



## **Asamblea General**

Distr. GENERAL  
A/CN.9/458/Add.9  
23 de abril de 1999

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL  
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL  
32º período de sesiones  
Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999

### **PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA**

Proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos  
de infraestructura con financiación privada

Informe del Secretario General

Adición

#### **Capítulo VIII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

#### **ÍNDICE**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
<b>Recomendaciones relativas a la legislación</b> .....		3
<b>Notas sobre las recomendaciones en materia de legislación</b> .....	1-82	4
A. Observaciones generales .....	1-3	4
B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario .....	4-64	5
1. Observaciones generales .....	4-10	5
2. Negociación .....	11-12	6
3. Conciliación .....	13-20	7
4. Procedimiento ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias .....	21-29	9
5. Arbitraje .....	30-59	11
6. Procedimiento judicial .....	60-64	18

*Párrafos Página*

C.	Solución de controversias comerciales .....	65-76	19
1.	Observaciones generales .....	65-66	19
2.	Tipos específicos de contratos y controversias .....	67-76	19
D.	Controversias que afecten a otras partes .....	77-82	21
1.	Controversias entre el concesionario y sus clientes .....	77-79	21
2.	Procedimientos para resolver los desacuerdos entre el órgano regulador y el concesionario .....	80-82	22

## RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

### **Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (véanse los párrs. 4 a 64)**

- 1) Puede que el país anfitrión desee considerar:
  - a) El examen y, cuando proceda, la supresión de limitaciones legales innecesarias de la libertad de la autoridad contratante para someterse a los mecanismos de solución de controversias que las partes consideren apropiados para las necesidades del proyecto;
  - b) El examen de su legislación en materia de inmunidad soberana, con indicación de hasta qué punto puede alegar o no esa inmunidad la autoridad contratante, tanto como impedimento para la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial, como en calidad de excepción contra la ejecución del laudo o sentencia.

### **Solución de controversias comerciales (véanse los párrs. 65 a 76)**

- 2) Puede que el país anfitrión desee prever el reconocimiento de la libertad del concesionario para elegir los mecanismos apropiados de solución de controversias comerciales entre los patrocinadores del proyecto, o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros asociados comerciales.

### **Controversias que afecten a otras partes (véanse los párrs. 77 a 82)**

- 3) Puede que el país anfitrión desee considerar la conveniencia de crear mecanismos especialmente simplificados y eficientes (incluidos el arbitraje y la conciliación) para resolver las controversias entre el concesionario y los consumidores o usuarios de las instalaciones de infraestructura.
- 4) Puede que el país anfitrión desee promulgar disposiciones legislativas que:
  - a) Establezcan procedimientos transparentes en virtud de los cuales el concesionario pueda solicitar el examen por un órgano independiente e imparcial de las decisiones reguladoras;
  - b) Determinen las causas en que podrá basarse una solicitud de examen y la posibilidad de ese examen por los tribunales.

## NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES EN MATERIA DE LEGISLACIÓN

### A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco jurídico del país anfitrión para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos de países en donde puedan estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de una forma imparcial y eficiente. De igual modo, unos procedimientos eficientes de evitar las controversias o de resolverlas rápidamente facilitará el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirán los gastos generales del proceso regulador.

2. Los proyectos de infraestructura con financiación privada requieren normalmente el establecimiento de una red de relaciones contractuales entre las diferentes partes. Las soluciones legislativas relativas a la solución de controversias surgidas en el contexto de esos proyectos deben tener en cuenta la diversidad de relaciones y, en particular, el hecho de que la diversidad de contratos y de partes que intervienen puede reclamar métodos de solución de controversias diferentes, según el tipo de contrato y las partes de que se trate. Las consideraciones legislativas en que se base toda reglamentación de los mecanismos de solución de controversias dependerán de los tipos de acuerdos y de contratos, y de las características de las controversias que puedan surgir de ellos. Esos acuerdos y contratos diversos pueden dividirse en tres categorías amplias:

a) *Acuerdos entre la empresa del proyecto y la autoridad contratante y otros organismos públicos.* El instrumento central de un proyecto de infraestructura es el acuerdo de proyecto entre la administración pública y el concesionario. El acuerdo de proyecto está sujeto en muchos países a un régimen jurídico denominado con frecuencia “derecho administrativo”, mientras que en otros se rige en principio por el derecho de los contratos, complementado por disposiciones especiales para los contratos de prestación de servicios públicos. Ese régimen puede influir en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el acuerdo de proyecto puedan convenir;

b) *Contratos y acuerdos comerciales relativos a la ejecución del proyecto.* Esos contratos comprenden normalmente, al menos, los siguientes: i) contratos entre las partes con participación en el capital de la empresa del proyecto (por ejemplo, acuerdos con los accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o acuerdos relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de financiación y conexos, en los que participen, además de la empresa del proyecto, entidades como bancos comerciales, instituciones públicas de crédito, instituciones internacionales de crédito y aseguradores de créditos a la exportación; iv) contratos de construcción o contratos entre la empresa del proyecto y un contratista, que puede ser un consorcio de contratistas, proveedores de equipo y proveedores de servicios; v) contrato o contratos entre la empresa del proyecto y quien explote y mantenga las instalaciones del proyecto; y vi) contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones.

