



Informe sobre Contratos de Participación Público Privada

Abril 2018

Contenido

Presentación. Remisión.....	3
Introducción a los contratos de participación público-privada (PPP).....	5
Régimen jurídico aplicable a la PPP en Argentina.....	9
Subsecretaría de Participación Público Privada	11
Comisión Bicameral para el Seguimiento de Contratos de PPP	12
Guías y flujogramas aprobados por la Subsecretaría de PPP	13
Sectores abarcados por proyectos PPP.....	14
Plan de PPP – marzo de 2018	19
PPP y la Ley de Presupuesto de la Administración Pública Nacional - 2018	20
PPP y solución de controversias	25
<i>Cuestiones generales</i>	25
<i>Un acercamiento al modelo contractual: Corredores Viales</i>	36
Marco jurídico.....	39
Adhesiones provinciales a PPP	41
Videos institucionales – Estado nacional – PPP	42

Presentación. Remisión

En nuestro informe inicial de enero de 2018, se había indicado que la aprobación de la [Ley N° 27.328](#) y su [reglamentación](#) ha incorporado la figura de los Contratos de Participación Público-Privada (“PPP”) al régimen jurídico argentino, con el argumento de que constituyen “una clave para la creación de empleo en la Argentina y por ende para el desarrollo económico del país”.¹

Al mismo tiempo, se apuntó entonces también que este novedoso régimen jurídico no está exento de cuestiones críticas y eventuales riesgos, a considerar cuidadosamente caso por caso. A título meramente ejemplificativo, se señaló que debía prestarse especial atención a:

- Los informes recientemente publicados sobre las experiencias del Régimen de PPP en dos de los países (Reino Unido y España) que han sido tomados como supuestos modelos a seguir en el resto del mundo, que han arrojado fuertes críticas y sacado a la luz preocupantes problemas en la ejecución de Contratos de PPP, en particular en relación a su ecuación económico-financiera y a los costos para el Estado y para la población.
- La inclusión en la [Ley N° 27.328](#) de un Capítulo sobre Solución de Controversias, en el que el Congreso de la Nación le delega al Poder Ejecutivo nacional la facultad de aprobar en los Contratos de PPP cláusulas de arbitraje con prórroga de jurisdicción.²
- La convivencia del régimen de PPP con otras normas nacionales (Leyes Nros. [13.064](#) y [17.520](#), y [Decreto N° 1023/01](#), por caso), normas locales y compromisos internacionales (TBIs + [Convenio CIADI](#) ratificado por Ley N° 24.353), y el alcance de las garantías para inversores extranjeros, recordando aquí la posición de Estado periférico y receptor de inversiones de la Argentina y los efectos de la apertura económica durante los años 90’ y la experiencia en el CIADI luego de la crisis de 2001/02, que dura hasta nuestros días.

El Poder Ejecutivo nacional le ha dado gran trascendencia a este Régimen Jurídico, lo cual permite conjeturar que gran parte de la obra pública de los próximos años en nuestro país será canalizada por esta vía, que –como ya dijimos– presenta algunos riesgos que deben ser considerados para no repetir viejas y lamentables experiencias de nuestro país.

El alcance de los Contratos de PPP es claro, avanza hacia cualquier forma de intervención estatal en materia de servicios públicos y obras de infraestructura, con necesidad de control parlamentario a través de la reciente Comisión Bicameral específica para el Seguimiento de Contratos de PPP, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados del Honorable Congreso de la Nación³, [constituida en 15 de marzo de 2018](#).

Los avances por parte de la Dirección Nacional de Vialidad en materia de la adopción de figuras contractuales ajustadas a PPP, están marcando la preocupación del Estado Nacional en incluir en la agenda pública la ejecución de estas obras públicas y su posterior explotación a través de un sistema que se postula más eficiente en el gasto e inversión.

¹ Ver Mensaje de elevación del Proyecto de Ley N° 27.328 del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación.

² Cfr. art. 25, Ley N° 27.328.

³ Cfr. art. 30, Ley N° 27.328.

Preocupación, al mismo tiempo, que encuentra su correlato en las dudas desde los operadores económicos y jurídicos, locales y extranjeros, sobre la sustentabilidad y efectividad a largo plazo en la vida de los futuros contratos, aspectos ellos que han marcado la agenda desde 1990 en adelante.⁴

En este segundo informe del “[Observatorio de Contratos de Participación Público-Privada](#)” se incluyen algunos aspectos normativos generales tratados en el [Informe Inicial](#), actualizando la información sobre licitaciones en curso, como así también algunas cuestiones puntuales sobre solución de controversias en los modelos de contratos a adoptarse para los corredores viales nacionales, en particular. Asimismo, como último acápite se han incorporado accesos directos a material audiovisual relevante difundido por el Estado Nacional en el período en trato.

FEDERICO G. THEA

(Rector de la Universidad Nacional de José C. Paz)

NICOLÁS P. DIANA

(Director del Observatorio de Contratos de Participación Público-Privada)

José C. Paz, abril de 2018

⁴ Se ha señalado tiempo atrás que: “...Public-Private Partnership in building network infrastructures and contributing to the delivery of public goods and services is going to stay with us and to progress. But one may also quite safely predict that: (1) this participation will remain limited when it comes to major investment and will rather contribute by providing adequate managerial capacities, so that management and lease contracts should prevail; (2) building institutions that fit the needs of secured private participation will remain high on the agenda of policy makers and international donors, but will also challenge our poor understanding of what adequate institutions are and how they impact on the interaction between public authorities and private operators. These issues are of great concern to decision makers, but also define an important research agenda” (MÉNARD, CLAUDE, “Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP” en PIET DE VRIES ET ETIENNE B. YEHOUÉ, *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, pp.149-174, 2013, 978-0-415-78199-2.)

INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Mediante la [Ley N° 27.328](#) se aprobó el Régimen de los Contratos de Participación Público-Privada entendiéndose por tales *“participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la [ley 24.156](#) y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”* (art. 1°).

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

El diseño de los contratos, según se establece, tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Los Contratos de PPP podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite, según se afirma, cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer, constituyendo una modalidad alternativa a los contratos regulados por las [Leyes Nros. 13.064](#) y [17.520](#), y sus modificatorias, y por el [Decreto N° 1023/2001](#) y sus modificatorias, reconociendo que cuando *“involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios”* (art. 2°).

El régimen de los Contratos PPP implica una nueva política pública en materia de gestión de obras y servicios en cabeza del Estado Nacional, y que se traducen en un desafío en la forma en que se patentizará la relación entre los derechos y garantías otorgados al inversor confrontados con los derechos humanos de los ciudadanos receptores de tales inversiones aplicadas a obras de infraestructura y servicios públicos.

Dando por aceptada la existencia de una tensión de tres partes desiguales (Estado-Inversor-Ciudadano) con intereses no necesariamente coincidentes, donde se sintetizan aspectos económicos, financieros, técnicos y reglas jurídicas, con participación del sector público –incluso a distintos niveles de gobierno– y el sector privado.

La adopción de PPP se traduce en la participación del sector privado en proyectos que hacen a la comunidad toda o que generarán, al menos como expresión de deseos, beneficios comunes, donde se minimiza el supuesto riesgo de contratar con el Estado (que hace no sólo al financiamiento y al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, sino también al régimen y las prerrogativas de Derecho Público aplicables) en miras de la concreción del proyecto en figuras de Derecho Privado, en apariencia “mixtas” pero con ciertas garantías otorgadas al socio del Estado, con la finalidad también de agilizar procedimientos de los regímenes de contrataciones públicas (v. gr. obra pública y concesión de obra pública, por caso).

La PPP propone –en abstracto– un supuesto equilibrio y sinergia entre el interés colectivo (del Estado, desde el plano ficcional) y el interés privado (empresario, en general), como un aspecto –si se quiere, ideal– de superación en la creación, desarrollo y ejecución de ciertas obras y actividades inherentes a la función administrativa o con efectos supuestamente beneficiosos para la comunidad en su conjunto. Decimos en principio,

porque no todas las experiencias de PPP han sido igualmente positivas,⁵ habiéndose propuesto un retorno a la gestión directa del financiamiento, la ejecución y el gasto por parte del Estado en lugar de la utilización de PPP.⁶

La estabilidad macroeconómica es esencial para la implementación de PPP, habiendo proporcionado evidencia sobre la importancia de la calidad institucional, en los que menos corrupción y más Estado de Derecho efectivo se identifican con más proyectos de PPP⁷. Ocasionalmente, “[e]l debilitamiento del principio de transparencia en las contrataciones públicas convierte a éstas en tierra fértil para el pago de coimas y la colusión”.⁸

Para el caso argentino, se agrega la existencia de un Estado federal que concentra un alto porcentaje (sino todos) de los proyectos de infraestructura e inversión pública, como factor que influye también al tiempo de coordinar y planificar interjurisdiccionalmente obras de gran impacto económico y social.⁹

La dispersión normativa y la intervención de distintos niveles de gobierno son factores que conllevan y, lamentablemente, favorecen la ineficiencia en la ejecución de grandes proyectos de inversión en sus distintas etapas (diseño, aprobación y ejecución). Ello, sumado al problema de la ausencia de financiamiento interno y a la necesidad de lograr fuentes de financiamiento externo, sujetas –en muchos casos– a verdaderos contratos de adhesión con cláusulas que ponen en crisis la soberanía estatal para países periféricos como la Argentina, con autonomía de si el vehículo del proyecto que se trate sea por vía o no de una PPP.

En principio y declamativamente, se intenta mitigar por imperio de herramientas tales como las PPP, el riesgo político inherente a sistemas jurídicos dinámicos y que alternan en extremos ideológicos que coinciden –en mayor o menor grado– con los ciclos económicos de crecimiento, acumulación y distribución o no de la renta, donde la fluctuación del gasto y la inversión públicas no siempre están acompañadas por mayor inversión privada, sobre todo en obras de infraestructura y toda aquella que, por su envergadura, no puede ser realizada en forma directa por el Estado (*lato sensu*) o el sector privado sin acudir a fuentes de financiamiento externo.

En fecha cercana, desde la doctrina nacional, se ha enfatizado que *“para que el sistema funcione, hay dos características fundamentales que no pueden pasarse por alto: (a) La primera, de corte técnico, es que tanto el diseño, la construcción como la concesión, explotación, operación y/o mantenimiento posterior deben ser realizados por el mismo contratista. (b) La segunda, es la transferencia del riesgo financiero de parte del sector público al privado. Esto significa, lisa y llanamente, que el Estado argentino no puede ni debe garantizar la rentabilidad del contratista, ni emitir garantías soberanas, etc. [...] En términos financieros, al tratarse de una inversión de mayor riesgo que una obra pública, el contratista buscará una tasa de retorno mayor a la de una obra pública convencional. Por ello, si el Estado garantiza el proyecto, a través de su participación económica con fondos del Tesoro o de la emisión de alguna garantía soberana, bono, etc., termina creando un híbrido en el cual elimina el principal incentivo para que el contratista diseñe, ejecute y opere eficientemente el proyecto: el riesgo de perder. En estos términos, solo tendremos obras más caras, que va a terminar financiando el Estado nacional, pero sin las garantías de una obra pública [...] Coincidimos en que hay que fomentar la inversión extranjera, pero con reglas claras y no a cualquier precio. El sistema solo funciona en los términos descriptos. Quizá para ello haya que empezar con proyectos más chicos, más humildes, pero realizables y donde el Estado no asuma el riesgo que debe asumir el privado.”*¹⁰

⁵ Ver: “Overpriced and Underwritten. The hidden costs of Public-Private-Partnerships”, publicado en: <http://bankwatch.org/public-private-partnerships/case-studies>; HALL, DAVID, “Why public-private partnerships don’t work. The many advantages of the public alternative”, Public Services International Research Unit University of Greenwich, UK, 2015, p. 45, publicado: http://www.world-psi.org/sites/default/files/rapport_eng_56pages_a4_lr.pdf.

⁶ Ver: HALL, D., op. cit., p. 46.

⁷ Cfr. HAMMAMI, MONA, RUHASHYANKIKO, JEAN-FRANCOIS Y YEHOUE, ETIENNE B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, IMF Working Paper - IMF Institute, 2006, publicado en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf>.

⁸ REITMAN FARAH, MARIO, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 133.

⁹ CIMINELLI, DARIO, “Comentario a la Ley Nacional 27.328”, *ADLA* 2017-2, 56.

¹⁰ BONINA, NICOLÁS, “Administración pública 3.0. sobre la adjetividad de la administración pública: su modernización, eficiencia y simplificación,” *LL, Sup. Adm.* 2018 (marzo); 2018-B.

Como una característica usual en este tipo de proyectos, los contratos de PPP *“deberán establecer un reparto equitativo y eficiente de aportes y riesgos entre las partes. A estos fines se deberán contemplar las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar los términos de su financiamiento.”*¹¹

Nótese que, para el caso europeo, recientemente la *Corte Europea de Auditores* ha publicado un informe crítico sobre la figura, que en cuanto a riesgos, sostiene que su asignación *“entre los socios públicos y privados a menudo era inapropiada, incoherente e ineficaz, mientras que las altas tasas de remuneración (hasta 14%) en el sector privado el capital de riesgo del socio no siempre refleja los riesgos asumidos.”*

Se reconocieron allí otros problemas inherentes a las PPP (falta de competencia privada y concentración en la asignación de proyectos; extensión en las negociaciones pre-contractuales; demoras considerables en la ejecución contractual con ineficiencias y asunción de costos adicionales por la parte pública para terminar obras; exceso de optimismo traducida en indebida diligencia previo a la contratación de los PPP -casos de España y Grecia-; etc.). Como consecuencia, la citada corte recomienda: (a) no promover un uso más intensivo y generalizado de las PPP hasta que los problemas identificados se aborden y las siguientes recomendaciones se implementan con éxito; (b) mitigar el impacto financiero de las demoras y renegociaciones en el costo de las PPP a cargo por el socio público; (c) basar la selección de la opción PPP en análisis comparativos sobre las mejores alternativas de adquisición pública; (d) establecer políticas y estrategias claras de PPP; y (e) mejorar el marco de la UE para una mejor eficacia de los proyectos de PPP.¹²

Equilibrio de ganancias y pérdidas - equilibrio en la asunción y prevención de riesgos. Evidentemente la situación de la parte privada en los contratos PPP no es similar a la de la parte estatal: conocida la experiencia de la denominada reforma del Estado en los '90 en la Argentina y el ingreso del capital privado con garantías que respondían a fórmulas que sólo podían funcionar en clave de estabilidad monetaria, inflación cercana o igual a cero, y márgenes de ganancia y tasas de retorno inéditos en cualquier contrato público o privado. La respuesta está en el grado de permeabilidad y necesidad fiscal nacional *vis-á-vis* las deficiencias en infraestructura pública (v.gr. servicios, vivienda, energía, vial, etc.).

