

**Asamblea General**

Distr. general
6 de marzo de 2019
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****52º período de sesiones**

Viena, 8 a 26 de julio de 2018

**Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de actualización
de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de
infraestructura con financiación privada* (revisión del
capítulo VI)****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
VI. Solución de controversias	2
A. Observaciones generales	2
B. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado	3
C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores	18
D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura	19



VI. Solución de controversias

A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de las APP es el marco jurídico existente en el país anfitrión para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos si pueden estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que se celebren en el marco del proyecto se resolverá de forma imparcial y eficiente. De igual modo, la aplicación de procedimientos eficientes para prevenir las controversias o resolverlas rápidamente facilitará el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirá sus gastos administrativos generales. A fin de crear un entorno favorable para las inversiones, el marco jurídico del país anfitrión debería basarse en principios como los siguientes: se debería garantizar a las empresas nacionales y extranjeras el acceso a los tribunales de justicia en condiciones sustancialmente idénticas; las partes en contratos privados deberían poder elegir la ley aplicable a sus contratos; las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros deberían ser ejecutables, y la ley debería dar a las partes la posibilidad de escoger los mecanismos judiciales o no judiciales de prevención y solución de controversias que estimen más adecuados y eficientes.

2. Las APP requieren normalmente el establecimiento de una red de contratos interconexos y de otras relaciones jurídicas entre las diversas partes. Las disposiciones legales relativas a la solución de las controversias surgidas en el marco de esos proyectos deben tener en cuenta la diversidad de relaciones, que pueden requerir métodos de solución de controversias distintos según la etapa del proyecto, el tipo de contrato y las partes de que se trate. Las controversias pueden surgir en una etapa tan temprana como durante el proceso de adjudicación del contrato, por ejemplo en forma de reclamaciones o de impugnaciones de las decisiones adoptadas por la autoridad contratante en el curso del proceso, especialmente durante la selección final del socio privado. Estas controversias suelen tramitarse de conformidad con los procedimientos de recurso y solución de controversias generalmente previstos en la legislación sobre contratación pública del país (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...). Este capítulo se centra en las principales controversias que pueden surgir durante la etapa de ejecución y una vez terminado el proyecto. Esas controversias pueden agruparse en tres grandes categorías:

a) *controversias surgidas en el marco de acuerdos entre el socio privado y la autoridad contratante y otros organismos públicos.* En la mayoría de los países de tradición romanista, el contrato de participación público-privada se rige por el derecho administrativo (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...), mientras que en otros países se rige en principio por el derecho contractual general, complementado por disposiciones especiales aplicables a los contratos públicos de prestación de servicios públicos. Este régimen puede tener repercusiones en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el contrato de participación público-privada puedan convenir. También pueden hacerse consideraciones similares respecto de determinados contratos celebrados entre el socio privado y organismos o empresas públicas que suministran bienes o servicios al proyecto o compran bienes o servicios generados por la infraestructura;

b) *controversias surgidas en el marco de contratos y acuerdos concertados por los promotores del proyecto o el socio privado con otras partes requeridas para la ejecución del proyecto.* Esta categoría de contratos suele incluir al menos los siguientes: i) contratos entre partes con participación en el capital de la sociedad del proyecto (por ejemplo, acuerdos de accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos

adicionales o relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de préstamo y acuerdos conexos, en los que participen, además de la sociedad del proyecto, entidades como bancos comerciales, instituciones públicas de crédito, instituciones internacionales de crédito y aseguradores de créditos a la exportación; iii) contratos entre la sociedad del proyecto y contratistas, que tal vez sean, a su vez, consorcios de contratistas, proveedores de equipo y proveedores de servicios; iv) contratos entre la sociedad del proyecto y las partes que explotan o mantienen la infraestructura del proyecto, y v) contratos entre el socio privado y empresas privadas para el suministro de los bienes y servicios requeridos para la explotación y mantenimiento de la infraestructura;

c) *contratos entre el socio privado y otras partes interesadas*. Entre esas partes cabe citar a los usuarios o clientes de la infraestructura, que pueden ser, por ejemplo, una empresa pública de servicios que compra electricidad o agua a la sociedad del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas mercantiles, como navieras o líneas aéreas que contratan la utilización de un puerto o aeropuerto, y personas particulares que pagan por utilizar una carretera de peaje. Las partes en esas controversias podrían no estar vinculadas por una relación jurídica anterior de carácter contractual o similar. También pueden surgir controversias entre el socio privado y terceros, como personas residentes en zonas adyacentes, grupos indígenas afectados por el proyecto o representantes de la sociedad civil. Es aconsejable que la legislación prevea mecanismos de consulta para que ya en las etapas de planificación puedan tenerse en cuenta las opiniones de esas partes, así como mecanismos de solución de las controversias que puedan suscitarse entre esos terceros y el socio privado (véase el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...; véase también el cap. II, “Planificación y preparación de proyectos”, párrs. ...).

B. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado

3. Los contratos de participación público-privada, en particular los que versan sobre proyectos de infraestructura, se ejecutan durante un largo período de tiempo y con la intervención, en las etapas de construcción y de explotación, de diversas empresas. En esos proyectos, que atraen en alto grado el interés público, participan normalmente organismos públicos. Todo ello hace más imperiosa la necesidad de disponer de mecanismos que, en lo posible, permitan evitar una intensificación de los desacuerdos entre las partes y preserven su relación comercial, que impidan la interrupción de las obras o la prestación de los servicios, y que se adapten a las características particulares de las controversias que puedan surgir.

4. En la presente sección se examinan algunas de las principales consideraciones propias de las distintas etapas de la ejecución de las APP. La solución de las reclamaciones presentadas por el socio privado en relación con las decisiones de los organismos reguladores se examina en el contexto de las facultades de regulación de los servicios de infraestructura (véase el cap. I, “Marco jurídico e institucional general”, párrs. ...). La solución de las controversias surgidas durante el proceso de selección de un socio privado (es decir, las controversias precontractuales) también se ha examinado anteriormente en la *Guía* (véase el cap. III, “Adjudicación de contratos”, párrs. ...).

1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias

5. Las cuestiones que con más frecuencia dan lugar a controversias durante la vida del contrato de participación público-privada son las relacionadas con posibles incumplimientos del acuerdo en la etapa de construcción, la explotación de la infraestructura o la expiración o la rescisión del contrato. Esas controversias pueden ser

muy complejas y a menudo implican cuestiones sumamente técnicas que deben resolverse con rapidez a fin de no perturbar la construcción o la explotación de la infraestructura. Por esas razones, es aconsejable que las partes prevean mecanismos que permitan elegir expertos competentes que las ayuden a resolver las controversias.

6. A fin de alcanzar los objetivos mencionados, los contratos de participación público-privada contienen a menudo cláusulas complejas de solución de controversias cuya finalidad es a la vez impedir, en lo posible, que surja la controversia, propiciar soluciones pactadas y establecer métodos eficaces para la solución de las controversias que se generen a pesar de todo. Esas cláusulas prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada de las cuestiones que pueden derivar en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. De surgir una controversia, el contrato de participación público-privada suele obligar a las partes a intercambiar información y discutir las cuestiones controvertidas para darles una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas podrá solicitar la participación de un tercero independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. En la mayoría de los casos, solo se acude a mecanismos contenciosos cuando no se ha logrado resolver la controversia utilizando esos métodos conciliatorios.

