

EL CONTRATO DE PPP Y SU NUEVO ATRACTIVO: LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Francisco J. Muñoz*

Resumen

La Ley 27.328 de Contrato de Participación Público Privada ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico una figura muy utilizada a nivel internacional, que permitirá la celebración de grandes proyectos de renombre e importancia de interés común. Entre sus grandes novedades incluidas en la ley encontramos la posibilidad de elegir paneles de expertos y arbitraje como mecanismos de resolución de controversias. Dichos mecanismos, novedosos en nuestro derecho por diversas cuestiones, presentarán un desafío a la comunidad académica y práctica para lograr su correcta implementación. Creemos que su incorporación fue un acierto y veremos sus frutos en el mediano plazo.

Palabras claves:

Arbitraje – Paneles de Expertos – Contratos de Participación Público Privada – Resolución de Controversias – Contratos de Obra

* Francisco J. Muñoz es abogado por la Universidad Católica Argentina (2010). Magister *New York University (NYU)*, Traditional LL.M. (2013), por la cual recibió la beca por mérito académico Arthur T. Vanderbilt. En 2013 trabajó como investigador en UNIDROIT, Roma. En dicho año, ingresó en la oficina de París de la firma Shearman & Sterling en calidad de *foreign trainee* en el equipo de Arbitraje Internacional, actuando en arbitrajes de inversión ante tribunales CIADI y arbitrajes comerciales ante tribunales CCI y el Tribunal Arbitral de Estocolmo.

Es miembro del Club Español de Arbitraje, de *LCIA Young International Arbitration Group* y de *Young ICCA*. Ha desempeñado actividades de docencia como profesor adscripto en la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica Argentina y ha publicado en diversas revistas y colecciones especializadas sobre temas corporativos, concursales y arbitrales.

En octubre de 2014 se incorporó como asociado al equipo de Resolución de Disputas de Rattagan, Macchiavello & Arocena.

I. INTRODUCCIÓN¹

La Ley de Contrato de Participación Público Privada, sancionada el 30 de noviembre de 2016, bajo el número 27.328 (en adelante, “Ley de PPP”), ha traído avances en materia de relación entre el Estado y los sujetos de derecho privado para la realización de obras de infraestructura y servicios generales que ha sido el centro de atención de esta nueva legislación.

Sin embargo, nos gustaría poner especial relieve en dos aspectos que creemos fundamental para la ejecución de esta clase de contratos y de los proyectos en ellos contenidos. En este sentido, este artículo tratará sobre los mecanismos de resolución de controversias que se han previsto en la Ley de PPP.

En particular, abordaremos dos institutos: (i) los paneles de expertos; y (ii) el arbitraje. Ambas incorporaciones resultan novedosas para nuestra legislación y su incorporación, sorprendente.

No existe constancia en nuestro ordenamiento jurídico de haberse previsto anteriormente el instituto de paneles de experto, aunque han existido dos casos puntuales en los que se han utilizado, como veremos a continuación.

En el derecho de la construcción comparado, y específicamente para contratos de participación público privada, los paneles de expertos, o *Dispute Boards*² son mecanismos de resolución de controversias contractuales, sin carácter jurisdiccional, que facilitan la ejecución de los contratos, resuelven las controversias de manera temprana y disminuyen notablemente los litigios posteriores.

En cuanto al arbitraje, este instituto no se caracteriza principalmente por ser una novedad en el derecho argentino. Sin embargo, sí resulta novedosa su incorporación como mecanismo de resolución de controversias en un contrato en el que el Estado está vinculado. Ya sea por tener conexiones con el derecho administrativo, o conexiones con el derecho privado, no ha sido costumbre últimamente que el Estado sujete sus controversias a arbitraje.

¹ Se agradece especialmente la colaboración del Sr. Agustín Lastra por su trabajo de investigación de doctrina y jurisprudencia comparada para realizar el presente trabajo.

² Si bien existen algunas diferencias menores, para el propósito de este trabajo los asimilaremos.

Veremos también como la Ley de PPP ha resultado ser una excepción a la normativa prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es abordar estos dos procedimientos de resolución de controversias, explicando en profundidad qué es el panel de experto, cómo funciona, y sus beneficios, para luego brindar algunas reflexiones sobre el arbitraje en contratos de construcción y en contratos de participación público privada.

Al abordar los temas a tratar, lo haremos con visión crítica y analizando la Ley de PPP y su decreto reglamentario. Ello, a los fines de poder dar un panorama real y concreto de cómo se instrumentará el funcionamiento ambas herramientas de resolución de controversias en la práctica.

II. COMENTARIOS GENERALES A LA LEY DE PPP

1. La Ley 27.328, sancionada el 30 de noviembre de 2016, vino a regular el Contrato de Participación Público Privado definidos como “aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional ... y sujetos privados o públicos ... con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”.³

En la práctica, los contratos de participación público privada han sido vastamente utilizados en países del primer mundo para la construcción de proyectos de infraestructura, educación, salud, vivienda e inversión productiva, no siendo común su uso para la prestación de servicios.

Así, se observan casos de contratos de participación público privado para la creación y mantenimiento de parques, para la creación de escuelas públicas, la creación de carreteras y autopistas, entre otros proyectos.⁴ Como se ha señalado oportunamente, “Las PPP constituyen una alternativa a los sistemas clásicos de contratación de obra pública, donde generalmente el Estado diseña, financia, paga y opera y el privado solo construye.”⁵

³ Definición extraída del art. 1 de la mentada ley.

⁴ Ver descripción efectuada por el Banco Mundial de los diversos sectores en los que existen contratos de participación público privada, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>.

⁵ Ver <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/>

2. En general, se considera apropiado optar por un contrato de participación público privado cuando el proyecto, que en general es de gran envergadura, no podría realizarse solamente por el estado (o sería demasiado costoso para el mismo). En esos supuestos, los estados buscan el auxilio de los privados para el desarrollo de los proyectos, sin perder la participación en el mismo y con el objeto de que en un cierto plazo, los bienes sean de propiedad pública.

En este sentido, el Estado obtiene financiación por parte del sector privado para la construcción de un determinado proyecto. El Estado, luego, abonará el costo del proyecto a través del pago de un canon periódico por la prestación de un servicio determinado por parte del privado.

3. Continuando con el análisis de la Ley de PPP, encontramos en nuestra legislación dos antecedentes de regulaciones de esta clase de contratos, pero que no se han conocido ejemplos de su puesta en práctica. Así, los decretos 1299/00 y 967/05 pueden ser considerados como antecedentes legislativos en esta materia. Como se dijo, no existen constancias de que ambos decretos fueran puestos en práctica.

4. A continuación mencionaremos los que consideramos son los principales lineamientos de la Ley de PPP. Se deja a salvo que los próximos párrafos no pretenden ser un compendio exhaustivo de la Ley de PPP, sino solamente una enunciación de los puntos centrales de la norma, para poder luego concentrarnos en el tema elegido.

En primer lugar, ponemos de resalto que para la contratación a efectuarse no se aplicarán las normas de la Ley de Obra Pública, lo que pareciera otorgarle mayores libertades al Estado y al Privado para ejecutar la obra.

En segundo lugar, se destaca que para la selección del co-contratista se deberá efectuar una licitación pública nacional o internacional (permitiéndose la participación de compañías extranjeras) con principal foco en respetar la transparencia, publicidad, igualdad y competencia en el procedimiento de selección (art. 12 de la Ley de PPP).

En tercer lugar, no debe dejar de señalarse que el Estado deberá justificar por qué el interés público será satisfecho con mayor éxito al optar por esta clase de contratación y no por otra de las previstas en la Ley de Obra Pública (art. 13 inc. a). Así, el área competente deberá emitir un dictamen en el que deberá justificar también la forma de contratación elegida y la factibilidad del proyecto (art. 13)

En cuarto lugar, se pone especial énfasis en la protección de la industria nacional a través de la determinación de que en la provisión de bienes y servicios debe existir un componente mínimo nacional (33% según el art. 12).

En quinto lugar, la Ley de PPP faculta el pago de las obligaciones asumidas mediante diversas formas de financiamiento, como pueden ser los fideicomisos o bonos.

En sexto lugar, el Estado Nacional, a través de cualquiera de sus dependencias, debe conservar el poder de contralor y el poder de policía. Estas funciones son indelegables y ello se debe a que no deja de ser un proyecto de interés público con fines públicos que el Estado debe velar.

En séptimo lugar, existen novedosas normas de anticorrupción para la protección de la inversión y para garantizar la transparencia a la hora de la celebración de la licitación, contratación y durante toda la ejecución del contrato.

III. PANELES DE EXPERTOS Y ARBITRAJE EN LA LEY DE PPP

Sin perjuicio de los puntos centrales brevemente desarrollados en el apartado anterior, a los fines del presente trabajo, consideramos que los cambios más importantes traídos a colación por la Ley de PPP radican en los sistemas de resolución de conflictos adoptados.

Así, la Ley de PPP ha previsto en el artículo 9.w) que:

Sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones: ... w) 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....

Consideramos que la inclusión de los paneles de expertos como mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual es un acierto debido a que este sistema permitirá la ejecución de contratos de manera más eficiente, reducirá los costos finales de ejecución de la obra, y disminuirá notablemente los índices de corrupción.

Estos beneficios, junto con otros que veremos en el siguiente capítulo, serán fundamentales para lograr seguridad jurídica y confiabilidad en el escenario internacional, a los fines de poder captar inversionistas que deseen participar como co-contratistas del Estado Nacional (en cualquiera de sus formas) en proyectos de gran cuantía.

En lo que hace al arbitraje, la Ley de PPP ha establecido en el art. 25 que:

“Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo Nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.”

En segundo lugar, la inclusión del arbitraje como posible mecanismo de resolución de disputas es una forma de demostrarle a los inversionistas que podrán contar con un tribunal imparcial y especializado en la clase de conflictos que podrán presentarse en contratos de obra.