El propio Banco Mundial, artífice y tutor de la instalación mundial de la figura, ha reconocido los vacíos en la literatura académica sobre el impacto empírico de las PPP en el aumento de la eficiencia en la prestación de servicios, el empleo, la distribución del ingreso y la pobreza en los países en desarrollo. Si bien existe gran cantidad de pruebas aisladas y estudios de casos donde los resultados son parciales y dejan un manto de duda. La evidencia disponible demostraría que hay un impacto positivo y significativo de la participación del sector privado en acceso, calidad de servicios, productividad laboral y reducción de pérdidas técnicas, pero esa magnitud según el sector y el tamaño del proyecto y con el contexto, especialmente en lo que se refiere a el entorno institucional y regulatorio. Así, no existen datos concretos de que ese impacto positivo se hubiera traducido en precios más bajos, más empleos y menos pobreza. Quedan así –y por ausencia de evidente suficiente y sólida– numerosas y relevantes preguntas aún por responder sobre las bondades genéricas de las PPP.¹³ No se trata de elevar como dogma la figura de los PPP o de su demonización, sino aceptar que estamos frente a la instauración de un sistema general de contrataciones públicas que, por su sola caracterización legal, no dejan de estar vinculadas directa o indirectamente a cometidos estatales, en una delegación que algunos autores han

¹¹ BRUNO, EUGENIO A, “Régimen legal de los proyectos de participación público-privada,” LL, 28/12/2017, p. 1 y ss.; quien detalla, a su vez, que la norma *“enumera de manera expresa determinados riesgos que deberán ser tratados en este marco y que incluyen los siguientes: hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y extinción anticipada de aquel.”*

¹² European Court of Auditors, *Special Report: Public Private Partnerships in the EU: Widespread shortcomings and limited benefits*, Luxemburgo, 2018, recuperado de: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_EN.pdf

¹³ The World Bank Group, *The Economic Impact of Public-Private Partnerships in the Infrastructure Sector: Literature Review*, March, 2016; recuperado de: <https://library.pppknowledgehub.org/documents/2384/download>

fundado en el principio de subsidiariedad donde “la Administración retiene las potestades de regulación, supervisión y control sobre las actividades de las empresas privadas.”¹⁴ Empero, además de tales prerrogativas públicas no debe soslayarse la participación estatal en el financiamiento de los proyectos y el rol del derecho internacional de las inversiones en el modo en que el actor privado extranjero asume ingresar en éstos.

En este segundo informe, dejamos planteada una pregunta que no nos pertenece pero que subyace en torno a los PPP y nuestro país: ¿Revivirá la economía argentina a partir de las inversiones en infraestructura?¹⁵

¹⁴ LAU ALBERDI, JERÓNIMO, “El régimen de Participación Público-Privada (PPP): Concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, nº 12, febrero-abril de 2017, p. 232.

¹⁵ NEWBERY, CHARLES, “Will infrastructure investments revive Argentina’s economy?”, *LatinFinance*, 8-IX-16, recuperado de: <http://www.latinfinance.com/magazine/2016/september-october-2016/will-infrastructure-investments-revive-argentinass-economy#/WDNgUtUrJpg>

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PPP EN ARGENTINA

La discusión de fondo sobre la conveniencia o inconveniencia, en este caso, de las PPP, al igual que lo que sucedió en su momento con el frustrado régimen aprobado por el Decreto 1299/00, tiene ribetes económicos y jurídicos, pero sobre todo políticos.

La [Ley N° 27.328](#) pretende orientar las finalidades del sistema hacia una conjugación entre fines públicos (eficiencia, eficacia, inclusión social, acceso a infraestructura y servicios básicos, generación de empleo, capacitación laboral, solidaridad, participación de PyMEs, desarrollo de la capacidad empresarial, provisión de nuevas y eficientes tecnologías) y beneficio privado (caracterizado en lo económico a través de: recupero de las inversiones efectivamente realizadas, utilidad razonable, rentabilidad económica y social del emprendimiento, fomento del desarrollo del mercado de capitales local y acceso al mercado de capitales internacionales).¹⁶

Años atrás, respecto tanto para las PPP como para las iniciativas privadas de financiamiento (*private finance initiatives*) se sostuvo que resultaba esencial y fundamental reconocer los desafíos que enfrentan las políticas públicas que alientan acuerdos público-privados.¹⁷ Desafíos que tienen que ir acompañados por un compromiso de la contraparte privada, en modalidades de asociación que no pueden traducirse en sólo garantías de parte del Estado (algunas de las veces, bastante cuestionables, desde el plano económico-financiero-legal y técnico) so pretexto y justificadas en una situación de desinversión en infraestructura y servicios pasada y siempre presente.

De la supuesta depredación del Estado (como se ha calificado al “Estado empresario” de los primeros años del siglo XXI en su intervención directa en la economía, en concepción que no compartimos) no puede pasarse al extremo de la depredación privada, debe haber un equilibrio y balance en términos de costo-beneficio/público-privado.¹⁸ Nótese que lo está en juego en todos casos, como en cualquier contrato administrativo, es el interés público comprometido en el objeto y finalidad del proyecto que se trate.

No puede desconocerse, por tanto, el fuerte impacto social que poseen los contratos abarcados por el régimen de PPP, y poner eje única y exclusivamente en el mecanismo de financiamiento, repago y tasa interna de retorno del privado que participa con el Estado, compartiendo necesariamente los riesgos de cada proyecto.

La [Ley N° 27.328](#) propicia y pretende instalar un cambio de paradigma en materia de obras de infraestructura, donde por intermedio de la gestión público - privada (más privada que pública, según surge de la propuesta legal) se intenta reemplazar la mítica ineficiencia del Estado en el diseño, financiamiento, desarrollo y ejecución de obras y servicios públicos o de interés general, por la eficiencia privada.

Para que ello realmente se verifique debería también generarse un cambio radical no sólo dentro de las normas y esquemas de financiamiento y ejecución del gasto público en estas obras y servicios sino también un cambio radical en el modo en el que las empresas nacionales y extranjeras realizan negocios en la Argentina. Se requiere, para ello, un cambio cultural.

Si la duda y el cuestionamiento colectivo en la Argentina de hoy –y desde hace muchos años– circula –en gran medida– respecto de los supuestos sobrepagos y beneficios otorgados por intermedio del sistema vigente en materia de obras y servicios públicos, es momento para reflexionar también no sólo sobre qué sistema o

¹⁶ Ver: Subsecretaría de Participación Público Privada, *Guías Orientativas – arts. 4° y 9° Ley 27.328 y Decreto 118/17*, disponible en: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/GUIAS_PPP_Indice_Informe_Autoridades_Convocantes_art4y9.pdf

¹⁷ Cfr. RUSAILH, JUAN JOSÉ, “Aprendiendo de los demás: utilidad, límites y desafíos de las Iniciativas de Financiamiento Privado a la luz de la experiencia internacional”, ponencia presentada en el “VII Congreso Nacional de Ciencia Política – Sociedad Argentina de Análisis Político”, Córdoba, 2005, publicada en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VII/programa/paneles/d/d2/rusailh.pdf>.

¹⁸ Ver, respecto a la depredación en los monopolios, entre otros a: POSNER, RICHARD A. (SUÁREZ, EDUARDO L., trad.), *El análisis económico del derecho*, México, FCE, 1998, ps. 290-294.

modalidad contractual es mejor. Cualquiera sea el sistema que se adopte, tiene que habilitarse con él un control efectivo en tiempo real en la ejecución y razonabilidad del gasto y el financiamiento, como así también que las inversiones a realizarse en su marco sean consecuencia de un análisis legal, ambiental, económico y financiero completo y complejo, previendo la participación de capitales responsables socialmente, transparentes y en concurrencia e igualdad.¹⁹

Para el caso inglés, por ejemplo, muchas han sido las críticas sobre las contrataciones de PPP implementadas, considerando –entre otros argumentos relevantes– que: (i) el endeudamiento público encubierto (o no tanto) donde el costo de distintas obras ejecutadas desde 1992 a 2015 ascendieron, en su proyección financiera total, hasta cinco veces el valor original; (ii) supuestos en los cuales ni siquiera el Estado era el propietario final de un hospital (por tratarse de un leasing); (iii) la tasa de interés promedio aplicada (en libras) era de un 8% anual cuando Gran Bretaña se endeudaba a un 3,5% promedio, e (iv) incluso, el costo de la deuda financiera por las PPP entre 2008 y 2015 se incrementó de un 20% a un 33%.²⁰

En nuestro primer informe señalamos que las sociedades democráticas “*se sostienen en una sutil y frágil red de confianza. Confianza en que las reglas del juego serán respetadas, en principio, por todos; confianza en que existen instituciones imparciales que garantizan el respeto y sancionan los incumplimientos de las normas; confianza en que las políticas públicas tienden a buscar el bienestar colectivo y no el de unos pocos. Y para que esta confianza exista y se renueve, se requiere, entre otros factores, un gobierno que respete los valores que proclama. Frente a ello, es evidente que una de las mayores amenazas para poder sostener tal red de confianza es la corrupción, en general, y, sobre todo, la corrupción de los gobiernos*”.²¹

La primera confianza que se debe generar es la de los argentinos en sus instituciones políticas y, con ello, en nosotros mismos, por eso entendemos que el componente nacional privado en los futuros contratos de PPP es fundamental para dotar de confianza a todo el sistema.

¹⁹ Para el caso de la inversión extranjera, ver: MUCHLINSKI, PETER T., “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World”, en ALVAREZ, JOSÉ E., SAUVANT, KARL P., AHMED, KAMIL GÉRARD, VIZCAÍNO, GABRIELA P. (dirs.), *The evolving international investment regime: Expectations, realities, options*, 2ª ed., Oxford University Press, 2011, ps. 43-54.

²⁰ Jubilee Debt Campaign, *The UK's PPPs Disaster Lessons on private finance for the rest of the world*, London, February 2017, recuperado de: <https://jubileedebt.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/The-UKs-PPPs-disaster-Final-version-02.17.pdf>

²¹ EIGEN, PETER (BARTELS, MIREIA, FRANCH, NATALIA, SÁNCHEZ, DAVID, trad.), *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Colombia, Planeta, 2004, p. 132.

SUBSECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Conforme el art. 2° del Decreto N° 936/17, sustituye a la original Unidad de Participación Público Privada que se realiza en la reglamentación de la Ley N° 27.328, aprobada por el Decreto N° 118/17. Sus funciones principales son:

- Participar en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos y promover propuestas tendientes a optimizar el funcionamiento general del sistema de PPP.
- Implementar y administrar un registro que centralice toda la documentación relativa a cada uno de los proyectos de participación Público-Privada.
- Prestar apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria y/ o ejecución del contrato.
- Asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; y en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del régimen de PPP, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otras.
- Asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, abarcando la realización de estudios de factibilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los contratistas, como así también en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos contratistas.
- Asumir funciones delegadas en materia de estructuración y/o control de proyectos de Participación Público-Privada desde las respectivas entidades contratantes, en cumplimiento del marco normativo vigente.
- Entender en el establecimiento de criterios y parámetros para justificar la satisfacción del interés público mediante el recurso a la modalidad de PPP frente a otras alternativas contractuales disponibles.
- Concentrar toda la documentación antecedente de cada uno de los contratos suscriptos en los términos de esta ley.
- Ser la entidad responsable en los términos del art. 30 de la [Ley N° 27.275](#) de Acceso a la Información Pública.
- Entender en la selección de profesionales habilitados para integrar los Paneles Técnicos y efectuar el listado respectivo.
- Identificar junto con la Oficina Anticorrupción, las mejores prácticas de transparencia y ética vigentes internacionalmente en materia de proyectos de PPP.
- Elaborar informes sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los Contratos de Participación Público-Privada en curso y de los proyectos que se considera conveniente desarrollar bajo dicha modalidad durante los dos siguientes ejercicios presupuestarios.
- Intervenir de manera previa a la aprobación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de una excepción o limitación a las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas en los arts. 12 y 15 de la [Ley N° 27.328](#).
- Intervenir previa a la cesión, total o parcial, de un Contrato de PPP.

COMISIÓN BICAMERAL PARA EL SEGUIMIENTO DE CONTRATOS DE PPP

Según el art. 30 de la Ley N° 27.328, la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada, [constituida en 15 de marzo de 2018](#), está integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados del Honorable Congreso de la Nación quienes serán elegidos por sus respectivos Cuerpos, respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen. Actualmente se encuentra [presidida por DIEGO BOSSIO \(PJ\) y su vicepresidente es FEDERICO PINEDO \(Frente Pro\)](#).

La Comisión establecerá su estructura interna y dictará su propio reglamento de funcionamiento, teniendo como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de participación público-privada, así como verificar el cumplimiento de la Ley N° 27.328, sus resultados y las perspectivas de desarrollo futuro de estas modalidades contractuales.

La Comisión debe contar con acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponerse a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos. Sin perjuicio de ello, la comisión, sus miembros y empleados deberán garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial de ese carácter en los términos de la legislación vigente, asumiendo las responsabilidades correspondientes por su divulgación.

El titular de la unidad de participación público-privada (SSPPP) debe concurrir anualmente ante dicha Comisión a los efectos de brindar un informe fundado sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los contratos de participación público-privada que se encontrasen en curso así como respecto de las condiciones y características de aquellos proyectos que la unidad de participación público-privada considerase conveniente desarrollar bajo dicha modalidad durante los próximos dos (2) ejercicios presupuestarios.

GUÍAS Y FLUJOGRAMAS APROBADOS POR LA SUBSECRETARÍA DE PPP

[Guías de PPP](#): Para Autoridades Convocantes - Índice del Informe Preliminar previsto en los arts. 4° y 9° de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17.

[Guías de PPP](#): Para Autoridades Convocantes - Índice del Informe Preliminar previsto en los arts. 4° y 9° de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17 - CUADRO.

[Guías de PPP](#): Para Autoridades Convocantes – Informe previsto en el art. 13 de la N° Ley 27.328 y Decreto N° 118/17.

[Guías de PPP](#): Para Autoridades Convocantes – Informe previsto en art. 13 de la Ley N° 27.328 y del Decreto N° 118/17 - CUADRO.

[Guía Orientativa](#) para Contratos Estructurados bajo el Régimen de PPP.

[Flujograma](#) de Proceso PPP.

[Cronograma](#) Proceso PPP.