c) *Contratos entre la empresa del proyecto, o de explotación o mantenimiento, por una parte, y los usuarios de las instalaciones por otra.* Estos usuarios pueden comprender, por ejemplo, una empresa pública de servicios que adquiera electricidad o agua a la empresa del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización de un aeropuerto o un puerto; y personas individuales que paguen por utilizar una carretera de peaje.

3. Los tipos de contratos mencionados en el apartado b) se consideran en general contratos mercantiles a los que, en lo que se refiere a las cláusulas de solución de controversias, se aplican las normas generales para los contratos de esa índole. Los países que deseen crear un ambiente jurídico acogedor para los proyectos de infraestructura con financiación privada harán bien en examinar su legislación con respecto a esos contratos, a fin de eliminar toda incertidumbre sobre la libertad de las partes para someterse a los mecanismos de solución de controversias que elijan, como se examina detenidamente en la sección C (véanse los párrs. 65 y 66). Sin embargo, en muchos países se aplican consideraciones especiales a las cláusulas de solución de controversias, en primer lugar en relación con el

acuerdo de proyecto entre la autoridad contratante y la empresa del proyecto, y en segundo en relación con los contratos de la empresa del proyecto (o la empresa de explotación o mantenimiento) para la venta de bienes o servicios a los usuarios finales de las instalaciones, en particular si los compradores son entidades públicas o personas individuales en calidad de consumidores. Esas consideraciones se examinan en las secciones B (véanse los párrs. 4 a 64) y D (véanse los párrs. 77 a 82).

## **B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario**

### *1. Observaciones generales*

4. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto presentan con frecuencia problemas que no suelen plantearse en las derivadas de otros tipos de contratos. Ello se debe a la complejidad de los proyectos de infraestructura, al hecho de que su ejecución requiere mucho tiempo y afectan en alto grado al interés público, y a que, en las etapas de construcción y de explotación, pueden participar varias empresas. Además, las controversias derivadas de los acuerdos de proyecto pueden versar sobre cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción, la tecnología incorporada en las obras y las condiciones de explotación de las instalaciones. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto deben resolverse con rapidez a fin de no interrumpir la construcción de las instalaciones o la prestación de los servicios pertinentes. Las partes deben tener en cuenta esas consideraciones al decidir los mecanismos de solución de controversias que deberán prever en el acuerdo de proyecto.

5. La cuestión que da lugar con más frecuencia a controversias surgidas del acuerdo de proyecto es determinar si una de las partes ha incumplido sus obligaciones contractuales y, en caso afirmativo, las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento. No obstante, suelen plantearse otras cuestiones para las que convendría prever en el acuerdo de proyecto un mecanismo de solución adecuado. Por ejemplo, el acuerdo de proyecto puede prever que sus condiciones se podrán modificar o complementarse en determinadas circunstancias. Pueden surgir dudas sobre si esas circunstancias se han producido o no y, en caso afirmativo, sobre cómo deberán modificarse o complementarse las condiciones contractuales (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_). El acuerdo de proyecto puede estipular también que la autoridad contratante habrá de dar su consentimiento a determinados actos del concesionario. Si la autoridad contratante niega injustificadamente ese consentimiento, se puede plantear la cuestión de si un tribunal arbitral o judicial podrá suplir con su consentimiento el de la parte que lo haya denegado. También puede plantearse si deberán adoptarse medidas provisionales en espera de la solución definitiva de la controversia.

6. En algunos ordenamientos jurídicos, ni los tribunales judiciales ni los árbitros pueden modificar o complementar las condiciones contractuales, ni suplir el consentimiento negado injustificadamente por una de las partes. En otros, los tribunales judiciales y los árbitros sólo pueden hacerlo si las partes los autorizan expresamente. Y en otros por fin, los árbitros pueden hacerlo pero los tribunales judiciales no. Cuando la ley aplicable al contrato o al procedimiento no permita que los tribunales judiciales o los árbitros modifiquen las condiciones contractuales, pueden que las partes deseen prever otros medios para modificarlas, cuando sea viable. Por ejemplo, pueden estipular que los precios fijados por el concesionario se modificarán automáticamente en determinadas circunstancias, por medio de una cláusula de indización (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_\_). Pueden estipular que otras condiciones contractuales se modificarán o complementarán por medio de procedimientos ante un tercero, como un perito árbitro o una junta de examen de controversias, (véanse los párrs. 21 a 29). Cuando los tribunales judiciales o los árbitros no tengan la facultad de suplir con su consentimiento el consentimiento injustificadamente negado por alguna de las partes, el acuerdo de proyecto puede estipular que las partes sólo podrán rehusar su consentimiento por causas especificadas y que, a falta de éstas, se considerará que han prestado el consentimiento. Los tribunales judiciales o los árbitros tendrán que decidir entonces únicamente si existen o no las causas establecidas.