7. Sin embargo, puede haber límites a la autonomía de las partes para convenir en la utilización de ciertos métodos de prevención o solución de controversias, ya sea por la materia objeto de controversia o, en algunos ordenamientos jurídicos, por el carácter público de la autoridad contratante. Algunos ordenamientos jurídicos han limitado tradicionalmente la facultad de la administración pública y sus organismos para acordar el recurso a ciertas vías de solución de controversias, en particular al arbitraje, en función de la materia objeto del contrato. En algunos países, esta limitación no es aplicable a las empresas públicas industriales o mercantiles, que, en sus relaciones con terceros, actúan con arreglo al derecho privado, en general, o al derecho mercantil, en particular.

8. Esas restricciones a la autonomía para convenir en los métodos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje, pueden dimanar también de la índole jurídica del contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos de tradición romanista en que estos contratos son considerados contratos administrativos, es posible que las controversias conexas tengan que resolverse ante los tribunales judiciales o administrativos del país anfitrión. En otros ordenamientos jurídicos, puede haber prohibiciones expresas similares en la legislación o en la jurisprudencia directamente aplicable a estos contratos o que esas prohibiciones sean consecuencia de prácticas contractuales establecidas, basadas por lo general en normas legales o reglamentarias.

9. Las autoridades contratantes deberían sopesar detenidamente las ventajas y los inconvenientes de los diversos métodos de solución de controversias que se analizan en la *Guía*. Para los países que deseen recurrir a métodos alternativos de solución de controversias, incluidos los distintos métodos descritos en la *Guía*, a modo de sustituto o complemento de la intervención de los tribunales nacionales, es importante a fin de resolver las controversias a que den lugar las APP que se eliminen los posibles obstáculos jurídicos y se otorguen claras facultades a las autoridades contratantes nacionales para que convengan en los métodos alternativos de solución de controversias que estimen más apropiados y eficientes. A falta de esa autorización legal, pueden surgir dudas sobre la validez de la cláusula sobre solución de controversias y causar demoras en la solución de la controversia. Si, por ejemplo, un tribunal arbitral determina que el acuerdo de arbitraje se ha concertado válidamente, aunque posteriormente se haya alegado como defensa que la autoridad contratante no estaba autorizada para suscribirlo,

la cuestión podría volver a plantearse en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo ante un tribunal judicial del país anfitrión o de un tercer país donde deba reconocerse o ejecutarse ese laudo.

2. Métodos comúnmente utilizados para prevenir y resolver controversias

10. En los párrafos que siguen se exponen las características esenciales de los métodos que se utilizan para prevenir y resolver controversias, y se examina su idoneidad en las distintas etapas de los grandes proyectos de infraestructura, es decir, en la etapa de construcción, en la de explotación y en la etapa posterior a la rescisión del contrato de participación público-privada. Aunque el contrato suele prever mecanismos compuestos de prevención y solución de controversias, cabe procurar que los procedimientos no sean excesivamente complejos y que no se impongan demasiados procedimientos sucesivos. En los siguientes párrafos se presentan sucintamente algunos métodos de prevención y solución de controversias con el ánimo de informar al legislador de sus características y utilidad. Ello no debe entenderse como una recomendación de utilizar una determinada combinación de esos métodos.

a) Notificación anticipada

11. La inclusión de cláusulas de notificación anticipada puede ser un medio muy útil para prevenir controversias. Conforme a esas cláusulas, cuando una de las partes contratantes estime que los hechos ocurridos, o las reclamaciones que la otra parte se propone presentar, pueden ser causa de controversias, esos hechos o reclamaciones deben señalarse a la atención de la otra parte lo antes posible. La demora en interponer una reclamación puede no solo ser fuente de conflictos, ya que sorprenderá probablemente a la otra parte, creando resentimiento y animosidad, sino que también dificultará la tarea de sustentar la reclamación. Por esa razón, las cláusulas de notificación anticipada normalmente requieren que la parte demandante presente una reclamación cuantificada, junto con las pruebas necesarias, dentro del plazo establecido. Para dotar de eficacia a esa disposición, suele preverse una sanción en caso de incumplimiento, como la pérdida del derecho a presentar reclamaciones o un aumento de la carga de la prueba. En los proyectos de infraestructura, la notificación anticipada suele requerirse en el caso de hechos que puedan perjudicar la calidad de las obras o de los servicios públicos, aumentar su costo, causar demoras o poner en peligro la continuidad del servicio. Por ello, las cláusulas de notificación anticipada pueden ser útiles a lo largo de todo el proyecto de infraestructura.

b) Mediación y conciliación

12. El término “mediación” se utiliza en la *Guía* en sentido amplio para hacer referencia a los procedimientos en que una persona o un grupo de personas ayudan a las partes de forma independiente e imparcial en su intento de solucionar amistosamente su controversia. La mediación se distingue de la mera negociación entre las partes en una controversia (que las partes suelen iniciar a raíz de esa controversia) en que en la mediación interviene una tercera persona independiente e imparcial para ayudar a resolver la controversia, mientras que en una negociación entre las partes para resolver su controversia no está prevista la ayuda de un tercero. La diferencia entre la mediación y el arbitraje radica en que la mediación termina con una solución de la controversia pactada entre las partes o concluye de manera infructuosa, mientras que en el arbitraje el tribunal arbitral impone a las partes una decisión vinculante, a menos que estas hayan resuelto la controversia antes de que se dicte el laudo arbitral. En la práctica, esos procedimientos de mediación se designan con diversos términos, entre ellos el de “conciliación”. No obstante, en la tradición jurídica de algunos países, se hace una distinción entre “conciliación” y “mediación” para subrayar que en la conciliación hay

un tercero que trata de poner de acuerdo a las partes en la controversia, a fin de ayudarlas a resolver sus diferencias, mientras que la mediación va más lejos, al permitir al mediador sugerir condiciones para la resolución de la controversia. Sin embargo, con frecuencia los términos “mediación” y “conciliación” se utilizan como sinónimos.

13. La mediación se usa cada vez más en diversas partes del mundo, incluso en regiones en las cuales no se utilizaba comúnmente hasta ahora. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en la promulgación de leyes sobre mediación en un número cada vez mayor de Estados, a menudo sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)¹ (a la que ha sucedido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2008))², y en la creación de diversos órganos privados y públicos que ofrecen servicios de mediación a las partes interesadas. La ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación depende en la actualidad de las leyes procesales y sustantivas nacionales, que aún presentan considerables variaciones en lo que respecta a los efectos de un acuerdo de transacción y el proceso de ejecución. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación³ aborda esta cuestión habilitando un régimen uniforme y eficaz para el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los acuerdos de transacción que se basa en la ampliamente aplicada Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958⁴.