[Marco Regulatorio PPP \(publicado por la SPPP\)](#)

SECTORES ABARCADOS POR PROYECTOS PPP

La Subsecretaría de PPP ha delimitado los proyectos en las siguientes áreas:²²



Con un estimado de U\$S 26 mil millones de inversión distribuidos del siguiente modo:

ENERGIA Y MINERIA		TRANSPORTE, COMUNICACIONES Y TECNOLOGIA			EDUCACION, SALUD Y JUSTICIA		
EFICIENCIA ENERGETICA	TRANSMISION ELECTRICA	RED DE AUTOPISTAS Y RUTAS SEGURAS	FERROCARRILES	PUENTES Y LOGISTICA	COMPLEJOS PENITENCIARIOS	HOSPITALES	
DESCRIPCIÓN	Recambio a luminarias LED del alumbrado público	Construcción de nuevas líneas de transmisión eléctrica de alta tensión	Diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, explotación, operación y financiamiento de Corredores Viales	Mejoramiento de tramo de vías existentes y construcción de vía nueva	Proyectos de Puentes sobre el río Paraná y otros proyectos de mejoras de la logística de transporte	Construcción y/o adecuación de Complejos Penitenciarios en la Provincia de Buenos Aires	Construcción y/o Adecuación de Hospitales en las provincias de Buenos Aires y Neuquén
PLAZO	Nacional	Más de 3.000 km de líneas	Más de 2.800 km de Autopistas y 4.000 km de Rutas Seguras	685 km de vías	2 puentes + otros proyectos a definir	9.500 plazas	170.000 m² de hospitales
	18 meses	33 meses	36-60 meses	48 meses	24-36 meses	36-48 meses	24-36 meses
	2018T2	2018T1	2017T4	2018T1	2018T3	2018T1	2018T1

AGUA, SANEAMIENTO Y VIVIENDA							
ACUEDUCTOS	CLOACAS	PLANTAS POTABILIZADORAS	PLANTAS DEPURADORAS	TRATAMIENTO DE LODOS	RIEGO	SOLUCIONES HABITACIONALES	
DESCRIPCIÓN	Construcción de Acueducto Río Subterráneo Norte y Acueducto Norte	Readecuación sistema cloacal San Miguel de Tucumán y área metropolitana	Ampliación planta potabilizadora en la Ciudad de Santa Fe	Construcción de plantas depuradoras de agua en AMBA y Gran Rosario	Generación de energía en planta de tratamiento de aguas residuales	Programa de desarrollo de nuevas áreas de riego	Programa de Desarrollo de Viviendas (ProDeVi)
PLAZO	2,6 millones de beneficiarios	1 millón de beneficiarios	520.000 beneficiarios	2 millones de beneficiarios	500.000 beneficiarios	108.000 hectáreas	15.000 viviendas
	60 meses	36 meses	24 meses	24 meses	24 meses	24 meses	36-48 meses
	2018T2	2018T2	2018T3	2018T1	2018T1	2018T1	2018T2

²² Fuente: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/Lanzamiento_PPP_2017-11-01_completa.pdf

Energía y Minería

- Eficiencia Energética
 - *Recambio de luminarias de alumbrado público.*

Búsqueda de Eficiencia Energética a través del recambio a luminarias LED del alumbrado público.

Plan de alcance Nacional. Piloto en 9 municipios de la Pcia. de Buenos Aires (Avellaneda, Quilmes, Lanús, Lomas de Zamora, Almirante Brown, Gral. Rodríguez, Pilar, San Martín, Tigre).

Plazo de construcción: 1 año.

Fecha estimada de licitación: A definir.

[Ver documentación sobre el proyecto](#)

- Transmisión Eléctrica

7 líneas de transmisión y obras complementarias en 2 etapas.

Magnitud: Más de 3.000km. Traza a nivel nacional.

Plazo de construcción / Fecha estimada de licitación: A definir.

Transporte, Comunicación y Tecnología

- Red de Autopistas y Rutas Seguras

Construcción de autopistas y carriles de sobrepaso, pavimentación de banquetas, variantes de traza en zonas urbanas y obras complementarias en 2 etapas.

Magnitud: Más de 2.800km de Autopistas y 4.000km de Rutas Seguras.

Localización: Pcias. de Buenos Aires, La Pampa, Santa Fe, Córdoba, Mendoza, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, Misiones, Corrientes y Chaco.

Plazo de construcción: Entre 36-60 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

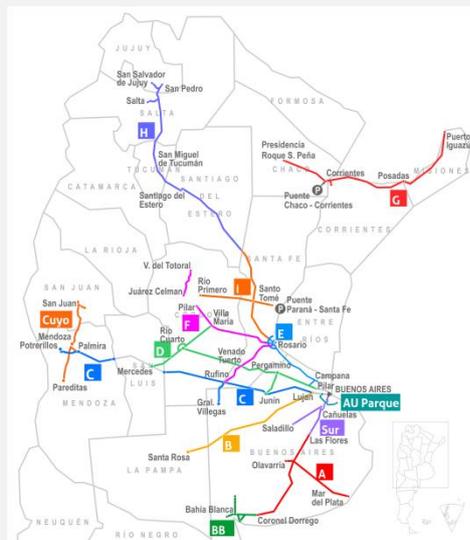
[Ver proyectos DNV](#)

[Audiencias Públicas PPP – Etapa 1](#)

[Ver documentación de los proyectos](#)

[Llamado a licitación pública nacional e internacional para la contratación del diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial del Proyecto “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP Etapa 1.”](#)

[Documentación licitatoria PPP – Etapa 1](#)



PPP	RUTA NACIONAL N°	LONG. KM	TOTAL TMDA Veh/Día Año 2016	MAX Veh / Día Año 2016	MIN Veh / Día Año 2016	ETAPA
A	3, 226	707	24.400	6.200	1.900	I
B	5	538	23.500	11.700	3.600	I
C	7, 33	877	28.600	8.800	2.900	I
D	8, 36, A-005, 158, 188	911	27.500	12.400	2.200	II
E	9, 11, 34, 193, A-008, A-012	390	56.400	24.200	4.900	I
F	9 AU Rosario - Córdoba, 33	635	32.100	11.100	2.800	I
G	12, 16	780	31.100	11.200	3.300	II
H	34, 9, 66, 1V66	887	19.100	4.600	3.100	II
I	19, 34	664	26.700	6.400	3.200	II
Sur	AU Riccheri, Av. J. Newbery, AU Ezeiza - Cañuelas, 3, 205	247	231.900	147.000	4.700	I
BB	3, 33, 229, 249, 252, 1V252, 1V3	299	7.100	3.700	3.400	II
Cuyo	7, 20, 40	342	9.400	6.000	3.400	II
AU Parque	AU Parque	82	42.000	22.000	20.000	III
Puente Paraná Santa Fe	Puente Paraná - Santa Fe	30	11.000	—	—	III
Puente Chaco Corrientes	Puente Chaco - Corrientes	34	7.000	—	—	III

Los proyectos son 16 en total: Corredor A: RN 3 y 226; Corredor B: RN 5; Corredor C: RN 7 y 33. Corredor D: RN 8, 36, A-005, 158, 188; Corredor E: RN 9, 11,34, 193, A-008, A-012; Corredor F: Autopista Rosario-Córdoba RN9 y RN 33; Corredor G: RN 12 y 16; Corredor H: RN 34, 9, 66 y 1V66; Corredor I: RN 19 y 34; Corredor Sur: Au. Ricchieri, Avenida Jorge Newbery, Autopista Ezeiza - Cañuelas y rutas 3 y 205; Corredor BB: RN 3, 33, 229, 249, 252, 1V252, 1V3; Corredor Cuyo: RN 7, 20, 40; Corredor Au. Parque: Autopista Parque. A ellos se suman el Puente Paraná -Santa Fe y el Puente Chaco - Corrientes. Los proyectos se financiarán fundamentalmente a través del impuesto al gasoil, un gravamen que en su origen estuvo destinado a la realización de obras.

- Ferrocarriles

Mejoramiento de tramo de vías existentes y construcción de vía nueva.

Magnitud: 685km de vía.

Localización: Bahía Blanca (Pcia. de Buenos Aires) hasta Añelo (Pcia. De Neuquén).

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Logística

Mejora en la conectividad vial y logística ferroviaria de cargas y pasajeros tanto en áreas metropolitanas como en corredores interjurisdiccionales.

Magnitud: A definir.

Localización: Múltiples localizaciones.

Plazo de construcción: 24-36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Red de Expresos Regionales

Es un nuevo sistema que va a conectar entre sí las líneas de trenes metropolitanos de Buenos Aires con la construcción de 20 km de túneles y 4 estaciones subterráneas. A su vez, permitirá combinar con las redes de Subte, Metrobus, Combis y EcoBicis de la Ciudad.

Magnitud: 20 nuevos km de vía que conectan 790km existentes y 241 estaciones.

Localización: Etapa 1 RER Roca - Contrato Nº1: Ciudad de Buenos Aires - Barrios Monserrat, San Nicolás y Retiro.

Plazo de construcción: 50 meses.

[Ver documentación del proyecto](#)

[Convocatoria al procedimiento de transparencia del proyecto](#)

Agua, Saneamiento y Vivienda

- Acueductos

Construcción de río subterráneo para mejorar, ampliar y dar sustentabilidad al servicio de agua potable en municipios de AMBA (50km de longitud) y Acueducto Dique Campo Alegre en Pcia. de Salta.

Magnitud: Aproximadamente 2,6 millones de beneficiarios.

Localización: Partidos de Tigre, Malvinas Argentinas, José C. Paz, San Miguel, Moreno y Merlo, Pcia de Buenos Aires y Pcia de Salta.

Plazo de construcción: 60 meses

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Cloacas

Rehabilitación, operación y mantenimiento de las plantas depuradoras de desagües cloacales del Gran San Miguel de Tucumán. Obras de emergencia en colectores, renovación y puesta en servicio, para evitar vuelcos de líquido cloacal a la vía pública.

Magnitud: 1 millón de beneficiarios.

Localización: Gran San Miguel de Tucumán, Pcia. de Tucumán.

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Optimización red agua potable

Ampliar y mejorar la calidad de la oferta de agua potable, ejecutando un programa de detección de fugas, macro-medición, pitometría, renovación de redes y conexiones en el Gran Mendoza.

Magnitud: 700.000 habitantes como beneficiarios.

Localización: Partidos de Capital, Las Heras, Guaymallén, Luján y Maipú (Pcia. de Mendoza).

Plazo de construcción: 24-36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Plantas Depuradoras

Construcción de 4 plantas depuradoras de líquidos cloacales y redes asociadas en la Provincia de Buenos Aires y 2 en la Provincia de Santa Fe.

Magnitud: Destinadas a servir a aproximadamente 2 millones de habitantes.

Localización: Laferrere, Escobar, San Miguel y La Matanza (Pcia. de Buenos Aires), Ciudad de Santa Fe y Rosario (Pcia de Santa Fe).

Plazo de construcción: 24 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Remediación de Agua

Implementación de la macro y micro medición generalizada en la red de distribución de agua potable de Aguas del Norte.

Magnitud: 700.000 habitantes beneficiados.

Localización: Provincia de Salta.

Plazo de construcción: 24-36 meses

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Riego

Extensión de sistemas de riego en 3 provincias.

Magnitud: Incorporación de 108.000 Ha de riego.

Localización: Pcias. de Chubut, Neuquén y Río Negro.

Plazo de construcción: 24 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Soluciones Habitacionales

Construcción de soluciones habitacionales a nivel nacional.

Magnitud: Total de 15.000 viviendas.

Localización: Alcance Nacional (Pcias. de Buenos Aires, Neuquén, Tierra del Fuego, Córdoba, Catamarca, Tucumán, Jujuy, Salta, Chaco, Santa Fe, Entre Ríos y Misiones).

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

Educación, Salud y Justicia

- Complejos Penitenciarios Federales

Construcción de 3 nuevos complejos dentro de la Provincia de Buenos Aires.

Magnitud: Total de 9.500 plazas.

Localización: Mercedes, Ezeiza y ubicación a definir (Pcia. de Buenos Aires).

Plazo de construcción: 36 meses.

Fecha estimada de licitación: A definir.

- Hospitales

Construcción, ampliación y/o adecuación de 6 nuevos complejos dentro de la Provincia de Buenos Aires y 1 en la Provincia de Neuquén.

Magnitud: Total de 170.000 m2 de Hospitales.

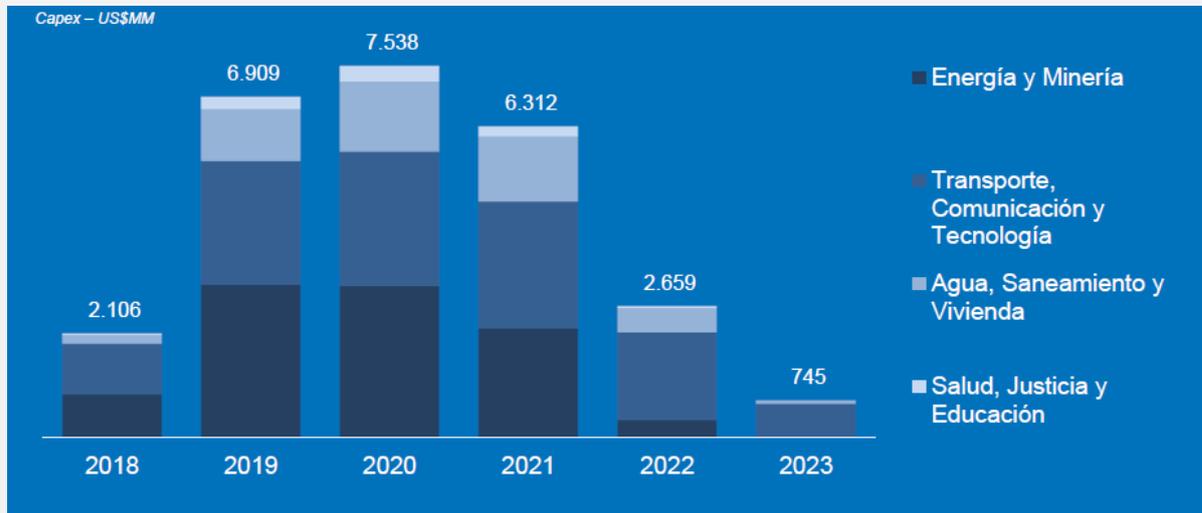
Localización: Mar del Plata, Almirante Brown, Quilmes, General Rodríguez, La Plata, Pilar (Pcia. de Buenos Aires) y Neuquén (Pcia. de Neuquén).

Plazo de construcción: 24-36 meses.

