

Título: Régimen legal de los proyectos de Participación Público-Privada

Autor: Bruno, Eugenio A.

Publicado en: LA LEY 28/12/2017, 28/12/2017, 1 - LA LEY2018-A, 578

Cita Online: AR/DOC/3245/2017

Sumario: I. Origen y razones de los proyectos público-privados.— II. Modalidades.— III. Ley 27.328.— IV. Partes.— V. Contenidos mínimos del contrato.— VI. Selección del contratista.— VII. Solución de controversias.

En un proyecto de Participación Público-Privada se firma un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad gubernamental, como autoridad contratante, que tiene por objeto la construcción, operación y mantenimiento de un bien o servicio público nuevo o existente por parte del contratista, el cual, además, debe obtener el financiamiento para llevar adelante el proyecto, dado que el pago del bien o servicio a ser prestado bajo el contrato se repaga a mediano y largo plazo y sujeto al cumplimiento de ciertos hitos constructivos o de performance por parte del privado.

I. Origen y razones de los proyectos público-privados

Desde hace aproximadamente treinta años varios países del mundo, particularmente Gran Bretaña y Australia, comenzaron a financiar, construir y operar proyectos de infraestructura pública con aportes del sector privado, bajo el mecanismo de participaciones o asociaciones público-privadas ("PPP", a los fines del presente). Más recientemente, un número adicional de países, incluyendo Chile, México, Brasil, Perú, Colombia y Uruguay, han recurrido activamente a los PPP.

Existen distintas razones para el uso de este tipo de proyectos, basados en la participación del sector privado en la infraestructura pública, entre las que se incluyen las siguientes:

a) La necesidad de ampliar la infraestructura pública en materia de transporte vial y ferroviario, energía, puertos, redes de agua potable, etc.

b) La inversión exclusivamente pública no es suficiente para cubrir el déficit en esta área.

c) El uso de la deuda pública tiene como límite la capacidad de repago por parte del Estado nacional.

II. Modalidades

En un proyecto de PPP se firma un contrato a largo plazo entre una parte privada (usualmente denominada contratista) y una entidad gubernamental, como autoridad contratante, que tiene por objeto la construcción, operación y mantenimiento de un bien o servicio público nuevo o existente por parte del contratista, el cual, además, debe obtener el financiamiento para llevar adelante el proyecto, dado que el pago del bien o servicio a ser prestado bajo el contrato se repaga a mediano y largo plazo y está sujeto al cumplimiento de ciertos hitos constructivos y/o de performance por parte del privado.

Existen distintas modalidades en los proyectos de PPP, entre las que se incluyen las siguientes:

a) Diseño: consiste en el desarrollo del proyecto desde los conceptos iniciales hasta las especificaciones y los requerimientos finales para su construcción.

b) Construcción o ampliación/rehabilitación: el sector privado se encarga de la construcción de nuevas infraestructuras, o de la ampliación o rehabilitación de existentes.

c) Mantenimiento: se le asigna al contratista privado la responsabilidad del mantenimiento de la infraestructura conforme a determinados estándares establecidos en los pliegos o contratos.

d) Operación: conjuntamente con el mantenimiento, generalmente también se le asigna al sector privado la operación de la infraestructura; en este caso, los servicios de operación varían de acuerdo a la naturaleza del proyecto. Por ejemplo, en el caso de agua y saneamiento, el sector privado podría prestar el servicio de operación al sector público (tratamientos de una planta de agua potable) o bien a los usuarios (sistema de distribución de agua potable).

e) Financiamiento: el contratista privado financia todo el proyecto o una parte sustancial de aquel. Usualmente lo hace mediante la obtención de deuda, con aportes menores de capital (equity), en un esquema de 85%-90% a través de endeudamiento y 15%-10% con aportes de capital de los accionistas del contratista (usualmente denominados sponsors). Si bien las funciones asignadas al contratista —como el diseño, la construcción, el financiamiento, la operación y el mantenimiento— pueden variar en los contratos de PPP, el requerimiento de financiamiento privado es esencial.

f) Compensación: el contratista privado usualmente percibe una compensación del sector público, de los usuarios o de ambos.