14. El procedimiento de mediación suele ser oficioso y sencillo, lo que en general redundando en su rapidez y bajo costo. El procedimiento también suele ser privado y confidencial, aunque algunos países promueven la transparencia en la mediación mediante la intervención de organismos públicos, por ejemplo dando publicidad a los acuerdos de transacción. El mediador puede asumir funciones múltiples y, en general, es más activo que un facilitador. Con frecuencia puede cuestionar la posición de las partes para poner de relieve puntos débiles que normalmente facilitan el acuerdo y, si está facultado para ello, puede sugerir eventuales soluciones. El procedimiento no es en general vinculante, y la tarea del mediador consiste en facilitar la solución, orientando la atención de las partes hacia los problemas y sus posibles soluciones, y no en imponer una decisión. El procedimiento resulta especialmente útil cuando sería difícil llegar a un acuerdo mediante negociaciones directas debido a que intervienen muchas partes. Dadas las posibles consecuencias financieras y prácticas de un acuerdo de transacción, y en aras de la transparencia y la rendición de cuentas, tal vez sea aconsejable supeditar la aplicación del acuerdo por la autoridad contratante a la aprobación previa de un órgano superior.

15. Si las partes estipulan la mediación en el contrato de participación público-privada, tendrán que resolver varias cuestiones de procedimiento a fin de aumentar las

¹ El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/57/17)*, anexo I.

² El texto oficial de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/73/17)*, anexo II.

³ Para consultar el texto oficial de la “Convención de Singapur sobre la Mediación”, como se la conoce, véase la resolución 73/198 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 2018.

⁴ Para consultar el texto oficial de la “Convención de Nueva York”, como se la conoce, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739, reproducido en el *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.73.V.3).

probabilidades de llegar a una solución. Esas cuestiones de procedimiento se resuelven con mayor facilidad si el contrato remite a algún reglamento, como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI⁵. Diversas organizaciones internacionales y nacionales han preparado sus propios reglamentos de mediación.

c) Examen de controversias técnicas por expertos independientes

16. Para la etapa de construcción, las partes tal vez deseen prever que determinados tipos de controversia sean sometidos al examen de un experto independiente designado por ambas. Este método puede ser especialmente útil para resolver desacuerdos relativos a los aspectos técnicos de la construcción de la infraestructura (por ejemplo, si las obras cumplen las especificaciones contractuales o las normas técnicas).

17. Las partes, por ejemplo, pueden designar a un inspector de diseño o un ingeniero supervisor para que examinen los desacuerdos relativos a la inspección y aprobación del diseño y el progreso de las obras, respectivamente (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...). Esos expertos independientes deberían poseer conocimientos técnicos en materia de diseño y construcción de proyectos similares. En el contrato de participación público-privada deberían especificarse las facultades de los expertos independientes (por ejemplo, para formular recomendaciones o dictar decisiones vinculantes), así como las circunstancias en que las partes pueden solicitar su asesoramiento o dictamen. En algunos grandes proyectos de infraestructura, por ejemplo, el socio privado puede solicitar el asesoramiento de un experto independiente cuando esté en desacuerdo con la autoridad contratante respecto de si ciertos aspectos del diseño o de las obras se ajustan a las especificaciones u obligaciones contractuales que sean aplicables. Puede ser especialmente pertinente someter un asunto al dictamen de un inspector de diseño o un ingeniero supervisor, según proceda, cuando se trate de disposiciones del contrato que requieran el consentimiento previo de la autoridad contratante para determinados actos del socio privado, como la autorización definitiva para la explotación de la infraestructura (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párr. ...).

18. Con frecuencia se han utilizado expertos independientes para resolver controversias técnicas en contratos de obras, y los diversos mecanismos y procedimientos creados en la práctica de la industria de la construcción pueden utilizarse, *mutatis mutandis*, en relación con las APP. Sin embargo, cabe observar que el alcance de las controversias entre la autoridad contratante y el socio privado no es necesariamente el mismo que el de las controversias que suelen producirse en el marco de un contrato de obras. Ello se debe a que las posiciones respectivas de la autoridad contratante y del socio privado con arreglo al contrato de participación público-privada no son plenamente comparables a las del propietario ni a las de quien ejecuta las obras en un contrato de obras. Por ejemplo, las controversias relativas a los pagos adeudados

⁵ Para consultar el texto oficial del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/35/17)*, párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI, 1980, primera parte, cap. II, sec. A (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI también se ha publicado en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que reza así: “Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor”. El uso del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980.

al contratista por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, frecuentes en los contratos de obras, no son habituales en las relaciones entre la autoridad contratante y el socio privado, ya que este último no recibe por lo común pagos de la autoridad contratante por las obras realizadas.

d) Juntas de examen de controversias

19. Los contratos de participación público-privada relativos a grandes proyectos de infraestructura establecen a menudo juntas compuestas por expertos designados por ambas partes, posiblemente con la ayuda de alguna autoridad nominadora, a fin de que presten asistencia en la solución de las controversias que puedan surgir en las etapas de construcción y explotación (llamadas en la *Guía* “juntas de examen de controversias”). Estas juntas pueden constituirse con carácter permanente o *ad hoc*, según el volumen de controversias previsto y la estimación que hagan las partes del costo y la eficiencia de cada alternativa. El procedimiento que se aplica ante una junta de examen de controversias puede ser informal y rápido y adaptarse a las características de la controversia que la junta tenga que resolver. El nombramiento de una junta de examen de controversias puede evitar que los malentendidos o las diferencias entre las partes deriven en controversias formales que tendrían que dirimirse en un proceso arbitral o judicial. De hecho, su eficacia como instrumento para prevenir controversias es una de las ventajas especiales de este procedimiento, aunque una junta de examen de controversias también puede servir de mecanismo de solución de controversias, en particular si está facultada para dictar decisiones vinculantes.

20. Conforme al procedimiento de la junta de examen de controversias, las partes seleccionan normalmente, al inicio del proyecto, tres expertos reconocidos por sus conocimientos en la esfera del proyecto, a fin de que integren la junta. Los expertos pueden ser sustituidos si el proyecto comprende diferentes etapas que requieran conocimientos diferentes (por ejemplo, para la construcción de la infraestructura se requerirán conocimientos distintos de los requeridos para la administración ulterior del servicio público); sin embargo, es posible que se pierda conocimiento institucional si se sustituye frecuentemente a los expertos. En algunos grandes proyectos de infraestructura se ha creado más de una junta. Por ejemplo, una junta de examen de controversias puede ocuparse exclusivamente de controversias relativas a cuestiones de naturaleza técnica (como diseño técnico, idoneidad de determinada tecnología, cumplimiento de normas ambientales), mientras que otra puede ocuparse de las controversias de naturaleza contractual o financiera (como las relativas a la cuantía de la indemnización adeudada por demoras en la expedición de licencias o a los desacuerdos en la aplicación de fórmulas de ajuste de precios). Todos los miembros de la junta deberían tener experiencia en el tipo particular de proyecto de que se trate, así como en materia de interpretación y administración de contratos de participación público-privada, y deberían comprometerse a ser imparciales e independientes frente a las partes. Cabe facilitar a los miembros de la junta informes periódicos sobre el progreso de las obras o sobre la explotación de la infraestructura, según proceda, e informarles inmediatamente de toda diferencia surgida entre las partes. La junta podrá reunirse con las partes, a intervalos regulares o cuando surja la necesidad, a fin de examinar las diferencias planteadas y sugerir posibles formas de resolverlas.