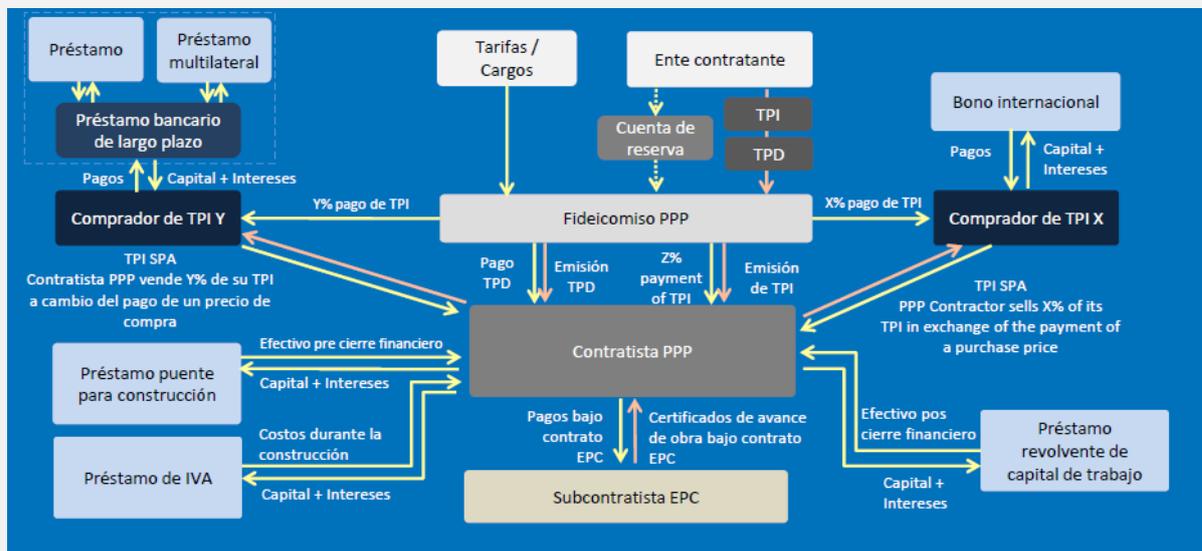
Fecha estimada de licitación: A definir.

PLAN DE PPP – MARZO DE 2018

Según la última información difundida por el Ministerio de Finanzas y la SPPP, existen 60 proyectos de PPP en proceso de ser licitados, por sectores y con los siguientes montos:²³



La estructura de financiamiento, ha sido conformada por distintas opciones, no excluyentes entre sí:²⁴



²³ https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/PPT_Institucional.pdf, p. 4.

²⁴ https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/PPT_Institucional.pdf, p. 12.

PPP Y LA LEY DE PRESUPUESTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL - 2018

La [Ley N° 27.431](#), de Presupuesto 2018, en su art. 59 autoriza de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la [Ley N° 27.328](#) y en el marco de lo dispuesto en el art. 15 de la [Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156](#) y sus modificaciones, la contratación de obras o adquisición de bienes y servicios cuyo plazo de ejecución exceda el Ejercicio Financiero 2018 de acuerdo con el detalle obrante en las planillas A y B anexas a dicho artículo. Se incluyen allí 52 proyectos con un presupuesto estimado para el tesoro nacional por un total de **\$ 2.184.612.048.888** a ejecutarse entre 2018 y 2020. A saber:

PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA (PPP) - CONTRATACIÓN DE OBRAS CON INCIDENCIA EN EJERCICIOS FUTUROS
Construcción del Centro Penitenciario Federal de Junín, Junín - Provincia de Buenos Aires
Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar E. Allende - Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires
Hospital Zonal General de Agudos Dr. Isidoro Iriarte, Quilmes - Provincia de Buenos Aires
Construcción del Nuevo Hospital Zonal de Agudos Dr. Lucio Melendez - Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires
Construcción del Hospital Interzonal de Agudos Vicente Lopez y Planes - General Rodríguez, Provincia de Buenos Aires
Construcción del Hospital Interzonal Neuropsiquiátrico Especial de Agudos y Crónicos Dr. Melchor Romero, Provincia de Buenos Aires
Nuevo Hospital de Pilar, Pilar - Provincia de Buenos Aires
Nuevo Hospital Norpatagónico Castro Rendón - Provincia de Neuquén
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°3 y 226 - Corredor A
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°5 - Corredor B
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°7 - Corredor C
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°8, 36, 58 y A005 - Corredor D
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9, A008, A012, 111, 134, 11y 193 - Corredor E
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9 y 33 - Corredor F
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°12, 16 - Corredor G
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°9, 34, 38, 66, 1V66 y A016 - Corredor H
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°3, 33, 229, 249 y 252 - Red de Accesos a Bahía Blanca
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Rutas Nacionales N°34 y 19 - Corredor I
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°205, Autopista Buen Ayre y A002- Acceso Sur a Buenos Aires
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°40 y Ruta Nacional N° 47 - Provincia de Mendoza, Corredor Cuyo
Construcción de Autopistas, Rutas Seguras, Rehabilitación, Mantenimiento, Operación y Financiación de Ruta Nacional N°3 y Ruta Nacional N° 205 - Provincia de Buenos Aires, Corredor J
Renovación y Mejoramiento de Vías Bahía Blanca - Añelo (Proyecto Vaca Muerta) - Provincias de Buenos Aires, Río Negro y Neuquén
Línea Extra Alta Tensión 500 kw Vinculación entre E.T. Río Diamante – E.T. Charlone Ampliaciones ET - Provincias de Buenos Aires y Mendoza
Nueva Línea Extra Alta Tensión 500 kw para la Vinculación de la ET Atucha II – ET Belgrano I, Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Estación Transformadora 500/220 kw Oscar Smith y Nueva Línea Extra alta Tensión 500 kw - Provincia de Buenos Aires
Nueva Línea de Extra Alta Tensión 500 kV para la Vinculación de las ET Charlone - ET Intermedia - ET Plomer, Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Línea Extra Alta Tensión 500 kV para la Vinculación de las ET Vivorata - ET Plomer, y Ampliaciones ET - Provincia de Buenos Aires
Nueva Estación Transformadora 500/220 kV Plomer para la vinculación de líneas - Provincia de Buenos Aires
Nueva Línea Extra Alta Tensión en 500kV para Vincular las ET Choele Choel - ET Puerto Madryn 2ª Te Ruta Nacional N°a y Ampliaciones ET - Provincias de Chubut y Río Negro
Nueva Línea Extra Alta Tensión 500kV para la Vinculación de las ET Rodeo - ET La Rioja y Ampliaciones ET - Provincias de La Rioja y San Juan.
Proyecto de Recambio de Alumbrado Público
Programa de Desarrollo de Viviendas
Construcción Sistema de Riego Meseta Intermedia - Provincia de Chubut
Sistema de riego Mari Menuco - Provincia de Neuquén
Sistema de riego Negro Muerto - Provincia de Río Negro
Construcción Acueducto Río Subterráneo Norte - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Laferrere y Redes Asociadas - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Escobar - Provincia de Buenos Aires
Construcción Planta Depuradora Santa María - Provincia de Buenos Aires
Construcción Plantas Depuradoras Norte y Sudoeste - Waste to Energy - Provincia de Buenos Aires
Reducción Agua no Contabilizada Gran Mendoza, Provincia de Mendoza
Sistema de Acueducto Norte
Desarrollo del Plan Micro y Macro medición de Aguas del Norte
Planta depuradora Gran Rosario, Provincia de Santa Fe
Planta Potabilizadora Santa Fe, Provincia de Santa Fe
Readecuación sistema cloacal San Miguel de Tucumán y Área Metropolitana, Provincia de Tucumán
Mejora en la Conectividad Ferroviaria de Cargas en Accesos Portuarios
Mejora de la Red de Cargas para Mejorar la Competitividad de las Economías Regionales
Corredores Viales de Acceso a Áreas Metropolitanas
Mejora en la Conectividad Ferroviaria de Pasajeros del Área Metropolitana

FIDEICOMISOS PPP

El Capítulo IX del Título I de la [Ley N° 27.431](#), bajo el título “*De los contratos de participación público-privada*”, en sus arts. 60 a 74, contiene las siguientes normas de interés:

- Crea el Fideicomiso de Participación Público-Privada (“Fideicomiso PPP”). El Fideicomiso PPP podrá constituirse mediante un único fideicomiso y/o a través de distintos fideicomisos individuales denominados “Fideicomisos Individuales PPP”. Tendrán por objeto: (a) Efectuar y/o garantizar pagos en virtud de contratos de participación público-privada que se celebren de conformidad con lo establecido en la ley 27.328 y normas concordantes, ya sea en carácter de obligado principal o por cuenta y orden del Estado nacional y/o terceros; (b) Otorgar préstamos, garantías, fianzas, avales o cualquier otro tipo de financiamiento o garantía en relación con los contratos o proyectos de participación público-privada referidos en el inciso anterior; (c) Emitir valores fiduciarios; (d) Emitir certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión y asumir su pago; (e) Realizar aportes de capital y adquirir instrumentos financieros destinados a la ejecución y financiación de los contratos o proyectos de participación público-privada; (f) Celebrar operaciones de derivados de moneda, tasa de interés, materias primas; índices financieros y no financieros, y cualquier otro producto y cualquier otra operación de cobertura; y (g) Aquellos otros actos que establezca la reglamentación.
- El Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP contarán con patrimonios que estarán constituidos por los siguientes bienes fideicomitados: (a) Bienes, garantías y créditos presupuestarios que les asigne el Estado Nacional en el marco de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones y del art. 16 de la Ley N° 27.328; (b) Aportes o contribuciones provenientes de otros fondos fiduciarios; (c) Contribuciones, cargos específicos, tarifas y/o contraprestaciones por uso; (d) Pagos que deban realizar los contratistas bajo la Ley N° 27.328; y (e) Aquellos otros que corresponda conforme la reglamentación.
- Exención de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias. Se invita a las provincias y a la CABA a adherir a la eximición de todos los tributos aplicables en sus jurisdicciones en iguales términos.
- En las relaciones del Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP con los contratistas bajo la Ley N° 27.328 y otros sujetos de derecho privado se aplicará, subsidiariamente, el Código Civil y Comercial de la Nación. Las obligaciones y compromisos que asuman el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP y el Estado nacional con el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP no serán considerados deuda pública en los términos del título III de la Ley N° 24.156. Las designaciones y contrataciones de los organizadores, fiduciarios del Fideicomiso PPP y/o Fideicomisos Individuales PPP u otros agentes no estarán sujetas al régimen de contrataciones públicas y se registrarán exclusivamente por el derecho privado.
- Modificaciones normativas varias:
 - o Incorpora el inc. h) al art. 14 y el inc. g) al art. 23 del [Decreto N° 976/01](#).
 - o Sustituye el inc. c) del art. 2° y el inc. d) al art. 5° del [Decreto N° 902/12](#) (PRO.CRE.AR).
 - o Establece como beneficiario del Fondo Fiduciario para la Vivienda Social (art. 59 de la Ley N° 27.341), al Fideicomiso PPP y/o a los Fideicomisos Individuales PPP y a los contratistas bajo la Ley N° 27.328 para obras de construcción de viviendas y desarrollo integral de proyectos urbanísticos e inmobiliarios en todo el territorio nacional.
 - o Incorpora el inc. e) del art. 12 y el inc. f) del art. 20 del [Decreto N° 1381/01](#) (Infraestructura Hídrica).

- Determina que el Contrato PPP podrá disponer que:
 - o Las obligaciones de pago representadas por los certificados, o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP sean autónomos, abstractos, negociables, irrevocables e incondicionales, no sujetos a deducciones, reducciones y/o compensaciones de cualquier índole en la proporción que se establezca en los pliegos de bases y condiciones y en la restante documentación contractual.
 - o En cada Proyecto que los certificados, o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP sean condicionales quedando sujeto a las deducciones, reducciones y/o compensaciones que se establezca en los pliegos de bases y condiciones y en la restante documentación contractual.
- Crea el título valor denominado título valor fiduciario PPP, el que podrá ser emitido por el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP (para su oferta pública).
- Establece que las obligaciones de pago del Fideicomiso PPP y/o de los Fideicomisos Individuales PPP mencionadas en el artículo anterior no serán de aplicación directa, supletoria o analógica, el art. 765 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#)²⁵; y los arts. 7° y 10 de la [Ley N° 23.928](#)²⁶ y sus modificatorias. Es decir que, por un lado, sólo se podría liberar el Estado Nacional de sus obligaciones pactadas en moneda extranjera con el pago de dicha moneda (indirectamente, por intermedio de los Fideicomisos, es claro) y por el otro, las obligaciones asumidas en los Fideicomisos podrían estar sujetas a indexación.
- Dispone que la contraprestación por uso en estaciones de cobro a cargo del usuario deberá considerar el beneficio del usuario, de modo que su determinación contemple el valor económico medio del servicio ofrecido, representado por los beneficios o ahorros que signifique para el usuario mejoras en las obras y su estado de conservación y/o servicios. Estos valores podrán contemplar como factores de variación diferencias basadas en horarios, categorías de usuarios, el uso o el aprovechamiento o afectación de las obras o servicios entre otros. Asimismo podrá considerar la rentabilidad razonable del proyecto y la incidencia de la contraprestación pública otorgada.
- Incluye a los proyectos realizados en el marco de la Ley N° 27.328 podrán acceder al tratamiento tributario previsto en la [Ley N° 26.360](#) (Tratamiento Fiscal Especial – Bienes de Obras de Infraestructura).
- Cuestiones tributarias varias (Impuesto a las Ganancias).

Corresponde agregar, por último, que por el [Decreto N° 153/18](#), fue aprobada la reglamentación del Fideicomiso PPP, estableciendo, entre otras cuestiones relevantes, que:

- Se registrará por un Acuerdo y Reglamento Marco del Fideicomiso PPP al cual deberán adherirse las partes de los Fideicomisos Individuales PPP.
- Tendrá una **duración de 30 años**, contados a partir de la fecha de la celebración del contrato de fideicomiso. Durante dicho plazo, se podrán constituir Fideicomisos Individuales PPP, bajo su órbita.

²⁵ CCCN: **Art. 765.- Concepto.** La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

²⁶ Ley N° 23.928: **Art. 7°** — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto.

Art. 10 — Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

- Designa al Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. ("BICE") como organizador y fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP.
- Los fiduciantes serán los Ministerios a cuya jurisdicción correspondieren los proyectos a ser desarrollados mediante contratos de PPP celebrados de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27.328, otros entes del sector público nacional que actúen en calidad de autoridad convocante en los términos de la referida ley y su reglamentación, así como todo otro ente u organismo competente para actuar como fiduciante en el marco de uno o más contratos de fideicomiso.
- Serán beneficiarios aquellas personas humanas o jurídicas titulares de los valores fiduciarios PPP, certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos Individuales PPP, así como todo otro ente u organismo que se determine en cada contrato de fideicomiso de acuerdo al proyecto.
- El patrimonio de los Fideicomisos Individuales PPP quedará irrevocablemente afectado a las obligaciones asumidas bajo cada contrato de Fideicomiso Individual PPP, suscripto en el marco de la Ley N° 27.328 y del art. 60 de la Ley N° 27.431.
- Toda controversia que pudiese surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación del contrato de Fideicomiso PPP, de los contratos de Fideicomisos Individuales PPP, del convenio de adhesión al fideicomiso, de los certificados, valores negociables, títulos valores, actas, instrumentos o títulos de reconocimiento de inversión que sean emitidos por los Fideicomisos Individuales PPP y/o de los contratos de cobertura recíproca, en tanto integrantes de la documentación contractual de cada proyecto a ser desarrollado mediante el contrato de participación público privada celebrado de conformidad con lo establecido por la Ley N° 27.328 y con lo previsto en el art. 60 de la Ley N° 27.431, podrán ser resueltos mediante arbitraje. En caso de optarse por un arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la Argentina, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados en forma expresa e indelegable por el PEN.
- Faculta a los Ministros o a la Autoridad Superior del ente que actuará como autoridad convocante, a suscribir, en su carácter de fiduciante, el contrato de Fideicomiso Individual PPP, así como a celebrar y emitir todos los actos jurídicos que fueren necesarios para la consecución del fin que se persigue.
- Instruye al BICE a que formule y suscriba el Acuerdo y Reglamento Marco del Fideicomiso PPP, así como a celebrar y emitir todos los actos jurídicos que fueren necesarios para la consecución del fin que se persigue.
- Establece que los compromisos contingentes contemplados en el art. 16 de la Ley N° 27.328²⁷ podrán instrumentarse mediante aportes contingentes del Estado Nacional comprometidos por las autoridades convocantes y entes contratantes, según corresponda.