No se pretende criticar los tribunales contencioso administrativo locales, sino solamente poner de resalto que el arbitraje resultará más expedito, y los árbitros contarán con mayor preparación para dirimir las controversias que se presentan comúnmente en la ejecución de contratos de obra o de servicios como los que se ejecutarán en el marco de la Ley de PPP.

A continuación, abordaremos el marco teórico de los paneles de expertos, para luego adentrarnos en la temática del arbitraje.

IV. SOBRE LOS PANELES DE EXPERTOS EN LA LEY DE PPP

En este apartado analizaremos las características centrales de los paneles de expertos, para luego concentrarnos en las previsiones reguladas por la Ley de PPP y cómo sería su aplicación práctica en la ejecución de un contrato de obra.

A. Nociones generales sobre los paneles de expertos

1. Brevemente se señala que los paneles de expertos, son mecanismos de resolución de controversias por medio de los cuales un panel calificado entiende en una controversia

(generalmente técnica) y brinda una solución (con carácter de recomendación o también puede ser vinculante), de manera efectiva y en tiempo real.⁶

El surgimiento del panel es de naturaleza contractual, ya que las partes necesariamente deben pactar y acordar su creación.⁷ Todas las facultades y atribuciones de los paneles de expertos estarán dadas por lo pactado por las partes y el reglamento elegido por ellas. Motivo por el cual las partes deberán ser lo más diligentes posibles a la hora de redactar la cláusula.

2. Generalmente, las partes acuerdan que los paneles de expertos inicien su labor y se constituyan al inicio de la ejecución del contrato.⁸ El objetivo es que los miembros del panel conozcan en detalle el avance del contrato desde el momento mismo del inicio de la ejecución, pueden entender las controversias en tiempo real o eventualmente, y hasta lograr prevenirlas.⁹

Las ventajas de que se constituya el panel de expertos al momento de iniciarse el contrato son varias. En primer lugar, hace que los miembros del panel estén informados de todos los avances del contrato. En segundo lugar, facilita la producción de prueba necesaria para resolver cada una de las controversias ya que los miembros del panel recibirán documentación respecto de la construcción. En tercer lugar, se acelera la resolución de la disputa ya que los miembros del panel conocerán el proyecto, no siendo necesario informarlos.

3. También resulta importante la elección del reglamento a aplicar en el procedimiento. El reglamento determinará la forma de nombrar a los miembros del panel, el procedimiento a seguir para resolver una controversia, la admisibilidad de pruebas, la clase de decisión a adoptar, la ejecución de la decisión y su eventual recurribilidad.

Las partes pueden redactar los reglamentos de paneles de expertos o pueden adoptar un reglamento probado que fuera preparado por una organización a cargo de la

⁶ Ver Prefacio del Reglamento de Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional.

⁷ Cyril Chern, "Chern on Dispute Boards", Informa Law from Routledge, 3era Edición, 2015, págs. 42 y 43. El autor sostiene que los paneles de expertos nacen de contratos ya que las partes otorgan a los paneles de expertos ciertas facultades jurisdiccionales para investigar un reclamo o disputa y también facultades para decidir dichos reclamos o disputas.

⁸ Gwyn Owen y Brian Totterdill, "Dispute boards: procedures and practice", Thomas Telford, 2008, págs. 4 a 7.

⁹ La utilización de los paneles de expertos no se limita exclusivamente a casos de contratos de obra. Ver Christopher Koch, "The New Dispute Board Rules of the ICC", 23 ASA Bulletin 1/2005 (Mars), pág. 56.

administración del panel de expertos. Es decir, las partes pueden enfrentarse a un panel de expertos con un reglamento *ad-hoc* o institucionalizado.

Dentro de los reglamentos comúnmente utilizados encontramos el reglamento de la *Dispute Resolution Board Foundation*,¹⁰ institución que preparó una guía en el año 2007 para que sea usada en contratos de obra. La *Dispute Resolution Board Foundation* es la institución que más promueve este mecanismo de resolución de controversias a nivel mundial, enfocado principalmente a contratos de obra.

También, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) ha aprobado recientemente, en octubre de 2015, un reglamento de *Dispute Boards*, que cuenta con 35 artículos en los que reconoce los distintos tipos de DB, los procedimientos a seguir, los costos, entre otras cuestiones (en adelante, “Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*”). Este reglamento es aplicable solamente si las partes así lo decidan.¹¹

En Argentina, dos instituciones han sido pioneras en lo que respecta a paneles de expertos. El Centro de Mediación y Arbitraje Comercial¹² y el Tribunal Arbitral de las Ingenierías¹³ han elaborado reglamentos de *Dispute Boards*.

4. Los reglamentos de *Dispute Boards* mayormente utilizados prevén diversos tipos de decisiones que pueden adoptar los *Dispute Boards*,¹⁴ que se clasifican de acuerdo al carácter de las mismas. En este sentido, existen *Dispute Review Boards*, los *Dispute Adjudication Boards*, y los *Combined Dispute Boards*.¹⁵

Los *Dispute Review Boards* dictan recomendaciones, que son decisiones no vinculantes para las partes respecto de un tema determinado. Comúnmente utilizadas en Estados Unidos, si bien son recomendaciones no vinculantes la convicción de cumplimiento se genera debido al respeto por el panel de experto y debido a que el incumplimiento de una recomendación podría perjudicar a una parte cuando se someta

¹⁰ Para mayor información se puede consultar <http://www.drb.org/>.

¹¹ Para mayor información se puede consultar <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>.

¹² Para mayor información ver http://www.cac.com.ar/data/documentos/27_cedei.rlpd.%20enero%2014%202008%28%29.pdf.

¹³ Para mayor información ver http://www.tai.org.ar/archivos/Reglamento_Dispute_Boards.pdf.

¹⁴ Ver Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional y de la *Dispute Resolution Board Foundation*.

¹⁵ Ver Prefacio del Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional. Creemos que resulta de gran utilidad para entender la magnitud de cada tipo de *Dispute Board* los artículos 4 a 6 del Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional. Allí se explican las funciones de cada panel, los alcances de las decisiones, entre otras cuestiones.

una nueva controversia al panel. Además, debe tenerse en cuenta que, en algunos reglamentos, como el de la CCI, se prevé que si en un plazo determinado (en el caso de la CCI es de 30 días) ninguna de las partes presenta objeciones, la recomendación pasa tener carácter vinculante.

Los *Dispute Adjudication Boards* emiten decisiones vinculantes y obligatorias para las partes, que, si bien pueden ser revisadas por un tribunal arbitral o judicial, son de cumplimiento inmediato hasta que un tribunal superior las deje sin efecto.

Los *Combined Dispute Boards* se caracterizan por ser un panel ecléctico, que emiten recomendaciones, pero que, según criterio de las partes pueden transformarse en decisiones vinculantes. En la práctica no son muy utilizadas.

5. Los beneficios o ventajas de los paneles de expertos radican en: (i) el carácter contractual de los paneles de expertos ya que tanto las facultades, como el desarrollo y el procedimiento de estos paneles surge del acuerdo de voluntades de las partes, se ve reflejado en el contrato y las decisiones no son de carácter jurisdiccional; (ii) los paneles de expertos se caracterizan por resolver las controversias de forma temprana evitando que los reclamos se agranden o escalen; (iii) los miembros son profesionales altamente especializados en materiales vinculadas con el proyecto; (iv) al acompañar la vida del proyecto, los paneles de experto conocen el mismo en su profundidad; (v) las decisiones de los paneles de expertos luego pueden ser revisadas, y los perjuicios que pudieran ocasionarse de las decisiones de los paneles pueden ser reclamadas judicialmente; y (vi) reduce los reclamos arbitrales posteriores, y los costos de reclamación.

6. No tenemos dudas de que los paneles de expertos son válidos a la luz del derecho privado argentino vigente, y sin perjuicio de lo contenido en la Ley de PPP.¹⁶

Los paneles de expertos son compatibles con el Código Civil y Comercial de la Nación. Este cuerpo normativo ha incorporado diferentes principios que nos hacen llegar a la conclusión anteriormente mencionada.

En este orden de ideas, el Código Civil y Comercial reconoció el principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes en cuestiones patrimoniales.¹⁷

¹⁶ Jiménez Figueres, Dyalá y Caivano, Roque “Funcionamiento de los “Dispute Boards” de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, artículo publicado en Revista Internacional de Arbitraje N° 6, Enero – Junio 2007, Editorial Legis. Estos autores han abordado la compatibilidad del DB con el derecho argentino, pero con el Código Civil y con el Código de Comercio. Creemos que las conclusiones mencionadas en su artículo son igualmente aplicables al análisis del DB y el CCyC, en tanto no ha habido modificaciones sustanciales respecto la materia disponible en el nuevo ordenamiento jurídico.

¹⁷ Ver art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los paneles de expertos se encuadran dentro de los derechos disponibles por las partes y claramente revisten cuestiones patrimoniales. Como cualquier acuerdo de las partes, no debe ser objeto ilícito.

Este principio es replicado para el contrato de obra, que en el art. 1253 reconoce a las partes libertad para elegir los mejores medios para la ejecución de esta clase de contratos. Recuérdese que el panel de experto es un mecanismo contractual cuya finalidad radica en optimizar la ejecución de la obra. Por ende, la facultad prevista en el art. 1253 puede extenderse a los *Dispute Boards*.

Por otra parte, este mecanismo contractual de resolución de disputas resuelve cuestiones de hecho y no de derecho, y sin carácter definitivo. Por consiguiente, no hay violación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y acceso a la justicia.

Esto fue expresamente previsto por la Ley de PPP que estableció en el art. 9 inc. w) que los paneles de expertos resolverán controversias “*de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato.*” El decreto reglamentario (nº 118/2017) previó en el art. 9.13.f) que “*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 PPP, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al Contratista PPP y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato PPP.*”

Destáquese que las decisiones del DB pueden ser abiertas, examinadas, inspeccionadas y revisadas completamente en un arbitraje o instancia judicial ulterior.