III. Ley 27.328

En la Argentina existen dos antecedentes regulatorios de PPP, que son el DNU 1299/2000, todavía vigente aunque en total desuso, y el dec. 967/2005, que ha sido derogado por el dec. 118/2017 [\(1\)](#).

El DNU 1299/2000 establece un régimen de alcance federal para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, y financiamiento de las obras de infraestructura económica o social. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación aquellos proyectos en los que el ingreso proveniente de terceros, a través de un canon de uso, peaje o similares sea superior al 60% del costo total del contrato y los proyectos que consistan básicamente en la operación y mantenimiento de corredores viales y demás proyectos, servicios y/u obras afectadas a regímenes de concesión y/o privatización. En tanto, mediante el dec. 967/2005 se aprobó el Régimen Nacional de Asociación Público-Privada.

Es la ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada (en adelante, la "ley" a los fines del presente artículo), sancionada en noviembre de 2016, la que le otorga carácter legislativo al régimen de proyectos público-privados. El mensaje de elevación de la ley expresa que se apunta a lograr una superación del sistema previsto por el dec. 967/2005 y agrega que los contratos de PPP prevén que el contratista privado construya y obtenga la financiación para llevar adelante un proyecto y que el Estado o el mismo proyecto realicen el repago de la obra con una utilidad razonable para el inversor privado [\(2\)](#).

El art. 1º de la ley define a este tipo de contratos como aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional (en carácter de contratante) y sujetos privados o públicos (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. Luego agrega que el diseño de los contratos 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 [\(3\)](#).

En tanto, el art. 2º de la ley dispone que este tipo de convenios constituye una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 —Obra Pública— y 17.520 —Concesión de Obra Pública—, y por el dec. 1023/2001 —Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional—, encontrándose expresamente prohibida la aplicación de tales disposiciones, ya sea en forma directa, supletoria o analógica [art. 31, incs. a) y b) de la ley] [\(4\)](#). En cambio, sí resultarán aplicables los marcos regulatorios de servicios públicos (como, por ejemplo, la ley 24.065 de Energía Eléctrica y la ley 24.076 de Régimen del Gas) a los contratos de participación público-privada que involucren la prestación de tales servicios.

IV. Partes

Como fuera mencionado, las partes de un contrato de PPP son, por el lado de la contratante, los órganos y entes que integran el sector público nacional y, por el lado del contratista [\(5\)](#), sujetos privados o públicos o una combinación de ellos.

En cuanto a la parte contratante, la ley dispone en el art. 1º que se trata del sector público nacional en los términos del art. 8º de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional [\(6\)](#). Asimismo, la reglamentación permite la articulación de contratantes de distinta jurisdicción [\(7\)](#).

A los fines de la estructuración de proyectos de PPP la autoridad convocante debe contemplar los aspectos previstos en el art. 4º de la ley [\(8\)](#) y elaborar el dictamen requerido por su art. 13 [\(9\)](#).

Por otro lado, el contratista puede ser el sector público o privado o una combinación de ambos. En el primer supuesto, la ley establece expresamente que las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, pueden actuar como contratistas, en cuyo caso actuarán en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado [\(10\)](#).

Adicionalmente, la ley dispone que el Poder Ejecutivo Nacional podrá, a los fines de actuar como contratista o como parte del consorcio contratista, crear sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación de acuerdo a lo establecido por la Ley General de Sociedades [\(11\)](#), así como constituir fideicomisos con el mismo propósito o utilizar aquellos ya existentes que tengan suficiente capacidad técnica para celebrar los contratos contemplados en la presente ley, con la condición de que no se altere su objeto [\(12\)](#).

En el caso del sector privado, la contratista podrá ser una sociedad que se encuentre en actividad o una sociedad o fideicomiso de "propósito especial," es decir, constituida a los fines del proyecto de PPP.