En materia impositiva, se destaca el dictado del [Decreto N° 300/18](#), como probable respuesta del Estado Nacional a los requerimientos informales de los inversores en general, y vinculados a la primera licitación de PPP por los corredores viales llevada adelante por la Dirección Nacional de Vialidad, en donde se estableció que:

- El componente de interés de los certificados, valores negociables de los certificados, títulos valores, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP, que emita el Fideicomiso Individual PPP que se constituya en virtud de lo previsto en el art. 60 de la Ley N°

²⁷ Ley N° 27.328: Art. 16. — *En el caso que el contrato de participación público-privada comprometa recursos del presupuesto público, previo a la convocatoria a concurso o licitación deberá contarse con la autorización para comprometer ejercicios futuros prevista en el artículo 15 de la ley 24.156 y sus modificatorias, la que podrá ser otorgada en la respectiva ley de presupuesto general o en ley especial, siempre y cuando el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el sector público no financiero en los contratos de participación público-privada calculados a valor presente, no exceda el siete por ciento (7%) del producto bruto interno a precios corrientes del año anterior. Este límite podrá ser revisado anualmente, junto al tratamiento de la ley de presupuesto, teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país y el impacto de los compromisos sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas.*

27.431 para un proyecto de PPP, tendrá en el Impuesto al Valor Agregado el tratamiento previsto en el art. 74 de la Ley N° 27.431.²⁸

- A los fines de la determinación del Impuesto a las Ganancias, los contratistas considerarán como costo computable de los certificados, títulos valores, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista PPP, que emita el Fideicomiso Individual PPP, el valor nominal de dichos instrumentos, neto de su componente de interés que no haya sido devengado en función del tiempo según las disposiciones del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.
- Sustituye el art. 9° del [Decreto N° 153/18](#).
- Encomienda al BANCO DE INVERSIÓN Y COMERCIO EXTERIOR S.A., en su carácter de fiduciario del Fideicomiso PPP y de los Fideicomisos Individuales PPP, a preparar los documentos de oferta (prospectos u otros documentos habituales) y sus suplementos y enmiendas; contratar agentes, suscribir acuerdos y otorgar indemnidades correspondientes a la información de los bienes fideicomitados de cada Fideicomiso Individual PPP y a toda la información obrante en el correspondiente prospecto, respectivamente; integrar todo otro documento necesario para que los títulos valores fiduciarios PPP puedan negociarse y registrarse en mercados locales autorizados y en mercados internacionales y realizar todo otro acto que resulte conducente a fin de obtener la registración de los títulos valores fiduciarios PPP en dichos mercados.
- Las indemnidades que otorgue el fiduciario de cada Fideicomiso Individual PPP podrán ser incluidas como documentación contractual y sometidas a arbitraje local o internacional en los términos y con el alcance del art. 25 de la [Ley N° 27.328](#) y con cargo al Fideicomiso Individual PPP respectivo.
- Autoriza a los fiduciantes de los Fideicomisos Individuales PPP a otorgar los compromisos e indemnidades correspondientes a la información de los bienes fideicomitados de cada Fideicomiso Individual PPP y a toda la información obrante en el correspondiente prospecto, respectivamente, a efecto de facilitar la colocación y negociación de los títulos valores fiduciarios PPP en los mercados locales autorizados y en los mercados y/o sistemas y ámbitos de negociación internacionales.

Por [Decreto N° 301/18](#) se procedió a constituir la reserva de liquidez de Fideicomiso creado por el [Decreto N° 976/01](#) (Tasa sobre Gasoil), en el 1,5 % del total del producido mensual de los impuestos establecidos en los Capítulos I y II del Título III de la [Ley N° 23.966](#) (t.o. 1998) y sus modificatorias, con el objeto de cubrir distorsiones. Establece que: (i) los recursos integrados al citado Fideicomiso (art. 19, inc. f), serán distribuidos previa aplicación del descuento correspondiente a la reserva de liquidez: (a) 50% al SISTEMA VIAL INTEGRADO (SISVIAL); (b) 32,5% al SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE AUTOMOTOR (SISTAU); (c) 17,5% al SISTEMA FERROVIARIO INTEGRADO (SIFER); (ii) los recursos integrados al Fideicomiso (art. 19, inc. g) serán distribuidos previa aplicación del descuento correspondiente a la reserva de liquidez: (a) 65%, al SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE AUTOMOTOR (SISTAU); (b) 35% al SISTEMA FERROVIARIO INTEGRADO (SIFER). Asimismo, se destina a partir del 1° de enero de 2020 la totalidad de los fondos con cargo al SISTEMA VIAL INTEGRADO (SISVIAL) al Fideicomiso Individual PPP que se constituya conforme lo previsto en el art. 60 de la Ley N° 27.431 para el Programa Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS) con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

²⁸ Ley N° 27.431: Art. 74.- Las operaciones y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, compraventa, cambio, permuta, conversión, amortización, intereses, disposición, cancelaciones y demás resultados de los certificados, valores negociables, títulos valores —incluyendo los títulos valores fiduciarios PPP— o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del Contratista PPP, emitidos por el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP, tendrán el mismo tratamiento impositivo que las obligaciones negociables que cumplan con los requisitos del artículo 36 de la ley 23.576 y sus modificatorias, no resultando de aplicación, de corresponder, el artículo 21 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones.

PPP Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS²⁹

CUESTIONES GENERALES

Como queda en alguna medida evidenciado del presente informe y del anterior, el sistema de garantías establecido en la [Ley N° 27.328](#) y su reglamentación proponen una verdadera carta de triunfo (derecho) al futuro e interesado inversor.

El Estado parece transformarse casi en un verdadero espectador, en un río de capitales que espera desembocar –a modo de estuario– en la República Argentina. El desembarco esperado es producto de necesidades pasadas, presentes y futuras, con respuestas espásticas, desintegradas e inorgánicas, desde el Estado y fuera de él. Necesidades internas y externas, autogeneradas, heredadas o impuestas. No importa ello. Siempre necesidades y urgencias que marcan las fallas de agendas y diagnósticos errados sobre la realidad y sus circunstancias. Es improbable, recuerda Ross, que *“el hombre tenga una conciencia innata de cuáles son los objetos adecuados para satisfacer una determinada necesidad. La urgencia es originariamente ciega, un esfuerzo que carece de meta.”*³⁰

En materia de inversión extranjera, si algo dejó expuesto la experiencia de los años noventa del pasado siglo fue que la apertura indiscriminada al capital extranjero sin una regulación transparente, precisa y clara al momento de ingreso de la inversión a nuestro país implica, al momento de generarse externalidades negativas –cualesquiera que sean las causas– una eventual responsabilidad del Estado Nacional para con ese inversor directo o indirecto (derivado), pero también el fracaso en la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos delegados transestructuralmente por ese mismo Estado.³¹

El camino recorrido luego de la crisis argentina de 2001/2002 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y en otros arbitrajes no institucionales tramitados bajo los Reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”)³² denota un sendero de penumbra en el que el riesgo político se ha caracterizado por una fuga jurisdiccional hacia fuera de nuestro país. Penumbra donde la soberanía y el Derecho interno del Estado, el estado de necesidad, la crisis económica, política y social, y la conducta de la contraparte privada, en muchos casos, no han sido suficientes argumentos ni alicientes para que los tribunales *ad hoc* que han tenido intervención contemplaran, por ejemplo, que los contratos que se oponen a una política pública no son ejecutorios³³ en el plano nacional e internacional.

²⁹ Ver DIANA, NICOLÁS, “El arbitraje en el Contrato de Participación Público-Privada,” *LL - Suplemento de Derecho Administrativo*, septiembre 2017 – N° 6, p. 1.

³⁰ ROSS, ALF (CARRIÓ, GENARO, trad.), *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 347.

³¹ Según BARRA esa delegación es la “que permite al ente privado tomar el lugar del sujeto público en la relación jurídica administrativa, lugar que este último hubiera ocupado de no mediar tal delegación transestructural. De esta manera, en el marco de la delegación y en lo que resulte esencial para el cumplimiento del cometido público delegado, la relación jurídica entablada por estos entes (que, insisto, siguen siendo privados) estará regida por el Derecho Administrativo, salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídico-privada del ente (v. gr., normas sobre competencia; estabilidad de su personal; relación jerárquica con otra persona u órgano estatal, etcétera)”. (BARRA, RODOLFO C., “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública,” *LL*, 1982-D, 356; *Principios de Derecho Administrativo*, p. 246.)

³² Más de cincuenta, para ser exactos. En el CIADI, solamente, se encuentran registrados 54 casos contra la Argentina, 41 de ellos concluidos y sólo 13 aún pendientes a la fecha (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>). Se ha sostenido que: “El sistema actual de arbitraje internacional es consecuencia de los cambios producidos entre las décadas de los cincuenta y los sesenta del pasado siglo. Luego de fracasar los intentos por crear instrumentos multilaterales de protección de inversiones, se optó por acudir a instrumentos bilaterales, orientados a promover y proteger las inversiones recíprocas. Tal fue el origen, en 1959, de los TBIs. Poco después, en 1965, se suscribió la Convención CIADI, por medio de la cual se creó un centro institucional especializado en administrar mecanismos de solución de disputas Estado-inversor, como el arbitraje” (HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, “El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones”, *Revista de Derecho Público*, Año 25, N° 50, Montevideo, diciembre 2016, p. 149).

³³ Cfr. POSNER, RICHARD A., op. cit., p. 108.

En la Argentina, no obstante, se confunden y potencian los riesgos (que poseen una cierta base de evidencia objetiva) con las incertidumbres (que responden a una base más intuitiva e imprecisa), y su mezcla nos coloca en una propensión marginal a que las cosas (proyectos, políticas, decisiones) no produzcan los resultados esperados (según el estado de cosas deseable, por ejemplo, por el legislador). La percepción (y aceptación) de las incertidumbres depende como sociedad, necesariamente, del reconocimiento de intereses (diferenciales y comunes) y necesidades fundamentales (no ordenadas) por los ciudadanos considerados como seres libres e iguales³⁴, en una deliberación donde los intereses particulares no han sabido encauzarse, para el caso argentino, en la gruesa vena del río.

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en 2014 y vigente desde agosto de 2015, no regula el arbitraje público ni tampoco se ocupa del arbitraje de inversión ni el comercial internacional. A ello se suma que, a nivel federal, el juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Libro VI, artículo 736 y ss.) y, en general, en los códigos procesales provinciales.

En el orden nacional existe en trámite, con estado parlamentario y media sanción del Senado, un Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional que implementa domésticamente la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985, con las enmiendas de 2006³⁵; y otro proyecto paralelo y complementario que modifica el Capítulo de Contrato de Arbitraje en el Código Civil y Comercial, morigerando el alcance del orden público en el arbitraje comercial, entre otros aspectos.³⁶

Ambos proyectos legislativos se motivan en una iniciativa canalizada a través del “[Programa Justicia 2020](#)”. En el marco de las discusiones previas de dicho Programa, la coordinadora de la iniciativa AGUSTINA DÍAZ CORDERO sostuvo en algunas de las reuniones que la adopción de la Ley Modelo CNUDMI “*constituye una herramienta fundamental para atraer inversiones extranjeras*”, agregando que “en Latinoamérica, Argentina es el único país que aún no ha adoptado la Ley Modelo. Uruguay ha elevado recientemente el proyecto al Senado. El mercado global exige un derecho con cada vez mayor tendencia a la uniformidad.”³⁷ La Ley de Arbitraje Comercial Internacional propiciada se constituiría, así, como una garantía adicional para los inversores.

La importancia relativa de tales proyectos se potencia con lo normado en la Ley N° 27.328 como ley especial frente al texto vigente del Código Civil y Comercial de la Nación, como válvulas de escape al Derecho Administrativo.

La desconfianza del inversor extranjero frente a los tribunales nacionales (patrimonio no únicamente argentino, aclaramos) motivada por nuestra aversión a la justicia y el descrédito instalado en el imaginario colectivo (a veces no tan imaginario)³⁸ respecto al rol de nuestros jueces, su independencia e imparcialidad, decanta en la figura del arbitraje como una garantía adicional de la carta de triunfo (en la fuga al Derecho argentino en general y al Derecho Administrativo en particular), en la sustracción a la competencia de los órganos judiciales nacionales.³⁹

En esa sustracción de competencias público-privadas, el arbitraje se ha consagrado como el principal método privado de resolución de las controversias comerciales internacionales, en el que las partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales.

³⁴ Cfr. RAWLS, JOHN (DE FRANCISCO, ANDRÉS, trad.), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, ps. 148-149.

³⁵ EXP-PE N° 228/16, iniciado el 01/11/16.

³⁶ EXP-PE N° 13/17, iniciado el 03/03/17.

³⁷ <https://www.justicia2020.gob.ar/se-encuentra-disponible-anteproyecto-ley-arbitraje-comercial-internacional/>

³⁸ Cfr. NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2005.

³⁹ Cfr. FELDESTEIN DE CÁRDENAS, SARA Y LEONARDI DE HERBÓN, HEBE M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 12.

La práctica del arbitraje se desarrolla en todo el mundo, sin banderas nacionales “ni otros símbolos de autoridad. No existen ujieres, peluquines ni togas; se trata sencillamente de un grupo de personas sentadas en torno de una mesa en una sala alquilada para la ocasión”⁴⁰. Alquiler y ocasión (oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo)⁴¹ parecieran ser aspectos que denotan el carácter transitorio y no definitivo de la facultad otorgada a terceros ajenos al Estado para dirimir un conflicto o controversia entre dos o más partes.

Cuando “personas sinceras y buenas difieren, nos inclinamos a pensar que aceptan algún procedimiento para decidir sus diferencias, algún procedimiento que consideran confiable o justo.”⁴² El arbitraje parecería ser, a la luz del inversor extranjero, este procedimiento –en principio– confiable y justo, no necesariamente menos oneroso ni rápido, que el proceso judicial.

