

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

EZEQUIEL CASSAGNE

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En la Argentina, ya se han cumplido más de cuarenta años desde la sanción de Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en el año 1972. Antes de su sanción, si bien regía un reglamento que había organizado el recurso jerárquico, no existían pautas que regularan la iniciación, ordenación, instrucción y terminación de los procedimientos administrativos, ni los conflictos de competencia entre los órganos administrativos, y mucho menos teníamos normas de derecho de fondo sobre los actos y reglamentos administrativos¹.

La regulación del procedimiento administrativo constituye una herramienta tendiente a satisfacer el bien común, siendo una garantía formal a favor de los administrados que le aseguran el poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, y un importante factor de autocontrol por parte de la Administración en el respeto de la legalidad y razonabilidad². Sesin afirma, con acierto, que el procedimiento administrativo tiene la finalidad de hacer aplicar “no sólo el orden jurídico garantizando los derechos e intereses de los administrados, sino que esencialmente pretende salvaguardar el interés público”³.

¹ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 4.

² Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 10ª ed. act., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 4.

³ Cfr. Sesin, Domingo, “El procedimiento administrativo en Córdoba”, en AA. VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1998, pp. 474-475.

En rigor, el procedimiento administrativo es el sistema jurídico a través del cual se despliega la función administrativa, y por el cual se conectan ordenadamente una multiplicidad de actos que están llamados a cumplir funciones concretas⁴. Hutchinson –cuya ley de procedimientos comentada acompaña desde su primera edición a estudiantes, profesionales y juristas– nos define al procedimiento administrativo como la “sucesión ordenada de actos y tareas materiales y técnicas cumplidas por o ante los órganos administrativos, tendientes al ejercicio de la función administrativa”, o simplemente, como “la secuencia de actos y formalidades tendientes al dictado o a la ejecución de un acto administrativo”⁵.

No obstante ello, no debe verse al procedimiento administrativo únicamente como un cauce formal, sino que, como sostiene Sánchez, es mucho más que eso, siendo un “instrumento de gobierno”, un “instrumento de control”, y una “medida elocuente del grado de cumplimiento de la ley”⁶.

En cuanto garantía de los administrados, López Rodó señala que “el procedimiento administrativo no es tan sólo una pauta a seguir por las Administraciones públicas para ordenar la sucesión de actuaciones y plazos que conducen a la adopción de una resolución administrativa, sino que también y principalmente, constituye una garantía de los administrados para que puedan hacer valer sus derechos e intereses frente a la Administración”⁷.

Ahora bien, con relación a su estructura, Juan Carlos Cassagne sostiene, siguiendo a los destacados juristas españoles Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Jesús González Pérez, que “el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales tiene una vinculación jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración”⁸.

Desde luego que no hay un único procedimiento administrativo. Existen procedimientos generales y especiales. También existen procedimientos nacionales, provinciales y municipales. Sin perjuicio de ello, entre los distintos tipos de procedimientos administrativos, podemos distinguir los meros procedimientos de formación de actos, los procedimientos

⁴ Cfr. Sammartino, Patricio M., “Procedimiento Administrativo, Juridicidad e Interés Público”, en AA. VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 46.

⁵ Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 33.

⁶ Cfr. Sánchez, Alberto, “Exigencia de la justificación de las causas de la inacción procedimental”, en AA. VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 1998, p. 234.

⁷ López Rodó, Laureano, “El Procedimiento Administrativo, garantía de los administrados”, en AA. VV., *Procedimiento Administrativo*, Ponencias del IV encuentro Hispano-argentino sobre Derecho Administrativo, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, p. 17.

⁸ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 37, con citas a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1981, pp. 368-369 y González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 75.

impugnatorios o reclamativos, y a aquellos que se refieren a procesos de control. Todos estos casos se conforman con una cantidad determinada de actos preparatorios tendientes a la elaboración de actos de alcance particular o general con efectos jurídicos directos hacia los administrados, e incluso interorgánicos o interadministrativos, orientados a concretar la finalidad de interés público de la conducta estatal.

