



Proyecto de Ley de Participación Público-Privada para la realización de obras de infraestructura y prestación de servicios conexos

En noviembre de 2010, el Poder Ejecutivo presentó al Parlamento este Proyecto de ley que consagra algunas disposiciones referidas a la participación público-privada en obras de infraestructura y servicios conexos.

La normativa propuesta, persigue como objetivo potenciar las experiencias existentes en esta materia.

UniónCapital apoya este tipo de iniciativas puesto que sistematizan y simplifican las distintas modalidades de participación del sector privado como realizador de obras de infraestructura y servicios y permiten ampliar la gama de posibles inversiones y por tanto, diversificar el portafolio del Fondo de Ahorro Previsional. No hay que olvidar que casi el 90% de estos fondos de los trabajadores está invertido en renta fija y la gran mayoría, en deuda soberana nacional. Este tipo de inversiones diversifica el riesgo y mejora la relación retorno-riesgo para los afiliados.

La evidencia empírica es clara en demostrar que existe un nexo entre la inversión en infraestructura y el crecimiento y el desarrollo económico. Por tanto, está asociada positivamente con la creación de empleos genuinos así como con el bienestar de la población en general. Asimismo, es innegable que para obtener tasas de crecimiento del Producto por encima del potencial que hemos tenido en estos últimos siete años, tiene mucho sentido avanzar en esta normativa.

En la región, esto no es algo nuevo: los fondos de pensiones participan muy activamente en inversiones en infraestructura. Quien tiene más experiencia es Chile, que ya nos lleva unos cuantos años de ventaja, pero también están los casos de Colombia y Perú, que se han puesto al día con este tipo de normativa.

Esta evidencia también nos señala que en los comienzos, el principal obstáculo ha sido el marco jurídico. O sea que todos los esfuerzos y el tiempo destinado a mejorar el marco jurídico —o sea esta ley- van a ser muy valorados por los inversores institucionales locales. Además, en la medida en que el marco jurídico sea el adecuado, habrá inversores extranjeros participando en este tipo de inversiones.

Los Fondos de Ahorro Previsional suman ya 6.700 millones de dólares, es decir, más del 15% del Producto Bruto Interno del país.

De acuerdo a la Ley 18.673, se podrá invertir en Infraestructura y otros emprendimientos productivos, hasta un 50% de ese total.

Actualmente, la participación de este tipo de inversiones en el total del Fondo de Ahorro Previsional es de menos del 6%

Y esto ha ocurrido básicamente por la ausencia de proyectos presentados. De allí la importancia de tener un marco legal adecuado, que no desestime la participación de cada agente.

Para que un cuerpo normativo como el propuesto funcione adecuadamente, es fundamental que se equilibren los riesgos de los participantes, acotando el de cada uno a su ámbito natural de acción:

- El Estado (Administración): Estableciendo reglas de juego claras y comprometiéndose con su cumplimiento.
- El privado ejecutor de la obra o de la prestación del servicio (Contratista): ejecutando la misma en tiempo y forma, de acuerdo a lo que se comprometió en el contrato de que se trate.
- El financiador (Inversor): facilitando los recursos de acuerdo a lo que se estipule en el instrumento o contrato que se establezca.

De lo contrario, si se descuidan estos equilibrios, ocurrirá como con tantas leyes en el país, que están formalmente muy correctas, pero que tienen escasa aplicación práctica.

Para que exista mercado, deben existir negocios duraderos y cada actor tiene que tener los adecuados resguardos para asumir los riesgos que naturalmente puede asumir, pero no otros imputables a otros actores.

Es por ello que en este primer análisis, apuntamos a posibles mejoras del proyecto de ley con el objetivo de que no se disuada la participación de las empresas en los proyectos de infraestructura y servicios conexos, ni la participación de los inversores en la financiación de estos proyectos¹.

Es cierto que los contratos específicos a celebrarse entre la Administración y los Contratistas y entre éstos y los Inversores, salvarán muchos de estos aspectos a mejorar del proyecto. Sin embargo, su solución en la norma aportaría a la certeza jurídica y por tanto, a la facilitación de los negocios.

Aspectos a mejorar del Proyecto de Ley de Participación Público-Privada para la realización de obras de infraestructura y prestación de servicios conexos:

- En varias partes del Proyecto se prevé que la Administración podrá modificar el Contrato PPP o incluso resolverlo en condiciones que se incluirán en los documentos. Este tipo de autorizaciones genéricas desestimulan la participación de los privados en los negocios. Cabe destacar que este comentario también fue realizado por el Dr. Delpiazzo y el Dr. Cajarville el 22 de diciembre en oportunidad de sus respectivas presentaciones en el Parlamento.
- Se prevé la posibilidad de que la ejecución de las garantías sea prácticamente automática (inmediata). Debería preverse un mecanismo que asegure un debido proceso previo a favor de la contraparte. En este sentido, se podría utilizar la

¹ En base a informe de Guyer&Regules elaborado para UniónCapital, - 22 de setiembre de 2010

solución prevista en el Artículo. 55 del Proyecto, que prevé el arbitraje para la solución de diferencias.

- No existen lineamientos acerca de cómo se determinarán los montos que el contratista podrá cobrar a los usuarios. No se pretende con esto fijar los precios en la ley, pero sí establecer las bases sobre su determinación y asegurar el mantenimiento de las reglas de juego. De lo contrario, la incertidumbre del negocio sería mayor y nuevamente, de desestimularía la participación de las empresas.
- El Artículo 8 impone a la Administración designar una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. Sería conveniente disponer que uno de los tres integrantes sea representante del sector privado o de las cámaras empresariales correspondientes, de acuerdo al giro del proyecto (Agro o Industria o Comercio y Servicios).
- En cuanto a la transferencia de riesgos, surge del Artículo 18 que el Ministerio de Economía determinará si se transfieren al Contratista la mayor parte del riesgo de demanda del servicio. En esos casos, entendemos que la Administración debería asumir, al menos, el compromiso de no cambiar las condiciones en el que el mismo se hubiese implementado, cuando éstas pudieran afectar la demanda del servicio. En igual sentido, en el Artículo 50 se dispone que “cuando se altere sustancialmente el escenario de negocios previsto al momento de la celebración” la Administración podrá solicitar la nivelación de la ecuación económico-financiera a su favor. Debería preverse a la empresa privada este mismo derecho cuando la alteración sea en su perjuicio.
- El artículo 46 establece la posibilidad de que la Administración asuma ante ciertos supuestos, directamente la ejecución de la obra o que la transfiera a terceros. Debería estar previsto algún mecanismo para implementar dicha transferencia y en el cual se den ciertas garantías a la empresa privada y eventualmente, indemnizaciones.
- En el Artículo 29 se establece una preferencia a favor de la Administración respecto de otros acreedores, que entendemos no resulta razonable. Este punto también fue señalado por el Dr. Delpiazzo en su presentación ante el Parlamento el 22 de diciembre.
- Sería conveniente prever la posibilidad de que el Contratista pudiera afectar, gravar, o disponer de los ingresos resultantes del Contrato PPP a los efectos de poder financiarse. Incluso debería establecerse la posibilidad de preñar la concesión. La prenda de la concesión, permitiría asegurar los flujos al inversor, aunque cambiara el Contratista.

UniónCapital AFAP

Montevideo, 7 de febrero de 2011