El Grupo Banco Mundial (*World Bank Group*) informa para los inversores extranjeros, en su página oficial vinculada a la figura del PPP, los distintos sistemas de resolución de disputas disponibles, la importancia de entender qué formas de reparación legal están disponibles para las distintas partes involucradas en un proyecto de infraestructura. Se refiere, así, que: “*Los inversionistas extranjeros estarán generalmente nerviosos sobre confiar en un sistema legal que no entienden y/o saben [...] El sistema judicial de un país puede ser ineficiente y lento, con la posibilidad de retrasar el proyecto ampliamente. El sistema judicial puede ser costoso y corrupto [...] El Poder Judicial tampoco puede ser considerado como suficientemente independiente del gobierno para hacer que el operador privado se sienta cómodo de que se dispondrá de una reparación justa. ¿Puede haber una ley administrativa y un tribunal administrativo para tratar las disputas con entidades gubernamentales?*”. Agregando que: “*El arbitraje tiene ciertas ventajas sobre los tribunales: Las partes eligen su tribunal; El arbitraje puede ofrecer una mayor garantía de una decisión justa y competente, con la participación de árbitros con la experiencia adecuada; Las partes pueden nombrar personas con competencias específicas apropiadas, incluidos expertos que no sean abogados; Los procedimientos de arbitraje pueden ser más flexibles [...] A menudo se puede llegar a una decisión final más rápidamente porque el derecho a apelar puede ser más limitado que el derecho a apelar la decisión de un juez*”.

El organismo multilateral también expresa que, en algunos países, “*los tribunales pueden ser capaces de anular o negar la ejecución de un laudo arbitral extranjero. La aplicación de las decisiones arbitrales extranjeras es requerida por la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que 137 países han firmado. Por lo tanto, es importante comprobar si el país anfitrión es signatario de la Convención antes de considerar el arbitraje. Si no es así, habrá que considerar si existe una ley de arbitraje que proporcione protecciones similares. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución líder en la solución de disputas de inversión entre inversionistas y Estados. 153 Estados se convierten en miembros del CIADI al ratificar la convención del CIADI. Los Estados Miembros tienen acceso a los servicios del CIADI y deben acordar hacer cumplir las decisiones del CIADI. Los Estados también han acordado que el CIADI constituya un foro para la solución de controversias inversionista-Estado por ley o por contrato, o mediante tratados bilaterales y multilaterales de inversión...*”⁴³.

La vida de un contrato, sobre todo a mediano o largo término, no está libre a existencia de conflictos, dudas, desavenencias, que hacen a su interpretación, alcance, contenido y cumplimiento e incumplimiento, derechos y obligaciones. La ventaja comparativa del arbitraje frente a la vía judicial respondería, según se ha dicho, a dos

⁴⁰ REDFERN, ALAN, HUNTER, MARTIN, BLACKABY, NIGEL, PARTSIDES, CONSTANTINE (MARIGO, NOIANA Y OSSA, FELIPE, rev. y adap.), *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 59.

⁴¹ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 23ª ed.: <http://dle.rae.es/?id=QgZOPdq>.

⁴² NOZICK, ROBERT (TAMAYO Y SALMERÓN, ROLANDO -trad.-), *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 2012, p. 103.

⁴³ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/dispute-resolution>. Traducción libre, el original está en inglés.

razones principales: (a) la posibilidad de las partes de elegir una jurisdicción y un tribunal *neutrales*, y (b) la posibilidad de ejecutar una decisión (laudo) contra la parte vencida no solamente en el lugar de su dictado, sino también en el ámbito internacional (v. gr. en todos los países que hayan ratificado, por ejemplo, la Convención de Nueva York de 1958, entre otros tratados internacionales)⁴⁴.

Pero, “*no todo es un lecho de rosas*”, ya que se ha observado al arbitraje, por: los costos, las facultades restringidas de los árbitros, la existencia de laudos contradictorios, entre otros puntos críticos.⁴⁵

Un aspecto emergente frente al PPP y los compromisos internacionales en materia de inversión asumidos por los Estados, es su interpretación frente a las denominadas “cláusulas paraguas”, en cuanto incluyen como materia de tutela internacional no sólo obligaciones o compromisos contractuales, sino también legales y regulatorias y su violación se traduce, en principio, en responsabilidad internacional del Estado.⁴⁶ Otra cuestión adicional es la atinente a la ejecución judicial de laudos dictados por tribunales arbitrales al amparo de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y del Convenio CIADI.⁴⁷

La jurisprudencia nacional ha señalado que: “*de las normas continentales en el Convenio citado, surge que, en principio, un laudo dictado conforme el procedimiento CIADI, no requiere del trámite del exequátur para ser ejecutado. Por ende, al haberse adherido la República Argentina a dicho convenio, hizo renuncia al procedimiento de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos que emitiera un tribunal de arbitraje constituido bajo las reglas de CIADI. Ello, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de ejercer prudentemente sus atribuciones, efectuando incluso, un control de la posible afectación de principios de orden público. En efecto, la Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411). En este último sentido, se señaló que a dicho principio ‘debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en una sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (Fallos: 319:2411, considerando 5°)’”.*⁴⁸

Esta decisión no es menor, por cuanto ha sido la primera en la que un tribunal argentino ha tenido que resolver sobre el carácter autoejecutivo de un laudo CIADI y la innecesariedad de un *exequatur* para su ejecución nacional, a la luz de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI.⁴⁹

⁴⁴ REDFERN, A. *et al*, op. cit., p. 85, 1-41. La República Argentina ratificó dicha convención por Ley 23.619 (1989). Ver también: TAWIL, GUIDO S. y ZULETA, EDUARDO (dirs.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

⁴⁵ REDFERN, A. *et al*, op. cit., p. 87, 1-45.

⁴⁶ Cfr. “Sempra Energy v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Jurisdicción, 11/05/05, ¶101; “LG&E v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad, 03/10/06, ¶175. En contra de tal identificación: “El Paso Energy International Company v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/03/15), Decisión sobre Jurisdicción, 27/04/06, ¶81; “Joy Mining Machinery Limited v. Egipto” (Caso CIADI No. ARB/03/11), Decisión sobre Jurisdicción, ¶81.

⁴⁷ Aprobado por Ley 24.353 (1994).

⁴⁸ C. Nac. Com., Sala A, “CCI - COMPAÑIA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. s/Pedido de quiebra por República de Perú”, 18/08/15; con cita del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación; Fallos, 336:503; 337:133; UZAL, MARIA ELSA, “Breve panorama del Arbitraje Comercial Internacional en Argentina”, JA, 04/03/15.

⁴⁹ Vale mencionar, al igual que lo hace el fallo de la Sala A, que no se requiere el *exequatur* a las sentencias emergentes de disputas en materia de inversión (BIT + CIADI), probablemente en la línea de ideas que no las consideraría “sentencias extranjeras” sino “sentencias internacionales”, en tanto dictadas dentro de un marco de arbitraje al que se arriba en función de una convención internacional activada por un tratado bilateral entre Estados soberanos a los que se les aplica el principio *pacta sunt servanda* (conf. ROSATTI, HORACIO D., “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, LL, 2003-F-1283). En síntesis, bastaría así “para su reconocimiento y ejecución la presentación de una copia certificada de él ante el tribunal o autoridad competente que cada Estado contratante designe a ese propósito” (TAWIL, GUIDO, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, LL, 2000-D, 1106). No obstante ello, la aplicación de tales normas, exige también considerar por el operador jurídico lo normado en el artículo 55, en cuanto dispone que: “Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

En lo que respecta al PPP, como una excepción a lo normado en el propio Código Civil y Comercial, la Ley N° 27.328 establece en su art. 11 que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en los pliegos y el contrato, supletoriamente se aplicarán sus normas. Recordamos que los arts. 1764 y 1765 del citado Código disponen que las disposiciones de su Capítulo 1 - Título V (“Responsabilidad Civil”) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, y que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda. A su vez, el art. 10 de la [Ley N° 26.944](#), establece que *“la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria...”*⁵⁰.

Pese a tales restricciones normativas, se ha indicado que el deber de prevención del daño (agregamos, sea de carácter contractual o extracontractual, por su actividad lícita o ilícita) traduce un principio general del derecho y constituye una derivación *“de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados—”*. Exigibilidad que podrá ser invocada, en tanto corresponda, respecto al Estado, sus entes y funcionarios⁵¹. Este es un punto interesante, en cuanto al alcance y régimen aplicable en la Argentina, a la responsabilidad de la parte “pública” del PPP y eventuales incumplimientos, sea como “socio” o “soberano”, en el ejercicio de prerrogativas públicas.

La diferenciación no es menor, sobre todo, frente a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley N° 27.328, en cuanto establece que: *“Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación”*. Dicha norma no excluye que el arbitraje sea en el exterior y es probable que ello se verifique ante la presencia de empresas extranjeras. La experiencia en el derecho comparado y el comunitario lleva a la recepción de procedimientos de solución de controversias que habiliten una conciliación y negociación amistosa entre las partes, no excluyendo —más allá del arbitraje— su judicialización cuando así lo habiliten las normas legales o contractuales.⁵²

En su momento se había expresado, frente al proyecto que devino en la actual Ley 27.328, que: *“... en el contrato o en los pliegos se podrá optar sobre si las disputas serán resueltas ante los tribunales de justicia competentes de la Argentina, o a través de un proceso arbitral. Ahora bien, de inclinarse por la segunda opción, el proyecto dispone que solamente podrán interponerse contra el laudo el recurso de nulidad o el de aclaratoria y que el primero podrá interponerse solamente cuando se haya violado el debido proceso adjetivo en el curso del procedimiento arbitral, excluyéndose expresamente la aplicación del tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación. Estas disposiciones tuvieron por objeto evitar que, respecto de los contratos de PPP, sea aplicable la deficiente regulación que incorporó para el arbitraje el Código Civil y Comercial, particularmente la vinculada a la amplitud del control judicial sobre el arbitraje. Respecto de este último punto, también es importante que en el futuro la Corte Suprema de Justicia de la Nación respete la voluntad legislativa... y*

⁵⁰ DIANA, NICOLÁS, “Cuestiones generales sobre el Contrato de Participación Público Privada,” LL, 2017-B.

⁵¹ TAWIL, GUIDO, “Exigibilidad frente al estado del deber de prevención del daño,” LL, 2015-F, 482.

⁵² Para el caso europeo, se ha señalado que: *“Formal dispute resolution procedures for the efficient and cost effective determination of issues arising during the contract should be put in place as an alternative to legal procedures. The contract manager must endeavour to resolve matters in dialogue and discussion wherever possible. Where this fails and more formal dispute resolution procedures are invoked (such as conciliation, arbitration and litigation), the contract manager should have comprehensive records of all relevant issues and be capable of giving evidence and generally supporting the Contracting Authority throughout the process”* (Comisión Europea, “Guidelines for successful public – private partnerships”, marzo 2003, p. 94, publicado en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.)

consecuentemente, el Máximo Tribunal se abstenga luego de pretender efectuar controles más extensos de los que el legislador le ha encomendado.”⁵³

Debe señalarse, sin embargo, como corolario al llamado a la abstinencia judicial postulada, que el control de constitucionalidad de las normas y la función de impartir justicia no surge de la ley, sino de la Constitución. La ventaja, acierto o desacierto de una medida legislativa escapa a ese control, “*pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial*”⁵⁴. Esto, porque la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera⁵⁵. La deficiencia de la regulación pasada, presente o futura no marcaría sino la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, la que en principio no se presume⁵⁶.

La problemática en los supuestos de elección de vías podrá implicar la coexistencia de distintos mecanismos contractuales y legales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, de solución de controversias, al amparo incluso de normas bilaterales de protección de inversiones (BIT).⁵⁷

De ese modo, previo al sometimiento de un reclamo local o arbitral en el marco del PPP, el inversor (extranjero) deberá considerar una eventual admisibilidad de un futuro reclamo internacional⁵⁸ a la luz del inicio de otras acciones con base idéntica a la de un eventual arbitraje de inversión bajo la cláusula de solución de controversias de un BIT.⁵⁹ Se tiene dicho que la pérdida “*de la jurisdicción arbitral en los casos de existencia de procedimientos ante la jurisdicción local dependerá del criterio seguido por el tribunal arbitral interviniente en la medida en que, para que se produzca la referida superposición, se requiere –en principio– que se trate de la misma controversia, entre idénticas partes. En general, se ha sostenido que en caso de duda respecto a la existencia de tal superposición el conflicto debe ser resuelto en favor de la admisión de la jurisdicción arbitral habida cuenta de que, en razón de los beneficios que ella confiere a los inversores, no puede presumirse con ligereza la renuncia voluntaria del inversor a ella.*”⁶⁰ Principio cardinal, este último, reconocido en el art. 948 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el sentido que “*la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva.*”

La intervención de los tribunales locales, una vez que han decidido una cuestión determinada, es definitiva e irrevocable⁶¹ —salvo que pueda acreditarse una denegación de justicia⁶²—. Deberá sopesarse, en cada caso particular, la existencia de identidad de partes, derecho y objeto; si la acción local, por caso, no tuvo carácter

⁵³ AZZARRI, JUAN CRUZ Y VEGA OLMOS, JIMENA, op. cit.

⁵⁴ Cfr. Fallos, 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032, y 330:3109, entre otros.

⁵⁵ Cfr. Fallos, 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416.

⁵⁶ Cfr. Fallos, 315:1922; 321:2021 y 2453; 322:2189; 329:4007, entre otros.

⁵⁷ Al respecto, ver entre otros: ROBINSON, J. MICHAEL, Q.C., “ICSID Cases on Its Jurisdiction: A Serious Problem for Public/Private Partnerships for Infrastructure in Developing Countries”, *International Business Lawyer*, diciembre 2004, p. 263 y ss.; SEUNGWOO, SON, *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, junio 2012, publicado en: https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf.

⁵⁸ Ver: SAE YOUN, KIM Y TAEJOON, AHN, “Investment arbitration and parallel proceedings”, *The Investment Treaty Arbitration Review*, 2ª ed., Londres, Law Business Research, 2017, ps. 78-89.

⁵⁹ Como aproximación actual, ver: RUFF, DEBORAH Y TAN, TREVOR, “Fork-in-the-Road clauses. Divergent paths in recent decisions”, *International Arbitration Report*, Norton Rose Fulbright, 2015, Issue N° 5, ps. 12-14.

⁶⁰ TAWIL, GUIDO, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’”, *LL*, 2003-A, 914.

⁶¹ Ver SCHREUER, CHRISTOPH, “Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Investment & Trade*, 2004, p. 239.

⁶² Cfr. “Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania” (Caso CIADI No. ARB/07/21), Laudo, 30/07/09, p. 61 a 63 y 67 a 68, y sus referencias.

meramente defensivo⁶³ y fue consecuencia de una decisión completamente libre y no forzada por el propio ordenamiento jurídico para evitar la pérdida de un derecho⁶⁴.

Los reclamos de carácter contractual derivados de un PPP no tienen las mismas causas de acción que los reclamos fundados en un BIT⁶⁵, debiéndose también considerar el inicio de procesos (judiciales-arbitrales) paralelos, alternativos y/o simultáneos, fundados en los mismos hechos o circunstancias, aunque las reglas sustantivas aplicables puedan ser diferentes y elegidas según la conveniencia del inversor (*forum shopping*)⁶⁶.

