia preparada para las XI Jornadas sobre Administración Local, Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife, 8 a 10 de octubre de 2008, en http://www.cositaltfe.es/ img/eventos/ GASPAR_ARINO.pdf (última visita 29/04/2018). En el mismo sentido ver: Cassagne, Ezequiel, “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, en Revista de Derecho Administrativo, Nº 107, págs. 925 y 931/932; Guiridlián Larosa, Javier D., Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público-privada como técnica idónea en pos de su efectiva promoción en un reciente proyecto de ley, en Revista de Derecho Administrativo, Nº 107, págs. 856/860.
[15] Más allá de las discusiones en torno a si el Contrato de PPP tiene la naturaleza jurídica de un contrato administrativo (por todos ver: De La Riva, Ignacio, “¿Es la participación público-privada un nuevo contrato administrativo?”, publicado en ED, N° 14.173), consideramos que el Contrato de PPP es un contrato administrativo pues cumple con los estándares previstos por la CSJN para definirlo como tal, a saber: presencia del Estado Nacional, existencia de prerrogativas (aunque moderadas en comparación con los contratos administrativos tradicionales), naturaleza esencialmente pública de su objeto, y se agrega el procedimiento reglado de selección del contratista conforme lo previsto en los arts. 12 y ss. de la Ley de PPP. Para analizar en profundidad las características de los contratos administrativos en la jurisprudencia de la CSJN ver: Coviello, Pedro José Jorge, La teoría general del contrato adminsitrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN, en Cassagne, Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique, La Contratación Pública, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs. 89 y ss.
[16] El art. 1 del Decreto de PPP, por su parte, aclara que podrán incluirse en el Contrato de PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado y amplía de alguna manera los objetos posibles al especificar que: “podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley de Participación Público-Privada los Proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con

Contraprestación por Uso y/o con Contraprestación Pública. Cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, debe mediar financiamiento del Contratista PPP, de Entidades Financiadoras y/o de terceros, respecto de los pagos que deban realizarse bajo los Proyectos" (Conforme la modificación prevista por el art. 3 del Decreto N° 936/2017). Por último, es importante mencionar que el art. 31 de la Ley de PPP establece que para las contrataciones regidas por sus normativas no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica las disposiciones previstas en el Decreto-Ley N° 1023/2001, en la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y en la Ley N° 17.520 de Concesión de Obras Públicas. Sin lugar a duda, este hecho posibilita la realización de contratos innovadores que puedan o no incluir previsiones propias del régimen general de la obra pública.