V. Contenidos mínimos del contrato

El art. 9º de la ley dispone que los contratos de PPP deberán contener una serie de previsiones mínimas que mencionamos a continuación.

Plazo: se deberá incluir el plazo de vigencia así como la posibilidad de su prórroga, el cual no podrá superar los 35 años.

Reparto de aportes y riesgos: como es característica usual en este tipo de proyectos, los contratos 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 (13).

Obligaciones de las partes: se deberán incluir las obligaciones del contratante y contratista, estableciéndose que aquellas dependerán de las características del proyecto, los riesgos y aportes asumidos y las necesidades de financiamiento. El contrato de PPP además deberá contener los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria.

Requerimientos técnicos: se deberán incluir los denominados requerimientos técnicos mínimos aplicables a la infraestructura a desarrollar, los estándares objetivos de calidad y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas (14).

Contraprestación: se deberá incluir la forma, modalidad y oportunidades de pago de la contraprestación, y agrega que aquella podrá ser percibida, dependiendo de cada caso, de los usuarios, la contratante o de terceros (15).

Revisión del precio: se deberán incluir los procedimientos de revisión del precio acordado a los fines de preservar la ecuación económico-financiera del proyecto.

Aportes de la contratante: estos podrán consistir en: i) dinero; ii) la cesión de fondos obtenidos de operaciones de crédito público, de la titularidad de bienes, de créditos presupuestarios, fiscales, contractuales o de cualquier otra naturaleza cuya cesión sea admitida por la normativa aplicable; iii) la cesión de cualquier tipo de derechos; iv) la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado; v) avales, beneficios tributarios, subsidios y franquicias; vi) la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado; y/o vii) cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional.

Variación unilateral: la ley otorga a la Administración Pública Nacional o contratante la facultad de establecer unilateralmente variaciones al contrato sujeto a las siguientes condiciones: i) estas solo pueden referirse a la ejecución del proyecto; ii) pueden alcanzar hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato; y iii) se debe compensar adecuadamente la alteración con base en la preservación del equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

Garantías de cumplimiento: el contrato deberá establecer las denominadas garantías de cumplimiento del contrato que deberán constituirse a favor de la contratante.

Activos: se deberá prever el régimen sobre la titularidad, explotación, afectación y destino de los activos que se utilicen en el contrato.

Causales de extinción: deberán incluirse las causales de extinción del contrato; a estos fines la ley menciona algunas de ellas y que consisten en el cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes y razones de interés público.

Financiamiento: la facultad de la contratante de prestar su cooperación para la obtención del financiamiento que resulte necesario para la ejecución del proyecto.

Cesiones: se contempla y regulan la cesión de (i) derechos de cobro de la remuneración a ser percibida por el contratista; (ii) el propio contrato de PPP o "posición contractual"; y (iii) participaciones sociales en la composición accionaria del contratista.

Subcontratación: la ley establece que el contratista podrá subcontratar a terceros, sujeto a la aprobación y el consentimiento previo de la contratante.

VI. Selección del contratista

El art. 12 de la ley dispone que la selección del contratista se efectuará mediante licitación o concurso público (16), nacional o internacional (17), mientras que la reglamentación establece expresamente la obligatoriedad de dichos procedimientos y agrega que no se podrá efectuar contrataciones por adjudicación

directa (18).

La licitación o concurso podrá ser nacional o internacional, dependiendo de distintos aspectos, que incluyen la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo (19).

En tanto, se establece que en los procedimientos de selección y todos los actos dictados en consecuencia, deberá garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia (20).

Asimismo, 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 el trabajo nacional (21).

La adjudicación deberá recaer en la oferta considerada más conveniente para el interés público conforme a las condiciones establecidas en las bases de la licitación. El acto de adjudicación será dictado por la autoridad convocante y notificado al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los tres días, para la subsiguiente firma del contrato de PPP (22).

