

Título: [El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contratos PPP \(decreto 936/2017\)](#)

Autor: Durand, Julio C.

Publicado en: [RDA 2018-117, 525](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/3101/2018](#)

I. Introducción

El reciente dec. PEN 936/2017 modificó la reglamentación de la ley 27.328 (de Contratos de Participación Público-Privada) aprobada por el anterior dec. PEN 118/2017.

En su configuración actual (tal como resulta del citado decreto) el régimen de PPP será finalmente puesto en práctica, en este caso para la contratación de la construcción y operación de rutas y autopistas en el marco del "Proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP" [\(1\)](#).

Con motivo de lo expuesto, el propósito de este breve trabajo es repasar las principales características del régimen de arbitraje previsto para la solución de controversias en contratos PPP.

II. El régimen normativo para la solución de controversias en contratos PPP

II.1. El régimen normativo de los Contratos de Participación Público Privada (PPP) en la Argentina

El régimen de los Contratos de Participación Público-Privada (PPP) surge de la reciente ley 27.328.

El Poder Ejecutivo aprobó la Reglamentación de la ley por medio del dec. 118/2017, y posteriormente introdujo algunas modificaciones en esa reglamentación por medio del dec. 936/2017 que motiva este comentario.

De este régimen, como hemos dicho al comienzo, nos interesa el mecanismo arbitral previsto para resolver divergencias emergentes del Contrato PPP.

II.2. Los mecanismos de solución de controversias en la ley 27.328

En su art. 25 la ley 27.328 previó que "los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente" podrían establecer "mecanismos de avenimiento y/o arbitraje" para la resolución de controversias.

El mismo artículo aclaraba que, si en esos documentos se optaba por un "arbitraje con prórroga de jurisdicción" (se entiende, con prórroga de la jurisdicción nacional, en beneficio de una sede extranjera) sería necesaria una aprobación "expresa e indelegable" del Poder Ejecutivo Nacional, y una comunicación al Congreso.

II.3. La Reglamentación aprobada por dec. 118/2017

La extensa Reglamentación del régimen PPP aprobada por el dec. 118/2017 incluyó un artículo que complementa el régimen legal en materia de arbitraje PPP.

En apretada síntesis, este art. 25 de la Reglamentación:

1. Previo expresamente la posibilidad de recurrir a "arbitrajes institucionales", administrados por entidades nacionales o extranjeras, y estableció algunas reglas inderogables sobre el tipo de arbitraje (de derecho) y la cantidad de árbitros y su designación [\(2\)](#).

2. En forma coincidente con la doctrina mayoritaria y la ley Modelo de UNCITRAL, el art. 25 del Reglamento impuso a las partes el deber de reconocer en el Contrato la autonomía de la cláusula arbitral (o del contrato de arbitraje) frente a la eventual invalidez del contrato principal, y la atribución de competencia al Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia, así como sobre la existencia, alcance o validez de la cláusula o contrato de arbitraje, y sobre cualquier otra cuestión que impida entrar en el fondo de la controversia.

3. Finalmente, reiteró que, para el caso en que se opte por un arbitraje con sede en el extranjero, la cláusula o el contrato de arbitraje que así lo establezca deberá ser aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional y comunicado al Congreso por el Jefe de Gabinete.

II.4. Las recientes modificaciones incorporadas por el dec. 936/2017

En cuanto aquí interesa el dec. 936/2017 sólo modificó la regla expuesta en el punto 3 anterior, referida a los arbitrajes "extranjeros", que ahora ha quedado redactada del siguiente modo:

"En caso de optarse por arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la República Argentina por tratarse de Contratistas PPP que tengan accionistas extranjeros, con el porcentaje mínimo que se establezca en los Pliegos de cada Proyecto, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional. Dicha aprobación deberá ser comunicada por el Jefe de Gabinete de Ministros al Honorable Congreso de la Nación".

III. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contratos PPP

III.1. El Estado y el arbitraje: una relación conflictiva

Si una parte de la cultura jurídica argentina exhibe todavía cierto menosprecio hacia el arbitraje como medio de resolución de conflictos en el ámbito comercial, es fácil comprender que la predisposición es aún más desfavorable cuando el arbitraje se refiere a controversias entre un particular y el Estado.

Una antigua doctrina postula incluso que el art. 116 de la CN, al disponer que corresponda a la Justicia Federal la competencia en las causas en las que interviene el Estado Nacional (3), impide el sometimiento de esas controversias a la jurisdicción arbitral (sea nacional o internacional). La posición contraria —tan antigua como aquella— permite con reservas el sometimiento de las controversias estatales al procedimiento arbitral, y es la solución que parece contar con el favor de la Corte Suprema (4).

Lo cierto es que, con dificultades y dudas, el arbitraje para la resolución de controversias que involucran al Estado registra numerosos antecedentes en nuestro país.

Un repaso de la colección de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación muestra varias oportunidades en las que el organismo ha tenido que emitir opinión sobre cláusulas arbitrales que obligaban al Estado Nacional, en el marco de acuerdos internacionales, como el convenio de financiación para la ejecución de las obras del Complejo El Chocón-Cerros Colorados, en el que se acordó un arbitraje bajo las reglas CCI (Dictámenes, 132:137); un convenio de préstamo con una agencia del Gobierno de Japón para la construcción de un buque de investigación pesquera (Dictámenes, 144:121); o los numerosos casos de cláusulas incluidas en acuerdos de préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo (entre otros, Dictámenes, 133:325). La Procuración incluso ha propiciado el arbitraje internacional, como alternativa al sometimiento del Estado argentino a los tribunales de otros países, por razones que estimó "obvias" (Dictámenes, 148:1; íd., 156:159; íd., 165:20; íd., 168:503).

Bianchi, por su parte, ha reseñado las normas en las que —sucesivamente— se excluyó o incluyó al arbitraje como mecanismo válido para la solución de controversias entre el Estado y particulares (dentro de las primeras, el decreto del 15 de diciembre de 1933, la ley 13.064 y la reforma del CPCCN elaborada en 1967; entre las segundas, las leyes 20.548, 23.982 y el art. 16 de la ley Complementaria Permanente de Presupuesto, t.o. por dec. 689/1999) (5). En síntesis, como ha dicho este autor, desde hace muchos años "en la Argentina conviven dos tendencias opuestas, la que favorece el arbitraje y la que se le opone, y cada tanto una y otra reverdecen con cierta intensidad" (6).

Tawil apunta con acierto que "la necesidad de los Estados de financiarse en los mercados internacionales los ha llevado a admitir en forma creciente su sometimiento tanto a jurisdicciones arbitrales como a tribunales judiciales extranjeros para dirimir eventuales conflictos entre ellos y su contraparte estatal" (7). La sanción de la ley 27.328 se inscribe en esta última lógica, y podría dar lugar a una nueva "primavera del arbitraje estatal", aunque su verdadera importancia sólo podrá confirmarse a medida que se formalicen los contratos PPP.

Por de pronto, en el Proyecto "Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP" (8), que constituye el primer caso de aplicación de la ley 27.328, se aprobó un modelo de Contrato PPP (en adelante el "Contrato PPP Vial Etapa 1") que incluye una extensa cláusula de solución de divergencias. En ella se prevé un periodo de negociaciones de 30 días, un Panel Técnico para resolver controversias de carácter técnico, patrimonial o interpretativo, y finalmente una acción judicial o un arbitraje, tema, este último, sobre el que realizaremos mayores precisiones a lo largo del texto (9).

III.2. Arbitraje institucional o ad hoc

El art. 25.1 del Reglamento contempla expresamente la posibilidad de recurrir a un arbitraje "institucional", es decir un arbitraje administrado por una institución elegida por las partes.