Si bien el ordenamiento vigente (a excepción de la Ley de PPP) no contiene ninguna referencia expresa acerca de la validez de los paneles de expertos, sí existen mecanismos de resolución de controversias similares a los DB como ser los peritos árbitros.¹⁸

Finalmente y tal como hemos visto anteriormente, la Ley de PPP expresamente incorporó en el art. 9 inciso w) este instituto.

El art. 9, punto 13 del decreto reglamentario de la Ley de Contratos de Participación Público Privada,¹⁹ ha tratado en detalle los paneles de expertos que pueden constituirse

¹⁸ Ver art. 773 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁹ Decreto Reglamentario 118/2017, publicado el 20 de febrero de 2017.

en el marco de los contratos PPP. En cada punto que analizaremos a continuación, haremos una breve mención de lo establecido en este reglamento.

B. Cláusulas y reglamento de paneles de expertos

Como hemos dicho, los paneles de expertos nacen de previsiones contractuales por medio de las cuales las partes optan por este mecanismo de resolución de conflictos. Al igual que en otros métodos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje, existen instituciones que facilitan la tarea de los redactores de contratos, al establecer cláusulas de *Dispute Boards* válidas y ejecutables (como paso previo a otro tipo de resolución de conflicto –arbitraje o sede judicial-).

A modo de ejemplo, transcribimos la siguiente cláusula de *Dispute Adjudication Board* extraída del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*:

“Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Adjudication Board (DAB) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativo a los Dispute Boards (el Reglamento), el cual es considerado parte integrante del presente. El DAB se compone de (uno/tres/x) miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al DAB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DAB dictará una Decisión de conformidad con el Reglamento.

SI una de las Partes no acata una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DAB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Decisión.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DAB su desacuerdo con una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DAB no ha dictado una Decisión en el plazo previsto por el Reglamento, o incluso si el DAB se disuelto conforme al Reglamento antes de que se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.”

En lo que hace a la Ley de PPP, la cláusula de paneles de expertos y la elección del reglamento a aplicar resultan fundamentales ya que servirá de aplicación supletoria respecto de lo previsto en el decreto reglamentario 118/2017 (ver punto 9.13.a).

Como podemos observar, se propone la inclusión de una cláusula de las denominadas “escalonadas”. Este tipo de cláusulas tienen la característica de prever primero un sistema

de resolución de controversias amistoso (que en este caso serían los *Dispute Boards*), paso que es comúnmente de carácter obligatorio, y un segundo paso final, para impugnar la decisión o para llegar a una resolución en caso que el anterior paso hubiera fallado.

Destacamos que, a nuestro entender, el cumplimiento del paso de *Dispute Boards* para luego acudir a la vía del arbitraje o a la sede judicial es de carácter obligatorio. Para el caso que una de las partes obviara la iniciación del proceso de *Dispute Boards*, la otra parte o el tribunal de oficio podría suspender el procedimiento hasta tanto se cumpliera con este requisito.²⁰

La posición mencionada anteriormente ha sido receptada expresamente en precedentes en tribunales de otros países. Un tribunal de Inglaterra ordenó a una de las partes suspender la tramitación de un procedimiento judicial por no haberse cumplido con la etapa de *Dispute Board*. Esta decisión se dio en el marco de un contrato de construcción FIDIC y se fundó en la idea de que debe permitirse a las partes resolver las disputas de acuerdo a como lo pactaron en el contrato.²¹

También destacamos que la Corte Suprema de Suiza resolvió en el año 2014 que, en el marco de un contrato FIDIC y en aplicación del documento “*General Conditions*” de FIDIC, los *Dispute Adjudication Boards* han de ser considerados como requisito previo a la iniciación de un arbitraje.²² Ello, sin perjuicio de que en el caso concreto se haya permitido la omisión por la demora imputable a una de las partes a la hora de nombrar uno de los miembros del panel.²³

El decreto reglamentario 118/2017 sigue esta postura. En el art. 9.13.n) se ha dicho que

“en aquellos casos donde el Pliego o el Contrato PPP hubiesen previsto la existencia de un Panel Técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida al Tribunal

²⁰ Esta posición guarda relación el documento de FIDIC titulado “General Conditions” que establece los *Dispute Adjudication Boards* como requisito de previo cumplimiento al arbitraje.

²¹ Ver “*Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd*”, [2014] EWHC 3193 (TCC). Ver también Jonathan Cope, “TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed”, *Practical Law Construction Blog* (<http://constructionblog.practicallaw.com/tcc-grants-stay-to-enable-fidic-dispute-board-to-proceed/>).

²² Corte Suprema de Suiza, 4A_124/2014, resolución del 7 de Julio de 2014 (disponible en francés).

²³ Ver Frank Spoorenberg y Daniela Franchini, “Supreme Court rules on FIDIC pre-arbitration steps”, de fecha 27 de noviembre de 2014, disponible en <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Switzerland/Tavernier-Tschanz/Supreme-Court-rules-on-FIDIC-pre-arbitration-steps#1>. Ver también Matthis Scherer, “Swiss Supreme Court analyses enforceability of pre-arbitral procedure in multi-tier dispute resolution provision (FIDIC DAB)”, *Kluwer Arbitration Blog*, publicado el 1 de octubre de 2014.

Judicial o Arbitral competente sin que antes haya sido sometida al Panel Técnico, con la excepción de la extinción del Contrato PPP por razones de interés público. Ello sin perjuicio del derecho de las Partes de solicitar en cualquier momento al Tribunal Judicial o Arbitral competente el dictado de las medidas cautelares que fueren necesarias.”

Así, puede verse que claramente que el acceso al panel de expertos, para los conflictos encuadrados dentro de la competencia de los mismos, es de carácter obligatorio para luego acudir a sede judicial o arbitral.

Finalmente, los redactores de las cláusulas deberán tener presente los alcances del reglamento, de las funciones de los miembros del panel, y de las atribuciones del panel de expertos. Ello, con la finalidad de que este panel pueda ser lo más eficiente posible para cumplir con el objetivo de lograr soluciones de disputas de manera veloz y temprana.

En Argentina, los paneles de expertos también tienen su origen en un acuerdo de voluntades. El decreto reglamentario 118/2017 prevé en el art. 9.13.a) que los paneles de expertos pueden estar constituidos en el pliego de bases y condiciones o en el contrato de PPP. En dichos instrumentos deberá preverse también el reglamento que se aplicará en subsidio a las normas reguladas en el propio decreto reglamentario.

C. Constitución, nombramiento y recusación de los miembros

Una vez redactada la cláusula, es necesario que el panel de expertos se constituya para que entre en funcionamiento.

1. En la práctica pueden presentarse dos situaciones distintas, cualquiera de las dos válidas, a la hora de la constitución del panel de expertos: (i) la formación del panel al momento de la firma del contrato; y (ii) la formación del panel a la hora del surgimiento de la primera controversia.

A nuestro entender, la lógica que debería reinar en los paneles de expertos que se utilizarán en los contratos de PPP –y una de las razones por las cuales resulta beneficioso en esta clase de contratos- es que los miembros participan desde el inicio de la ejecución del contrato.

Eso les permite conocer en detalle la obra, el avance, la relación entre el contratista y el dueño, y los distintos vaivenes que –sin llegar a tener la entidad de un conflicto- se suscitan habitualmente. También, facilita la recolección de prueba ya que los miembros del panel estarán provistos de la documentación necesaria por estar en contacto con las partes desde el inicio de la ejecución.

Así, a la hora de tener que enfrentarse a las controversias, los paneles de experto cuentan con información detallada del estado de la obra en general, de la relación entre las partes, y la producida la prueba técnica necesaria para, si la situación lo requiere, resolver la controversia.

Pero la constitución del panel a la hora de iniciarse el contrato también tiene ciertos matices a tener en cuenta, que hacen que las partes decidan constituirlo cuando surge una controversia. Entre ellos, se destaca principalmente el aumento en los costos ya que deben abonarse los honorarios y gastos en los que incurran los miembros del panel, pese a no existir conflicto o controversia alguna en la que tengan que participar.

Ya hemos manifestado que resulta fundamental elegir un reglamento, debido a que no hay normativa doméstica que pueda ser aplicada supletoriamente. Entonces, ante la falta de determinación expresa del mecanismo de nombramiento de los miembros, la constitución del panel puede volverse de imposible cumplimiento.²⁴

2. La Ley de PPP ha previsto algunas cuestiones relativas a la constitución del panel y su forma de selección.

Así, el decreto reglamentario 118/2017 previó en el art. 9.13.b) que por “*default*” el panel estará integrado por 5 miembros. Para el caso que el reglamento elegido por las partes tuviera otra previsión, o que se hubiera pactado en el contrato de PPP otra integración, primará lo elegido por las partes por sobre el decreto reglamentario.

Además, los incisos c y d del art. 9.13 del decreto reglamentario 118/2017 prevén la existencia de un listado de expertos confeccionada mediante concurso público efectuado por la Unidad de Participación Público Privada. Las partes deberían nombrarlo de común acuerdo, y si no se ponen de acuerdo, lo nombrará la Unidad de Participación Público Privada.

Creemos que las previsiones de los incisos c y d son desacertadas, ya que en la práctica resulta dificultoso que exista un listado de expertos, cuando en Argentina este instituto no es utilizado.

Consideramos correcto que en las partes deban elegir a los miembros del panel de común acuerdo. Esta premisa se sustenta en la idea de que las partes deben convivir con los expertos durante toda la ejecución del contrato, debiendo estar conformes con la

²⁴ Ver Lindy Patterson, “Appointing the Dispute Board – Why it differs from Arbitration appointments”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 20 de abril de 2015.

designación de todos los miembros del panel. Este es un punto más a favor de la designación de los miembros al inicio de la ejecución del contrato, donde los conflictos todavía no surgieron.

El decreto reglamentario 118/2017 incorporó las obligaciones de imparcialidad e independencia de los miembros del panel tanto al momento del nombramiento como durante la ejecución del contrato, y el deber de guardar confidencialidad de toda la información suministrada. Creemos acertada esta inclusión, como así también el vocablo elegido. Ello debido a que al incluir los verbos “ser” y “permanecer” las obligaciones de independencia e imparcialidad deben cumplirse al momento de la elección de los miembros y perduran durante toda la ejecución del contrato.

