

**Voces:** ADMINISTRACION PUBLICA ~ POLITICAS PUBLICAS ~ SERVICIO PUBLICO ~ OBRA PUBLICA

**Título:** Desarrollo de la infraestructura nacional: tres desafíos legales

**Autor:** Ymaz Cossio, Esteban R.

**Publicado en:** LA LEY 01/02/2016, 01/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1245

**Cita Online:** AR/DOC/111/2016

El imprescindible desarrollo de la infraestructura del país, requiere superar distintos desafíos legales.

Nos referimos aquí a tres de ellos que se han evidenciado en la práctica de los últimos años, en tres ámbitos distintos pero unidos por su importancia para el tema.

#### **Primer Desafío. Obras Públicas, demoras y conflictos:**

Por tres causas:

1) Demoras en los pagos de las obras:

\* En algunas reparticiones, como la Dirección Nacional de Vialidad, con moras promedio en los pagos de 7 a 8 meses, y que pueden llegar al año, por falta de recursos con qué atender los avances de obra devengados presupuestariamente.

\* Que producen el problema legal de la disputa para justificar el atraso en los cronogramas de las obras, en contratos donde por el interés público en juego no se aplica la excepción de incumplimiento contractual.

\* Y el del cobro de intereses por la mora, que suele concluir en su judicialización, por falta de partida presupuestaria con la que atenderlos administrativamente.

\* Estos conflictos tienen solución con un sinceramiento para el futuro de los recursos realmente disponibles para las obras, y en la búsqueda de facilidades acordadas o de medios de pago (bonos u otros) para el pasado, con la autorización legal correspondiente.

2) Insuficiencia en las partidas presupuestarias para devengar presupuestariamente los avances de obra previstos según los contratos. Es un paso previo al pago. En ocasiones, esta insuficiencia demora a veces en años la ejecución de los contratos, por instrucciones escritas o verbales de las reparticiones a sus contratistas, y nuevamente abre el tema legal de los incumplimientos de los cronogramas de obra, recurriéndose a veces a la figura no reglada de "neutralización del contrato", pero siempre con la falta de satisfacción en término del interés público al que responden las obras. Tiene solución en un sinceramiento presupuestario, y en una adecuación a ese sinceramiento de las obras contratadas y a contratar, eventualmente con uso de las facultades exorbitantes de la Administración a los contratos ya celebrados.

3) Insuficiencia de las redeterminaciones de precios, que deberían mantener la equivalencia del valor de los precios de oferta durante toda la ejecución de los contratos de obra, por cuatro causas:

\* Reglamentación que remite a precios o índices irrepresentativos para los ajustes, con la generación de planteos para que se modifiquen.

\* Inexistencia de plazos expresos en la reglamentación para la emisión de los certificados de redeterminaciones de precios y de adecuaciones provisionales, con demoras prolongadas en emitirlos, en ocasiones de años, con una privación de estos recursos que puede también afectar la marcha de las obras, y sin reconocimiento de intereses por esas demoras, con el ya visto problema de judicialización del tema.

\* "Gatillo" (variación del factor de referencia para que se produzca la redeterminación) reglamentario muy elevado (10%), con pérdida de las variaciones de precios ocurridas en el ínterin porque la redeterminación se aplica a futuro.

\* Congelamiento reglamentario del 10% del precio que no se redetermina, por considerarlo beneficio, con lo que la rentabilidad y el interés de ejecutar la obra se licúa cuando sus contratos se extienden en el tiempo, y dan motivo a toda clase de planteos legales.

\* La solución definitiva de estas cuatro causas requiere un cambio de la reglamentación, que está básicamente establecida en el decreto 1295/2002, que es un decreto mixto de necesidad y urgencia, y reglamentario. Con lo que estas modificaciones podrían disponerse por un decreto reglamentario, porque se refieren a la parte reglamentaria del decreto 1295/2002, facilitando el tema y eliminando el costo institucional de un decreto de necesidad y urgencia.

#### **Segundo Desafío. Asociaciones Público Privadas (APP ó PPP en la terminología internacional), falta de implementación:**

Existen dos reglamentaciones de las APP, la del decreto 1299/2000, modificado por el decreto 601/2001 y ratificado por la Ley 25.414, art. 8º, que regula algunos casos de APP contractuales para la ejecución de obras (obras totalmente financiadas, leasing), y la del decreto 967/2005 que regula las APP institucionales (sociedades, fideicomisos) para todo tipo de contratos públicos.

La aplicación de los dos regímenes está bloqueada.

El de las APP contractuales para ejecutar obras, por falta de interés de los contratistas habituales con el régimen, y de las entidades financieras por las cortapisas de su garantía. Se puede solucionar en la primera parte, reemplazándolo por previsiones contractuales más adecuadas. Y en la segunda, por la afirmación del crédito del país.

Y el de las APP institucionales, por dos obstáculos legales. El requisito de que se necesitaría ley que las autorice (ley 25.152, art.5, inc. a), y el de que en el régimen general de iniciativa privada (decreto 966/2005), no se prevé expresamente la iniciativa privada para iniciar el trámite de una APP.

La dificultad puede solucionarse para una APP institucional para llevar a cabo una concesión, considerando que la Ley de Concesión de Obra Pública N° 17.520 (que se aplica por extensión a la concesión de servicios) ya otorga aquella autorización legal en su art. 5°, y que el régimen de iniciativa privada (que incluye a las concesiones), se puede aplicar extensivamente a la participación privada en la APP, siempre que se cumpla con el requisito de ese régimen, de que el fondeo de esa participación sea totalmente privado.

### **Tercer Desafío. Concesiones de Servicios Públicos, falta de regulación legal:**

No existe un régimen legal específico para las concesiones de servicios públicos, que son otro caso de APP contractual.

Se les aplican supletoriamente las normas de la Ley de Concesión de Obras Públicas N° 17.520, algunas normas de la Ley de Emergencia Administrativa N° 23.696 y su reglamentación, y el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional del decreto 1023/2001.

Estas normas son manifiestamente insuficientes desde el punto de vista legal, tanto para la concesión de servicio público, como para la de obra pública cuando es mixta, esto es, de servicio y de obra, como son prácticamente todas.

Lo que ha dejado grandes temas sin reglamentación legal en las concesiones, y librados a muy variables criterios administrativos. Con resultados más que inciertos, con una gran pérdida de previsibilidad de las concesiones que las han convertido en negocios que no interesa emprender en el país, y con pérdida incluso del propio sentido de las concesiones, porque la retribución por los usuarios de los concesionarios queda reducida a un mínimo verdaderamente insignificante que, en algunos casos, ni siquiera alcanza a cubrir el costo de la recaudación de la tarifa o peaje.

La solución es dictar una ley especial que regule la materia.

En su momento, una comisión del Ministerio de Justicia proyectó esta ley, con amplio consenso de todos los sectores y representantes, académicos, profesionales, de los usuarios y de las empresas, vinculados con el tema, proyecto que tuvo comienzo de trámite parlamentario (resolución MJ 42/97, Trámite Parlamentario N° 45/99, Boletín de la Cámara de Diputados del 03/05/99, p. 2686). Podría aprovecharse este antecedente como base de un nuevo proyecto a presentar.