2. EL CONTRATO PPP

A partir de la sanción de la Ley N° 27.328, en el año 2016, en Argentina rige una regulación especial de contratos públicos denominados de Participación Público Privada (PPP). La ley ha sido reglamentada por el Decreto N° 118/2017, de fecha 17 de febrero de 2017, modificado levemente por el Decreto N° 936/2017.

Los contratos PPP son una categoría contractual flexible, que permite adaptar la estructura de cada contrato a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

En tal entendimiento, la nueva ley de PPP determina que la forma contractual en estos contratos sea absolutamente flexible, esto es, que respecto de cada proyecto requiera considerarse cuál contrato o tipos de contratos son los más aptos para ese desarrollo determinado, sin la necesidad de predeterminarlo en una regulación general. Y en cada caso concreto han de verse cuáles instrumentos resultan más eficientes para la consecución del interés público que se persigue, como el caso de un esquema de *project finance*, donde se constituye una sociedad de propósito específico que a su vez se relaciona contractualmente con el Estado o con una empresa del Estado, o una sociedad mixta, o una concesión subvencionada, o una relación de colaboración regida por múltiples contratos, etc.⁹.

La ley de PPP establece que los nuevos contratos de PPP, por su parte, son una modalidad alternativa a los contratos regulados por las Leyes Nros. 13.064 y 17.520 y por el Decreto N° 1.023/2001¹⁰.

En este nuevo escenario, cada entidad contratante debe analizar la factibilidad de la contratación mediante la celebración de un contrato de PPP o un contrato de obra pública, concesión de obra pública, o cualquier otro contrato. Para ello¹¹, será necesario estimar el impacto que los gastos o sus aumentos generados tendrán en las metas de resultado fiscal¹²; la estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios

⁹ Art. 1° de la Ley N° 27.328. El Decreto N° 118/2017, Art. 1°, establece, por su parte: "[...] el Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate".

¹⁰ Ver Art. 2° de la Ley N° 27.328.

¹¹ Cfr. Art. 13, inc. a) de la Ley N° 27.328.

¹² Art. 13, inc. b) de la Ley N° 27.328.

presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado¹³; la estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos¹⁴, entre otros.

En definitiva, el Estado debe evaluar la conveniencia de celebrar un contrato de PPP pese al mayor coste que supondrán cuando la ejecución del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido que, en realidad, suponga una mayor eficiencia que la que conseguiría la Administración si atendiese la realización del proyecto. Esto es, cuando el proyecto proporcione valor por dinero (*value for money*).

El eje de la regulación de los contratos PPP reside en el respeto de los contratos, en el cumplimiento de la palabra y en el establecimiento de un marco de reglas claras que otorguen confianza y seguridad jurídica a los inversores y a las empresas, quienes deben ser vistos y considerados como verdaderos colaboradores de la Administración pública en la consecución conjunta de los intereses públicos concretos que cada contrato busca alcanzar.

3. UN NUEVO ÓRGANO ADMINISTRATIVO CENTRAL EN TODOS LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LAS PPP: LA UNIDAD DE PPP

La ley de PPP creó como órgano rector de dicho régimen a la Unidad de Participación Público Privada –en adelante, Unidad de PPP–, que tiene a su cargo la centralización normativa–reglamentación, guías de contratos, recomendaciones, etc.– del nuevo marco regulatorio.

En primer lugar, hay que aclarar que no se trata de un órgano concentrado de gestión de las PPP, porque no es política ni administrativamente conveniente que un solo órgano concentre la gestión de los contratos de PPP, de diversas materias específicas.

Nótese que la Ley N° 27.328 prevé la descentralización de la gestión de las PPP, como cualquier otro contrato administrativo. De manera que la gestión contractual corresponde a cada Entidad o Jurisdicción con competencia en la materia del contrato. Sin embargo, resulta importante que se conforme un equipo altamente especializado que pueda asesorar transversalmente a los distintos órganos que deban llevar adelante las contrataciones, prestando apoyo consultivo u operativo en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato.

Este órgano ha sido denominado en la Ley N° 27.328, teniendo entre sus funciones la de asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de proyectos de PPP; asistir en la preparación de disposiciones regulatorias para el funcionamiento general del sistema 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 viabilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional

¹³ Art. 13, inc. c) de la Ley N° 27.328.