21. En su calidad de agentes encargados de evitar las controversias, los miembros de la junta, pueden realizar visitas periódicas al emplazamiento del proyecto, reunirse con las partes y mantenerse informados del progreso de las obras. Esas reuniones pueden ayudar a detectar los posibles conflictos con prontitud, antes de que se agraven y se conviertan en controversias en toda regla. Cuando se identifican posibles conflictos, la junta propone soluciones que, dados los conocimientos y el prestigio de sus miembros, probablemente serán aceptadas por las partes. Al serle presentada una controversia,

la junta procede a su evaluación, que se realiza de manera informal, normalmente debatiéndola con las partes en el curso de una visita ordinaria al emplazamiento. La junta modera el debate, pero cada una de las partes tiene amplia oportunidad de exponer sus opiniones, y la junta de examen de controversias puede formular preguntas y solicitar documentos u otras pruebas. Las ventajas de celebrar las vistas en el emplazamiento de las obras, poco después de que hayan tenido lugar los hechos y antes de que las posiciones contenciosas se endurezcan, son evidentes. La junta se reúne luego en privado y trata de formular una recomendación o una decisión. Si las partes no aceptan las propuestas que les son presentadas y se genera efectivamente una controversia, la junta estará en una posición ideal para resolverla sin demora, si cuenta para ello con la autorización de las partes, gracias a su conocimiento de los problemas y de los documentos contractuales.

22. Dado que los proyectos de APP tienen una duración en general larga, muchas circunstancias pertinentes para su ejecución pueden cambiar antes de que expire el plazo de la concesión. Aunque las repercusiones de algunos cambios quizás estén directamente contempladas en el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, “Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada”, párrs. ...), hay cambios que tal vez no se presten fácilmente a ser resueltos por un mecanismo de ajuste automático o que las partes quizá prefieran no resolver de ese modo. Por consiguiente, es importante que las partes establezcan mecanismos para resolver las controversias que puedan surgir debido a un cambio de circunstancias. Esto tiene especial significación en la etapa de explotación del proyecto. Cuando las partes hayan estipulado reglas que permitan la revisión de las cláusulas del contrato de participación público-privada en el supuesto de que concurran determinadas circunstancias, puede plantearse la cuestión de si se han producido esas circunstancias y, en tal caso, cómo deberían adaptarse o complementarse las disposiciones contractuales pertinentes. A fin de facilitar la resolución de las posibles controversias y evitar que la situación se estanque si las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la revisión del contrato, es aconsejable que las partes indiquen claramente si la junta de examen de controversias puede modificar o complementar ciertas cláusulas contractuales y, de ser así, en qué medida. Cabe señalar, al respecto, que las partes no siempre podrán recurrir a un tribunal arbitral o a un órgano judicial nacional a tal fin. De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos, los tribunales judiciales y arbitrales no tienen competencia para modificar o complementar las cláusulas contractuales; en algunos otros, solo pueden hacerlo si las partes los autorizan expresamente, mientras que en otros los árbitros pueden hacerlo, pero los órganos judiciales no.

23. Es posible que el derecho aplicable a los procesos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes podrán facultar a los árbitros o a un tribunal para que reconsideren la decisión de la junta de examen de controversias. La ventaja de excluir esa posibilidad es que la decisión de la junta de examen de controversias inmediatamente tendrá carácter firme y vinculante. En cambio, si se permite tal reconsideración, las partes tendrían mayores seguridades de que la decisión será correcta. Las primeras cláusulas contractuales por las que se establecían juntas de examen de controversias no preveían que sus recomendaciones adquirieran fuerza vinculante si no eran impugnadas en un proceso arbitral o judicial. En la práctica, sin embargo, la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes avalados por las propias partes ha impulsado tanto a las autoridades contratantes como a las sociedades de proyectos a aceptar voluntariamente las recomendaciones en lugar de litigar o someter la controversia a arbitraje. Las disposiciones contractuales recientes sobre juntas de examen de controversias prevén normalmente que la decisión de la junta, aunque no directamente vinculante para las partes, adquiere tal condición a menos que una o ambas partes sometan la controversia

a arbitraje o inicien actuaciones judiciales en un plazo determinado. Además de evitar litigios o arbitrajes que pueden prolongarse, a menudo las partes tienen en cuenta la posible dificultad de impugnar con éxito una decisión que el tribunal judicial o arbitral podría considerar una recomendación convincente, por cuanto ha sido formulada por expertos independientes que conocen el proyecto desde un principio y se ha basado en una observación del proyecto anterior y simultánea al inicio de la controversia.

24. Aunque no ocurre con frecuencia, las partes pueden convenir en que la decisión de la junta sea firme y vinculante. Sin embargo, cabe recordar que, pese al acuerdo de las partes en quedar vinculadas por la decisión de la junta, en muchos ordenamientos jurídicos la decisión de una junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, puede no ser ejecutable por vía de un procedimiento sumario, como podría serlo un laudo arbitral, puesto que no se le reconoce el valor jurídico de un laudo. Si las partes desean poder recurrir a los buenos oficios de una junta de examen de controversias, será necesario que regulen los diversos aspectos de ese tipo de procedimiento en el contrato de participación público-privada. Sería conveniente que el contrato definiera con la mayor precisión posible las facultades conferidas a la junta de examen de controversias. Con respecto a la naturaleza de las funciones de la junta, el contrato de participación público-privada podría autorizarla a determinar ciertos hechos y a adoptar medidas cautelares. El contrato puede especificar las funciones que desempeñará la junta y el tipo de cuestiones de las que podrá conocer. Si se permite a las partes iniciar un proceso arbitral o judicial en un plazo determinado después de que se haya dictado la decisión, las partes podrían especificar que las conclusiones sobre cuestiones de hecho a que haya llegado la junta serán consideradas definitivas en un proceso arbitral o judicial. El contrato también podría obligar a las partes a cumplir la decisión que la junta de examen de controversias dicte sobre la adopción de medidas cautelares o sobre ciertas cuestiones de fondo; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual. Con respecto a la duración de las funciones de la junta, el contrato de participación público-privada puede prever que siga funcionando durante cierto tiempo después de expirado o terminado el contrato, a fin de ocuparse de las controversias que puedan surgir en esa etapa (por ejemplo, controversias sobre el estado de los bienes entregados a la autoridad contratante y la indemnización adeudada por ellos).

e) Juntas de solución de controversias

25. En los grandes proyectos de infraestructura, los contratos de participación público-privada pueden prever algún mecanismo específico de solución de controversias que resuelva las reclamaciones de las partes. Uno de esos mecanismos es la junta de solución de controversias, que utilizan las partes para dirimir sus controversias mediante un procedimiento convenido según el cual un decisor (a menudo denominado miembro de la junta de solución de controversias) o una junta formada por tres personas resuelve la reclamación. Las partes que desean zanjar las controversias por conducto de una junta de solución de controversias suelen concluir un acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido; normalmente celebran este acuerdo las dos partes en el contrato de participación público-privada inicial y el decisor o la junta de solución de controversias integrada por tres personas. Por regla general, el acuerdo también describe el procedimiento rápido de solución de controversias, incluidas las obligaciones de las partes en dicho acuerdo; las condiciones remunerativas de los miembros de la junta o del decisor, y las controversias que se planteen en relación con la resolución dictada por estos. En ocasiones, las controversias que surgen en el marco del contrato de participación público-privada pueden guardar relación con cuestiones delicadas de política pública y es posible que algunos terceros tengan un interés legítimo en el resultado del proceso rápido de solución de controversias. Por ello, es aconsejable que

la autoridad contratante y el socio privado lo tengan presente y establezcan procedimientos apropiados que permitan a esos terceros exponer su opinión o acceder al proceso⁶. El acuerdo puede entrar en vigor en una fecha convenida o en el momento en que las partes y el decisor (o los miembros de la junta) hayan suscrito el acuerdo, si ese momento fuera posterior.

