

## **APUNTES SOBRE LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 27.328 DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA PRIVADA (DECRETO N° 118/2017).**

- Se aprueba la reglamentación como anexo I del Decreto (Dec., art. 1°).
- Se crea, en el ámbito del MINISTERIO DE FINANZAS, la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA (Dec., art. 2°).
- Los proyectos PPP quedan excluidos de la limitación establecida en el artículo 31 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 (límites en las participaciones en sociedades) (Dec., art. 4).
- Se declaran de interés nacional todos los proyectos que se desarrollen en el marco de las disposiciones de la Ley (Dec., art. 5°).
- Se invita a las jurisdicciones que adhieran al régimen de la Ley N° 27.328 a eximir del impuesto de sellos a todos los contratos y subcontratos que sean necesarios para instrumentar los proyectos (Dec., art. 6°).
- Se deroga el Decreto N° 967/2005, de Asociación Público Privada (Dec., art. 7°).

### **ANEXO: REGLAMENTACIÓN**

#### **Título Preliminar, Definiciones:**

- "Empresa Ejecutante": es la empresa, sociedad, consorcio o unión transitoria de empresas que, en los términos que contemple el Pliego, toma a su cargo la ejecución física del Proyecto, o de una etapa del mismo, con carácter de contratista principal, suscribiendo el respectivo contrato con el Contratista PPP (punto 5).
- "Empresa Nacional": es toda empresa, cualquiera sea su estructura jurídica, que cumpla con los siguientes requisitos: (i) estar registrada y con actuación efectiva en el territorio nacional y (ii) contar con la mayoría de los miembros del órgano de administración con domicilio en el país; todo ello en los términos y condiciones que establezca el Pliego (punto

**Mentor**  
Esteban Ymaz †

**Estudio Ymaz Abogados S.R.L.**

Mariscal Ramón Castilla 2971 - C1425DZE - Buenos Aires - República Argentina - Tel.: (54-11) 4803 3663 (Lin. Rot) - Fax: (54-11) 4803 3660  
E-mail: estudio@estudioymaz.com.ar - www.estudioymaz.com.ar

*El Sistema de Gestión de Calidad de Estudio Ymaz Abogados ha sido certificado cumpliendo todos los requisitos de la Norma ISO 9001:2008, con el siguiente alcance: "Diseño de Soluciones Jurídicas. Asesoramiento y Litigios en Derecho Administrativo, Derecho Empresarial, Protección de Inversiones Extranjeras y materias conexas, incluyendo liderazgo de equipos de trabajo. Intervención y seguimiento de contrataciones complejas. Recurso Extraordinario. Arbitrajes".*





5).

- "Entidad Financiadora": es cualquier persona que otorgue financiamiento al Contratista PPP o en relación con el Proyecto, sea que tal persona actúe por sí misma o a través de agentes, fiduciarios o representantes, incluyendo sin limitación: (a) cualquier agencia de crédito y cualquier fondo o patrimonio administrado por una agencia multilateral de crédito; (b) cualquier ente u órgano gubernamental de la República Argentina, sus provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, -o de los municipios; (c) cualquier entidad financiera autorizada a operar en la República Argentina por la autoridad competente o en su jurisdicción de organización por el ente regulatorio competente de tal jurisdicción; (d) cualquier inversor institucional, compañía de seguros, fondo común de inversión o fondo de inversión; (e) cualquier persona que adquiera cualquier tipo de valor negociable de deuda emitido por el Contratista PPP; y (f) cualquier persona que adquiera cualquier tipo de valor negociable emitido por un fideicomiso, fondo común de inversión, fondo de inversión, vehículo o persona que haya adquirido derechos derivados del Contrato PPP o que resulte cesionario o beneficiario de los mismos y en la medida en que los fondos resultantes de la colocación o suscripción de dicho valor negociable sean utilizados para financiar el Proyecto (punto 5).