En caso contrario, el arbitraje se denomina ad hoc, y las partes deberán acordar y resolver por sí mismas todas las cuestiones que puedan presentarse (aunque de todos modos pueden adoptar algunas o todas las reglas de alguna institución reconocida, en ejercicio de la autonomía de su voluntad). Por ejemplo, como adelantamos recién, en el Contrato PPP Vial Etapa 1 se prevé el recurso a un arbitraje ad hoc bajo las reglas que elijan de común acuerdo las partes (o bajo las reglas UNCITRAL, en caso de no lograrse el acuerdo en 20 días desde la presentación de la solicitud de arbitraje) (10).

Para cualquier clase de arbitraje, el Reglamento especifica de un modo que, a nuestro juicio, no autoriza estipulación en contrario, que el arbitraje debe ser "de derecho", y que el Tribunal Arbitral estaría integrado por 1 a 3 árbitros. El árbitro único será designado de común acuerdo, o por la entidad administradora a falta de acuerdo, y el Tribunal de tres árbitros será designado del modo habitual, es decir, uno a propuesta del ente contratante, otro a propuesta del contratista, y el tercero por la entidad administradora o del modo en que se

prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. El Contrato PPP Vial Etapa 1 prevé que el tribunal será unipersonal si el monto de la controversia se encuentre entre U\$S 10 millones y U\$S 20 millones, y estará integrado por 3 árbitros si supera esta última suma [\(11\)](#).

En caso de recurrirse al arbitraje institucional (o "administrado") el régimen acertadamente aclara que las reglas de arbitraje de la institución seleccionada "integrarán el contrato de arbitraje" (art. 25.1 citado) con las adaptaciones necesarias para contemplar lo expuesto en el punto anterior.

Para optar por un arbitraje institucional el único requisito que la norma establece es que se trate de "asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia" (ibíd.) En esta calificación cabe indiscutiblemente ubicar a la Corte de Comercio Internacional (CCI) y la London Court of International Arbitration (LCIA) entre las internacionales, y al Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA) entre las locales, sin perjuicio de muchas otras.

Con relación a la CCI, es importante destacar que la Procuración del Tesoro ha reconocido que "las reglas de la Cámara de Comercio Internacional no pecan, por su carácter abstracto, de parcialidad", y ha reconocido la posibilidad de someter a ese régimen las controversias que tienen por parte al Estado (conf. Dictámenes, 186:129)".

En cuanto al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, cuya trayectoria y prestigio son igualmente indiscutidos, no se trata en rigor de una entidad administradora sino de un verdadero tribunal, pero está integrado por tres miembros (con lo que cumple con el requisito establecido en el art. 25.2 del Reglamento) y cuenta con suficiente flexibilidad para adaptarse a los requerimientos del arbitraje "de derecho" regulado por la normativa en materia de PPP, por lo que no advertimos que exista ningún impedimento para que actúe —en caso que así lo decidan las partes— como tribunal arbitral en el marco del art. 25 de la ley 27.328.

De todas maneras, como explicamos antes, la primera experiencia disponible, plasmada en el modelo de Contrato PPP Vial Etapa 1, optó por un arbitraje ad hoc y dejó de lado la posibilidad de recurrir a un arbitraje "institucional" o "administrado".

III.3. Arbitraje "nacional" o "arbitraje extranjero"

III.3.1. La sede del arbitraje

Las partes de un arbitraje deciden voluntariamente, de manera directa o indirecta, la "localización" (sede) del arbitraje en un "territorio" (Estado) determinado. La "localización" del arbitraje en un Estado determinado "no responde en realidad a un vínculo de orden geográfico (in rem) sino que más bien forma un concepto de naturaleza puramente jurídica (in intellectu)" [\(12\)](#).

Esta elección proyecta diversas consecuencias, en especial, un vínculo jurídico entre el arbitraje (y el laudo arbitral que se dicte en su consecuencia) con el ordenamiento jurídico del Estado correspondiente a la sede, que se convierte en la *lex arbitri*.

Consecuentemente, cuando la sede del arbitraje sea nuestro país, el arbitraje será "nacional" y la *lex arbitri* será la legislación argentina pertinente.