En defensa sobre su operatividad, se ha postulado que las cláusulas de *forum shopping* constituyen una protección adicional para los inversores frente al riesgo de que Estados o grupos de Estados puedan *capturar* un foro en particular⁶⁷.

Esta protección o blindaje jurisdiccional, incluso entre mecanismos de resolución de controversias de distintos BIT, se encontraría abarcada en la Cláusula de Nación más Favorecida (MFN).

En el recordado caso “Maffezini”⁶⁸, un tribunal CIADI tuvo para sí que el arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias “*han reemplazado prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo.*”⁶⁹

Si un tratado con un tercer Estado, “*contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis*”⁷⁰. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio”⁷¹.

La aplicación de la cláusula MFN tendría, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública, a saber: (1) Si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia; (2) Si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, y la estipulación es imperativa; (3) Si el

⁶³ Cfr. “Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina” (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14/01/04, ¶98.

⁶⁴ Cfr. “Occidental v. Ecuador” (Caso No. UN3467), LCIA, Laudo, 01/07/04, p. 60 y ss.

⁶⁵ Cfr. “Toto Costuzioni Generali S.P.A. v. Republic of Lebanon” (Caso CIADI No. ARB/07/12), Decisión sobre Jurisdicción, 11/09/09, p. 217.

⁶⁶ Ver: GAUKRODGER, DAVID Y GORDON, KATHRYN, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, en *OECD Working Papers on International Investment*, marzo 2012, p. 51 y ss., publicado en: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf.

⁶⁷ GAUKRODGER, D. Y GORDON, K., op. cit., p. 52.

⁶⁸ Cfr. “Maffezini, Emilio Agustín v. Reino de España” (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción, 25/01/00.

⁶⁹ Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 55.

⁷⁰ Del mismo tipo, clase o género.

⁷¹ Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 56.

acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje; y (4) Si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes.

En cualquier caso, siempre debe *“quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.”*⁷²

Dentro de este verdadero *menú* o *catálogo* de foros disponibles para el sujeto privado en el marco de un PPP, hemos adelantado que el Capítulo VII de la N° Ley 27.328, en sus arts. 25 a 27, regula la “Solución de Controversias”. Entre otras cosas, se autoriza allí la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y arbitraje, y establece en el artículo 26 que contra laudos arbitrales definitivos cuya sede sea la República Argentina sólo podrán interponerse los recursos del art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo dar *“lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente. En ningún caso será de aplicación a dichos laudos el tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación.”*⁷³

Ante dicha solución normativa, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, *“no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable.”*⁷⁴

Este criterio jurisprudencial, criticado mayormente por la doctrina vernácula⁷⁵, ha sido morigerado en decisiones posteriores del Máximo Tribunal en lo que respecta a arbitrajes comerciales⁷⁶. La Ley N° 27.328 estatuye una situación jurídica que innova ya no en la posibilidad cierta de arbitrar ciertas cuestiones contractuales y renunciar, en el compromiso arbitral a la interposición de ciertos recursos judiciales ordinarios contra un eventual laudo desfavorable. El nuevo régimen legal (PPP) con vocación de abstracción, generalidad y permanencia, recepta así dicha “renuncia” a nivel normativo y no contractual, elevando el grado de tutela de contractual a garantía procesal.

Sin entrar en el análisis casuístico de la extensión en la revisión de los laudos, la aplicación de la doctrina “*Cartellone*” aun por ultraactividad, luego de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es un aspecto a tener en cuenta en razón del régimen jurídico en comentario.

Se han señalado como notas relevantes de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 118/17, que la designación de uno o tres árbitros de derecho es similar al procedimiento normado en la Ley Modelo CNUDMI,

⁷² Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 63.

⁷³ El tercer párrafo del artículo 1656, establece que: “Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

⁷⁴ Fallos, 327:1881 (2004, *in re* “Cartellone”) con cita de Fallos, 292:223.

⁷⁵ Por todos ver: ROTHENBERG, MÓNICA, “La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación,” *RCCyC* 2016 (junio), p. 27 y ss.

⁷⁶ Nos referimos a: Fallos, 329:3399 (2006) y 331:422 (2008).

destacándose como obligación de las partes, que reconozcan en el contrato PPP: “1. 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. Esta solución no solo es coincidente con el Modelo UNCITRAL que marca el principio de la independencia del arbitraje ante la invalidez del contrato, sino que además coincide con lo estipulado en el CyCCN: 1653;⁷⁷ y 2. 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. El texto de este punto es idéntico al estipulado en el CCyCN: 1654⁷⁸. Se fijan así los principios de ‘Kompetenz-Kompetenz’ (los árbitros pueden resolver sobre su propia competencia y las demás cuestiones establecidas en el mismo) y el principio de preservación de la jurisdicción arbitral”⁷⁹ (el énfasis está en el original).

Otro aspecto relevante, desde el plano del Derecho Administrativo, es que se establece residual y expresamente que en caso de no constituirse un Panel Técnico ni haberse pactado Arbitraje, resultarán aplicables las vías de impugnación previstas en el Decreto Ley 19.549/72 y su reglamentación, de corresponder y en los términos allí previstos. Hubiera sido por demás útil, para el operador jurídico, el Estado y la futura contraparte privada, haber aclarado con mayor precisión cuando serán aplicables las vías de impugnación allí normadas, máxime cuando se traten de reclamos de naturaleza contractual, donde la vía recursiva no es la idónea para el reconocimiento de la pretensión ni es intercambiable⁸⁰.

A su vez, en caso de no haberse constituido un Panel Técnico y haberse pactado Arbitraje, las vías de impugnación previstas en la última norma mencionada y su reglamentación serán opcionales para el Contratista PPP, de corresponder y en los términos allí previstos. En este último 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 este.

La experiencia en el Derecho comparado frente a los *Dispute Resolution Boards* ha sido dispar. En particular y sin abrir juicio de valor, para el caso chileno se ha postulado que si bien la introducción de dicha figura “*resulta altamente auspiciosa, resulta necesario plantearse la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley y los respectivos contratos. Ello apela a la consagración de una vía contencioso administrativa para la solución oportuna de los conflictos con la administración del Estado. Esta jurisdicción constituye una deuda pendiente que al siglo XXI resulta difícil de explicar su inexistencia.*”⁸¹

⁷⁷ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1653: “Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

⁷⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1654: “Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

⁷⁹ BUSTINGORRY, RODRIGO, “Arbitraje en Argentina en contratos público-privados”, CIAR Global, 03/03/17, <http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/>.

⁸⁰ Al respecto, ver: KODELIA, GONZALO S., “Recursos y reclamos: ¿quién es quién en el procedimiento administrativo?”, *SJA*, 2012/07/18-3, *JA*, 2012-III-1418.

⁸¹ CAMACHO CÉPEDA, GLADYS, “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410”, *Derecho Público Iberoamericano*, N°4, abril 2014, p. 162.

La deuda del legislador argentino hacia el Derecho Público se agrava en este punto por la imposibilidad política —desinterés, más bien— a lo largo de todo el siglo XX y estos casi primeros veinte años del siglo XXI, en la regulación orgánica del proceso judicial en el que el Estado Nacional es parte (actora o demandada), con autonomía de la materia y el derecho aplicable. Desde la doctrina nacional, se comparte el desafío actual *“del Derecho Administrativo global: La construcción de un orden jurídico mundial equilibrado que integre la diversidad de los pueblos y no que imponga la uniformización de ciertos valores unilaterales. Hasta ahora, las relaciones de poder imperantes son perpetuadas por sus operadores mediante la homogeneización de los marcos jurídicos, institucionales, políticos, sociales, etc., y mediante la universalización de determinados valores. La libertad, a nivel global, pasa precisamente por la autodeterminación y diversidad de los pueblos, sin que tengan que renunciar a las mismas para lograr un nivel razonable de desarrollo.”*⁸² Desafío por demás vigente.

Será difícil apelar a una vía contencioso-administrativa en el ámbito federal que pueda superar el valladar de los prejuicios del inversor hacia la jurisdicción nacional, sea por los tiempos, costos y alcance de las decisiones judiciales en materia de interpretación sobre derechos y obligaciones contractuales surgidos al amparo del régimen de PPP. El arbitraje se constituye así en una alternativa que disminuye cierto margen de riesgos e incertidumbres instalados en el imaginario colectivo y del inversor.

A esos prejuicios deben también tenerse presente las asimetrías generadas en arbitrajes de inversión para con los Estados demandados y que no se ajustarían a procesos en paridad de igualdad de armas, cuando se reivindica el arbitraje no ya como vía de solución de disputas legales, sino más bien como una herramienta de presión ante la crisis en la relación inversionista-Estado.⁸³ Herramienta de presión donde la figura del PPP intenta desechar la peligrosidad del contrato administrativo para la contraparte privada. Se ha señalado, tiempo atrás, en una idea que se mantiene por demás vigente, que no hay *“en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista, lo que tampoco se traduce en tutela del usuario y del consumidor”* en una mutación del contrato administrativo.⁸⁴ Nuevamente y como acaece cíclicamente en la historia argentina, la mutación ha inclinado la balanza para el otro lado.⁸⁵

En esa balanza desequilibrada, *“un enfoque del Derecho Administrativo global que acentúe la legalidad y se enfoque en la revisión como un medio de control por los actores centrales sobre agencias y actores subordinados o periféricos, es adaptable a diversos enfoques del orden internacional, y puede satisfacer así una variedad amplia de formas de administración global. Cabe en formas institucionales muy densas de administración internacional sobre una base cosmopolita, así como en formas de cooperación cercana en órdenes solidaristas —es decir, entre los Estados que comparten un sistema fuerte de valores comunes—. Pero tiene una función importante también en los sistemas pluralistas, en los cuales las instituciones administrativas comunes son meramente tenidas en cuenta para solucionar problemas de colaboración o coordinación.”*⁸⁶ Sin que ello derive en la evaporación del Derecho doméstico,⁸⁷ herramienta socialmente útil, defectuosa, pero herramienta al fin.

Dando por aceptada la existencia de una tensión de tres partes desiguales (Estado-Inversor-Ciudadano), *“mucho antes de ahora se ha efectuado la vinculación entre fines sociales de un estado Social de Derecho y*

⁸² BONINA, NICOLÁS, “‘Sempra’. Apuntes para redefinir el derecho administrativo global”, *LL*, 2010-E, p. 344.

⁸³ QUEINNEC, YANN, “Public Private Partnerships and Water Multinationals practices”, Paris, Sherpa, 2006, p. 36, disponible en: <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/PPP-and-Water.pdf>.

⁸⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, “La mutación del contrato administrativo”, en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, ps. 835-8.

⁸⁵ Ver NINO, EZEQUIEL, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: Alguien debería intervenir a nivel global?”, *RPA*, 2007-3:123.

⁸⁶ KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NICO, STEWART, RICHARD B., “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, marzo 2010, p. 24.

⁸⁷ BARRAGUIRRE, JORGE A. (h), “Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del derecho doméstico?”, *RPA*, 2007-3:107.

racionalidad económica, concluyendo que la finalidad de conseguir los más elevados fines sociales no puede carecer de racionalidad económica, que no por perseguirse fines sociales puede dilapidarse el dinero público.”⁸⁸

En esa tensión, evidentemente, el arbitraje (comercial, de inversión, doméstico e internacional) es un mecanismo de solución de controversias, no el único, donde los intereses futuros en pugna encontrarán una vía de composición frente al fracaso del Derecho que implica todo conflicto legal.

Así, difundida la primera versión de este segundo informe, fue publicado en 13-04-18 el [Decreto N° 299/18](#) (en la misma fecha del citado [Decreto N° 300/18](#)), por el que se aprobó la inclusión en el Contrato de PPP que se suscribirá entre la Dirección Nacional de Vialidad y quienes resulten adjudicatarios en el marco de la Licitación Pública Nacional e Internacional convocada por la Resolución N° 147/18, en el Acuerdo y Reglamento de Fideicomiso Marco PPP Ley N° 27.431, el Contrato de Fideicomiso Individual PPP RARS, el Convenio de Adhesión al Contrato de Fideicomiso PPP RARS, los TPIs y los TPDs que emitirá el Fideicomiso Individual PPP RARS y el Contrato de Cobertura Recíproca, de cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales extranjeros con sede en un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), en los casos en que los contratistas del proyecto de participación público-privada tengan accionistas extranjeros, con el porcentaje mínimo que se establezca en los pliegos de cada proyecto, o en los casos que el o los beneficiarios del Fideicomiso Individual PPP RARS sean residentes en el exterior.

Dicha prórroga de jurisdicción, siguiendo el criterio aplicado pacíficamente por el Estado Nacional en otros casos⁸⁹ y la interpretación otorgada por la Procuración del Tesoro de la Nación,⁹⁰ no implica renuncia alguna de nuestro país con relación a la ejecución de los bienes que se detallan a continuación: (a) Cualquier reserva del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA; (b) Cualquier bien perteneciente al dominio público localizado en el territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA, incluyendo los comprendidos por los arts. 234 y 235 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#);⁹¹ (c) Cualquier bien localizado dentro o fuera del territorio argentino que

⁸⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, *RPA*, 2009-1:71.

⁸⁹ Ver, de fecha reciente, el Decreto N° [334/17](#).

⁹⁰ A su entender, si bien el art. 116 de la Constitución Nacional atribuye a la Corte Suprema y los tribunales inferiores competencia en razón de la materia en los casos en que la Nación sea parte, la competencia es prorrogable en razón de las personas involucradas, esto es, el Estado Federal y los Órganos del Estado. La posibilidad de que el Estado Argentino someta eventuales controversias a tribunales extranjeros es jurídicamente viable, en la medida en que (y sólo si) tales supuestos tuviesen notas específicas que justifiquen hacer excepción a aquella jurisdicción. Por otra parte, si bien quienes dirigen las negociaciones de la República no deben acceder a semejantes cláusulas sino en caso de excepcional importancia y de absoluta necesidad, en sucesivas ocasiones han sido autorizadas prórrogas de jurisdicción en supuestos de colocación de títulos públicos con el objeto de llevar a cabo el arreglo de la deuda externa (Const. Nacional, art. 75, inc. 7) respecto de personas físicas o jurídicas sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago era exigible fuera de su territorio (v. Dictámenes 207:456; 223:115, 224:87, 229:164 248:452 y 251:652).