¹⁴ Art. 13, inc. d) de la Ley N° 27.328.

de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los contratistas; y asesorar a requerimiento de las entidades y jurisdicciones en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos contratistas¹⁵.

A los efectos de garantizar y fomentar la transparencia y la difusión, la Ley N° 27.328 establece que la Unidad de PPP deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de internet, con el fin de dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de la ley¹⁶.

La Guía para la Transparencia de estos contratos indica con claridad, en su punto 12, que resultarán fundamentales la publicación y difusión de actos administrativos, auditorías, informes relacionados con las licitaciones, pre-pliegos, pliegos y de la convocatoria para el llamado a licitación/concurso público. También resalta que será de vital importancia que toda la información relativa a los Proyectos de PPP en curso se encuentre centralizada y sistematizada en una plataforma electrónica, de fácil y rápido acceso y consulta, que permita otorgar mayor transparencia y que facilite el control social¹⁷.

El Decreto N° 936/2017, modificatorio del Reglamento de la ley de PPP, le otorgó a la Unidad de PPP rango de subsecretaría de Estado, denominándose a partir de ese momento "Subsecretaría de Participación Pública Privada", que si bien estuvo primero en el Ministerio de Finanzas, y luego en el Ministerio de Hacienda y Finanzas, se la ha ubicado también en la Jefatura de Gabinete de Ministerio de la Nación¹⁸.

4. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS CONTRATOS PPP

4.1. El procedimiento de estructuración del contrato

La ley de PPP exige al ente contratante que, a los fines de estructurar un proyecto PPP, debe contemplar muchas exigencias y realizar variadas acciones que únicamente pueden cumplirse mediante la instrumentación de un procedimiento administrativo profuso por medio del cual se concreten todas esas mandas legales. Antes del llamado a licitación o concurso público, necesario para seleccionar al contratista PPP, existen pautas estrictas establecidas en la ley y la reglamentación que deben seguirse a los efectos de estructurar un proyecto de PPP.

En rigor, antes de la convocatoria al proceso de selección del contratista, la autoridad convocante debe emitir un dictamen muy completo—denominado usualmente como "Dictamen del Artículo 13"—, en el cual se analice:

¹⁵ Ver Art. 28 de la Ley N° 27.328.

¹⁶ Cfr. Art. 29 de la Ley N° 27.328.

¹⁷ Disposición 1-E/2017 de la Subsecretaría de PPP.

¹⁸ Cfr. Art. 1° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.117/2018.

- a) La factibilidad y justificación de la contratación mediante la celebración de un contrato de participación público-privada, previa intervención de la Unidad de Participación Público-Privada, exponiéndose las razones por las cuales se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante el recurso a esta modalidad frente a otras alternativas contractuales disponibles;
- b) El impacto que los gastos o sus aumentos generados por esta contratación tendrán en las metas de resultado fiscal previstas en las leyes de presupuesto pertinentes;
- c) Estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado;
- d) Estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos, durante la vigencia del contrato y por cada ejercicio presupuestario comprometido, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas;
- e) Las externalidades que provocará el proyecto, incluyendo la estimación sobre el flujo probable de ingresos futuros que generará el desarrollo del proyecto a favor de las jurisdicciones pertinentes;
- f) El impacto que provocará el proyecto en la generación de empleo, y en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general; indicando la cantidad de puestos de trabajo directos e indirectos que se estima que serán generados a través del proyecto, así como el porcentaje de participación de la industria nacional en general y de las pequeñas y medianas empresas, en especial, que se estima que tendrá lugar, de modo directo o indirecto, durante la ejecución del proyecto;
- g) El impacto socioambiental que provocará el proyecto;
- h) Evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato;
- i) Evaluación sobre el equitativo reparto de riesgos dispuesto entre las partes de conformidad con los principios contenidos en el Artículo 4º de la presente ley, el que deberá ser idéntico al establecido en el contrato;
- j) Otros datos que permitan evaluar la conveniencia de ejecutar el proyecto mediante un contrato de participación público-privada.

Este dictamen es sin lugar a dudas uno de los actos internos más relevantes de un proyecto de PPP, y debe ser el resultado de un procedimiento administrativo orientado a tal fin, anterior a la elaboración del proyecto de bases y condiciones de la eventual licitación.