26. Al igual que las juntas de examen de controversias, las juntas de solución de controversias pueden ser permanentes o, en aras de la contención de costos, pueden constituirse con carácter *ad hoc*, en función de las necesidades. Las partes escogen a un decisor unipersonal o a una junta de tres personas que resolverá la controversia. Si se elige a una junta, cada parte propondrá a un decisor y lo someterá a la aprobación de la otra parte y, tras consultar a esos dos decisores, las partes se pondrán de acuerdo sobre un tercero, que presidirá la junta de solución de controversias. Al escoger al decisor unipersonal, las partes han de tener en cuenta varios factores, como su experiencia declarada en la labor que vaya a desempeñar el contratista en virtud del contrato, su experiencia en la interpretación de la documentación contractual y su nivel de conocimiento del idioma de comunicación acordado en el contrato de participación público-privada. El nombramiento del decisor es personal, y normalmente el decisor tiene que garantizar y aceptar que será imparcial e independiente y poner en conocimiento de las partes cualquier hecho o circunstancia que pueda parecer incompatible con su imparcialidad o independencia.

27. Las partes en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido pueden impugnar el nombramiento del decisor por falta de independencia, independientemente de que este haya o no revelado esos hechos o circunstancias. La parte que impugna el nombramiento puede alegar la supuesta falta de independencia ante una institución designada en el contrato de participación público-privada o, si se estima necesario o prudente, remitir el asunto a un profesional u órgano independiente para que revise y evalúe la impugnación. Si dicho profesional u órgano considera que el decisor ya no es independiente según el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, el decisor deberá ser separado del cargo y la institución designada deberá nombrar a otro sin demora. Los costos de la impugnación suelen ser compartidos por las partes.

28. Asimismo, el decisor debe cumplir con varias obligaciones generales. Entre las obligaciones que las partes pueden acordar y estipular en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido suelen incluirse el requisito de que el decisor no tenga ningún interés económico ni de otra índole en el proyecto, no haya sido empleado previamente como consultor ni en ninguna otra calidad por las partes y haya comunicado cualquier relación profesional o personal previa con el proyecto o el empleador. En algunos casos, las partes también pueden convenir en renunciar a imponerle determinadas obligaciones, por ejemplo, que el decisor no haya sido empleado previamente como consultor ni en ninguna otra calidad por las partes, si dicha información ha sido puesta en conocimiento de la otra parte por escrito.

29. Del mismo modo, las partes también deben cumplir obligaciones de carácter general en virtud del acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido. Entre otras obligaciones, se puede estipular que ninguna de las partes solicitará

⁶ Estos procesos pueden basarse, *mutatis mutandis*, en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (para consultar el texto oficial del “Reglamento sobre la Transparencia”, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17)*, anexo I. El Reglamento sobre la Transparencia también se ha publicado en forma de folleto. El uso del Reglamento sobre la Transparencia fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 68/109 de 16 de diciembre de 2013.

asesoramiento ni consultará al decisor en relación con el contrato de participación público-privada, salvo en el normal transcurso de las actividades llevadas a cabo por la junta de solución de controversias de conformidad con lo establecido en el contrato de participación público-privada y en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, o cuando ambas partes acuerden remitir conjuntamente un asunto a la junta de acuerdo con lo dispuesto en dicho contrato. Asimismo, las partes suelen comprometerse a que el decisor no sea nombrado árbitro en ningún arbitraje que se inicie en el marco del contrato de participación público-privada ni sea citado como testigo para prestar declaración en ningún arbitraje en relación con el contrato ni sea considerado responsable de las reclamaciones formuladas ni de las acciones u omisiones que se hayan producido en ocasión del desempeño o supuesto desempeño de sus funciones, salvo si se demuestra que la acción u omisión fue fruto de la mala fe. Normalmente, las partes también exoneran de responsabilidad al decisor frente a las reclamaciones formuladas de modo que lo eximen de responsabilidad y suelen acordar resarcirlo solidariamente. Si el decisor debe hacer una visita al emplazamiento y comparecer a una vista, la parte que solicita someter la cuestión al decisor tendrá que prestar la garantía necesaria por un importe equivalente a los gastos razonables a los que aquel deba hacer frente.

30. En el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido se puede estipular asimismo la remuneración del decisor. El acuerdo suele fijar la divisa en que se abonará la remuneración, el adelanto de honorarios, los honorarios diarios, el pago de los gastos razonables, como los desplazamientos necesarios, y los impuestos aplicables. El adelanto de honorarios y los honorarios diarios, se consignan de forma detallada y las partes pueden convenir en mantenerlos fijos durante un período determinado. Las partes también tienen la obligación de pagar sin demora, y los decisores deben emitir facturas en las que describan en grado suficiente las actividades llevadas a término. El acuerdo permite además que las partes dispongan el modo en que se efectuará el pago al decisor. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre la suma que se ha de pagar al decisor, la entidad nominadora o el funcionario designado en el proyecto tomará una decisión al respecto; si no se paga al decisor en un plazo determinado a partir de la fecha de la presentación de una factura válida, este puede optar por suspender sus servicios sin notificación alguna o dimitir de su cargo notificando su decisión en forma válida.

31. Los miembros de la junta de solución de controversias también tienen la obligación de atenerse a las normas procesales específicas previstas en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido. Dichas normas regulan cuestiones relacionadas con las visitas de la junta a los emplazamientos, como el calendario, el contenido y la frecuencia de esas visitas; la junta debe además familiarizarse con los avances del proyecto y con los problemas o reclamaciones reales o posibles y seguir informada al respecto. Asimismo, estas normas también detallan lo que deben hacer las partes durante una vista o reclamación, en particular la obligación de poner a disposición de la junta una copia de todos los documentos que esta pueda solicitar, poniendo en copia a la otra parte en todas las comunicaciones con la junta, y, en el caso de que la junta esté formada por tres personas, enviar copias de los documentos solicitados a cada una de ellas.

32. Las normas procesales también regulan el desarrollo de las vistas en que se analizarán las reclamaciones y el modo de despejar la ambigüedad y solventar los errores de hecho o de principio que tengan su origen en la junta de solución de controversias. Por ejemplo, si hay errores de hecho o de principio y si los miembros de la junta convienen dentro de un período establecido en que la decisión contenía dichos errores, la junta debe comunicarlos a las partes y dictar por escrito una decisión complementaria. En caso de detectarse una ambigüedad, se sigue un procedimiento

similar. Si alguna de las partes cree que la decisión contiene una ambigüedad, puede solicitar que la junta la aclare y, dentro de un plazo establecido a partir de la recepción de la solicitud, la junta debe responder con copia a la otra parte. Si la junta estima que la decisión contenía un error o una ambigüedad, puede corregir su decisión emitiendo una decisión que complemente su decisión inicial.