7. En general, conviene que las partes intenten, en un principio, solucionar sus controversias mediante la negociación (véanse los párrs. 11 y 12). Las partes, si lo desean, podrán proseguir las negociaciones aunque se hayan iniciado otros medios de solución de controversias. En algunos casos en que las partes hayan sometido la controversia a conciliación (véanse los párrs. 13 a 20) y se inicie luego un procedimiento arbitral o judicial, quizá les siga resultando útil proseguir la conciliación. Además, pueden surgir controversias en un acuerdo de proyecto que no sean de la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales o no puedan resolverse convenientemente en un procedimiento arbitral o judicial (por ejemplo, las de naturaleza técnica que deban resolverse con más rapidez de la que consiente un procedimiento arbitral o judicial).

8. En la práctica, ha resultado útil resolver las controversias surgidas de acuerdos de proyecto mediante el arbitraje: un procedimiento por el que las partes someten las controversias que puedan surgir entre ellas, o que hayan surgido ya, a la decisión vinculante de una o más personas independientes e imparciales (árbitros) elegidas por ellas (véanse los párrs. 30 a 59). En general, sólo se puede iniciar un procedimiento arbitral cuando existe un acuerdo de arbitraje. Normalmente, el laudo arbitral puede ejecutarse de forma análoga a la de una decisión judicial. A falta de un acuerdo de arbitraje, las controversias entre las partes tendrán que resolverse en un procedimiento judicial (véanse los párrs. 60 a 64).

9. Al considerar el método o los métodos de solución de controversias que estipularán en el acuerdo de proyecto, las partes deberán cerciorarse, en particular, del alcance de las facultades que puedan ejercer los jueces, los árbitros, el perito árbitro o la junta de examen de controversias, en virtud del derecho aplicable al procedimiento. También deberán considerar hasta qué punto la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias, el laudo arbitral o la decisión judicial serán ejecutorios en los países de las partes. El hecho de que la autoridad contratante sea con frecuencia un organismo público puede ser también un factor que influya en el método de solución de controversias que se elija.

10. Las partes en una relación contractual compleja y larga, como es un acuerdo de proyecto, estipulan a veces cláusulas complejas de solución de controversias destinadas a impedir, en lo posible, que surja la controversia y a propiciar el logro de soluciones convenidas y métodos eficaces de resolverlas cuando surjan. Esas cláusulas prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada a la otra parte de las cuestiones que pueden convertirse en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. Cuando la controversia surge, las partes deben intercambiar información y examinar la controversia para encontrar una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas puede pedir la participación de un conciliador independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. Si no se solicita esa asistencia, cualquiera de las partes podrá solicitar la asistencia de un grupo previamente convenido al que se hayan dado facultades para resolver controversias. Por lo que se refiere a dicho grupo, puede convenirse en que se solicitará asistencia ante todo de su presidente; si no se puede resolver la controversia, cualquiera de las partes podrá someterla al grupo en pleno, o bien el propio grupo podrá decidir examinarla. Sólo en el caso de que las etapas mencionadas no lleven a una solución, cualquiera de las partes podrá iniciar un procedimiento de arbitraje o judicial, previsto en la cláusula de solución de controversias.

## ***2. Negociación***

11. El método más satisfactorio de resolver controversias suele ser la negociación entre las partes. Si se logra una solución amistosa mediante la negociación, se evita la perturbación de la relación comercial entre la autoridad contratante y el concesionario. Además, se puede ahorrar a las partes gastos considerables y el tiempo, por lo general mayor, que normalmente requiere la solución de controversias por otros medios.

12. Aunque las partes quizá deseen tratar de resolver sus controversias mediante la negociación antes de recurrir a otros medios, tal vez no sea conveniente que el acuerdo de proyecto impida que una parte inicie otros procedimientos de solución hasta que haya expirado el plazo para la negociación. Además, si el acuerdo de proyecto prevé que no podrán iniciarse otros procedimientos durante el período de la negociación, es aconsejable, que en

determinados casos, las partes puedan iniciar otros procedimientos, incluso antes de que expire ese período, por ejemplo, si una de las partes declara durante las negociaciones que no está dispuesta a seguir negociando, o si es necesario iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que acabe el período de negociación, para evitar la pérdida o la prescripción de un derecho. Es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se requiera que todo acuerdo al que se llegue mediante negociación se recoja por escrito.