Por último y en lo que creemos que es un desacierto, el decreto reglamentario 118/2017 no ha considerado las causales de remoción, recusación o sustitución de los miembros del panel de expertos. Cuestión que entendemos, debería regirse por el reglamento elegido por las partes.

En una primera etapa de prueba del nuevo formato de resolución de disputas, en la que tampoco se conoce como funcionará la Unidad de Participación Público Privada, debería seguirse la experiencia de las instituciones más reconocidas que están más acostumbradas a tratar con estos casos.

Por ejemplo, debería verse la experiencia de la CCI a la hora de nombrar y de elegir a los miembros de los *Dispute Boards*.

3. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece el procedimiento de nombramiento de los miembros del panel. Recuérdesse que este reglamento se aplica para el caso que las partes así lo decidieran. Sin embargo, sirve como ejemplo para explicar el mecanismo de nombramiento y constitución del panel.

El art. 7 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece que primará la voluntad de las partes a la hora de la constitución del panel. Las partes pueden elegir la cantidad de miembros, la profesión de los miembros y la forma de elección de cada uno. Este reglamento aplicará para la constitución del panel si las partes expresamente lo determinan o de manera subsidiaria cuando las partes omiten establecer una forma concreta de nombramiento.

El panel estará compuesto, por defecto, por 3 personas. Es habitual que el panel de expertos esté compuesto por ingenieros y abogados. No existe problema en que ingenieros integren el panel –siendo esto muy recomendable– ya que las controversias que deciden

los *Dispute Boards* se centran, en su mayoría, en cuestiones técnicas y de hechos, y no en controversias de tinte legal.

El Reglamento establece los ejemplos clásicos de paneles de 1 miembro o de 3 miembros. Para el caso de paneles con 1 solo miembro, el mentado reglamento propone la designación conjunta del experto, y en subsidio, para el caso que las partes no pudieran ponerse de acuerdo, la designación recaerá a manos de la CCI.

En la segunda opción, panel de 3 miembros, las partes eligen de común acuerdo a 2 miembros del panel.²⁵ Si pueden nombrarlo en el plazo estipulado por el reglamento (30 días), o si por otra razón no se nombran a los miembros (no aceptan el cargo, etc), la CCI nombrará a los 2 (o a uno de ellos) a su exclusivo criterio. El tercer miembro surgirá del listado que propongan los otros miembros ya elegidos, o de la CCI, si los miembros o las partes no se ponen de acuerdo en la elección.

Resulta interesante destacar que el mismo art. 7 (en el punto 7) establece que cualquiera de las partes podrá solicitar la constitución del panel de expertos. Esta facultad otorgada a las partes es fundamental para los casos en los cuales una de ellas se muestra reacia para iniciar el procedimiento de resolución de disputas. De esta forma, se le permite al interesado acceder unilateralmente a la CCI para que colabore con los nombramientos.

Una novedad que presenta el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* es la inclusión de referencia expresa sobre la relación contractual entre las partes y los miembros del panel.²⁶ El art. 10 establece que luego de la constitución del panel, pero antes del inicio de actividades, las partes del contrato y cada miembro del panel deben firmar un acuerdo por el cual se fijen las obligaciones de las partes, los honorarios por el servicio, y las facultades de terminación del mismo.²⁷

Ante este escenario (el de la relación contractual entre los miembros de los *Dispute Boards* y las partes del contrato) surgen diversas consideraciones que deben tenerse en cuenta a la hora de pensar en la incorporación de los *Dispute Boards* como mecanismo previo de resolución de conflictos: (i) clase de responsabilidad en caso de incumplimiento

²⁵ Es usual ver en la práctica que cada parte elige un miembro y la otra parte manifiesta su aprobación. Ver Christopher Koch, ob cit, pág. 68.

²⁶ Decimos novedad ya que esta relación también se sostiene para la relación existente entre las partes y los miembros de un tribunal arbitral, pero que no se encuentra expresamente regulado en el reglamento de arbitraje de la CCI, como sí se hace en el Reglamento de *Dispute Boards*.

²⁷ Independientemente de que las partes acuerden la forma de terminación del contrato con el miembro del panel, el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* le otorga la facultad a las partes, actuando conjuntamente, para rescindir en cualquier momento el acuerdo.

de las obligaciones de cualquiera de las partes; (ii) forma de reclamar el cumplimiento de las obligaciones asumidas; y (iii) ¿existen mecanismos de terminación del contrato a favor de los miembros de los *Dispute Boards* por incumplimiento de las partes?.

Siguiendo con el tema de la constitución de los *Dispute Boards*, creemos que una cuestión importante a analizar es la idoneidad de los miembros. En la actualidad, existen diversos cursos que no solamente capacitan a futuros miembros de paneles respecto de temas específicos relativos a contratos de obras, sino también a cómo desempeñarse en un panel de expertos. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha tratado el tema de la idoneidad de los candidatos en el punto 8 del art. 7.

Otras características que deben tener los miembros del panel, al igual que en cualquier otro método alternativo de resolución de controversias, son la imparcialidad y la independencia. Sino, resulta muy difícil poder obtener una decisión justa. En este sentido, el art. 8 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* obliga a los expertos a “*ser y permanecer imparciales e independientes de las Partes*”,²⁸ debiendo el experto declarar estas características, como así también dar a conocer a las partes cualquier circunstancia que pudiera alterar su imparcialidad o independencia.

Finalmente, en lo que hace a la remoción, recusación o sustitución de los miembros, es comúnmente aceptado que proceden por causas similares a la de los jueces o árbitros. En otras palabras, ante la falta de independencia, imparcialidad, idoneidad, o probidad, los miembros podrían ser sustituidos.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha previsto de manera expresa ciertas causales de recusación y remoción de los miembros, y su proceso de sustitución. El art. 8 puntos 4 y 5 determina el proceso de recusación y remoción de los miembros por falta de imparcialidad, independencia, y bajo la frase “cualquier otro motivo” deja a salvo otras circunstancias que podrían afectar una resolución justa si se mantiene esa persona como experto.

Brevemente, el proceso de sustitución de un experto consistirá en la presentación de las razones por las cuales debe ser sustituido (muerte, incapacidad, o recusación). Luego, se nombrará de acuerdo al procedimiento determinado en el contrato o en el reglamento (que fuera explicado anteriormente). En el caso de sustitución por recusación, del pedido de sustitución se ordena el traslado al miembro acusado, a los restantes miembros y a la

²⁸ Art. 8.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

otra parte, para que brinden su opinión al respecto. Luego, la CCI decidirá sobre la procedencia de la recusación.²⁹

4. Como puede apreciarse, el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha tratado extensivamente la constitución de los paneles de expertos y las distintas variables que usualmente se presentan en la práctica a la hora de nombrarse a los expertos.

Consideramos que, para la correcta inserción de este instituto en nuestro derecho, es recomendable el aprovechamiento de la experiencia que organizaciones internacionales como la CCI y la *Dispute Resolution Board Foundation* tienen, por haber participado y organizado *Dispute Boards* de distintas clases y bajo distintos proyectos.

D. Procedimiento de resolución de la disputa

Ya hemos explicado sucintamente cómo se constituye un panel de expertos bajo la Ley de PPP -y su decreto reglamentario- como así también bajo las reglas de una de las instituciones más reconocidas a nivel mundial en la materia.

Para comprender el instituto en su totalidad, es necesario entender cómo funciona el panel frente a una disputa en concreto. En consecuencia, analizaremos el funcionamiento del panel cuando una o varias controversias surgen durante la ejecución de un contrato.

Para nuestro análisis partiremos de la base de que el panel ya se encuentra constituido. Así, no influirá en este estudio el hecho de que el panel se constituya al momento de la ocurrencia de una controversia o bien se hubiera constituido al momento de la firma del contrato.³⁰

Tomaremos otra vez como referencia al Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* para aquellas cuestiones que no hubieran sido incluidas expresamente en la Ley de PPP o en el decreto reglamentario 118/2017.

²⁹ Ver arts. 7 y 8 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

³⁰ El momento de constitución del panel sí influye en otros temas importantes a la hora de decidir una controversia, como es el período de producción de pruebas. Así, si un panel estaba constituido desde la celebración del contrato, y las partes copiaban habitualmente a los miembros del panel durante la ejecución del contrato, la producción de prueba será más simple. Ello debido a que los miembros del panel ya contarán con los documentos y/o información necesaria para la resolución de la controversia. En cambio, si los miembros del panel se constituyen al momento del surgimiento de una controversia, las partes deberán recopilar toda la información y/o documentación necesaria y presentarla a los miembros del panel, lo que llevará a que el panel demore en la resolución del conflicto (ya que deberá tomar conocimiento de todo lo ocurrido hasta el surgimiento de la controversia).

1. El decreto reglamentario 118/2017 ha previsto ciertas cuestiones del procedimiento de resolución de disputas surgidas con motivo del contrato PPP. Estas cuestiones se aplicarán por sobre el reglamento elegido por las partes, debiendo dicho reglamento ajustarse a la normativa del decreto reglamentario 118/2017.

Como primer punto a destacar, señalamos que el art. 9.13.f) establece qué disputas pueden someterse a decisión del panel de expertos. Señala el artículo citado que el panel técnico podrá decidir sobre controversias de “*índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato PPP*”. Este artículo encuentra su correlato en la Ley de PPP que contiene la misma consideración en el art. 9.w).

No resulta llamativa esta situación, ya que es común ver que los paneles de experto traten cuestiones de hecho y no de derecho. Esto se debe principalmente a que los integrantes del panel son habitualmente ingenieros y no abogados. Asimismo, al ser el mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual y no jurisdiccional, su función solamente debería reducirse a decidir cuestiones técnicas o interpretativas de los proyectos.

El mismo artículo apunta que el panel de experto analizará esas clases de controversias “*salvo previsión en contrario en el Pliego o en el Contrato PPP*”. Creemos que esta “previsión en contrario” no permitiría extender las controversias a someter al panel de expertos, sino limitarlas aún más.