VII. Solución de controversias

La ley permite expresamente recurrir a mecanismos de arbitraje. En este sentido, el art. 25 expresa 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" (23). Y luego agrega que para el caso de arbitraje con prórroga de jurisdicción se requerirá la aprobación "expresa e indelegable" del Poder Ejecutivo Nacional y la posterior comunicación al Congreso de la Nación.

La reglamentación contiene las siguientes reglas:

a) Se podrá encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia (24).

b) El tribunal arbitral estará integrado por uno o tres árbitros de derecho (25).

c) El pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las partes o de cualquier accionista que tenga más del diez por ciento de las acciones del contratista del PPP.

d) Las partes deberán reconocer: i) que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del contrato de PPP con el que se relaciona (26); y ii) que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al tribunal arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia (27).

e) En caso de optarse por un arbitraje que tenga sede en el exterior (28), la cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por decreto del Poder Ejecutivo Nacional (29).

Con respecto a los recursos contra los laudos, el art. 26 de la ley establece que contra los laudos de tribunales arbitrales con sede en la República Argentina solo 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, disponiendo, adicionalmente, que dichos recursos no podrán, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente (30).

Finalmente la ley, en su art. 9º, inc. w), establece que los contratos contendrán los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes (31); permite el uso de los denominados paneles técnicos para resolver disputas de índole interpretativa, técnica o patrimonial.

(1) Decreto reglamentario de la ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada, modificado por el dec. 936/2017 (la "reglamentación" a los fines del presente artículo).

(2) El mensaje de elevación agrega que (i) las participaciones público privadas permiten que quienes tienen las mejores capacidades técnicas los lleven adelante, (ii) los procesos de adjudicación y control se realicen con transparencia y (iii) los proyectos sean concretados de acuerdo a los plazos acordados. También se indica que el

régimen de PPP permite al sector público tomar ventaja de financiamientos a largo plazo local e internacional para su aplicación a la infraestructura pública.

(3) El art. 1° de la reglamentación expresa que el ente contratante podrá incluir en el contrato de PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado. Asimismo, luego agrega que "podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la ley, los proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con contraprestación por uso y/o contraprestación pública. Cuando el repago provenga de fondos nacionales, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, debe mediar financiamiento del contratista PPP, de entidades financiadoras y/o de terceros, respecto de los pagos que deban realizarse bajo los proyectos".

(4) En similar sentido, el art. 9°, inc. p) de la ley también excluye la aplicación de normas que limiten la responsabilidad en los casos de extinción por razones de interés público, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el dec. 1023/2001 y sus modificatorias.

(5) La reglamentación define quién es el responsable de la ejecución del proyecto que actúa como contraparte del ente contratante en el contrato de PPP y que puede, o no, ser la empresa ejecutante.

(6) El art. 8° dispone que integran el sector público nacional: a) La Administración Nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social. b) Las empresas y sociedades del Estado, que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Los entes públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

(7) La modificación incorporada por el dec. 936/2017, de fecha 14 de noviembre del corriente año, establece que "en los casos de proyectos en los que resulte necesaria y/o conveniente la participación de órganos y entes provinciales y municipales a los fines de su implementación, el esquema contractual tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a los de su financiamiento, pudiendo celebrarse convenios interjurisdiccionales que prevean o regulen la participación de dichos órganos y entes provinciales y municipales".

