

Ley No. 47-20 de Alianzas Público Privadas

En respuesta a la necesidad de un marco regulatorio específico para las alianzas público privadas en la República Dominicana, y en consonancia con la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, fue promulgada en fecha 20 de febrero del año 2020, la Ley número 47-20 que regula las alianzas público privadas (en adelante, la "Ley de APP").

Sin lugar a dudas, este nuevo instrumento legal viene a llenar un vacío que existe en el contexto de la operación y gestión de proyectos de interés social que involucran concomitantemente el interés público y el interés privado. Particularmente, su objeto es establecer un marco normativo que regule el inicio, la selección y la adjudicación de las alianzas, bajo determinados mecanismos institucionales; siempre dentro un proceso competitivo claro y transparente, creando así condiciones favorables para la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y provisión de servicios públicos.

La importancia de este texto radica en que nos provee de una estructura necesaria (y muy esperada por los distintos sectores de nuestra economía) para implementar las alianzas público privadas, viabilizando la obtención de fuentes de financiamiento, lo que permitirá factiblemente continuar con el desarrollo de proyectos de interés social, a pesar de posibles y potenciales limitantes del Estado (ya fueren presupuestarias o de otra índole).

De manera específica, este texto legal define la alianza público privada como un mecanismo por el cual un agente público y uno privado (nacional o extranjero) suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo (siendo este el documento constitutivo de la alianza y cuyo término no podrá ser superior a los cuarenta años). Lo anterior, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño, conforme se establezcan en el contrato, siendo además posible su gestión y administración a través de un fideicomiso.

A partir de esta definición que establece el marco general de la nueva figura en nuestro ordenamiento jurídico, cada alianza podrá tener características particulares dependiendo de los actores, la naturaleza y, sobre todo, las necesidades puntuales del proyecto, siempre de conformidad a los criterios y parámetros previstos en la Ley de APP.

Resulta vital mencionar en esta fase introductoria de nuestro resumen que, la Ley No. 340-06 del 18 de agosto de 2006, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Concesiones y sus reglamentos (en adelante, la "Ley No. 340-06"), no serán aplicables a las alianzas público privadas. Más aun, al entraren vigencia la Ley de APP, ha quedado suprimido de esta Ley No. 340-06, toda referencia a los términos "concesión" o "concesiones". Sin embargo, respetando el principio constitucional de irretroactividad de la ley, la Ley de APP dispone que (i) aquellos proyectos que se encontrasen en ejecución al momento de su entrada en vigencia; y, (ii) las concesiones, permisos, licencias y autorizaciones de bienes o servicios otorgadas por el Estado dominicano con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley de APP; se continuarán rigiendo por el contrato que les dio origen y/o por el marco legal vigente al momento de la firma del contrato, según aplique.

Ahora abordemos determinados aspectos de la Ley de APP. En primer lugar, como novedad, cabe mencionar la creación de la Dirección General de Alianzas Público Privadas como entidad autónoma y descentralizada del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, jurisdiccional, financiera y técnica, la cual estará adscrita al Ministerio de la Presidencia. Esta será la entidad encargada de promover y regular las alianzas público privadas que se creen bajo el marco de la Ley de APP y está integrada por un órgano colegiado denominado Consejo Nacional de Alianzas Público Privadas y por un funcionario ejecutivo, que será designado por el Presidente de la República.

Igualmente, se crea el Consejo Nacional de Alianzas Público Privadas (en adelante, el "Consejo"), que estará conformado por (i) el Ministro de la Presidencia, quien lo presidirá; (ii) el Ministro de Hacienda; (iii) el Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo; (iv) Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo; (v) el Director General de Contrataciones Públicas, quien tendrá voz y voto, exclusivamente en lo que respecta al diseño y estructuración de los procesos competitivos de selección de adjudicatario especial establecido en la Ley de APP; y, (vi) el Director Ejecutivo de la Dirección General de Alianzas Público Privadas, con voz pero sin voto, y quien a su vez ejercerá la Secretaría Técnica de este Consejo.

Bajo el marco de esta nueva ley, dicho Consejo se constituye como el órgano superior de la Dirección General de Alianzas Público Privada, siendo responsable de las funciones de evaluación y determinación de la conveniencia de las alianzas público privadas que fueren presentadas. Cada Ministerio que conforma el Consejo tendrá las funciones específicas que la Ley de APP le atribuye de forma independiente en el contexto de las alianzas público privadas.

Si bien la Ley de APP como tal se encuentra vigente desde su promulgación y publicación, esta prevé un plazo de doce (12) meses a partir de la fecha de su entrada en vigencia para la creación y puesta en funcionamiento de la Dirección General de Alianzas Público Privadas; entendiéndose que el Ministerio de la Presidencia tendrá a cargo las funciones de la referida Dirección hasta tanto sea formalmente creada.