33. Las facultades de la junta de solución de controversias son las previstas en las normas procesales. La junta suele poder seguir un procedimiento inquisitorial, denegar la admisión a las vistas o la presencia en ellas de personas que no sean los representantes de las partes y proseguir con las vistas en ausencia de alguna de las partes que, según estime la junta, haya recibido la notificación de su celebración. Sin embargo, cabe tener presente que esas facultades pueden ser limitadas en función del acuerdo celebrado entre las partes. La junta puede tener otras facultades convenidas por las partes, por ejemplo, facultades para establecer el procedimiento que se seguirá para resolver una controversia y pronunciarse sobre su propia competencia para conocer de la controversia que se le haya remitido y sobre su alcance.

34. En el transcurso de la vista que se celebra para examinar el fondo de los argumentos esgrimidos por las partes, la junta de solución de controversias no debe expresar opinión alguna. La junta también debe reunirse a puerta cerrada después de la vista, a fin de deliberar y preparar su decisión, que debe tratar de adoptar por unanimidad. De no ser posible adoptar la decisión por unanimidad, debe tomarse una decisión por mayoría, la cual puede exigir al decisor que apoye la opinión minoritaria que prepare un informe escrito que se suele adjuntar a la decisión de la junta. Por último, en una junta formada por tres personas, la ausencia de un miembro no es impedimento para que los otros dos adopten una decisión, salvo cuando las partes se opongan a ello y, en caso de que el miembro ausente ocupe el cargo de presidente, cuando este dé instrucciones a los otros miembros de no tomar una decisión.

35. Las partes pueden hacer que el decisor cese en sus funciones por varios mecanismos, por ejemplo, notificándole el cese de conformidad con el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, o en caso de que el decisor no cumpla el acuerdo. En estos supuestos de cese, ambas partes deben acordar el cese para que tenga validez. El decisor también puede poner fin a su participación en la junta de solución de controversias si alguna de las partes no cumple el acuerdo. No obstante, si el decisor no cumple con alguna de las obligaciones descritas en el acuerdo, no tendrá derecho a percibir los honorarios ni el reembolso de los gastos y es posible que tenga que devolver a las partes los honorarios recibidos o los gastos pagados por las actuaciones o las decisiones que hayan quedado anuladas o se hayan vuelto ineficaces a raíz del incumplimiento del decisor. En el caso de que surja una controversia o una reclamación por el incumplimiento, la rescisión o la invalidez del acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, las partes pueden acordar dirimir dicha controversia o reclamación por la vía del arbitraje institucional. Las partes pueden pactar de antemano en el acuerdo de solución de controversias el procedimiento por el que se nombrará la institución arbitral o el árbitro o se determinará el reglamento de arbitraje.

36. La función de la junta de solución de controversias no se limita únicamente a las controversias que le son remitidas a través del mecanismo formal por el que se solicita su intervención. La junta también puede ayudar a resolver las cuestiones que las partes le hayan remitido conjuntamente. Estas pueden pedir a la junta que les preste asistencia o que examine y trate de resolver de manera oficiosa todo desacuerdo que surja entre ellas durante la ejecución del contrato de participación público-privada. Esta asistencia oficiosa puede prestarse durante las reuniones, las visitas al emplazamiento o en cualquier otro momento siempre que ambas partes estén presentes en la reunión, salvo

pacto en contrario. Sin embargo, las partes no están obligadas a acatar el asesoramiento prestado durante las reuniones oficiosas, y las opiniones expresadas durante el proceso de asistencia oficioso no son vinculantes para la junta en futuros procesos de resolución de controversias ni en las decisiones que dicte en el futuro.

37. Los contratos de participación público-privada en que se establecen juntas de solución de controversias como forma para dirimir las controversias suelen estipular que las decisiones de la junta son firmes y vinculantes. En algunos contratos se confiere a las partes el derecho a notificar su disconformidad o presentar alguna otra notificación similar en un plazo determinado. Transcurrido dicho plazo, la decisión adoptada por la junta será firme y vinculante. Si se ha notificado la disconformidad, las partes tienen la obligación de tratar de zanjar la controversia de manera amistosa; si no lo logran, pueden incoar un arbitraje para resolverla. Sin embargo, el proceso arbitral puede comenzar el último día del plazo establecido para que una parte notifique su disconformidad aun cuando no se haya intentado resolver la controversia de manera amistosa.

f) Arbitraje

38. Se recurre cada vez más al arbitraje para resolver controversias surgidas en el marco de las APP. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley exige que se sometan a arbitraje las controversias que surjan en el marco de contratos públicos, como los contratos de participación público-privada. El arbitraje se utiliza normalmente tanto para la solución de controversias surgidas durante la construcción o explotación de la infraestructura como para resolver las disputas relacionadas con la expiración o rescisión del contrato de participación público-privada. Los inversionistas y prestamistas privados prefieren, y en muchos casos exigen, que se prevea la vía arbitral porque las partes pueden organizar el procedimiento de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a los rasgos peculiares de las controversias que probablemente se planteen a raíz de un contrato de participación público-privada. Las partes pueden seleccionar como árbitros a personas que posean conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate y pueden elegir el lugar y el idioma o los idiomas en que se sustanciará el proceso arbitral. Es posible que este perturbe menos las relaciones comerciales entre las partes que un proceso judicial. Además, la ejecución de los laudos arbitrales en países distintos de aquel en que se dictan se ve facilitada por la amplia aceptación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. La posibilidad de mantener la confidencialidad del proceso arbitral, a diferencia de lo que ocurre con los procesos judiciales, que por naturaleza son en general accesibles para el público, fue otra de las razones esgrimidas habitualmente en el pasado para justificar que las partes optaran por el arbitraje en controversias comerciales.

39. Con respecto a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros en particular, cabe señalar que la adhesión al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados⁷ puede ofrecer un marco para la solución de las controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras que participan en un consorcio del proyecto. Mediante el Convenio, al que se han adherido hasta la fecha 154 Estados, se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este Centro es una organización internacional autónoma estrechamente vinculada con el Banco Mundial. El CIADI ofrece servicios de mediación y arbitraje de controversias entre países miembros e inversionistas que sean nacionales de otros países miembros. El recurso a la mediación y al arbitraje del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o una controversia han consentido en someterse a arbitraje

⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, núm. 8359.

con arreglo al Convenio del CIADI, ninguna de ellas puede retirar unilateralmente su consentimiento. Según el Convenio, todos los países miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar los laudos del CIADI. El consentimiento de las partes en someterse al arbitraje del CIADI puede prestarse con respecto a una controversia existente o a una clase definida de controversias futuras. Sin embargo, el consentimiento de las partes no necesita expresarse en relación con un proyecto concreto: un país anfitrión podría ofrecer en su normativa de promoción de inversiones que las controversias derivadas de determinadas clases de inversiones se sometan a la jurisdicción del CIADI y el inversionista podría dar su consentimiento aceptando esa oferta por escrito. A menudo, también se utiliza el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en el arbitraje en materia de inversiones. Sin embargo, en los últimos años, se ha ido tendiendo cada vez más hacia la transparencia en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados, alentada por la aprobación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento sobre la Transparencia”)⁸ en 2013 y por la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (la “Convención de Mauricio sobre la Transparencia”)⁹.