Cuando la sede sea fijada en un país diferente de la Argentina, se establecerá un vínculo entre el arbitraje y el derecho de ese otro país, y este arbitraje (lo mismo que el laudo que se dicte) será para nosotros "extranjero" [\(13\)](#), independientemente del lugar en el que se encuentren las partes, o del país en el que se celebren las audiencias o las reuniones del Tribunal Arbitral.

Esta caracterización del arbitraje como "nacional" o "extranjero" —recuerdo que ambas alternativas son posibles bajo el régimen comentado— proyecta diversas consecuencias, de las que ahora nos interesan dos: las vinculadas con la revisión del laudo, y con su ejecución.

En cuanto al Contrato PPP Vial 1, el mismo establece expresamente (cláusula 97.4) que la sede del arbitraje será la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina) excepto que el contratista PPP esté sujeto a control por accionistas extranjeros, en cuyo caso las partes de común acuerdo podrán elegir como sede cualquier país que sea parte de la Convención de Nueva York (en caso de falta de acuerdo, la sede será determinada por el Tribunal Arbitral, quien deberá seleccionar una sede que no se corresponda con la nacionalidad de ninguna de las partes).

III.3.2. La revisión del laudo

La regla en esta materia es que el laudo está sometido a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la sede del arbitraje (es decir, del país con el que el laudo está vinculado).

Por lo general, las partes del arbitraje habrán de renunciar a la interposición de recursos contra el laudo arbitral —ya sea directamente, o por aplicación del reglamento que conviene aplicar— pues la revisión judicial

plena por vía de apelación convierte al arbitraje en una simple primera instancia, y de este modo lo priva de sus principales ventajas.

Sin embargo, independientemente de las estipulaciones que hayan convenido las partes, es posible que un país tenga establecidos recursos irrenunciables. Es lo que ocurre en la República Argentina con el recurso de nulidad del art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que procede contra todos los laudos "nacionales". Así lo confirma para el caso de los contratos PPP el art. 26 de la ley 27.328, cuando aclara que contra el laudo nacional "sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación".

El mismo artículo precisa que estos recursos "en ningún caso" podrán "dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente". La aclaración es importante, porque el beneficiario de un laudo condenatorio contra el Estado Nacional todavía enfrenta —en nuestro país— la amenaza cierta de una revisión judicial ex novo, que aparece formalmente basada en la invocación de conceptos generales y abstractos tales como la soberanía y el orden público, pero está sustancialmente causada por la desconfianza judicial hacia el arbitraje y la deferencia excesiva de algunos tribunales hacia las pretensiones estatales (14).

En este sentido ha sido especialmente preocupante la decisión de la Corte Suprema en el caso "Cartellone" (Fallos 327:1881) donde el Alto Tribunal sostuvo que un laudo "podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable", y la redacción del nuevo art. 1656 del Cód. Civ. y Com. en tanto dispone que "en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico" (aunque el art. 1651 del mismo Código prevé que sus disposiciones sobre arbitraje no son aplicables a las controversias en las que intervenga el Estado). Es de esperar que la aclaración del art. 26 citado disipe los nubarrones que generaron estos antecedentes.

En adición a los laudos nacionales (alcanzados, como vimos, por el art. 760, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y los extranjeros (sometidos a los mecanismos de revisión del país de su sede) existen también arbitrajes regidos por tratados internacionales (15). Estos tratados, que en nuestro país tienen jerarquía superior a las leyes, pueden establecer procedimientos específicos de revisión, los que en tal caso prevalecen sobre la legislación local. Así, por ejemplo, el régimen del CIADI prevé los recursos específicos que pueden interponerse contra un laudo dictado en su marco (aclaración, revisión y anulación, conf. los arts. 50, 51 y 52 del Convenio CIADI (16), respectivamente).

En esta materia el Contrato Vial PPP Etapa 1 establece que el laudo definitivo "será final y vinculante" y que contra el mismo "sólo podrán interponerse los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. 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" (conf. cláusula 97.8). El texto no ofrece dificultades en el supuesto de arbitrajes "nacionales", pero podría ser problemático si se lo pretende extender a los arbitrajes "extranjeros", dado que podría colisionar con la normativa vigente en el país donde se encuentre la sede del arbitraje (17).