## **Capítulo I: de los Contratos de Participación Público Privada**

- No podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley 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 Tesoro Nacional (art. 1°).
- Cuando un ente del Sector Público Nacional actúe como Contratista PPP o participe en el Contratista PPP, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el Contrato PPP a través de una Licitación. En tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás Oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna (art. 3°).
- Previo al llamado a Licitación se deberá contar con las autorizaciones ambientales que correspondan a esa etapa del desarrollo del Proyecto (art. 5°, inc. b).
- El MINISTERIO DE HACIENDA deberá expedirse sobre cada Proyecto, y con carácter previo a la emisión del dictamen previsto en el artículo 13 de la Ley, con respecto a los siguientes aspectos: (i) la razonabili-



dad de la utilización de los recursos públicos y (ii) los términos y condiciones del Contrato PPP en sus aspectos económicos y financieros en lo atinente a la asunción de riesgos y obligaciones por parte del Sector Público Nacional. También deberá informar el impacto fiscal. En igual oportunidad 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 (art. 5°, inc. d).

- A los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley, cuando se constituya un fideicomiso como instrumento de financiamiento de un Proyecto, éste deberá constituirse como fideicomiso financiero en los términos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación. Para los restantes supuestos, podrán constituirse toda clase de fideicomisos admitidos por la normativa aplicable en los términos del primer párrafo del artículo 7° de la Ley (art. 7°).
- Empresa Ejecutante. El Contratista PPP y la Empresa Ejecutante serán solidariamente responsables frente al Ente Contratante por todas las obligaciones que hubiese asumido la Empresa Ejecutante. La oferta presentada por el Contratista PPP en la Licitación deberá identificar a la Empresa Ejecutante (art. 9°, ap. 2, incs. b y c).
- Subcontratación. La referencia a empresas nacionales y a pequeñas y medianas empresas locales efectuada en el inciso u) del artículo 9° de la Ley, debe entenderse referida a Empresa Nacional y PyME tal como son definidas en el presente Reglamento (art. 9°, ap. 3).
- Recepción. A partir de la recepción provisoria de la obra el Contratista PPP tendrá derecho a percibir la Contraprestación correspondiente a esa etapa. En los casos en que se admitan recepciones parciales por tramos o módulos funcionales, el Contratista PPP tendrá derecho a percibir la Contraprestación correspondiente a dicho tramo o módulo en las condiciones que contemple el Contrato PPP (art. 9°, ap. 5).
- Contraprestación. a) La Contraprestación podrá ser pactada en dinero o en otros bienes. b) El Contrato PPP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la Contraprestación por variaciones de costos incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos no financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, éstos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el



Pliego o en el Contrato PPP (art. 9°, ap. 6°).

- **Preservación de la Ecuación Económico-Financiera.** El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP (art. 9°, ap. 7).
- **Variaciones al Contrato PPP.** A los efectos de lo establecido en el artículo 9° inciso i) de la Ley, las alteraciones que sean consecuencia de las variaciones al Contrato PPP que el Ente Contratante se encuentra facultado para establecer unilateralmente solo en lo referente a la ejecución del Proyecto, deberán ser compensadas al Contratista PPP mediante la modificación de algún factor del régimen económico del Contrato PPP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a CERO (0), todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto (art. 9°, ap. 8).
- **Financiamiento.** A los fines de estructurar el financiamiento del Proyecto, el Contratista PPP podrá contratar préstamos, emitir títulos de deuda con o sin oferta pública, constituir fideicomisos, financieros o no, que emitan títulos de deuda o certificados de participación, crear fondos comunes de inversión y/o cualquier otra estructura financiera susceptible de ser garantizada a través de la cesión de los Contratos PPP y/o de los derechos de crédito emergentes del Contrato PPP y sus correspondientes garantías. En particular, el Contratista PPP podrá financiarse cediendo en garantía a las Entidades Financiadoras el Contrato PPP y, en su caso, sus garantías. Tal cesión en garantía no estará sujeta a los requisitos previstos por el inciso t) segundo y tercer párrafo del artículo 9° de la Ley, pero para que pueda ejecutarse tal garantía deberá previamente cumplirse con esos requisitos. La cesión de los derechos creditorios emergentes del Contrato PPP deberá ser notificada al Ente Contratante en los términos del artículo 1620 del Código Civil y Comercial de la Nación. Las cesiones previstas en este inciso podrán ha-



cerse en garantía o en pago total o parcial. En el supuesto de que el Proyecto sea solventado total o parcialmente por el flujo de la Contraprestación por Uso, el requisito exigido por el artículo 1620 del Código Civil y Comercial de la Nación para hacer oponible a terceros la cesión del derecho al cobro de las prestaciones a cargo de tales usuarios, se considerará cumplido con la publicación de la cesión por el término de TRES (3) días en el Boletín Oficial y en su caso también en un diario de la jurisdicción de emplazamiento del Proyecto, sin ser necesario notificarla por acto público individual a los deudores cedidos. Dicha cesión deberá ser, en todos los casos, comunicada al Ente Contratante, que -en su caso- preverá la notificación a los usuarios para el supuesto de modificarse el domicilio de pago al que ellos están obligados (art. 9°, ap. 9).