En primer lugar, corresponde destacar que la propia ley de PPP establece, en el Artículo 13, que a los efectos de realizar en dicho dictamen el análisis de la factibilidad y justificación de la contratación mediante la celebración de un contrato de participación público-privada, debe intervenir previamente la Unidad de PPP.

Al propio tiempo, el Decreto N° 118/2017 regula aspectos importantes de este procedimiento administrativo de formación del contrato PPP, cuya particularidad radica en articular intervenciones de distintos Ministerios con el objeto de concretar los proyectos.

Así, la reglamentación establece que con carácter previo al Dictamen del Artículo 13 de la Ley N° 27.328, deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable¹⁹. Ello se debe no sólo al hecho de que el Dictamen debe analizar el impacto socioambiental que provocará el proyecto²⁰, sino fundamentalmente porque la Ley N° 27.328, en su Artículo 5°, determina que “en la estructuración de proyectos de participación público-privada, la contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto. En la documentación contractual deberán especificarse las obligaciones que, a los fines antes indicados, deberán recaer sobre cada una de las partes del contrato de participación público-privada y contener los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte de la contratista de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia. A estos fines, previo a la aprobación de la documentación contractual, deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación”.

Por su parte, la autoridad convocante debe requerir también la intervención del Ministerio de Hacienda y Finanzas, con carácter previo a la emisión del dictamen previsto en el Artículo 13 de la ley, que deberá expedirse sobre la razonabilidad de la utilización de los recursos públicos y su impacto en la programación financiera; y todos los aspectos económicos del proyecto de contrato de PPP determinado²¹.

El Decreto N° 118/2017 dispone que el Ministerio de Hacienda y Finanzas debe aprobar, previa intervención de la Unidad de PPP, la reglamentación a la que deberán ceñirse los órganos y entes del Sector Público Nacional para definir e informar las erogaciones y compromisos que asuman en el marco de los Proyectos²².

Para evitar que este tipo de intervenciones genere demoras en la tramitación del procedimiento administrativo, la reglamentación previó, con acierto, que cuando sea necesaria la intervención u opinión de diversos órganos o entes públicos respecto de cualquiera de las etapas del desarrollo del Proyecto, dicha intervención se realice de manera simultánea²³.

Es más, el Decreto N° 118/2017 exige que en estos casos “en la preparación de los informes y opiniones solicitadas a los órganos y entidades del Sector Público Nacional, se observarán los principios de economía, sencillez, celeridad, eficiencia y eficacia, pudiendo determinar, la Autoridad Convocante –o, en su caso, la Unidad de Participación Público Privada–, la celebración de una audiencia para concentrar en ella el tratamiento de todos los informes y las opiniones que fueran requeridas a los organismos y entidades competentes, la que deberá convocarse con la debida antelación”²⁴.

¹⁹ Decreto N° 118/2017, Anexo I, reglamentación del Art. 5° de la Ley N° 27.328.

²⁰ Art. 13, inc. g) de la Ley N° 27.328.

²¹ Véase Decreto N° 118/2017, Anexo I, reglamentación Art. 6° de la Ley N° 27.328.

²² Ídem anterior.

²³ Véase Decreto N° 118/2017, Anexo I, reglamentación Art. 13, inciso IV, de la Ley N° 27.328.

²⁴ Ídem anterior.

Es la Unidad de PPP quien determinará los procedimientos aplicables para la emisión y tratamiento de los informes y opiniones de los órganos y entidades del Sector Público Nacional que se requieran a los fines de la confección del dictamen respectivo.

4.2. Procedimiento de selección

Siendo los contratos de PPP contratos públicos, la selección del contratista debe hacerse, por regla general, mediante procedimientos de licitación o concurso público, nacional o internacional, cuyas adjudicaciones recaigan en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Así se había previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo, cuestión que se vio fortalecida en el trámite parlamentario, en la medida que la Ley N° 27.328 exige la licitación o concurso público como únicos procedimientos de selección para este tipo de contratos²⁵.

La ley indica en forma expresa que en estos procesos deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia; y ser compatibles con procedimientos de iniciativa privada²⁶.