Básicamente, el decreto reglamentario 118/2017 propone que el panel de expertos entienda en controversias que son claramente fácticas. El decreto reglamentario 118/2017 incluye como cuestión técnica, interpretativa o patrimonial la posibilidad de discutir la imposición de sanciones al contratista o cualquier acto o medida que dicte el comitente.

En segundo lugar, destacamos que el decreto reglamentario 118/2017 no ahondó en detalles respecto de la forma de presentar el reclamo ante el panel de expertos, plazos para presentarlo, derecho a réplica y demás cuestiones propias del procedimiento. Esto deberá sujetarse a las normas previstas en el reglamento elegido por las partes.

En tercer lugar, el decreto reglamentario 118/2017 determinó que los contratistas que deseen interponer reclamos contra el comitente (en el que existirá un socio estatal) frente a un panel de experto no deberá interponer un reclamo administrativo previo.³¹ Ello

³¹ Artículo 9.13.g).

resulta lógico en tanto el reclamo que introduce el contratista tiene carácter contractual y la resolución que emanará del panel será una recomendación, sin causar un perjuicio determinado a la administración, sin afectar el principio de legalidad de los actos administrativos y sin limitar el acceso al control judicial necesario.

Dejamos sentado que en la práctica podría generar ciertas dudas la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos para esta clase de contratos. Ante esta situación, el decreto reglamentario 118/2017, sin excluir la aplicación de la mentada ley, prefirió eliminar los reclamos administrativos previos para que el contratistas pueda acceder a los mecanismos de resolución de controversias elegidos por las partes.

En cuarto lugar, el decreto reglamentario 118/2017 ha regulado principios procesales que también se encuentran previstos en los reglamentos de *Dispute Boards* más importantes del mundo.

En este sentido, el decreto reglamentario 118/2017 estableció que (i) las partes deben cooperar con el panel de expertos entregando la información -y documentación o pruebas- que requiera para la resolución de las controversias sometidas a su consideración; (ii) el panel de expertos conducirá el procedimiento de acuerdo al reglamento y a lo que considere más adecuado, pudiendo convocar a las partes a audiencias y abrir a prueba el procedimiento; (iii) el panel de expertos tiene facultades conciliatorias más allá de las facultades para resolver la contienda y (iv) el panel de expertos deberá tomar la decisión en el plazo pactado.³²

En quinto lugar, el decreto reglamentario 118/2017 expresamente reconoce que, para los contratos PPP e independientemente de lo que sostenga el reglamento elegido por las partes, los paneles de expertos emitirán recomendaciones.³³ Estas recomendaciones serán obligatorias para las partes siempre y cuando no hubieran planteado ninguna observación o disconformidad de acuerdo a lo previsto en el pliego de bases y condiciones, contrato PPP y/o el reglamento aplicable.

El decreto reglamentario 118/2017 no prevé el mecanismo que debe seguir la parte disconforme con la recomendación del panel de experto. Solamente prevé que, ante silencio del panel de expertos o disconformidad de una de las partes, podrán acudir a sede

³² Ver arts. 9.13.h) e i) del decreto reglamentario 118/2017.

³³ Ver art. 9.13.j).

judicial o arbitral sin necesidad de cumplir con algún tipo de reclamo administrativo previo.³⁴

Ni la Ley de PPP ni el decreto reglamentario 118/2017 establecieron las formas de presentar los reclamos, el trámite que debería darse a los reclamos y la forma de presentación de la evidencia. La regulación del procedimiento está incompleta.

Por eso, consideramos que debe compatibilizarse con los reglamentos elegidos por las partes. Así, analizaremos nuevamente el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* respecto de estos temas omitidos por la Ley de PPP y el decreto reglamentario 118/2017.

2. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* prevé dos formas por las que pueden comenzar a intervenir los *Dispute Boards* en la resolución de conflictos entre las partes. La primera de ellas y considerada más informal,³⁵ es de manera preventiva, mientras que la segunda a pedido de una de las partes.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece en el art. 16 que los miembros de un panel pueden intervenir cuando detecte algún potencial conflicto ya sea a través de una postura conciliadora e incentivando a las partes a que resuelvan el potencial conflicto por ellas mismas, o sino a través de recomendaciones. Cuando un *Dispute Board* interviene de manera preventiva, generalmente su intervención es más informal, flexible, y usualmente a través de comunicaciones telefónicas o video conferencias.³⁶

La segunda forma de actuación de los *Dispute Boards* comienza cuando una de las partes expresamente somete al panel una discrepancia determinada.³⁷ En esta oportunidad, una de las partes inicia formalmente el procedimiento de resolución de disputas a través del envío por escrito de un requerimiento de iniciación haciendo saber al panel y a la otra parte la existencia de una “Desavenencia”.

Este escrito contendrá, como cualquier demanda, un relato de los hechos que dan origen a la controversia, las partes involucradas, la lista de puntos que deben ser resueltos por el panel (sin perjuicio de que luego el panel pueda actuar previniendo nuevos conflictos), medidas cautelares o urgentes (si es que fuera necesario), el carácter de la

³⁴ Ver arts. 9.13.k), l) y m).

³⁵ Christopher Koch, ob cit, págs 74 y 75.

³⁶ Donald Charrett, “Dispute Boards and the Construction Contracts”, The Victorian Bar Continuing Professional Development Program, 20 de octubre de 2009, pág. 8.

³⁷ Ver art. 18 del Reglamento de la CCI sobre Dispute Boards.

intervención del *Dispute Board* (si se busca una solución o una recomendación) y las pruebas que hagan a la posición de la parte.³⁸ El escrito estará dirigido a los miembros del panel y también a la contraria.

Una vez recibido el escrito, la parte contraria contará con un plazo específico para contestar dicho requerimiento (en el caso del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* el plazo es de 30 días, aunque podría ser más breve dependiendo del reglamento y dependiendo también de la necesidad de una resolución rápida). Es común que los miembros del panel, al observar la controversia que se somete, puedan fijar otro plazo.

El contenido de la contestación del escrito dependerá del tenor de la demanda, pero en líneas generales contendrá la descripción de los hechos de acuerdo a la posición de la contraria, la prueba que fundamente su posición, y contestación sobre la procedencia de medidas cautelares o urgentes (en caso que éstas hubieran sido solicitadas por la parte demandante).³⁹ Entendemos que no existe obstáculo alguno para que la parte demandada reconvenga y, en consecuencia, someta controversias distintas (pero vinculadas con las planteadas por la actora) al panel de expertos. En ese caso, deberá darse traslado a la parte actora para que se expida sobre estas nuevas controversias.

Una vez determinadas las posiciones de las partes, y sin perjuicio de que los *Dispute Boards* pueden dirigir el procedimiento según su mejor entender requiriendo nuevos escritos o pruebas,⁴⁰ es usual que se celebren audiencias entre las partes para lograr (i) llegar a una solución amistosa; o (ii) que los miembros del panel tengan la posibilidad de escuchar a las partes, la presentación del caso y de las pruebas más relevantes.⁴¹

Luego de la o las audiencias, el panel de expertos tendrá un plazo determinado para emitir su decisión o recomendación. Como hemos dicho, la idea reinante en este

³⁸ El art. 19 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* contempla específicamente los puntos que debe contener el escrito de iniciación. Si bien los requisitos no parecieran ser exhaustivos, sí consideramos que son elementos básicos que cualquier parte debe tener presente a la hora de plantear la desavenencia a un panel de expertos. A diferencia de un arbitraje, no se prevé una instancia posterior para enfatizar la posición de cada una de las partes, por lo que el escrito de inicio debe ser lo más completo posible para generar la convicción en el panel de expertos de que la controversia debe solucionarse a su favor.

³⁹ El art. 20 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece ciertos parámetros para que la parte que deba contestar tenga lineamientos sobre una eventual respuesta.

⁴⁰ El art. 15 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* señala que son facultades del *Dispute Board* las de: (i) determinar el idioma del procedimiento; (ii) requerir que las partes aporten documentación; (iii) convocar a reuniones y audiencias; (iv) interrogar a las partes; (v) nombrar peritos; (vi) dictar remedios temporales, entre otras cuestiones.

⁴¹ Cyril Chern, ob cit, pág. 73 y sgtes.

mecanismo de resolución de conflictos es la celeridad en la toma de decisiones, por lo que el plazo que tienen en general los miembros del panel para resolver es breve.⁴²

Otras cuestiones que deben tenerse presentes relacionadas con los *Dispute Boards* son las siguientes. La resolución de disputas no es la única función del panel de expertos; los *Dispute Boards* también participan activamente en la ejecución de los contratos. Por ello es que se las partes tienen un deber de proveer a los miembros del panel con toda la información que poseen y están obligadas a cooperar plenamente.⁴³ Esta obligación, si bien surge desde el momento de la constitución del panel, se acentúa a la hora de existir una controversia. En este aspecto, prima la idea de transparencia y pleno acceso a la información por parte de los miembros del panel.⁴⁴

Asimismo, los paneles de expertos generalmente pactan con las partes visitas periódicas a los lugares de ejecución de los contratos, para la revisión de la ejecución (habitualmente en los contratos de obra). Los paneles también pueden acordar con las partes que se efectúen informes periódicos del avance de la ejecución del contrato y de los diferentes desacuerdos que se van produciendo, sin que tengan la entidad de controversia.⁴⁵

Estas cuestiones mencionadas anteriormente, permiten que los *Dispute Boards* puedan actuar de manera preventiva, evitando el acaecimiento de un conflicto que pudiera impactar en la normal ejecución del contrato.⁴⁶

En consecuencia, si bien vemos que la función de los *Dispute Boards* pareciera ser eminentemente resolutoria, debemos también tener en cuenta que, por la naturaleza de este mecanismo de resolución de controversias, y por la etapa en la que se constituye el panel, puede tener también una función preventiva que ayude a evitar un desgaste en la relación entre las partes.