- Derechos de superficie. Los derechos de superficie que se constituyan sobre bienes del dominio público y/o privado según se prevé en el inciso g) del artículo 9° de la Ley seguirán la suerte del Contrato PPP al cual han sido afectados. Sólo podrán ser extinguidos - bajo cualquier título jurídico y sin el consentimiento del Contratista PPP - como consecuencia de la extinción del respectivo Contrato PPP y con los efectos previstos para tal supuesto en la Ley, el Reglamento, el Pliego y el Contrato PPP (art. 9°, ap. 10).
- Sanciones. En el análisis de los incumplimientos, el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento, ni tampoco podrá multiplicar las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho. Una vez dispuesta la sanción, la misma deberá ser notificada al Contratista PPP y éste podrá impugnar la misma por la vía que se haya acordado en el Pliego o en el Contrato PPP. El Pliego establecerá los supuestos en los cuales la impugnación tendrá efecto suspensivo, así como el destino de las sanciones de índole pecuniaria (art. 9°, ap. 11).
- Extinción por razones de interés público. La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del PODER EJECUTIVO NACIONAL (art. 9°, ap. 12).
- Panel Técnico. Estará integrado por cinco (5) miembros. Los integrantes del Panel Técnico serán seleccionados por las Partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en el listado de profesionales habilitados que a tal efecto llevará la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA. Los gastos que insuma el funcionamiento del Panel Técnico, incluyendo los honorarios de sus miembros, serán sol-



ventados en partes iguales por las Partes. Salvo previsión en contrario en el Pliego o en el Contrato PPP, podrán someterse a la resolución del Panel Técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del Contrato PPP, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al Contratista PPP y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato PPP. El Panel Técnico se expedirá sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones. Las recomendaciones sólo serán obligatorias para las Partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo que se prevea al efecto en el Pliego o en el Contrato PPP. Si el Panel Técnico no se expidiese sobre la controversia dentro del plazo fijado en el Pliego o en el Contrato PPP, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el Pliego o en el Contrato PPP (y sin perjuicio de los plazos de prescripción): (i) al Tribunal Judicial competente, o (ii) en caso de haberse previsto arbitraje, al Tribunal Arbitral. En caso de no constituirse un Panel Técnico ni haberse pactado Arbitraje, resultarán aplicables las vías de impugnación previstas en la Ley N° 19.549 y su reglamentación, de corresponder y en los términos allí previstos. A su vez, en caso de no haberse constituido un Panel Técnico y haberse pactado Arbitraje, las vías de impugnación previstas en la Ley N° 19.549 y su reglamentación serán opcionales para el Contratista PPP, de corresponder y en los términos allí previstos. En este supuesto, cualquier controversia podrá ser sometida directamente al Tribunal Arbitral, importando tal sometimiento el desistimiento de las impugnaciones administrativas que hubiese optado por deducir el Contratista PPP, pero sin que ello implique reconocimiento alguno o pérdida de derechos para éste. (art. 9°, ap. 13, incs. a a r).

## **Capítulo II: De los procedimientos de selección:**

- Se establece la obligación de la licitación pública o concurso público. No procede la adjudicación directa. Estos pueden ser de etapa única o múltiple, nacionales o internacionales. Respecto de estas últimas se establece: En las licitaciones o concursos nacionales sólo se podrán presentar como Oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto. En las licitaciones o concursos internacionales se podrán presentar como Oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto, así



como también quienes tengan la sede principal de sus negocios en el extranjero y no tengan sucursal debidamente registrada en el país. (art. 12, aps. 2 y 3).