(8) El art. 4° de la ley dispone que la autoridad convocante deberá: a) especificar los objetivos de interés público, y contemplar los mecanismos de supervisión y control de cumplimiento de cada una de las etapas que se establezcan para la consecución del objetivo, fijando los plazos que correspondan para cada etapa; b) promover la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones del Estado y en la utilización de los recursos públicos; c) respetar los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios y/o actividades objeto de los proyectos y de los sujetos involucrados en los mismos; d) propender a que el plazo del contrato se fije teniendo en cuenta las inversiones contractualmente comprometidas, el financiamiento aplicado al proyecto y una utilidad razonable, no pudiendo superar en ningún caso, los treinta y cinco [35] años de duración, incluyendo sus eventuales prórrogas; e) ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos; f) promover la inclusión social y el acceso a la infraestructura y servicios básicos; g) incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo; h) incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos; i) fomentar la participación directa o indirecta de pequeñas y medianas empresas, del desarrollo de la capacidad empresarial del sector privado, la generación de valor agregado dentro del territorio nacional y la provisión de nuevas y más eficientes tecnologías y servicios; j) facilitar el desarrollo del mercado de capitales local y el acceso al mercado de capitales internacional; k) promover el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económica, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán; y l) impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en dicho artículo.

(9) El citado dictamen debe referirse a los siguientes aspectos: 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 socio-ambiental 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 art. 4º de la presente ley, el que deberá ser idéntico al establecido en el contrato; y j) otros datos que permitan evaluar la conveniencia de ejecutar el proyecto mediante un contrato de participación público-privada. El régimen legal dispone que además del dictamen de la autoridad convocante deben intervenir el Ministerio de Ambiente, emitiendo las consideraciones ambientales aplicables, el Ministerio de Hacienda sobre la disponibilidad de los recursos presupuestarios que se requieran bajo los proyectos y el Ministerio de Finanzas en el caso de que se contrate endeudamiento público (conf. arts. 5º y 6º de la ley y reglamentación).

(10) La reglamentación agrega que cuando un ente del sector público nacional actúe como contratista de PPP o participe en él, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el contrato de PPP a través de una licitación. En tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna.

(11) Conforme al art. 8º de la ley, el cual agrega que en estos casos la participación estatal deberá alentar y ser compatible con la participación del sector privado en dichas sociedades.

(12) Tanto las sociedades anónimas como los fideicomisos constituidos podrán estar habilitados para realizar oferta pública de sus valores negociables de conformidad con lo dispuesto por la ley 26.831.

(13) La ley 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.

(14) Así como sus respectivos mecanismos y procedimientos de medición, evaluación y control, y los instrumentos que permitan adaptar las modalidades de ejecución a los avances tecnológicos y a las necesidades y exigencias de financiamiento que se produzcan a lo largo de su vigencia.

(15) La reglamentación, conforme a las modificaciones introducidas mediante el dec. 936/2017, establece que la contraprestación podrá ser pactada en dinero o en otros bienes, y que el contrato podrá prever la emisión por el ente contratante, por otros entes u órganos del sector público; y/o por fideicomisos existentes o que se constituyan en el futuro y que se utilicen para los proyectos, la entrega al contratista de certificados, valores negociables, títulos valores o similares, actas o instrumentos de reconocimiento de la inversión o prestación a cargo del contratista de PPP realizada en los distintos tramos o módulos funcionales o no funcionales, cuando se alcancen los hitos de avance establecidos. Luego dispone que las obligaciones de pago representadas por dichos certificados, actas o instrumentos puedan ser negociables (o directamente representadas por valores negociables, títulos valores o similares), irrevocables e incondicionales, no sujetos a deducciones, reducciones y/o compensaciones de cualquier índole en la proporción que se establezca en los pliegos y en la restante documentación contractual.

(16) La reglamentación dispone la obligatoriedad de la licitación pública cuando el criterio de selección del contratista recaiga primordialmente en factores económicos, pudiendo recurrirse al concurso público en los casos en que la selección se base en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras.

(17) El art. 12 mencionado establece que el uso de licitación o concurso y el carácter nacional o internacional dependerá de "la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo". Dicho artículo contiene también disposiciones relativas a la participación de empresas pequeñas y medianas y al uso de componente nacional en los bienes y servicios de los proyectos.