3. No creemos que las omisiones de la Ley de PPP y su decreto reglamentario respecto del procedimiento de los paneles de expertos sea determinante para su funcionamiento. En virtud de la posibilidad que se les brinda a las partes de elegir un

⁴² Para el caso del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*, el plazo será determinado por el panel, pero nunca podrá exceder de 90 días contados desde la fecha de presentación de la controversia.

⁴³ Ver art. 11.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁴ Según Chern esta intervención de los *Dispute Boards* es una de las razones por las cuales el instituto funciona. Ver Cyril Chern, ob cit, pág. 76 y sgtes.

⁴⁵ Ver arts. 11 y 12 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁶ Christopher Koch, ob cit, pág. 55 y sgtes.

reglamento aplicable a los paneles de expertos, esta carencia puede ser suplida satisfactoriamente.

Esta aplicación supletoria de los reglamentos de paneles de expertos o de *Dispute Boards*, genera un abanico de posibilidades de actuación del panel de expertos en el marco de los contratos de PPP que permitirá colaborar activamente en la ejecución de los proyectos.

En este sentido, los expertos podrán cumplir funciones de prevención de controversias y de resolución de controversias. Este doble rol podrá efectivizarse en tanto y en cuanto el panel se constituya desde el inicio de la ejecución del contrato y se mantenga a lo largo de la vida del contrato.

Por otra parte, no debe descartarse que las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, restrinjan o amplíen las facultades de resolución de los paneles de expertos. Siempre dentro de los límites en razón de materia previstos en la Ley de PPP y en el decreto reglamentario 118/2017.

Finalmente, destacamos que la gran diferencia de este instituto con otras formas de resolución de controversias radica en la inmediatez de los paneles de expertos para conocer en los temas. Esto se manifiesta en los viajes que realizan los expertos a los lugares donde se ejecutan las obras, para analizar *in situ* el avance de los mismos, y las posibles dificultades con las que se enfrente el contratista o el comitente.

E. Decisión del Dispute Board

Una vez transcurrido el procedimiento, aun con las variantes previstas en cada reglamento y en la Ley de PPP (y su decreto reglamentario 118/2017), el panel de expertos debe emitir su opinión respecto de la controversia originada.

Como ya hemos dicho, las decisiones de las controversias (ya sea a través de una resolución vinculante o de una recomendación), deben ser tomadas por los miembros del panel de expertos lo más rápidamente posible.

El decreto reglamentario 118/2017 no prevé plazo alguno para que se expida el panel de expertos. El decreto reglamentario 118/2017 establece que “*el panel técnico deberá expedirse sobre las controversias que le sean sometidas dentro del plazo que se fije en el Pliego o en el Contrato PPP*”.⁴⁷ Por defecto, el reglamento elegido por las partes debería

⁴⁷ Ver art. 9.13.i) del decreto reglamentario 118/2017.

aplicar, ya que en la práctica dicho reglamento estará previsto en el pliego de licitación o en el contrato PPP.

En relación a los reglamentos, observamos que el principio general que receptan la mayoría de los reglamentos en la materia es de un plazo breve luego de celebrada la última audiencia para oír a las partes, para que los *Dispute Boards* emitan su decisión. A modo de ejemplo, el art. 22.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece un plazo que no debería ser mayor a 90 días de la fecha de iniciación de la controversia.

Ahora bien, no solamente es importante el plazo para dictar la decisión, sino también el contenido de la misma. Como toda decisión, el tratamiento de la controversia y el razonamiento aplicado para llegar a la decisión son fundamentales para que la misma sea justa. Estos principios no escapan de la órbita de los *Dispute Boards*.

Cualquier miembro de un panel de experto debe tener como horizonte que la decisión debe: (i) tratar los hechos descriptos por las partes; (ii) hacer referencia a las disposiciones contractuales que ayudaron a los miembros del panel a tomar la decisión; (iii) tener presente los documentos adjuntados por las partes; (iv) determinar la forma de cumplimiento de la decisión; y (v) explicar cómo llegaron a la resolución del conflicto.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* determina ciertos puntos que obligatoriamente deben estar en las decisiones de los paneles de experto, mientras que menciona otros puntos que cuya inclusión quedará a criterio del panel.

Entre los puntos obligatorios figuran la indicación de la fecha, la parte resolutive y las razones que fundamentan la resolución.⁴⁸ En el segundo grupo se mencionan la inclusión de un resumen de las posiciones de las partes, de las disposiciones del contrato, del procedimiento seguido y de los escritos y documentos presentados por las partes.⁴⁹ Creemos que si bien estos últimos puntos serían “optativos”, su inclusión mejoraría notablemente la claridad de la resolución y podrían ayudar a evitar conflictos futuros en la ejecución del contrato.

Es importante destacar otro tema vinculado con la decisión de los miembros del panel de expertos es la mayoría exigida para que la decisión pueda tomarse. Comúnmente, las decisiones tienden a tomarse de manera unánime. Entendemos que las partes también pueden optar por un régimen de mayoría para la toma de decisiones. Por ser temas

⁴⁸ Ver art. 22 primer párrafo del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁹ Ver art. 22 segundo párrafo del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

técnicos los que usualmente se someten a resolución, nuestra opinión es que las decisiones deberían ser unánimes.⁵⁰ Además, una decisión unánime tiene mayor fuerza a la hora de obligar su cumplimiento.

Las consideraciones tratadas en esta sección son de vital importancia para el funcionamiento de los *Dispute Boards* en contratos de obra y para el dictado de decisiones (vinculantes o no) que puedan ser útiles para la ejecución del contrato. Recuérdese, los contratos de obra tienen entre sus principales problemas, controversias de tipo técnico que necesitan ser resueltas con celeridad para no entorpecer la construcción de la obra.

Entonces, será necesario que las decisiones tomadas por los *Dispute Boards* sean lo más claras posibles y detallen con precisión aquellas normas contractuales o documentos que fueron relevantes para resolver la controversia. También será fundamental que expliquen de manera clara los pasos a seguir luego del dictado de la decisión. Todo ello, con la idea de generar convicción a las partes acerca del correcto cumplimiento del contrato y de la conveniencia de evitar conflictos y demoras en la ejecución del mismo.

Eventualmente, y para el caso que así lo decidieran las partes, la resolución tomada por el *Dispute Board* puede ser previamente examinada por el Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional. Este examen será previo a la emisión formal de la decisión por parte del *Dispute Board* y solamente podrá corregirse la forma de la decisión.⁵¹

A contrario de lo sostenido por el Reglamento de la CCI, el decreto reglamentario 118/2017 solamente prevé que el panel de expertos dictará recomendaciones, que serán vinculantes para las partes en tanto no hubieran sido impugnadas en el plazo legal establecido por el pliego de bases y condiciones, el contrato PPP o el reglamento aplicable.⁵²

El decreto reglamentario 118/2017 no contiene ninguna previsión de cómo debe ser dictada la decisión por el panel de expertos. No quedan dudas que se aplicará para ello el reglamento elegido por las partes para regular los paneles de expertos. Cualquiera sea el reglamento aplicable, la resolución deberá prever cuanto menos: (i) la parte dispositiva;

⁵⁰ Esta es la posición del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* que en el art. 25 de dicho cuerpo normativo propone como primera opción

⁵¹ Ver art. 23 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁵² Ver art. 9.13.j).

(ii) el tratamiento de los hechos y de la prueba producida -si este fuera el caso-; (iii) la fecha y firma de los miembros del panel; y (iv) la forma en la que fue tomada la decisión.

F. Ejecución o impugnación de la decisión

En este apartado mencionaremos brevemente el procedimiento de ejecución o de impugnación, de acuerdo sea el caso, de una decisión emitida por un panel de expertos con base en la Ley de PPP y en su decreto reglamentario. No es la idea de este trabajo la de agotar el estudio del tema. De por sí, la ejecución de decisiones de *Dispute Boards* amerita un estudio complementario por la complejidad del tema y los diferentes escenarios que pudieran llegar a presentarse.

El decreto reglamentario 118/2017 expresamente consideró la posibilidad de que una de las partes desee observar o impugnar la decisión del panel de experto. Para ello, deben manifestar su disconformidad dentro del plazo pactado por el pliego de bases y condiciones, el contrato de PPP o el reglamento aplicable.⁵³

Esta disconformidad deberá ser resuelta por el tribunal elegido por las partes, que podrá ser judicial o arbitral.⁵⁴

Tal como mencionamos anteriormente, para el caso que quien presente la disconformidad sea el contratista, no será necesario que inicie ningún reclamo administrativo previo para iniciar el arbitraje o el litigio en sede judicial.⁵⁵

Debe tenerse presente que el plazo previsto para la presentación de la disconformidad es perentorio. En consecuencia, una vez vencido el plazo, la decisión quedará firme, no pudiéndose la revisión judicial o arbitral de la decisión.⁵⁶

En lo que hace a la ejecución de una decisión del panel de expertos, para lograr que sea cumplida por la parte perdedora, el decreto reglamentario 118/2017 establece que dicho cumplimiento podrá ser reclamado en sede judicial o arbitral -dependiendo de la jurisdicción pactada por las partes-.⁵⁷ La parte cumplidora podrá a su vez, solicitar que se impongan sanciones contra la parte perdedora, si es que estuvieran previstas en el pliego de bases y condiciones o en el contrato PPP.

⁵³ Ver art. 9.13.l) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁴ Ver art. 9.13.l) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁵ Ver art. 9.13.m) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁶ Ver art. 9.13.ñ) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁷ Ver art. 9.13.o) del decreto reglamentario 118/2017.

La ejecución de la decisión deberá proceder siempre y cuando la misma se encuentre firme y consentida por las partes. Esto quiere decir que, si cualquiera de las partes manifestó su disconformidad con la decisión del panel de expertos, el juez o los árbitros primero deberán revisar la disconformidad y luego, en caso de confirmar la decisión, ejecutar la misma.

VII. SOBRE EL ARBITRAJE PREVISTO EN LA LEY DE PPP

Así como la Ley de PPP ha regulado los paneles de expertos como mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual, dicha norma también ha venido a posibilitar que las partes sujeten las controversias que pudieran derivarse de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos, pliegos y documentación contractual a arbitraje.