- La regulación del proceso es detallado, pero sin mayores aspectos a destacar. Sin embargo, una norma novedosa, es la siguiente: Cuando el desarrollo del Proyecto dependa de aspectos naturales no conocidos, el Pliego podrá prever que todos los preseleccionados en una Licitación de etapa múltiple tomen a su cargo, dividiéndolo entre ellos, el costo de los estudios necesarios para precisar dichos aspectos, hasta un monto máximo determinado (art. 12, ap. 6).
- Exigencias, preferencias y ventajas comparativas. A los efectos de las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas por los artículos 12 y 15 de la Ley para los bienes, servicios y Empresas Nacionales, se aplicarán las siguientes reglas: a) El Pliego podrá establecer requisitos razonables de antigüedad en lo referido a la actuación efectiva en el país para reconocer carácter nacional a las empresas que participan en la Licitación respectiva. b) Las excepciones o limitaciones a las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas en los artículos 12 y 15 de la Ley deberán ser previstas en el Pliego y deberán ser aprobadas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, previa intervención del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN y de la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA. A los efectos del artículo 12 de la Ley se entenderá: (i) por "componente nacional", en lo que respecta a bienes, aquellos bienes que revistan carácter nacional según el artículo 2° de la Ley N° 25.551; y en lo que respecta a servicios aquellos provistos por Empresas Nacionales; (ii) y por "desagregación tecnológica" al mayor grado posible y eficiente de fraccionamiento del bien, obra y/o servicio a contratar, en base a criterios de orden técnico, temporal y económico que no impidan su concreción, con el fin de facilitar la máxima participación de la industria nacional en su provisión, así como en la de partes, piezas o subconjuntos que la misma pueda proveer. c) Cuando el Pliego prevea que el Contratista PPP pueda contratar a una Empresa Ejecutante, las exigencias, preferencias y ventajas comparativas que prevén los artículos 12 y 15 de la Ley, así como las reglas del presente inciso 41, se aplicarán al Contratista PPP y/o a la Empresa Ejecutante según lo disponga el Pliego. d) Las ventajas comparativas contempladas en el artículo 15 de la Ley a favor de Empresas Nacionales y las PyMES serán establecidas en el Pliego y tendrán como requisito, al menos, que las ofertas presentadas por éstas sean de calidad equivalente a las presentadas por aquel Oferente que, no revistiendo tal calidad, hubiese presentado la oferta más conveniente. A los



efectos de gozar de tales ventajas comparativas, en los casos en las que las Empresas Nacionales y/o las PyMES formen consorcio o cualquier otra forma asociativa con otras empresas que no revistan tal calidad, las Empresas Nacionales y las PyMES deberán poseer en dicho consorcio o forma asociativa una participación no inferior al TREINTA POR CIENTO (30%) (art. 12, ap. 41, incs. a a d).

#### **Capítulo IV: Regulación y control de la ejecución del contrato:**

- En función de la naturaleza y características del Proyecto, la Autoridad Convocante, previa intervención de la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA, podrá contemplar que en el Pliego se acuda a la figura del Auditor Técnico a los fines del control de la ejecución del Proyecto. El Pliego y el Contrato PPP establecerán quién tendrá a cargo el pago del honorario del Auditor Técnico. Sin perjuicio de las facultades del Auditor Técnico, el Ente Contratante estará facultado para realizar, a su costo y por medio de sus propios funcionarios o por un tercero idóneo por él designado, el seguimiento del Proyecto (art. 21).

#### **Capítulo VI: Anticorrupción:**

- Deberá rechazarse la oferta cuando el oferente se encuentre incluido en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a raíz de conductas o prácticas de corrupción, o bien cuando se trate de personas condenadas, con sentencia firme recaída en el país y/o en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (art. 24).

#### **Capítulo VII: Solución de controversias:**

- A los efectos de lo establecido en el primer párrafo del artículo 25 de la Ley, se observarán las siguientes reglas: En el Pliego y en el Contrato PPP podrá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia. En tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje. El Tribunal Arbitral estará integrado por UNO (1) o TRES (3) árbitros de derecho. En el supuesto en que el Tribunal Arbitral esté integrado por UN (1) árbitro, el mismo será designado por acuerdo entre las Partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se pre-





vea en el Pliego o en el Contrato PPP. En el caso restante, los árbitros serán designados, UNO (1), a propuesta del Ente Contratante, UNO (1) a propuesta del Contratista PPP y UNO (1) que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. El Pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las Partes o de cualquier accionista que tenga más del DIEZ POR CIENTO (10%) de las acciones del Contratista PPP. En el Contrato PPP las Partes deberán reconocer: (i) que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones, y (ii) que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. En caso de optarse por arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL. Dicha aprobación deberá ser comunicada por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN (art. 25, aps. 1 a 4).

Bs. As., 20 de febrero de 2017