La licitación o concurso público es el procedimiento que respeta el principio de máxima concurrencia, que constituye el requisito fundamental dentro del sistema de selección, ya que su pleno desarrollo permite a la Administración analizar y cotejar la mayor cantidad posible de ofertas, con miras a elegir la que más convenga a los fines perseguidos. Así, como han sostenido los Dres. Fiorini y Mata, "asegurar la concurrencia significará promover la afluencia de ofertas pues, sin concurrencia, no hay puja ni posibilidades de competencia"²⁷. En rigor, el principio de máxima concurrencia es reconocido "como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, el de concurrencia o competencia entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción"²⁸.

En cuanto a la adjudicación, deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público, conforme con las condiciones establecidas en las bases de la licitación o concurso y previo dictamen de la Unidad PPP. A su vez, "los pliegos licitatorios deberán promover en sus pautas de selección del adjudicatario criterios que determinen ventajas comparativas a favor de las empresas nacionales sobre las extranjeras y sobre aquellas a favor de las consideradas micro, pequeñas y medianas empresas conforme lo establecido en la Ley N° 25.300, salvo que la Unidad de Participación Público-Privada

²⁵ Véanse Arts. 12 y sigs. de la Ley N° 27.328.

²⁶ Los principios enunciados están expresamente incluidos en el Art. 12 de la Ley N° 27.328.

²⁷ Fiorini, Bartolomé y Mata, Ismael, *La licitación pública*, Selección del Contratista Estatal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 43.

²⁸ Gordillo, Agustín, "Los contratos administrativos", en AA. VV., *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 301.

que se crea mediante la presente ley, mediante informe fundado, justifique la conveniencia o necesidad de su exclusión en las condiciones y necesidades particulares del proyecto”²⁹.

La ley también exige contar con componente local. En efecto, el Artículo 12 de la Ley N° 27.328, luego de disponer que los procedimientos de contratación deberán promover, de acuerdo a las características del proyecto, la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo nacional, establece que “en lo relativo a la provisión de bienes y servicios que deba realizarse en el marco de los contratos que se celebren al amparo de la presente ley, los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que tales bienes y servicios tengan, como mínimo, un treinta y tres por ciento (33 %) de componente nacional”.

También se aclara en la ley de PPP que las preferencias establecidas por la Ley N° 25.551 a favor de bienes de origen nacional resultarán de aplicación.

Asimismo, la ley de PPP indica que en casos particulares, el Poder Ejecutivo nacional podrá exceptuar o limitar las exigencias y preferencias mencionadas en el párrafo precedente en aquellas contrataciones en las cuales la Unidad de PPP, mediante dictamen fundado y previa intervención del Ministerio de Producción de la Nación, justifique la conveniencia o necesidad de dicha excepción o limitación en las condiciones o necesidades particulares del proyecto.

Por su parte, una cuestión importante que merece ser destacada es que la nueva regulación contempla la posibilidad de acudir al sistema de diálogo competitivo para la elaboración de las condiciones particulares y demás documentación contractual, el que deberá garantizar la transparencia, concurrencia, competencia efectiva y la participación simultánea de todos los interesados precalificados. El sistema de diálogo competitivo debiera poder realizarse a través de un procedimiento de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que, basado en las experiencias, conocimientos técnicos y mejores prácticas disponibles por cada una de las partes, permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base habrán de formularse las ofertas³⁰.

Mediante el dictado del Decreto N° 944/2017, el Poder Ejecutivo aprobó la Reglamentación del Procedimiento Transparente de Consulta, estableciéndose un procedimiento que permite, en casos de proyectos complejos o de montos importantes, la consulta del eventual anteproyecto de Pliego de Bases y Condiciones Generales o del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, las especificaciones técnicas y/o cualquier documento relacionado con el respectivo proyecto de PPP, con el objeto de posibilitar la contribución de los interesados precalificados al desarrollo y definición de soluciones para mejorar si fuere necesario las bases de la futura licitación. La normativa en cuestión establece que para ser considerado “Interesado Precalificado” basta inscribirse en un registro que habilitará cada autoridad convocante.

²⁹ Cfr. Art. 15 de la Ley N° 27.328.