Como hemos dicho en la introducción, esta posición resulta novedosa en tanto no es usual que para contratos de obra en los que el Estado Nacional esté involucrado se permita pactar arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

Sin embargo, pareciera ser que la tendencia está cambiando ya que se ha incorporado también al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas en los pliegos de licitación de energía renovable que se han publicado en el marco del programa RenovAR.

Vemos entonces que el arbitraje está cobrando mayor preponderancia en nuestro derecho, ya sea a través de estas incorporaciones, como así también por la incorporación del arbitraje comercial doméstico en el Código Civil y Comercial de la Nación y el Proyecto de Arbitraje Comercial Internacional que se encuentra en discusión en el Congreso de la Nación.

Creemos fundamental hacer algunas consideraciones respecto del arbitraje en los contratos de PPP.

A. ¿Frente a qué tipo de arbitraje estamos en presencia?

1. Como es sabido, existen en la práctica distintos tipos de arbitraje, dependiendo de la naturaleza del reclamo y de las fuentes que sustentan dicha petición, entre otros elementos que influirán en la determinación final del carácter del arbitraje.

En este sentido, podemos hallar arbitrajes comerciales, arbitrajes de inversión, arbitrajes domésticos, arbitrajes internacionales.

Esta diferenciación no es meramente conceptual. Sino que tiene efectos concretos en la realidad. A modo de ejemplo, Argentina solamente cuenta en la actualidad con regulación en materia de arbitraje comercial doméstico, de carácter nacional y prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, en lo que hace al presente trabajo, estaríamos frente a un arbitraje elegido por las partes, y que debiera tener naturaleza comercial. Si bien esta posición podría resultar sumamente discutible, no debe ignorarse que lo que se discutirá es justamente la ejecución de un proyecto que debiera tener naturaleza comercial, conforme fuera definida por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional.⁵⁸

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, no puede dejar de desconocerse tampoco que el inversionista podría apartarse de la cláusula arbitral elegida por las partes, y si se configuran los supuestos exigidos, podría invocar previsiones de un Tratado Bilateral de Inversión, e iniciar un arbitraje de inversión conforme los términos de dicho tratado.

Ello no hace *per se* que la cláusula arbitral pactada por las partes fuera inválida, sino que, para el caso que pudiera iniciarse un arbitraje de inversión, deberíamos estar en presencia de un caso que excede la correcta ejecución del contrato. Deberíamos estar frente a un caso donde los principios esenciales del derecho de inversión no se han respetado, causando un daño concreto al inversionista.

Así, para conflictos que deriven de la falta de pago por parte del Estado Nacional del canon pactado en el contrato de PPP, o falta de cumplimiento del privado en la ejecución del proyecto, las partes deberían pactar un arbitraje comercial.

En cambio, y sin que exista acuerdo mediante, si se presente un conflicto derivado de una expropiación del proyecto, sin pago de justa compensación, el inversionista (siempre y cuando fuera extranjero y existiera un tratado internacional que así lo permitiera con el país de nacionalidad del inversionista) podría iniciar un arbitraje de inversión.

Vemos entonces dos supuestos diferentes, pero ambos tienen su origen en el contrato de PPP.

2. Resulta muy importante también determinar la naturaleza nacional o internacional del arbitraje. No es lo mismo estar frente a un arbitraje doméstico (siempre mirando desde

⁵⁸ Ver art. 1.3. de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Actualmente se encuentra en tratamiento un proyecto de ley en Argentina para incorporar como ley de Arbitraje Comercial Internacional la Ley Modelo de UNCITRAL.

la óptica del derecho argentino) a un arbitraje internacional. La posibilidad de anular el laudo frente a los tribunales argentinos, la necesidad de iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos, la producción de la prueba, entre otras cuestiones, son circunstancias que variarán dependiendo de si el arbitraje es nacional o internacional.

Para determinar este carácter, será necesario analizar los elementos o puntos de conexión del arbitraje con la sede, el lugar de ejecución de los contratos, las partes signatarias del acuerdo, el lugar de celebración del acto, y hasta en algunos supuestos, el derecho aplicable al contrato.

Todos estos elementos permitirán comprender si estamos frente a un arbitraje internacional o frente a un arbitraje doméstico.

Esta determinación no es un detalle menor, ya que, por ejemplo, Argentina no cuenta en la actualidad con una ley de arbitraje comercial internacional. Asimismo, permitirá determinar si será necesario iniciar un proceso de anulación, o si las partes podrán oponerse al laudo en un proceso de reconocimiento y ejecución de laudo en Argentina.

B. El arbitraje y los paneles de expertos

A la hora de pactar la posible prórroga de jurisdicción, las partes deberían evaluar ciertos elementos a tener en cuenta para acordar un sistema de resolución de disputas eficiente y útil a sus intereses y expectativas.

Así, las partes deberían analizar: *(i)* la interacción entre los paneles de expertos (y las decisiones que éstos adopten) y el tribunal elegido por las partes; *(ii)* el conocimiento que el tribunal pueda tener de las materias involucradas en el proyecto; *(iii)* la disponibilidad del tribunal para entender en casos complejos; y *(iv)* el proceso de recolección de evidencia.

1. Creemos que el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que mejor se adapta a todas las cuestiones enunciadas en el párrafo anterior.

En particular, creemos que el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que resulta más compatible con el panel de expertos. Y esta situación se puede comprobar a poco que se vea que en los principales reglamentos de paneles de expertos y en la mayoría de las cláusulas de resolución de disputas previstas en los contratos de obra, se elige el panel de expertos y el arbitraje.

La homogeneización que existe entre ambos sistemas,⁵⁹ permite que ambos se complementen y se obtengan decisiones justas. En este sentido, los árbitros serán capaces de comprender la extensión de las decisiones del panel de expertos y así poder lograr que las decisiones adoptadas puedan ser revisadas sin desconocer los extremos ya resueltos.

Por ello, consideramos que en los contratos de PPP celebrados bajo la Ley de PPP las partes deberían pactar el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

2. Un tema no menor a analizar es si los miembros del panel de expertos, una vez pasada su función como miembros del panel, pueden actuar como árbitro (en el caso del abogado) o como expertos (en el caso de los ingenieros) en la controversia posterior en el arbitraje. Creemos que la participación de ellos debería estar vedada por existir un involucramiento previo (y también pueden existir hasta decisiones previas), lo que hace que pudiera existir prejudicialidad.

En este sentido, no resultaría conveniente que los miembros del panel luego sean elegidos como árbitros o expertos, para evitar anulaciones posteriores a los laudos.

3. Consideramos finalmente que el hecho de que el arbitraje secunde al panel de expertos le dará mayor flexibilidad a las partes a la hora de tramitar el procedimiento de resolución de disputas.

En primer lugar, se ha demostrado que el panel de expertos disminuye sensiblemente futuros reclamos.⁶⁰ Las partes al llevar sus controversias frente al panel de expertos obtienen una solución expedita y evitan que los pequeños conflictos se acumulen y luego generen un gran litigio arbitral o judicial, con grandes costos y demoras para la ejecución del procedimiento.

Las partes para cada una de las controversias llevadas al panel de expertos recopila la documentación y la prueba que hace a su derecho. Ello genera el procedimiento de recolección de evidencia para un arbitraje posterior sea mucho más simple.

Pero es bastante factible que la documentación y evidencia recopilada pudiera no ser de utilidad en un litigio judicial, ya que las reglas procesales en materia de prueba son más estrictas. En este sentido, el proceso arbitral es más flexible para la recopilación de evidencia, lo que hace que la prueba recopilada pueda ser utilizada.

⁵⁹ Término que fuera empleado por Judith Resnik en su trabajo “*Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*”, Yale Law Journal, Volume 124, Number 8

⁶⁰ Owen, Gwyn y Totterdill, Brian, “Dispute Boards: procedures and practice”, Thomas Telford LTD, 2008.

En segundo lugar, consideramos que el arbitraje y el panel de expertos también compatibilizan. Recuérdese que las resoluciones del panel de expertos pueden revisarse en su totalidad, o puede reclamarse los daños y perjuicios derivados de la decisión del panel de expertos.

Ante esta situación, creemos que el arbitraje es el mejor procedimiento para que se revisen las decisiones de los paneles. La ya mencionada flexibilidad en la producción de prueba, facultará a las partes a traer a la discusión opiniones de expertos en cuestiones de hecho netamente técnicas. Lo mismo sucederá a la hora de determinar la compensación adecuada, si es que la hay.

En tercer lugar, el arbitraje es el mecanismo de resolución de disputas que mejor se adapta a los contratos de obra. Siendo los contratos PPP en su mayoría de ejecución de proyectos, consideramos que el arbitraje debería estar presente en esta clase de contratos.

A continuación, desarrollaremos los motivos por los cuales consideramos que el arbitraje se adapta mejor a esta clase de contratos.

C. El arbitraje en los Contratos de obra y en los contratos PPP

Como hemos dicho, el arbitraje es el mejor sistema de resolución de disputas para los contratos PPP, debido a que es el que mejor se ajusta a los intereses de las partes, le brinda un sistema imparcial y expedito, y permite elegir a personas especializadas en la materia.⁶¹

Por ello, consideramos que es el sistema que debe elegirse a la hora de pactar un sistema de resolución de disputas para esta clase de contratos.

1. Es sabido que los inversionistas a la hora de verse interesados para invertir en un proyecto determinado, deberían contar con una política legal y regulatoria clara que asegure el tratamiento justo y equitativo a cada una de las personas que deseen participar de los proyectos, y un sistema de resolución de disputas que les garantice que sus controversias serán oídas sin ningún tipo de inclinación a favor del estado o agencia gubernamental contratante.⁶²

⁶¹ Ver el análisis efectuado por <http://diazreus.com/resolving-disputes-in-privatepublic-partnership-agreements/> en el que se comparan distintos mecanismos de resolución de controversias, y se prioriza el arbitraje internacional.