(18) En este sentido, el art. 12 de la reglamentación dice: "No será procedente en ningún caso y cualquiera sea el objeto del contrato PPP, la adjudicación directa, inclusive en los casos en los que el potencial contratista PPP sea un órgano o ente del sector público nacional, o un ente u organismo provincial o municipal o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o bien una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o se trate de universidades nacionales". En tanto, el art. 3º de la reglamentación agrega que aun para los casos en los que un ente del sector público nacional actúe como contratista de PPP o participe en el contratista de PPP será necesaria la licitación y dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás oferentes.

(19) El art. 12 de la ley establece que la licitación o concurso podrá ser nacional o internacional dependiendo de distintos aspectos, incluyendo la complejidad técnica del proyecto, la capacidad de participación de las empresas locales, razones económicas y/o financieras vinculadas a las características del proyecto, la capacidad de contratación disponible, y/o el origen de los fondos cuando se trate de proyectos que cuenten o requieran financiamiento externo.

(20) Para ello, la contratante deberá procurar la comparabilidad de las propuestas, garantizando la homogeneidad de criterios, suministrando y estableciendo, con claridad, las bases, requisitos y demás proyecciones que resulten necesarias para la elaboración de las ofertas (art. 12 de la ley). Asimismo, el art. 14 de la ley dispone que la autoridad convocante, con la intervención de la unidad de PPP, podrá —cuando la complejidad o monto del proyecto lo justifiquen— implementar un procedimiento transparente de consulta, debate e intercambio de opiniones entre la contratante y los interesados precalificados que permita desarrollar y definir la solución más conveniente al interés público sobre cuya base habrán de formularse las ofertas. Con fecha 21/11/2017 el Poder Ejecutivo Nacional aprobó, mediante el dec. 944/2017, la reglamentación del denominado Procedimiento Transparente de Consulta previsto en el citado artículo.

(21) El art. 12 de la ley dispone que los pliegos y demás documentación contractual deberán contener previsiones que establezcan que los bienes y servicios provistos en el marco de un proyecto tengan, como mínimo, un 33% de "componente nacional", siendo de aplicación a las contrataciones de proyectos de PPP las preferencias establecidas a favor de bienes de origen nacional por la ley 25.551 de "Compre Trabajo Argentino". La ley agrega que el Poder Ejecutivo Nacional determinará qué debe entenderse por "componente nacional", así como por "desagregación tecnológica", teniendo en cuenta la clase de bienes y servicios de que se trate y la naturaleza de los proyectos a ser desarrollados. En este sentido, en la reglamentación se define, a los efectos del art. 12 de la ley: i) como "componente nacional", en lo que respecta a bienes, aquellos bienes que revistan carácter nacional según el art. 2º de la ley 25.551; y en lo que respecta a servicios aquellos provistos por empresas nacionales; y ii) como "desagregación tecnológica" al mayor grado posible y eficiente de fraccionamiento del bien, obra y/o servicio a contratar, en base a criterios de orden técnico, temporal y económico que no impidan su concreción, con el fin de facilitar la máxima participación de la industria nacional en su provisión, así como en la de partes, piezas o subconjuntos que la misma pueda proveer. Por último, en la ley se establece que, en casos particulares, el Poder Ejecutivo Nacional podrá exceptuar o limitar las exigencias y preferencias mencionadas en aquellas contrataciones en las cuales la UPPP, mediante dictamen fundado y previa intervención del Ministerio de Producción de la Nación, justifique su conveniencia o necesidad. Asimismo, el art. 15 de la ley establece que 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 a lo establecido en la ley 25.300, salvo que la unidad de participación público-privada 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. La reglamentación específica que a los efectos de las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas por los arts. 12 y 15 de la ley para los bienes, servicios y empresas nacionales: a) el pliego podrá establecer requisitos razonables de antigüedad en lo referido a la actuación efectiva en el país para reconocer carácter nacional a las empresas que participen en la licitación respectiva; b) las excepciones o limitaciones a las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas en los arts. 12 y 15 de la ley deberán ser previstas en el pliego y deberán ser aprobadas por el Poder Ejecutivo Nacional, previa intervención del Ministerio de Producción y de la Unidad de Participación Público-Privada; c) cuando el pliego prevea que el contratista PPP pueda contratar a una empresa ejecutante, las exigencias, preferencias y ventajas comparativas que prevén los arts. 12 y 15 de la ley, así como las reglas del presente inc. 41, se aplicarán al contratista PPP y/o a la empresa ejecutante según lo disponga el pliego; d) las ventajas comparativas contempladas en el art. 15 de la ley a favor de empresas nacionales y las pymes serán establecidas en el pliego y tendrán como requisito, al menos, que las ofertas presentadas por éstas sean de calidad equivalente a las presentadas por aquel oferente que, no revistiendo tal calidad, hubiese presentado la oferta más conveniente. A los efectos de gozar de tales ventajas comparativas, en los casos en los que las empresas