³⁰ El diálogo competitivo está previsto en el Art. 14 de la Ley N° 27.328.

Por su parte, la Guía para la Transparencia en la Gestión de las Contrataciones públicas realizadas en el marco de Proyectos de PPP, establece que “en el procedimiento transparente de consulta (Ley N° 27.328, Artículo 14) será fundamental prever mecanismos que habiliten una amplia participación de los interesados en las etapas de formulación de los pliegos y que permitan el monitoreo del sector privado en la gestión de los Proyectos PPP³¹.”

4.3. Procedimientos de resolución de cuestiones técnicas y de controversias: panel técnico y arbitraje

4.3.1. El panel técnico

La ley de PPP permite la constitución de paneles técnicos, para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. Estos paneles técnicos tienen que poder subsistir durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes³².

La Reglamentación ha establecido el conjunto de reglas que deberán aplicarse en caso de constituirse un panel técnico³³. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

i) Salvo previsión en contrario en el pliego o en el contrato, el panel técnico estará integrado por cinco miembros, que deberán tener una especialización acorde con la materia del contrato de que se trate y permanecerán en sus funciones durante todo el período de ejecución del contrato.

ii) Los integrantes del panel técnico serán seleccionados por las partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en el listado de profesionales habilitados que a tal efecto llevará la Unidad de PPP. (Dicha lista se confeccionará previo concurso público de antecedentes).

iii) En caso de que no hubiese acuerdo de partes, la designación la efectuará la Unidad de PPP mediante sorteo público.

iv) Podrán someterse a la resolución del panel técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al contratista y la de cualquier otro acto o medida que dicte el ente contratante y que tenga efectos sobre el contrato.

v) Para someter una controversia al panel técnico no será necesario que el contratista presente en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas de ningún tipo (si los hubiere presentado y luego se acude al panel técnico, se entenderán desistidos).

³¹ Ver Disposición 1-E/2017 de la Subsecretaría de PPP, punto 16.

³² Véase Art. 9°, inciso w) de la Ley N° 27.328.

³³ Ver Art. 9°, inciso 13, Anexo I, Decreto N° 118/2017.

vi) Los paneles técnicos se expedirán sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones. Las recomendaciones sólo serán obligatorias para las partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo que se prevea al efecto en el pliego o en el contrato.

vii) Si el panel técnico no se expidiese sobre la controversia dentro del plazo fijado en el pliego o en el contrato, cualquiera de las partes podrá someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el pliego o en el contrato (y sin perjuicio de los plazos de prescripción) a la justicia, o al tribunal arbitral si se hubiere previsto arbitraje. Lo mismo en el caso de que una de las partes manifestase su disconformidad con la recomendación del panel técnico.

Es importante destacar que en aquellos casos donde se hubiese previsto la existencia de un panel técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida a la justicia o un tribunal judicial sin que antes haya sido sometida al panel técnico, con la excepción de la extinción del contrato por razones de interés público, salvo el caso de requerimiento de medidas cautelares.

4.3.2. Arbitraje

La Ley N° 27.328 prevé la posibilidad de acordar en un contrato determinado que todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos, pueden resolverse acudiendo a mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

Es importante que la ley haya habilitado la utilización de esta herramienta. No de manera obligatoria para todos los contratos, sino que simplemente se permitiera la posibilidad de poder decidir incluir una cláusula arbitral en un determinado contrato.

Y para estos casos en que así se decidiera, la ley de PPP dispone que contra los laudos arbitrales sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el Artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo en ningún caso dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable (excluyéndose de esta forma la aplicación del tercer párrafo del Artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite la revisión amplia de los laudos arbitrales, en tanto sean contrarios al ordenamiento jurídico)³⁴. Obviamente que en caso de que no se acordara la jurisdicción arbitral, serán competentes los tribunales en lo contencioso administrativo federal, o la justicia federal civil y comercial, según sea el caso.

El Senado de la Nación incorporó como exigencia al proyecto del Poder Ejecutivo que en caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Presidente de la Nación, y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.

³⁴ Cfr. Arts. 25 y sigs. de la Ley N° 27.328.