⁶² Ver Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, *Journal of Infrastructure Development*, 5(I) 21-32.

Adicionalmente, las partes buscan que los conflictos sean resueltos en el menor tiempo posible, a bajo costo y por tribunales especializados. Las partes, cuando identifican un conflicto y presentan un caso, pretenden que los juzgadores estén plenamente disponibles para entender en su caso, y tengan el conocimiento adecuado para que su controversia pueda ser resuelta justamente.

El arbitraje se presenta como la solución ideal, por lo menos en estos tiempos, debido a que permite hallar un sistema de resolución de conflictos en el que las partes pueden elegir a las personas más capacitadas del mercado para que entienda en esas causas.

Ello hace que las partes, y sobre todo los inversionistas, se sientan más confiados a la hora de invertir, sabiendo que no serán juzgados por tribunales locales que podrían tener cierta inclinación a resolver a favor del Estado Nacional.

Esta es una de las primeras ventajas del arbitraje.

2. Las bondades del arbitraje para conflictos derivados de contratos de construcción y de contratos PPP son variadas⁶³, y no se limitan solamente a brindar seguridad jurídica.

Sin perjuicio de las características enunciadas en el punto anterior, el arbitraje resulta más conveniente para contratos de construcción ya que brinda a las partes confidencialidad en el tratamiento de la disputa y durante todo el procedimiento. Ello hace que las partes se sientan más seguras al tratar controversias sensibles como pueden ser las que se deriven del diseño del proyecto, *know-how*, propiedad intelectual, entre otras cuestiones.

Debe tenerse presente que las partes pueden renunciar al deber de confidencialidad.

Un tema no menor es si el Estado Nacional puede estar sujeto a un proceso confidencial, teniendo en cuenta la necesidad de transparencia y de acceso a la información pública.

Consideramos que sí. El Congreso de la Nación autorizó expresamente al Poder Ejecutivo Nacional a que apruebe prórrogas de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales. Si el Poder Ejecutivo Nacional aprobó y pactó la prórroga a favor de tribunales arbitrales debió preverse que una de las consecuencias sería la confidencialidad del procedimiento.

⁶³ Ver a modo de ejemplo Flood, John y Caiger, Andrew, "Lawyers and Arbitration: The juridification of Construction Disputes", *The Modern Law Review*, Volume 56, Issue 3, 1993, pp. 412-440; Rubino-Sammartano, Mauro, "International Arbitration Law and Practice" Second revised Edition, Kluwer Law International, 2001.

La otra gran ventaja del arbitraje por sobre los tribunales judiciales para estas clases de disputas radica en la limitada recurribilidad de una decisión arbitral.⁶⁴ Así, al aceptarse comúnmente que las partes pueden renunciar al recurso de apelación o de segunda instancia. Ello hace que las disputas puedan resolverse en menor tiempo y poder continuar con la ejecución del proyecto, que debería ser el principal objetivo de las partes.

3. También debe tenerse presente que el arbitraje es un sistema que basa su confianza en la garantía de dictar laudos válidos que podrán ser ejecutados contra el perdedor de manera eficaz. Para que eso suceda en los contratos PPP -y en especial en Argentina-, deberá tenerse en cuenta la necesidad o no de la aprobación de su inclusión en los Pliegos o contratos por parte de alguno de los poderes del Estado.

En el caso de Argentina, la Ley de PPP establece que el Poder Ejecutivo Nacional deberá aprobar la inclusión de la cláusula arbitral y de cualquier otra clase de prórroga de jurisdicción que se pretenda pactar (ver art. 25 de la Ley de PPP).

Esta previsión no es menor. Creemos que es un requisito necesario para la validez de la cláusula arbitral y del procedimiento arbitral que se pacte.

Así, para el caso de que exista un contrato de PPP en el que se hubiera pactado el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, y que dicha prórroga de jurisdicción no contara con la suficiente aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, dicha prórroga no sería válida, y el procedimiento podría ser anulado.

En nuestro entendimiento, la aprobación de la prórroga de jurisdicción es un requisito de validez para que la misma no pueda ser anulada con posterioridad. Esta consideración también tiene un efecto “secundario” que sería que luego el Estado Nacional no podría invocar la prohibición de prórroga de jurisdicción persiguiendo la anulación del laudo o el no reconocimiento del mismo.

No puede desconocerse todos los conflictos y todas las discusiones que se han suscitado con motivo del “tándem” prórroga de jurisdicción y Estado Nacional. Basta traer a colación el conflicto por la restructuración de la deuda en donde sistemáticamente se ha negado la jurisdicción de los tribunales extranjeros pactados en los instrumentos de emisión de los bonos.

⁶⁴ Ya hemos hecho suficiente hincapié en las ventajas en cuanto a costos y *expertise* de los árbitros, con lo que consideramos no sería necesario volver a resaltar estas características.

En consecuencia, la certidumbre y seguridad jurídica de los inversionistas podría verse minada si no existiera una constancia específica de que el Poder Ejecutivo Nacional hubiera aprobado expresamente la prórroga de jurisdicción.

4. En virtud de las consideraciones expuestas, el arbitraje se presenta en la actualidad como un mecanismo de resolución de disputas superador, que se compatibiliza con el panel de expertos para dar las soluciones más eficaces y justas en los contratos de obra.

Los paneles de expertos primero, y los árbitros después, entienden el proyecto, la disputa, lo que está en juego, y dan una solución concreta y rápida para que las partes puedan continuar con la ejecución del contrato o darle una terminación al mismo.

VIII. CONCLUSIONES

A manera de cierre, podemos concluir que la Ley de PPP -y el decreto reglamentario 118/2017- han venido a traer a la mesa de discusión un sistema novedoso de resolución de controversias de carácter contractual como es el panel de expertos, y el arbitraje en materia de construcción y en la que el estado es una de las partes contratantes.

La experiencia global ha demostrado que los paneles de expertos son mecanismos eficientes y aptos para resolver conflictos en el marco de contratos de obra. Los paneles de expertos han colaborado activamente en mejorar los tiempos de ejecución del contrato. También han ayudado a un mejor control por parte del dueño de la obra y a evitar gastos y costos innecesarios por la demora en la ejecución.

El procedimiento de los paneles de expertos es compatible con nuestro ordenamiento jurídico, y materialmente realizable. Facilita la correcta defensa de los derechos de las partes al contar los miembros del panel con mayor información en tiempo real. Eso tiene un solo efecto: decisiones en tiempo útil para no entorpecer la construcción.

En cuanto al arbitraje, las bondades del mismo han sido ampliamente tratadas en doctrina y jurisprudencia. Consideramos, desde nuestro punto de vista, que el arbitraje es plenamente compatible con los paneles de expertos. Hasta nos animamos a arriesgar que por la naturaleza de las decisiones de los paneles, el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que compatibiliza de mejor forma.

No debemos dejar de resaltar que el arbitraje es el, tal vez, el mejor sistema de resolución de disputas que se adapta a los conflictos que se presentan en contratos de obra, como los que se podrían instrumentar a través de la Ley de PPP. En consecuencia,

esta incorporación, y su posterior uso por las partes, será beneficioso para la ejecución de los contratos

Por ello, no nos queda más que concluir que los agregados en esta materia facilitarán la realización de los proyectos, brindarán transparencia y promoverán la participación de inversionistas extranjeros.

BIBLIOGRAFIA

Banco Mundial. *Contratos de participación público privada*. Disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Donald Charrett, “Dispute Boards and the Construction Contracts”, The Victorian Bar Continuing Professional Development Program, 20 de octubre de 2009.

Cyril Chern, “Chern on Dispute Boards”, Informa Law from Routledge, 3era Edición, 2015.

Christopher Koch, “The New Dispute Board Rules of the ICC”, 23 ASA Bulletin 1/2005,

Flood, John y Caiger, Andrew, “Lawyers and Arbitration: The juridification of Construction Disputes”, The Modern Law Review, Volume 56, Issue 3, 1993.

Owen, Gwyn y Totterdill, Brian, “Dispute Boards: procedures and practice”, Thomas Telford LTD, 2008.

Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, Journal of Infrastructure Development, 5(I) 21-32.

Jiménez Figueres, Dyalá y Caivano, Roque “Funcionamiento de los “Dispute Boards” de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, artículo publicado en Revista Internacional de Arbitraje N° 6, Enero – Junio 2007, Editorial Legis.

Marval, O’farrel, Mairal. *La participación público privada como una nueva herramienta para el desarrollo de infraestructura en Argentina*. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/> Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Resnik, Judith. “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”, *Yale Law Journal*, Volume 124, Number 8.

Rubino-Sammartano, Mauro, “International Arbitration Law and Practice” Second revised Edition, Kluwer Law International, 2001.

Spoorenberg, Frank y Franchini, Daniela. “Supreme Court rules on FIDIC pre-arbitration steps”, de fecha 27 de noviembre de 2014. Disponible en

<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Switzerland/Tavernier-Tschanz/Supreme-Court-rules-on-FIDIC-pre-arbitration-steps#1>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Scherer, Matthis. “Swiss Supreme Court analyses enforceability of pre-arbitral procedure in multi-tier dispute resolution provision (FIDIC DAB)”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 1 de octubre de 2014.

Patterson, Lindy. “Appointing the Dispute Board – Why it differs from Arbitration appointments”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 20 de abril de 2015.

Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, *Journal of Infrastructure Development*, 5(I) 21-32.

A. Normativa

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley 26.994. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. Ley de Participación Público Privada. Ley 27328. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/norma.htm>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Ley 17.454. Disponible en: <http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20Y%20COMERCIAL%20DE%20LA%20NACION.pdf>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. Decreto Reglamentario 118/2017, publicado el 20 de febrero de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=271968>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Dispute Boards*. Disponible en: http://www.iccostarica.com/images/Arbitraje/ICC_Reglamento_DisputeBoards.pdf. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

UNCITRAL. *Ley Modelo de UNCITRAL*. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

B. Jurisprudencia

Corte Suprema de Suiza, 4A_124/2014, resolución del 7 de Julio de 2014 (disponible en francés).