nacionales y/o las pymes formen consorcio o cualquier otra forma asociativa con otras empresas que no revistan tal calidad, las empresas nacionales y las pymes deberán poseer en dicho consorcio o forma asociativa una participación no inferior al 30%.

(22) El art. 37 dispone que el acuerdo se perfeccionará mediante la suscripción del contrato PPP pertinente dentro del plazo que se establezca en el pliego. En tanto, el art. 36 de la reglamentación requiere que la autoridad convocante, en forma previa a la firma del respectivo contrato PPP deberá, en el caso que el contrato PPP contemple aportes o pagos a ser realizados con fondos presupuestarios, verificar la disponibilidad de crédito y cuota y realizar el correspondiente registro del compromiso presupuestario.

(23) Art. 25 de la ley.

(24) En tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras registrarán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje.

(25) En el supuesto en que el Tribunal Arbitral esté integrado por un árbitro, éste será designado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se prevea en el pliego o en el contrato de PPP. En el caso restante, los árbitros serán designados, uno a propuesta del ente contratante, uno a propuesta del contratista de PPP y uno que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el pliego o en el contrato de PPP.

(26) El artículo agrega "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".

(27) El artículo establece que dicha competencia abarca incluso 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.

(28) La reglamentación requiere como condición para el arbitraje internacional que el contratista tenga accionistas extranjeros en los porcentajes que establezcan los pliegos.

(29) Dicha aprobación deberá ser comunicada al Congreso de la Nación por el jefe de Gabinete de Ministros.

(30) En tanto, conforme lo dispuesto por el art. 27 de la ley, el contrato podrá prever que los pagos que se devengasen a cargo de la contratante durante el trámite de la controversia deberán ser hechos efectivos en la medida en que no se vean alcanzados por ella. En tal caso, si la Administración o, en su caso, el consultor técnico designado al efecto, verificase que el contratista ha cumplido debidamente con sus obligaciones contractuales, los fondos alcanzados por la controversia deberán ser depositados por la contratante, conforme lo disponga la reglamentación, en una cuenta en garantía o fideicomiso hasta su resolución final y seguirán su suerte.

(31) La reglamentación contiene un extenso capítulo sobre los paneles técnicos. El aspecto principal para destacar es que las decisiones del panel tendrán carácter de recomendaciones, estableciéndose que "...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 PPP... Si el panel técnico no se expidiese sobre la controversia dentro del plazo fijado en el pliego o en el contrato PPP, cualquiera de las partes podrá someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el pliego o en el contrato PPP (y sin perjuicio de los plazos de prescripción): i) al tribunal judicial competente, o ii) en caso de haberse previsto arbitraje, al Tribunal Arbitral" [conf. art. 9º, inc. 13, sub-incs. j) y k), de la reglamentación]. 1) Si una de las partes manifestase su disconformidad con la recomendación del panel técnico, dentro del plazo que se prevea al efecto en el pliego o en el contrato PPP, esa parte quedará habilitada para someter la controversia, dentro de los plazos previstos en el pliego o en el contrato PPP (y sin perjuicio de los plazos de prescripción): i) al tribunal judicial competente, o ii) en caso de haberse previsto arbitraje, al Tribunal Arbitral.