Más allá de ciertas disidencias, parece existir consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la Constitución Nacional no prohíbe que el Estado comprometa en árbitro conflictos con particulares en materia de contratos administrativos o que involucren materia federal, siempre que una ley del Congreso así lo autorice con el único límite de las cuestiones que afecten el orden público³⁵.

En la Argentina, el juicio arbitral está regido en el Libro IV del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 736 a 765, CPCCN). No obstante, el arbitraje se origina en cláusulas contractuales pactadas por las partes, pudiendo someter el caso a un tribunal arbitral constituido al efecto, o bien a tribunales arbitrales institucionales—que ya se encuentran preestablecidos y que actúan conforme a reglas también ya pactadas a las que las partes se someten—, sean nacionales o internacionales.

No obstante ello, la Argentina suscribió (a partir de mayo de 1990) Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI”) con 57 países³⁶. Luego, dando cumplimiento a lo previsto por la Constitución Nacional, estos acuerdos fueron ratificados por el Congreso³⁷. Consecuentemente, en 1994 se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio del CIADI”)³⁸. En este esquema los conflictos que surgen entre la Argentina y los inversores de países con los cuales se firmaron los TBI, se resolverán con los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyan para resolver las disputas en el marco institucional del CIADI.

Actualmente, tanto los tratados como el Convenio del CIADI continúan vigentes, por lo que sus disposiciones se aplican a los inversores de los países signatarios que decidan hacer hoy una inversión en la Argentina, del mismo modo que se aplican a los inversores argentinos en aquellos países. El procedimiento arbitral en el marco del CIADI se rige por las propias disposiciones del Convenio del CIADI, y las Reglas de Inicio y Reglas de Arbitraje de 1967, reformadas en 1984. Una vez dictado el laudo final se convierte en

³⁵ Tal es el caso de la ley permanente de presupuesto que faculta al Poder Ejecutivo a comprometer en árbitros en materia de contratación de préstamos con organismos internacionales económico financieros en los que participe como miembro de la República Argentina, sin perjuicio de la discusión sobre si la emisión de bonos por parte del Estado Nacional se trata efectivamente de un contrato y, eventualmente, la naturaleza administrativa o de derecho privado que reviste. Cabe recordar que, si bien en relación con este tipo de préstamos a organismos internacionales, la Corte Suprema se inclinó en el caso “Brunicardi” por considerar que el empréstito público establece una relación de derecho público (*Fallos* 319:2886). Ver Tawil, Guido y Minorini Lima, Ignacio, “El Estado y el Arbitraje: Primera aproximación”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*—*Rap*: 337, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 35.

³⁶ Durand, Julio César, “Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia”, en AA. VV. *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 1159.

³⁷ Cfr. Artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

³⁸ Aprobado en la Argentina por medio de la Ley N° 24.353, del 28-7-1994.

definitivo, debe ser cumplido, y será considerado por todos los estados signatarios de la Convención como *una sentencia nacional*, lo que implica que no es necesario el trámite del *exequátur*³⁹.

5. COLOFÓN

Estas son a grandes rasgos algunas consideraciones acerca de los procedimientos administrativos en los contratos de PPP.

Se trata de un régimen novedoso, alternativo a todo tipo de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico. Y así como resulta ser alternativo, es asimismo autónomo, regulado por sus propias reglas. De manera tal que no le son aplicables ni directa, ni analógica ni supletoriamente las normas que rigen otros tipos de contratos administrativos⁴⁰, aun siendo los contratos de PPP que regula esta ley definitivamente contratos públicos, en la medida que se encuentran presentes todas las notas esenciales de los mismos.

Este modelo de ley de PPP representa un verdadero equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los contratistas e inversores, reconociendo como eje central la seguridad jurídica de ambas partes. Solamente a través de una colaboración eficiente entre ambos sectores podremos contribuir eficazmente con el crecimiento de nuestro país. Y el camino para ello deberá encuadrarse en procedimientos administrativos eficientes que sirvan a tal fin.

³⁹ Cfr. Durand, J. C., "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia", en AA. VV. *Tratado general de los contratos públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, III, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 1159-1170.

⁴⁰ Así se ha dispuesto en el Art. 31 de la Ley N° 27.328.