III.3.3. El reconocimiento y ejecución del laudo

Los laudos dictados en arbitrajes cuya sede sea nuestro país tienen la misma condición que las sentencias de los tribunales judiciales locales.

En cuanto a los laudos "extranjeros", como principio, su reconocimiento y ejecución se rige por los tratados internacionales celebrados por la República Argentina que puedan resultar aplicables.

Entre estos tratados se destaca especialmente la Convención de Nueva York (18), por medio de la cual los países signatarios se comprometieron a reconocer y ejecutar las sentencias dictadas en los demás países signatarios, excepto que se pruebe la existencia de alguna de las circunstancias descriptas en el art. V (relacionadas con la validez del acuerdo arbitral, el ejercicio del derecho de defensa, y el debido proceso) o que se compruebe que "el reconocimiento o ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público (del país en el que se pide la ejecución)".

Este requisito vinculado al "orden público" —que a priori resulta perfectamente razonable— constituye una amenaza al momento de intentar el reconocimiento y ejecución de laudos condenatorios del Estado Nacional, dada la amplitud con que nuestros tribunales pueden llegar a interpretar aquel concepto jurídico indeterminado.

Adicionalmente, es sabido que la República Argentina —al igual que varios países más— formuló una reserva expresa al adherir a la Convención, declarando que la aplicaría únicamente "a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno" (19). Tratándose de disputas emergentes de contratos administrativos celebrados en el marco de la ley 27.328, esta reserva podría

brindar sustento a la exclusión del reconocimiento de los laudos extranjeros con base en la Convención.

En defecto de normas internacionales aplicables al caso, rige en esta materia el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, cuyo art. 517 establece el procedimiento de exequatur. En el marco de este trámite deberá verificarse el cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento que se encuentran establecidas en el mismo art. 517 citado (entre ellos, nuevamente, que la decisión no afecte los principios de orden público del derecho argentino, lo que recrea las mismas amenazas indicadas en el punto anterior).

No está de más recordar que una vez equiparado el laudo a una "sentencia nacional" se descubrirá un nuevo repertorio de riesgos y amenazas, desde que el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado continúa siendo un trámite lento, poco eficaz, y ordenado por reglas más bien ambiguas.

Para terminar, el régimen del CIADI tiene también en esta materia una solución específica, que establece que los laudos son obligatorios, no sólo para el Estado que ha sido condenado, sino para todos los estados miembros de la organización.

La primera situación está prevista en el art. 53 del Convenio CIADI, que dice:

"1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio".

La situación de los Estados contratantes en general se contempla en el artículo siguiente —el 54— que dice:

"1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran..."

"2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

"3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda".

El art. 64, por su parte, dispone —con carácter general, aplicable también a eventuales diferencias emergentes al momento de cumplir o ejecutar un laudo— que "toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo".

En conclusión, como explica Tawil, los laudos emitidos conforme al Convenio CIADI no son susceptibles de revisión por parte de los tribunales nacionales" (20).

IV. Resumen del régimen vigente en materia de arbitraje en contratos PPP

A modo de síntesis final, repasaremos los principales lineamientos del régimen vigente en materia de arbitrajes para la solución de controversias emergentes de contratos PPP a los que hemos hecho referencia en este trabajo:

1. La ley permite (pero no impone) un acuerdo de las partes del Contrato PPP para someter sus controversias a un arbitraje;
2. Puede tratarse tanto de un arbitraje ad hoc, como institucional (y en este último caso, siempre y cuando esté a cargo de instituciones reconocidas);
3. En el pasado, el Estado ha admitido expresamente a la CCI como una institución reconocida e imparcial; otras instituciones reconocidas en esta materia son la LCIA, MARC y el Tribunal General de Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio;
4. En cualquier caso, las partes pueden acordar la aplicación de un reglamento arbitral (aunque no encomienden la administración del arbitraje a la institución correspondiente);
5. El sometimiento de la controversia a un "arbitraje extranjero" (por ej., un arbitraje con sede en un país

diferente de la Argentina) es únicamente posible cuando el contratista PPP tiene accionistas extranjeros, en el porcentaje mínimo que se prevea en los Pliegos de cada proyecto;

