



**SOBRE EL REGIMEN DE CONTRATACIÓN  
Y PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA  
(SEGUNDA ENTREGA)**

---

**PRIVILEGIANDO LOS INTERESES PRIVADOS Y  
OLVIDANDO EL INTERES PÚBLICO**

**CLAUDIO LOZANO- HORACIO FERNANDEZ**

## OCTUBRE 2016

Ya enviamos en su momento el análisis de algunos artículos del proyecto aprobado por el Senado y que, desde nuestro punto de vista, privilegian el interés privado olvidando el interés público. Acercamos ahora una mirada adicional luego de haber revisado su articulado. El análisis del mismo, que actualmente se encuentra en discusión en Diputados, es a todas luces, alarmante ya que está claramente direccionado a generar una fenomenal apertura al capital privado de actividades, regulaciones y servicios hoy en manos del Estado Nacional. Se pretende generar todo tipo de garantías a la inversión privada, poniendo en cabeza de la Administración la responsabilidad de otorgar excesivas garantías para facilitar el financiamiento, licuar el riesgo empresario y hasta posibles remediaciones ambientales.

La sesión de facultades y prerrogativas hoy en manos del Estado en favor del capital privado es de tal magnitud que bien puede afirmarse que la supuesta “lluvia de inversiones” se dará a continuación de un terremoto que destruya las capacidades de intervención y regulación estatal.

Desde el primer artículo queda en claro que las actividades objeto de la presente iniciativa incluyen la prestación de servicios explotación u operación, sin límite alguno a los servicios alcanzados. Eso si garantizando que el diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria “para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y su financiamiento.”

Si bien en su artículo 3º permite que empresas y sociedades del Estado en sus distintos niveles puedan participar como contratistas de iniciativas público privada siempre que sea “actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado”, está claro que no hay prioridad para las empresas y sociedades del Estado dejando de lado años de desarrollo científico tecnológico que hoy constituyen un capital social acumulado. Por otra parte del desarrollo del análisis se verá que tal igualdad de condiciones resulta imposible.

En el artículo 4º d) se establece que a fin de garantizar “la recuperación de las inversiones, el repago del financiamiento y una razonable utilidad “el plazo de los contratos puede llegar a los treinta y cinco años. Asociado a las limitaciones que se imponen a la Administración para producir la caducidad generan una indefensión inaceptable.

En el mismo artículo inciso j la contratante (órganos y entes del Sector Público Nacional) debe facilitar “el desarrollo del mercado de capitales local y al acceso al mercado de capitales internacional”. Vale preguntarse si facilitar el desarrollo del mercado de capitales locales implica acuerdos de la Banca Pública con sectores financieros y especulativos privados inclusive internacionales para ofrecer productos especulativos. ¿Se busca abrir la participación de determinados fondos en asociación con el FGS?

En el artículo 5° se establece claramente que la contratante deberá “promover las medidas de prevención, mitigación, sanción, o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasione al ambiente...” Redacción laxa y confusa que bien puede poner en cabeza del Estado la responsabilidad medioambiental, o bien ya se sabe de antemano que las áreas sujetas a esta participación (fracking, megaminería) impondrán estas compensaciones.

Aún en el caso en que el Estado tenga alguna participación como contratista, su participación deberá alentar y ser compatible con la participación del sector privado en sociedades que se creen ad hoc para este tipo de participación. Es decir si compitiendo en la supuesta igualdad de condiciones de la que antes hablamos resulta ser el contratista más apto, igual debe abrir la puerta a aquellos a los que desplazó. Artículo 8.

En cuanto a las garantías que debe brindar el contrato a suscribir el artículo 9 es por demás claro:

Inciso b) “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 el costo de su financiamiento** considerando, entre otros, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” Una redacción que parecería pretender eliminar todo tipo de riesgo empresario

Pero aún mas, según el inciso j la contratante podrá efectuar aportes de dinero, cesión de fondos obtenidos en operaciones de crédito público (tomar deuda para financiar una iniciativa público privada), créditos fiscales, ..., cesión de derechos, en la constitución de derechos de superficie sobre bienes públicos o privados, otorgamiento de avales, beneficios tributarios ... cesión de derechos de uso y/o explotación de bienes del dominio público o privado y cualquier otra concesión u otros aportes susceptibles de ser realizado por el Estado nacional” **Lisa y llanamente entrega total.**

Creemos no exagerar que la totalidad de los incisos del artículo citado precedentemente son realmente vergonzosos, dado que los incisos llegan hasta la letra x (hace falta escribir mucho para entregar todo) solo mencionaremos algunos en forma resumida. En el inciso n) por ejemplo se dice que en caso de que el contratista no obtenga el financiamiento el Estado debe colaborar para que obtenga el mismo. Es decir los avales y garantías pueden correr por parte de la contratante. En el p) hace mas dificultosa la aplicación de causales de extinción del contrato, someténdola además a decisión de un tribunal competente, pero en el x las partes pueden someterse a un arbitro e incluso optar por arbitraje con prórroga de jurisdicción (CIADI, tribunales extranjeros).

En el caso de subcontratación la contratista solo se ve orientada a buscar “preferentemente” empresas nacionales y/o PYMES (inciso U). La debilidad de esta orientación habla por si sola.

Vale aclarar que caen en responsabilidad de la contratante los estudios de factibilidad y de impacto ambiental. Pero aún así abre a que interesados precalificados en un “proceso transparente de consulta” puedan asesorar a la contratante en base a sus mayores conocimientos técnicos y que permitan definir la solución más conveniente al interés público. (Art. 13 y 14). La aplicación conjunta de ambos artículos puede llevar directamente a que un “interesado preclasificado” defina los estudios ambientales y de

factibilidad que desde ya *lo hará orientado no por la mejor defensa del interés público sino de sus particulares intereses!*

Podría seguirse en un análisis de cada uno de los artículos que forman parte de este proyecto, alguno de ellos que merecerían un pormenorizado estudio jurídico pero a los efectos de esta síntesis puede decirse que los títulos de los capítulos siguientes no hacen mas que abonar con creces la tónica descripta hasta ahora. En efecto el capítulo IV, sobre Regulación y Ejecución del contrato y el V sobre incompatibilidades para contratar son por demás laxos en favor de la contratista. Si vale mencionar que se inserta un capítulo el VI titulado pomposamente Anticorrupción, en el que se prometen rechazos de ofertas a quienes ofrezcan dádivas a funcionarios con conductas venales. Realmente resulta risueño cuando el proyecto en cuestión es un regalo con moñito al sector privado.

Si deja muy en claro el capítulo VII referido a la solución de controversias la cesión de facultades del Estado.

Un último párrafo merecen las disposiciones del capítulo IX que bajo el título de Disposiciones generales decreta la no aplicación directa supletoria o analógica del cuerpo legal en vigencia y que hoy se pretende avasallar con este proyecto. Entre ellas La Ley de Obras Públicas, La Ley de construcción de rutas por peaje, El Régimen de Contrataciones del Estado, Artículo 765 del Código civil y Comercial de la Nación. Artículos de la Ley de Convertibilidad hoy vigentes (indexación de contratos). Puntos estos que desarrolláramos en nuestra primera entrega sobre este particular régimen de contratación público- privado.