En otro orden de ideas, otro aspecto relevante para los fines del presente resumen ejecutivo, es entender cuáles entidades deben adherirse y observar las disposiciones de la Ley de APP. A continuación son citadas dichas entidades públicas; quedando expresamente excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, los permisos, licencias, autorizaciones y las denominadas concesiones establecidas en leyes sectoriales, cuando no se ajusten a la definición de alianza público privada antes citada.

A saber:

- Las entidades que conforman la Administración Pública, que dependen del Poder Ejecutivo;
- Las instituciones descentralizadas y autónomas no financieras;
- Las instituciones de la seguridad social;
- Las empresas o agentes del sector público no financieros que contraten a agentes privados, bajo la modalidad de alianzas público privadas; y,
- Los ayuntamientos.

Por otro lado, con relación a las novedades importantes, destacamos que la Ley de APP establece dos (2) tipos de alianza público privada: (i) de iniciativa pública, las cuales se originan en agentes públicos (es decir, surgen como una iniciativa del Estado); o, (ii) de iniciativa privada, para aquellos casos en los que la propuesta inicial de la alianza sea originada por un agente privado.

En cuanto al procedimiento para la presentación y selección de las alianzas público privadas por iniciativa pública, este consta de cinco (5) fases detalladas por la ley: (i) presentación de la iniciativa por parte del agente público (entidad del Estado que tenga intención de contratara un agente privado); (ii) evaluación de la iniciativa por parte del Consejo; (iii) declaración de interés público por parte del Consejo; (iv) proceso competitivo de selección de adjudicatario; y, (v) adjudicación del contrato de alianza público privada; fase que finaliza con la suscripción del contrato de la alianza público privada que se trate entre el adjudicatario y el agente público que generó la iniciativa, es decir, la autoridad contratante.

Por su parte, el procedimiento para la presentación y selección de las alianzas público privadas por iniciativa privada está compuesto de seis (6) fases: (i) presentación de la iniciativa por parte del agente privado; (ii) evaluación de la iniciativa por parte del Consejo en coordinación con la autoridad pública que le compete el objeto de la alianza público privada propuesta por el agente privado; (iii) declaración de interés público por parte del Consejo, en la cual el Consejo posee la prerrogativa de determinar si el proyecto propuesto continuaría bajo la modalidad de iniciativa privada o se convierte a iniciativa pública (dependiendo de lo que resulte más favorable para el interés público); (iv) manifestación pública de interés, que procederá si el Consejo determina que la iniciativa continuará como privada, y cuya manifestación serviría a su vez para convocar a otros agentes privados a participar en el proceso competitivo de selección de adjudicatario; (v) en caso de que exista al menos un agente privado distinto al originador privado de la propuesta que haya respondido a la convocatoria y habilitado como oferente, procederá realizar un proceso competitivo de selección de adjudicatario; y, (vi) adjudicación del contrato de alianza público privada, la cual termina con la suscripción del contrato de la alianza público privada que se trate entre el adjudicatario y el agente público.

De conformidad a nuestra Constitución, en los casos en que la constitución de una alianza público privada (o la modificación del contrato que dio origen a la alianza) conlleve, ya sea firme o contingente, la enajenación de bienes del Estado, la afectación de rentas nacionales, la realización de operaciones de crédito público o cuando implique exenciones de impuestos, el contrato correspondiente deberá ser aprobado por el Congreso Nacional.

Como aspecto importante, debemos destacar la mención y uso de la figura del fideicomiso bajo el contexto de este marco legal. Se establece que cuando una alianzas público privadas implique, de forma firme o contingente, la transferencia de recursos del Estado, el contrato de alianza público privada preferiblemente dispondrá la constitución de un fideicomiso de alianza público privada, que administre los bienes y derechos aportados o que gestione cualquier otro aspecto del proyecto, según lo acordado entre las partes contratantes; garantizando así la transparencia en el manejo de los recursos del Estado por un tercero imparcial. El contrato que se suscriba para constituir la alianza público privada deberá establecer los términos y condiciones bajo los cuales se constituirá el fideicomiso, y mencionar taxativamente los activos públicos y privados que serán transferidos al patrimonio fideicomitado.

Cuando se constituye un fideicomiso para el manejo y gestión de la alianza público privada, este tendrá capacidad legal, plena y suficiente, para contraer deudas y otorgar garantías sobre los bienes que formen parte de su patrimonio y sus accesorios, incluyendo la facultad de otorgar derechos de subrogación administrativa, derechos de intervención en favor de sus acreedores o del Estado. De igual manera, el fideicomiso podrá emitir y respaldar emisiones de oferta pública de valores realizadas por el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicomitado, conforme a la ley y regulación vigente en la materia.