6. En el caso del "arbitraje extranjero", es necesario que la cláusula cuente con la aprobación por parte del Poder Ejecutivo, y su posterior comunicación al Congreso por parte del Jefe de Gabinete;

7. En todos los casos (arbitraje "ad hoc" o "institucional", "nacional" o "extranjero") deberá tratarse de un arbitraje "de derecho", a cargo de 1 o 3 árbitros;

8. La nulidad del contrato principal no afectará la validez de la cláusula arbitral, y el Tribunal Arbitral tendrá competencia para resolver su propia competencia (principio competencia/competencia);

9. Cuando el arbitraje sea "nacional", contra el laudo sólo será admisible el recurso de aclaratoria y el de nulidad según el art. 760 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; estos recursos no podrán ser utilizados en ningún caso para revisar la apreciación de los hechos o la aplicación del derecho (art. 26, Ley 27.328);

10. La revisión del "laudo extranjero" se regirá, como principio, por las leyes de la sede del arbitraje; su posterior reconocimiento en la Argentina —cualquiera que sea el mecanismo aplicable— no podrá tampoco ser utilizado para revisar la apreciación de los hechos o la aplicación del derecho (aplicación analógica del art. 26, Ley 27.328);

11. El reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero se rige por el tratado internacional eventualmente aplicable (la Convención de Nueva York, la Convención del CIADI, etc.) o en defecto de ello por las normas del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; en general, el requisito de conformidad con el "orden público argentino" proyecta el riesgo de una interferencia judicial indebida con el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

(1) Conf. Res. Dirección Nacional de Vialidad (DNV) 147-E/2018. También se anticipa para una fecha próxima el lanzamiento de una licitación para la construcción y operación de líneas de transmisión de energía eléctrica bajo el esquema PPP.

(2) También prevé —en este caso como una posibilidad, mas no como imposición— que el Pliego podría establecer que el Presidente del Tribunal no sea de la nacionalidad de ninguna de las partes, o de cualquier accionista que tenga más del 10% de las acciones del contratista PPP.

(3) CN, art. 116. — "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión (...) de los asuntos en que la Nación sea parte (...)".

(4) Conf. TAWIL, Guido S., "El Estado y el arbitraje: primera aproximación", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, nro. 350, p. 178. Para un estudio más profundo del tema ver BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY 2005-B, 1405, y el artículo de TAWIL recién citado, ps. 157 y ss.

(5) BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY, 2005-B, 1405.

(6) *Ibíd.*

(7) TAWIL, Guido S., "El Estado y el arbitraje: primera aproximación", *ob. cit.*, p. 171.

(8) Conf. Resolución 147-E/2018 de la Dirección Nacional de Vialidad, que incluyó como Anexo el texto del futuro Contrato PPP, cuyo cap. XXVII se titula "Solución de controversias".

(9) El régimen de solución de controversias de este contrato, cuyo análisis completo excede el propósito de nuestro trabajo, distingue: (i) controversias sometidas a la previa decisión del Panel Técnico; (ii) controversias sometidas exclusivamente a los Tribunales Judiciales, (iii) controversias sometidas exclusivamente a arbitraje y (iv) controversias que pueden someterse a tribunales judiciales o a arbitraje (ver art. 1º, ítems 69, 70 y 71, y cap. XXVII). La "materia arbitrable", de acuerdo a este contrato, abarca cualquier controversia de monto superior a U\$S 10 millones sin distinción de materias, e incluye a "la revisión (...) de cualquier otro acto o medida que dicte el ente contratante y que tenga efectos sobre el contrato PPP". Es importante mencionar que no se establecieron limitaciones "materiales" a la competencia del Tribunal Arbitral, por lo que —por ejemplo— frente al dictado de un acto administrativo lesivo de los derechos del contratista, en principio este podría reclamar la reparación de sus consecuencias directamente en sede arbitral, y el gobierno no podría exigir la impugnación administrativa o judicial del acto, ni oponer su eventual firmeza como defensa.