La prórroga de jurisdicción por parte de un Estado es una decisión voluntaria, derivada de un proceso de negociación y avalada por las leyes del país en función de la naturaleza de los actos involucrados, por medio de la cual el Estado asume la posibilidad de ingresar en un sistema jurisdiccional extranjero pero no por ello imprevisible. La prórroga así entendida supone una interrelación de sistemas jurisdiccionales (el local que lo permite y el extranjero que se habilita); tal interrelación, en principio, no se extingue con la habilitación al tribunal extranjero, sino que podría continuar, por ejemplo, en la hipótesis de la ejecución en sede local de lo decidido en extraña jurisdicción. En ese supuesto y de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reunidas las condiciones previstas, la ejecución de una sentencia extranjera debe satisfacer los requisitos del exequatur o “autorización para la ejecución”. El sentido de esta institución es el de convertir a la sentencia o laudo extranjero en título ejecutorio argentino, conforme las normas del referido Código de rito. De ese modo, la prórroga de jurisdicción admitida por la República Argentina no inhibiría la posibilidad de ejercicio del control por parte de un tribunal nacional. Si la prórroga de la jurisdicción no es entendida como una interrelación entre dos sistemas jurídicos, entonces se convierte en un salto al vacío o en un abandono a la incertidumbre jurídica. La aceptación de la prórroga de la jurisdicción, en los términos previstos por la ley argentina, no equivale ni supone resignar o renunciar a la inmunidad soberana que protege a la potestad de imperio, y a los actos realizados en su consecuencia. La prórroga de jurisdicción es un concepto sustancialmente diverso al de la renuncia de la inmunidad soberana, aun cuando poseen evidentes puntos de contacto. La aceptación de la competencia internacional de un tribunal especificado en modo alguno implica abandonar los privilegios que importa la condición de Estado soberano de un determinado país (v. Dictámenes, entre otros, 209:101 y 251:652).

La inmunidad de jurisdicción y la de ejecución son categorías distintas, regidas por distintos principios, aunque guarden una lógica relación. La imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción no implica *per se* que los tribunales del Estado del foro puedan ejecutar una sentencia contra un Estado soberano. Antes bien, la doctrina, la jurisprudencia internacional, y la legislación extranjera e internacional consagran numerosas excepciones y restringen tal escenario de ejecución a casos precisos (v. Dictámenes 251:652 y 297:79).

⁹¹ **Art. 234.- Bienes fuera del comercio. Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por la ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.**

preste un servicio público esencial; (d) Cualquier bien (sea en la forma de efectivo, depósitos bancarios, valores, obligaciones de terceros o cualquier otro medio de pago) de la REPÚBLICA ARGENTINA, sus agencias gubernamentales y otras entidades gubernamentales relacionadas con la ejecución del presupuesto, dentro del alcance de los arts. 165 a 170 de la [Ley N° 11.672](#) (t.o. 2014); (e) Cualquier bien alcanzado por los privilegios e inmunidades de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, incluyendo, pero no limitándose a bienes, establecimientos y cuentas de las misiones argentinas; (f) Cualquier bien utilizado por una misión diplomática, gubernamental o consular de la REPÚBLICA ARGENTINA; (g) Impuestos y/o regalías adeudadas a la REPÚBLICA ARGENTINA y los derechos de la REPÚBLICA ARGENTINA para recaudar impuestos y/o regalías; (h) Cualquier bien de carácter militar o bajo el control de una autoridad militar o agencia de defensa de la REPÚBLICA ARGENTINA; (i) Cualquier bien que forme parte de la herencia cultural de la REPÚBLICA ARGENTINA; (j) Los bienes protegidos por cualquier ley de inmunidad soberana que resulte aplicable.

Sin embargo, debe señalarse que el sometimiento a arbitraje, también según doctrina de la Procuración del Tesoro, implicará en estos casos sustraer del conocimiento de los jueces nacionales en asuntos en los que estará en juego el orden y el interés público, sea en razón de los montos y/o por la materia involucrados de contenido netamente federal.⁹²

UN ACERCAMIENTO AL MODELO CONTRACTUAL: CORREDORES VIALES

Cabe indicar que el modelo contractual propuesto para los [Corredores Viales](#) en licitación por parte de la Dirección Nacional de Vialidad, contemplan:

- (a) Negociaciones Amistosas, de buena fe y por un plazo de 30 días corridos (v. art. 95);
- (b) Panel Técnico, como consecuencia del fracaso de las negociaciones contractuales, para toda controversia técnica, definida como “*cualquier controversia o disputa de índole técnica, interpretativa o patrimonial que pueda suscitarse durante la ejecución o extinción del CONTRATO PPP, incluyendo la revisión de MULTAS y de SANCIONES que se impongan al CONTRATISTA PPP y de cualquier otro acto o medida que dicte el ENTE CONTRATANTE y que tenga efectos sobre el CONTRATO PPP, salvo por cualquier controversia o disputa relacionada con la extinción del CONTRATO PPP por razones de interés público de conformidad con lo previsto en el Artículo 9°, apartado 13, inciso n) del DECRETO REGLAMENTARIO PPP y que deberá someterse a arbitraje si fuera una CONTROVERSIA ARBITRABLE o al tribunal judicial si fuera una CONTROVERSIA JUDICIABLE*” (v. art. 96);
- (c) Arbitraje o Tribunal Judicial Competente (definido como el Fuero en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), “*...Si el PANEL TÉCNICO no expidiese una recomendación sobre la CONTROVERSIA TÉCNICA dentro del plazo de noventa (90) DÍAS CORRIDOS referidos en el Artículo 96.5 del CONTRATO PPP, cualquiera de las PARTES podrá dentro del plazo de quince (15) DÍAS CORRIDOS contados desde la fecha de vencimiento del plazo previsto para la emisión de la recomendación del PANEL TÉCNICO (y sin perjuicio de los plazos de prescripción) solicitar a la otra*

Art. 235.- Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

⁹² Arg. Dictámenes, 234:350; 236:648; 243:504.

PARTE el inicio de las NEGOCIACIONES AMISTOSAS por un plazo de treinta (30) DÍAS CORRIDOS. Vencido este último plazo sin que las PARTES de común acuerdo hayan decidido prorrogarlo, cualquiera de las PARTES podrá dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) DÍAS CORRIDOS contados desde dicho vencimiento, someter la CONTROVERSIA al TRIBUNAL JUDICIAL COMPETENTE, en aquellos casos en que el monto reclamado sea cuantificable e inferior a diez millones de dólares (USD 10.000.000); o (ii) someter la CONTROVERSIA a un TRIBUNAL ARBITRAL, en aquellos casos en que el monto sea superior a diez millones de dólares (USD 10.000.000), presentando una SOLICITUD DE ARBITRAJE a la otra PARTE, no siendo exigible el agotamiento previo de la instancia administrativa por parte del CONTRATISTA PPP.”

En tal sentido, la contraparte privada tendrá la opción de acudir a los tribunales arbitrales sólo cuando el monto de la controversia (técnica/jurídica) fuere superior a USD 10 M, debiendo obligatoriamente litigar ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativa Federal con sede en la CABA cuando la suma reclamada en disputa fuere inferior.

(d) Arbitraje (art. 97):

1. De derecho
2. Tribunal ad hoc.
3. Reglas de Arbitraje CNUDMI.
4. Tres miembros (controversias superiores a USD 20 M), Árbitro único (controversias entre USD 10 M y 20 M).
5. Sede: Buenos Aires o un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
6. Renuncia accionista extranjero: *“El sometimiento de la CONTROVERSIA ARBITRAL por el CONTRATISTA PPP en los términos que anteceden, impedirá al accionista extranjero con participación accionaria mayoritaria reclamar al amparo de un tratado bilateral de inversión por los mismos hechos o medidas. Por ello, a los fines de poder iniciar una SOLICITUD DE ARBITRAJE, el CONTRATISTA PPP deberá presentar, como condición para su validez: (i) la renuncia de los accionistas extranjeros controlantes o mayoritarios a presentar reclamos bajo un tratado bilateral de inversión en relación con los hechos y medidas que se cuestionen en la CONTROVERSIA sometida a arbitraje; y (ii) un compromiso de indemnidad del CONTRATISTA PPP por los reclamos de accionistas extranjeros minoritarios bajo un tratado bilateral de inversión en relación con los hechos y medidas que se cuestionen en la CONTROVERSIA sometida a arbitraje.”* Habrá que testear esta cláusula, a la luz del derecho internacional en materia de inversiones y lo señalado en el punto anterior de este acápite.
7. El laudo será final y vinculante para las partes, y aquél sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760⁹³ del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) en los términos allí establecidos, los cuales no podrán, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y/o del derecho aplicable.
8. Derecho aplicable (art. 98):
 - i. Marco Regulatorio PPP: definido conjuntamente como (i) la Ley N° 27.328, (ii) su reglamentación, (iii) la Ley N° 27.431, (iv) el [Decreto N° 1.288/16](#) modificado por el [Decreto N° 902/17](#), (v) el CONTRATO PPP, (vi) el ACUERDO y REGLAMENTO DEL FIDEICOMISO PPP; (vi) CONTRATO DE FIDEICOMISO PPP RARS y (vi) el CONVENIO DE ADHESIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO PPP RARS.
 - ii. Legislación Aplicable: integrada por la Constitución Nacional de la República Argentina, los tratados internacionales en vigor para la República Argentina, leyes nacionales, decretos, y cualquier otra normativa argentina aplicable.

⁹³ CPCCN: Art. 760 - Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.

Será, por tanto, la Legislación Aplicable a los futuros contratos de PPP la que terminará de definir el verdadero alcance de las cláusulas contractuales enunciadas en materia de solución de controversias.

MARCO JURÍDICO

[Ley N° 27.328](#): Aprueba el Régimen de Contratos de PPP.

[Decreto N° 118/17](#): Reglamenta la Ley N° 27.328.

[Decreto N° 808/17](#): Modifica el Decreto N° 357/02 y crea la Subsecretaría de Participación Público Privada del Ministerio de Finanzas.

[Decreto N° 902/17](#): Incorpora el Régimen de PPP como alternativa de contratación para los corredores viales incluidos en el [Decreto N° 1.288/16](#).

[Decreto N° 936/17](#): Modifica la reglamentación aprobada por Decreto N° 118/17 y establece que la Subsecretaría de Participación Público Privada del Ministerio de Finanzas sustituye a la Unidad de PPP.

[Decreto N° 944/17](#): Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el art. 14 de la Ley N° 27.328.

[Disposición SSPPP N° 1-E/17](#): Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones Públicas realizadas en el marco de Proyectos de Participación Público Privada.

[Ley N° 27.431](#): Ley de Presupuesto General de la Administración Pública Nacional (2018), en el Título I - Capítulo IX complementa las normas de la Ley N° 27.328: autoriza la contratación bienes, obras y servicios incluidos en las [planillas anexas](#) para el año 2018; crea el Fideicomiso PPP y los Fideicomisos Individuales PPP; modifica normas varias en materia de fideicomisos públicos y sus beneficiarios; crea los títulos PPP y establece su condicionalidad – incondicionalidad como papeles de comercio; cálculo del beneficio del usuario y el del valor económico medio del servicio; y ciertos beneficios fiscales, entre ellos, los determinados en la [Ley N° 26.360](#).

[Resolución DNV N° 3300-E/17](#): Convoca al procedimiento transparente de consulta previsto en el art. 14 de la Ley N° 27.328, para la licitación del Proyecto PPP Vial – Etapa 1, de los corredores viales denominados Corredor Vial “A”, Corredor Vial “B”, Corredor Vial “C”, Corredor Vial “E”, Corredor Vial “F” y Corredor Vial “Sur”.

[Resolución DNV N° 147-E/18](#): Llama a licitación pública nacional e internacional con el objeto de contratar el diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial de los CORREDORES VIALES NACIONALES, descriptos en el Anexo I que forma parte integrante de la presente medida, bajo el régimen de la Ley N° 27.328 y su Decreto Reglamentario N° 118/17, y su modificatorio Decreto N° 936/17 para el Proyecto “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP - Etapa 1”.

[Resolución DNV N° 300-E/18](#): Aprueba la CIRCULAR SIN CONSULTA N° 1-, en el marco del llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional para el Proyecto “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1” efectuado mediante la Resolución N° 147/18.

[Decreto N° 153/18](#): Reglamenta el Fideicomiso PPP que tendrá una duración de 30 años, contados a partir de la fecha de la celebración del contrato de fideicomiso. Durante dicho plazo, se podrán constituir Fideicomisos Individuales PPP, bajo su órbita.

[Comunicación BCRA “A” 6453](#): Financiamiento al sector público no financiero. Garantías. Contratos de Participación Público Privada (Ley N° 27.328). [Circular OPRAC 1 – 931/LISOL 1 – 776]

[Comunicación BCRA “A” 6418](#): Adecuaciones de la Comunicación BCRA “A” 6453.

Resoluciones DNV Nros. [405-E/18](#), [407-E/18](#), [462-E/18](#), [463-E/18](#), [479-E/18](#) y [481-E/18](#): Aprueban los informes finales de las audiencias públicas por los Corredores Viales: “E”, “A”, “Sur”, “F”, “C” y “B”, respectivamente.

[Resolución Ministerio de Transporte N° 245/18](#): Convoca al Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el art. 14 de la Ley N° 27.328, hasta el 28 de marzo de 2018, para la licitación del Proyecto Participación Público Privado “RER - Etapa 1 RER Roca - Contrato N°1: Estación Central Roca y túneles desde Calle Estados Unidos hasta Avenida Del Libertador”. Los anteproyectos de la documentación del Proyecto PPP mencionado se encuentran publicados para su consulta gratuita en el sitio web oficial www.argentina.gob.ar/transporte/rer y de la SPPP.

[Decreto N° 299/18](#): Aprueba la inclusión en el contrato de PPP que se suscriba entre la Dirección Nacional de Vialidad y quienes resulten adjudicatarios en el marco de la licitación convocada por la [Resolución DNV N° 147-E/18](#) y en el Acuerdo y Reglamento de Fideicomiso Marco PPP, el Contrato de Fideicomiso Individual PPP RARs, el Convenio de Adhesión al Contrato de Fideicomiso PPP RARs, los TPIs y los TPDs y el Contrato de Cobertura Recíproca, de cláusulas que establezcan la

prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales extranjeros con sede en un Estado que sea parte en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

[Decreto N° 300/18](#): Tratamiento fiscal. Impuestos al Valor Agregado y las Ganancias. Proyectos de PPP.

[Decreto N° 301/18](#): Liquidez de Fideicomisos PPP.

ADHESIONES PROVINCIALES A PPP

1. Buenos Aires: [Ley N° 14.920](#)
2. CABA: [Ley N° 5916](#)
3. Chaco: [Ley N° 2665-F](#)
4. Chubut: [Ley I-N° 616](#)
5. Córdoba: [Ley N° 10.409](#)
6. Entre Ríos: [Ley N° 10.564](#)
7. Jujuy: [Ley N° 6054](#)
8. Mendoza: [Ley N° 8992](#)
9. Neuquén: [Ley N° 3074](#)
10. Santa Cruz: [Ley N° 3566](#)
11. Tierra del Fuego: [Ley N° 1161](#)

VIDEOS INSTITUCIONALES – ESTADO NACIONAL – PPP



Universidad Nacional de José Clemente Paz

Rector: Federico G. Thea

Observatorio de Contratos de Participación Público Privada - UNPAZ

Director: Nicolás P. Diana

© UNPAZ – 22 de abril de 2018