En virtud de su naturaleza privada del fideicomiso, dichas operaciones antes citadas no tendrán por facultad ni efecto la constitución de deuda pública, ni resultarán aplicables las normas y procedimientos legales que rigen la contratación, contabilidad y registro de los créditos públicos.

Un punto importante que claramente representa una ventaja para el proceso de creación de una alianza público privada, es que la Ley de APP ha considerado de manera expresa el conflicto de interés, definiéndolo como la situación en la que el interés personal o económico del servidor público o de personas relacionadas con éste, está (o puede razonablemente estar) en pugna con el interés público.

En consecuencia, la Ley de APP dispone que no podrán participar como agentes privados, como subcontratistas de agentes privados o como fiduciarios que manejen fideicomisos de alianzas público privadas, entre otros impedimentos e impedidos establecidos en la Ley de APP, las autoridades y funcionarios del Estado dominicano, ya sean del gobierno central, entidades autónomas, entidades descentralizadas, gobiernos locales, empresas públicas, otros poderes del Estado y órganos constitucionales, así como sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, o el cuarto grado en caso de los participantes del comité técnico. Este impedimento se mantendrá por veinticuatro (24) meses después de la salida del cargo público. Igualmente, este impedimento aplicará a aquellas personas que, por razones de dirección, participación accionaria o en sociedad, pueda suponerse que son una continuación o que derivan, por transformación, fusión, cesión o sucesión, o de cualquier otra forma, de aquellas comprendidas en una de las causales establecidas en la ley.

La Ley de APP prevé que el adjudicatario o el fideicomiso de alianza público privada que se constituya, según aplique, contará con la facultad de percibir y reclamar directamente a los usuarios de los servicios público prestados a través de la alianza en cuestión, las tarifas o cargos correspondientes, conforme los términos y condiciones previstos en el contrato.

Asimismo, se establecen las fuentes de recursos reconocidas por la ley para la ejecución de las alianzas público privadas, pudiendo ser estas financieras, de activos fijos, o cualquier otra índole, entre las cuales se encuentran: (i) los pasivos emitidos para el financiamiento de la alianza público privada; y, (ii) los valores de oferta pública emitidos a través del mercado de valores; para los cuales se reconoce la posibilidad de utilizar el contrato de alianza público privada como garantía o colateral.

En otro orden, en cuanto al aspecto fiscal, la Ley de APP ha dispuesto que durante los primeros cinco (5) años, computados a partir del inicio de la ejecución del proyecto objeto de la alianza público privada, el adjudicatario podrá optar por la devolución del Impuesto a la Transferencia de Bienes y Servicios (ITBIS), en la compra o alquiler de equipos, materiales e insumos directamente relacionados con la construcción, reparación o expansión de los bienes e infraestructuras objeto del contrato de alianza público privada. Esto, sujeto al cumplimiento de las condiciones y siguiendo los procedimientos que sean establecidos en los reglamentos a ser emitidos.

En cuanto a las infracciones administrativas tipificadas en la Ley de APP, estas se establecen por renglones: leves, graves y muy graves. Sin perjuicio de las sanciones civiles, penales o administrativas que pudieran aplicar, los agentes privados que incurran en alguna de las infracciones previstas en la ley, serán pasibles de recibir las sanciones administrativas establecidas, teniendo la potestad sancionadora la Dirección General de Alianzas Público Privadas (cuando se trate de infracciones leves y graves) o el Consejo (para las infracciones muy graves).

Por su parte, el funcionario que participe en los procesos de presentación de iniciativas públicas, evaluación de iniciativas, selección y administración del contrato, será responsable por los daños que por su negligencia o dolo causare al patrimonio público y será pasible de las sanciones contempladas en la Ley No. 41-08, del 16 de enero del 2008, sobre Función Pública y sus reglamentos, independientemente de las acciones judiciales de orden civil o penal que puedan derivarse de la comisión de dichos hechos o se hayan cometido de manera simultánea.

Por último, resaltamos que, conforme el mandato de la Ley de APP, el Poder Ejecutivo deberá dictar el o los reglamentos de ejecución y aplicación de este texto legal en un período no mayor a seis (6) meses contados a partir de su entrada en vigencia.



Av. Abraham Lincoln 1019
Santo Domingo 23100



(809) 541-5200



www.phlaw.com



ph@phlaw.com



Pellerano & Herrera



[@PelleranoHerrera](https://www.instagram.com/PelleranoHerrera)



Pellerano & Herrera



CaPHé con Ley