(10) Contrato PPP Vial Etapa 1, art. 97.1.

(11) Las controversias cuyo monto no alcance a U\$S 10 millones deben ser sometidas al Tribunal Judicial competente, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa (conf. Contrato PPP Vial Etapa 1, cláusula 96.6).

(12) SILVA ROMERO, Eduardo, "Laudo extranjero y criterio de territorialidad", en TAWIL - ZULETA (dir.), *El arbitraje comercial internacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 89.

(13) Sobre las diferencias entre las categorías de "doméstico", "internacional", "localizado en el país" y

"extranjero", ver RIVERA, Julio C., "Arbitraje Comercial - Internacional y doméstico", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 20 y ss.

(14) En teoría, tal como explica TAWIL, "la revisión de laudos dictados en procedimientos arbitrales en los que el Estado es parte no presenta diferencias sustanciales con el sistema aplicable a aquellos laudos dictados en arbitrajes entre particulares" (TAWIL, Guido S., "El Estado y el arbitraje: primera aproximación", ob. cit., p. 184). En la Argentina ni siquiera los laudos dictados en materia comercial entre partes puramente privadas están a salvo de una intervención judicial indebida, pero este problema es particularmente acuciante cuando interviene el Estado Nacional (y como ejemplo basta remitirse al recién citado caso "Cartellone").

(15) El régimen del CIADI habilita un mecanismo arbitral de solución de divergencias relativas a inversiones, a disposición de los inversores extranjeros afectados por la violación de normas de los tratados bilaterales de inversión. Esta alternativa coexiste con el arbitraje habilitado al contratista PPP como consecuencia de la violación de las normas de su contrato. Sobre este problema ver DIANA, Nicolás, "El arbitraje en el Contrato de Participación Público-Privada", LA LEY, 2017-E, 856, quien apunta que "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 (BITs) en el presente caso coexistiría, como vía arbitral de solución de divergencias disponible para los inversores extranjeros". En el Contrato PPP Vial Etapa 1 se exige la renuncia del accionista extranjero mayoritario a reclamar bajo un TBI, como condición para que el Contratista PPP pueda promover el arbitraje ad hoc bajo los términos del Contrato PPP.

(16) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington (EE. UU.) el 18/03/65 (en adelante, el Convenio del CIADI). Este Convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, o ICSID según su abreviatura en Inglés) dentro de la estructura del Banco Mundial (cuyo Presidente es a la vez Presidente del CIADI). El CIADI no es un tribunal, sino una entidad que provee un marco institucional a los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyen para resolver las disputas.

(17) E incluso con instrumentos internacionales tales como el art. 22.1 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, que dispone que "el laudo o sentencia arbitral solo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad" (el destacado de nuestro).

(18) Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, aprobada por ley 26.319.

(19) Convención de Nueva York, art. 2º (el destacado es propio). Si bien "la razón de que se incluyera en la Convención de Nueva York la reserva de comercialidad fue la de evitar que se pretendiera ejecutar en un país un laudo que versara sobre materia no susceptible de resolverse por la vía arbitral, como sería, por ejemplo, si se refiriera a un asunto de derecho de familia" (conf. OREAMUNO B., Rodrigo, "Las reservas: comercialidad y reciprocidad", en TAWIL - ZULETA (dir.), El arbitraje comercial internacional, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p.144) lo cierto es que "esta limitación le resta fuerza a la Convención, pues en los muchos casos de duda que pueden presentarse, la parte opuesta a que se reconozca y ejecute la sentencia arbitral dictada en otro país, sin duda argumentará que la materia sobre la que versas el conflicto no es considerada 'comercial' por el derecho interno de la nación en la que se pretende ejecutar" (OREAMUNO B., Rodrigo, ob. cit., p. 143).

(20) TAWIL, Guido S., "El Estado y el arbitraje: primera aproximación", ob. cit., p. 189.