40. Los tratados bilaterales de inversión (TBI) pueden ofrecer también un marco para la solución de controversias suscitadas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras en relación con la materia regulada por los TBI. En esos tratados, el Estado anfitrión ofrece normalmente a los inversionistas que sean nacionales de otros Estados signatarios diversas seguridades y garantías (véase cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. ...) y expresa su consentimiento en someterse al arbitraje, por ejemplo, del CIADI o de un tribunal arbitral que aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁰.

⁸ Para consultar el texto oficial del Reglamento sobre la Transparencia, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17)*, anexo I. El Reglamento sobre la Transparencia también se ha publicado en forma de folleto. El uso del Reglamento sobre la Transparencia fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 68/109 de 16 de diciembre de 2013.

⁹ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 69/116 de 10 de diciembre de 2014. Entró en vigor el 18 de octubre de 2017, Naciones Unidas, núm. 54749 (para consultar la situación actual y el texto oficial de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia, véase http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).

¹⁰ El texto oficial del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/43/17)*, anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XLI, 2010, primera parte, cap. I, sec. A, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, ISSN 0251-4273)). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, también se ha reproducido en formato de folleto (Naciones Unidas, Nueva York, 2011). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula compromisoria para los contratos, que reza así: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”. El uso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 65/22 de 6 de diciembre de 2010.

i) *Inmunidad soberana*

41. El legislador tal vez desee examinar las leyes de su país en materia de inmunidad soberana para aclarar, en la medida que lo considere conveniente, cuáles son las esferas en las que una autoridad contratante puede alegar inmunidad soberana. Cuando las partes convengan en el contrato de participación público-privada que podrá recurrirse al arbitraje, la aplicación del acuerdo de someter una controversia a arbitraje puede verse frustrada u obstaculizada si le está permitido a la autoridad contratante alegar inmunidad soberana, ya sea para impedir la iniciación de un proceso arbitral o como defensa ante la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo. A veces la legislación en esta materia no es clara, lo que puede suscitar inquietud entre las partes interesadas (por ejemplo, el socio privado, los promotores del proyecto y los prestamistas) por la posibilidad de que el acuerdo de someter una controversia a arbitraje resulte ineficaz. Para responder a esa inquietud, es conveniente examinar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante está autorizada a alegar inmunidad soberana.

42. Además, la autoridad contratante contra la que se haya dictado un laudo puede alegar su inmunidad contra toda medida de ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques en relación con esta clase de inmunidad. Por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales la inmunidad no se extiende a las entidades públicas que se dedican a actividades mercantiles. En otras se requiere que exista una vinculación entre el bien objeto de ejecución y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se permite alegar inmunidad con respecto a fondos asignados a actividades económicas o mercantiles que se rijan por el derecho privado en que se base la reclamación, o no se puede alegar inmunidad con respecto a bienes que el Estado reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes objeto de ejecución se destinan a usos no mercantiles.

43. En algunos contratos en que son parte entidades que podrían aducir inmunidad soberana se han incluido cláusulas por las cuales la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Ese consentimiento o renuncia puede incluirse en el contrato de participación público-privada o en un acuerdo internacional y tal vez se limite a reconocer que determinados bienes se utilizan con fines mercantiles o que se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas escritas pueden ser necesarias en la medida en que no quede claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje por la entidad pública y su participación en un proceso arbitral constituyen una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

ii) *Eficacia del acuerdo de arbitraje y ejecutabilidad del laudo*

44. La eficacia de un acuerdo de someter una controversia a arbitraje depende del régimen jurídico aplicable donde tenga la sede el tribunal arbitral. Si el régimen jurídico del arbitraje en ese país se considera insatisfactorio, por ejemplo, porque impone restricciones irrazonables a la autonomía de las partes, puede que alguna de estas desee estipular un lugar de arbitraje fuera del país anfitrión. Por ello, es importante que el país anfitrión se asegure de que su régimen jurídico en materia de arbitraje resuelve adecuadamente las principales cuestiones procesales que se suscitan en un arbitraje internacional. Un régimen adecuado sería el de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo sobre Arbitraje”)¹¹. Si el arbitraje se

¹¹ El texto oficial de la Ley Modelo sobre Arbitraje, aprobada originariamente en 1985, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/40/17)*, anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XVI, 1985, tercera parte, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.4)). El texto oficial de los artículos revisados de la Ley Modelo sobre Arbitraje,

realiza fuera del país anfitrión o si el laudo dictado en este debe ejecutarse en el extranjero, la eficacia del acuerdo de arbitraje dependerá también de la legislación aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (véase el párr. ...) se ocupa, entre otras cosas, del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo. En general, se considera que la Convención ofrece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. El hecho de que el país anfitrión sea parte en la Convención probablemente se considere un elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias con partes sitas en dicho país. También facilitará la ejecución en el extranjero de un laudo arbitral dictado en el país anfitrión.

g) Vía judicial

45. Como se ha indicado anteriormente, hay ordenamientos jurídicos en los que la solución de las controversias surgidas de acuerdos relativos a la prestación de servicios públicos es competencia exclusiva de los tribunales judiciales o administrativos nacionales. En algunos países, los organismos públicos carecen de facultades para acordar someter sus controversias a arbitraje, salvo en supuestos bien definidos (véanse los párrs. ...), mientras que en otros ordenamientos jurídicos las partes pueden elegir libremente entre la vía judicial y la arbitral.

46. En los casos en que las partes pueden elegir entre la vía judicial y la arbitral, la autoridad contratante tal vez estime razonable que toda controversia sea resuelta por los tribunales judiciales del país anfitrión. Esos tribunales conocen bien el derecho interno del país, que con frecuencia contiene normas que han sido expresamente dictadas para el contrato de participación público-privada. Además, la autoridad contratante u otros organismos públicos que son parte en la controversia pueden preferir la vía judicial interna por conocer su procedimiento y el idioma que utiliza. Aunque tal vez no todos los países cuenten con jueces formados o especializados en los tipos de controversias técnicas que surgen en los proyectos de participación público-privada, algunos países tienen tribunales especializados que conocen de casos relativos a contratos mercantiles o públicos complejos y es posible que sus normas procesales civiles o administrativas permitan a los jueces recabar asesoramiento pericial cuando sea necesario. También cabe considerar que, en la medida en que los contratos de participación público-privada afecten a cuestiones de orden público y de protección del interés público, los tribunales nacionales son los más indicados para salvaguardar esos valores.

aprobados en 2006, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/43/17)*, anexo I. El texto consolidado de la Ley Modelo sobre Arbitraje también se ha reproducido en formato de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4). En su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. La Asamblea General reiteró dicha recomendación en su resolución 61/33 de 4 de diciembre de 2006.

47. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante puede no ser compartida por los futuros inversionistas, los financistas y otras partes privadas. Esas partes pueden considerar que el arbitraje es preferible a un proceso judicial porque, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes que un proceso judicial, el arbitraje permite que las partes adapten el proceso a sus necesidades particulares. Asimismo, dadas las cuestiones sumamente técnicas y complejas que suscitan los proyectos de infraestructura, las partes pueden tener interés en que sus controversias sean resueltas por árbitros seleccionados por sus particulares conocimientos y experiencia. Los inversionistas privados, en particular los extranjeros, pueden mostrarse también renuentes a someterse a la jurisdicción de tribunales nacionales que apliquen un derecho que los inversionistas no conozcan. En algunos países se ha observado que al dejar que las partes elijan el mecanismo de solución de controversias se ayuda a atraer la inversión extranjera para el desarrollo de la infraestructura.

48. Al considerar si una controversia debería resolverse por la vía judicial o si debería concertarse un acuerdo de arbitraje, cuando el derecho aplicable permita la elección, los factores que normalmente tienen en cuenta las partes incluyen, por ejemplo, su confianza en que los tribunales judiciales competentes para dirimir una controversia actuarán sin prejuicios y la controversia se resolverá sin demoras injustificadas. La eficiencia del sistema judicial interno y la disponibilidad de vías de recurso judicial que sean adecuadas para las controversias que puedan surgir del contrato de participación público-privada son otros factores que han de considerarse. Las partes también tendrán que considerar qué órgano de solución de controversias está en mejores condiciones para abordar las cuestiones técnicas que sean objeto de las controversias que puedan surgir en el marco del contrato de participación público-privada.

C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores

49. El derecho interno reconoce por lo general que, en las operaciones comerciales, en particular en las internacionales, las partes tienen derecho a elegir libremente el foro que dirimirá, mediante una decisión vinculante, toda controversia que surja entre ellas. El arbitraje ha pasado a ser el método preferido en las operaciones comerciales internacionales, en ocasiones precedido de la mediación o combinado con ella. Los contratos entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores, concertados en el marco de los proyectos de infraestructura, suelen considerarse mercantiles. Por consiguiente, las partes en esos contratos suelen tener libertad para seleccionar su método preferido de solución de controversias, que en la mayoría de los casos incluirá el arbitraje. En cambio, los prestamistas, pese a preferir casi siempre el arbitraje para resolver las controversias que surgen del contrato de participación público-privada (y cada vez más las controversias entre prestamistas), suelen preferir la vía judicial para resolver las controversias que surjan entre ellos y el socio privado en relación con los acuerdos de préstamo. Cuando el método preferido es el arbitraje, las partes desearán normalmente ser ellas quienes elijan el lugar del arbitraje y quienes determinen si el caso de que se trate ha de ser dirimido por una institución arbitral. Los países anfitriones que deseen crear un marco jurídico propicio para las APP harán bien en revisar su legislación relativa a esos contratos mercantiles a fin de eliminar toda incertidumbre respecto del derecho de las partes a acordar el mecanismo de solución de controversias que prefieran.

D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

50. En función del tipo de proyecto, el socio privado tal vez suministre bienes o servicios a diversas personas y entidades, por ejemplo, a una empresa pública de servicios que compre electricidad o agua al socio privado para revenderla a los usuarios finales; a empresas mercantiles, como líneas aéreas o navieras que contraten la utilización de un puerto o aeropuerto, o a particulares que paguen por utilizar una carretera de peaje. Las consideraciones y políticas relativas a la solución de las controversias surgidas de esas relaciones jurídicas pueden variar en función de las partes en esas relaciones, las condiciones en que se presten los servicios y el régimen regulador aplicable.

51. Además de los requisitos particulares previstos en la legislación específica, cuando los usuarios finales del servicio prestado por el socio privado son personas físicas, es posible que también sean aplicables las normas especiales de protección del consumidor (sobre las leyes de protección del consumidor, véase también el cap. VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”, párrs. 45 y 46). Por consiguiente, en algunos países, la ley exige que las empresas de servicios públicos establezcan una vía especial, simplificada y eficiente para cursar las reclamaciones presentadas por sus clientes. Este régimen especial suele aplicarse únicamente a las compras de bienes y servicios que realicen los clientes en ciertos sectores. La obligación legal de ofrecer ese mecanismo de solución de controversias puede ser aplicable en general a toda reclamación presentada por los clientes del socio privado o puede limitarse a las reclamaciones de particulares que no actúen en su carácter de comerciantes. La obligación del socio privado quizás consista solamente en establecer un mecanismo para recibir y tramitar las reclamaciones de los consumidores particulares. Este mecanismo tal vez sea una dependencia o departamento especial de la propia sociedad del proyecto que se encargue de recibir y tramitar sin demora las reclamaciones, por ejemplo poniendo a disposición de los clientes formularios normalizados en línea o números de teléfono gratuitos para que estos comuniquen sus quejas. Si la cuestión no se resuelve satisfactoriamente, es posible que el cliente tenga derecho a presentar una reclamación ante el organismo regulador, en caso de existir, que en algunos países puede estar facultado para adoptar una decisión vinculante al respecto. Esos mecanismos son a menudo optativos para el consumidor y normalmente no excluyen la posibilidad de que las personas perjudicadas acudan a los tribunales.

52. Si los clientes son empresas de servicios (como empresas de distribución de electricidad) o empresas mercantiles (por ejemplo, una gran fábrica que adquiera electricidad directamente a un productor independiente) que eligen libremente los servicios prestados por el socio privado y negocian las condiciones de su respectivo contrato, las partes resolverán normalmente las controversias por los métodos habituales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. En consecuencia, quizás no sea necesario ocuparse de la solución de esas controversias en la legislación relativa a las APP. Sin embargo, cuando los clientes del socio privado sean entidades públicas, es posible que su capacidad para acordar métodos de solución de controversias esté limitada por las normas de derecho administrativo que rijan la solución de controversias en que intervengan entidades públicas. En el caso de países que deseen permitir el recurso a métodos no judiciales, incluido el arbitraje, para resolver controversias entre el socio privado y sus clientes públicos, es importante eliminar los posibles obstáculos jurídicos y facultar claramente a esas entidades para que puedan convenir en el recurso a esos métodos de solución de controversias (véanse los párrs. ...).

V. Solución de controversias

Disposición modelo 55. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado

Las controversias que surjan entre la autoridad contratante y el socio privado se dirimirán recurriendo a los mecanismos de solución de controversias convenidos por las partes en el contrato de concesión⁴⁷.

Disposición modelo 56. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

Cuando el socio privado preste servicios al público o explote una infraestructura de acceso público, la autoridad contratante podrá requerir al socio privado que establezca mecanismos sencillos y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por los clientes o usuarios de la infraestructura, así como por otras partes afectadas por el proyecto.

Disposición modelo 57. Otras controversias

1. El socio privado y sus accionistas podrán elegir los mecanismos que estimen apropiados para resolver las controversias que surjan entre ellos.
2. El socio privado podrá acordar los mecanismos que estime adecuados para resolver las controversias que surjan entre él y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.

⁴⁷ El Estado promulgante podrá prever en su legislación los mecanismos de solución de controversias que más se ajusten a las necesidades de las alianzas público-privadas (APP).