### 3. Conciliación

13. Si las partes no logran resolver una controversia mediante la negociación, pero desean sin embargo evitar un procedimiento arbitral o judicial, pueden tratar de resolverla mediante un procedimiento en que un tercero las ayude a llegar a un acuerdo, a menudo proponiéndoles soluciones para su consideración. Las expresiones “conciliación” o “mediación” se utilizan con frecuencia para esas actuaciones no contenciosas. La conciliación se distingue de las negociaciones entre las partes en que se realiza por un tercero independiente e imparcial, mientras que en las negociaciones entre las partes no interviene ese tercero. La diferencia entre la conciliación y el procedimiento arbitral o judicial es que aquélla es voluntaria, en el sentido de que las partes sólo participan en ella en la medida en que estén de acuerdo y mientras sigan estándolo. A veces, sin embargo, las partes se han comprometido por acuerdo a esforzarse por llegar a una solución en un plazo determinado, a partir del comienzo del procedimiento de conciliación, o hasta que se produzca algún acontecimiento, como una declaración por escrito en que se rehúse la solución y se declare terminada la conciliación. Otra diferencia es que la conciliación acaba con una solución de la controversia, o sin éxito, mientras que un tribunal arbitral o judicial, si no existe acuerdo, dicta una decisión vinculante para las partes. La conciliación se practica cada vez más en diversas partes del mundo. En muchos países se han creado órganos privados o públicos que ofrecen servicios de conciliación a los interesados.

14. La conciliación no es contenciosa y favorece un ambiente amistoso, lo que hace más probable que las partes en una controversia conserven o vuelvan a establecer una relación comercial satisfactoria que en el caso de un procedimiento arbitral o judicial. La conciliación puede mejorar incluso una relación comercial, ya que las negociaciones realizadas en el procedimiento, la determinación conjunta de los hechos y el acuerdo definitivo de las partes pueden ir más allá de los límites de la controversia que dio origen a la conciliación y traducirse en una relación contractual modificada, mejor adaptada a la realidad comercial. Como la conciliación permite prescindir de ciertas formalidades que, sin embargo, deben observarse en un procedimiento arbitral o judicial, es probable que el procedimiento de conciliación resulte más rápido y menos costoso.

15. Si las partes estipulan la conciliación en el contrato, tendrán que resolver algunas cuestiones de procedimiento a fin de aumentar la probabilidad de llegar a un acuerdo y evitar algunas de las posibles desventajas de la conciliación que se mencionan más adelante. La solución de esas cuestiones de procedimiento se facilita mucho incorporando al contrato, por referencia, algún conjunto de normas de conciliación, como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI<sup>1</sup>. Algunos países han promulgado legislación destinada a facilitar el empleo de la conciliación en las controversias comerciales.

---

<sup>1</sup>Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/35/17)*, párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI: 1980, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas N° de venta S.81.V.8). El reglamento de Conciliación de la CNUDMI se ha publicado también en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas N° de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que dice 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”. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la aplicación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980.

16. Un posible inconveniente de la conciliación es que, si fracasa por completo, se habrán desperdiciado tiempo y dinero. Ese inconveniente puede mitigarse hasta cierto punto si el acuerdo de proyecto no exige a las partes que intenten la conciliación antes de iniciar el procedimiento arbitral o judicial, sino que, simplemente, les permite iniciar la conciliación. De esa forma, ésta se produciría cuando hubiera una posibilidad real de llegar a un acuerdo amistoso.

17. Otra posible dificultad puede derivarse de que, en el procedimiento de conciliación las partes suelen expresar sugerencias y opiniones con respecto a las propuestas de posible acuerdo, admiten hechos, o indican su buena disposición para llegar a un acuerdo. Si, a pesar de sus esfuerzos, la conciliación no conduce a una solución y las partes inician un procedimiento judicial o arbitral, esas opiniones, sugerencias, admisiones o indicaciones de buena voluntad podrían redundar en perjuicio de la parte que las hizo. Esa posibilidad puede desalentar a las partes de tratar activamente de llegar a un acuerdo durante el procedimiento de conciliación, lo que reducirá la utilidad de éste. Para resolver el problema, algunas normas, (por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI) contienen una cláusula según la cual las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial ulterior: i) opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución de la controversia; ii) hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio; iii) propuestas formuladas por el conciliador; y iv) el hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador. Para fomentar la conciliación como método de resolver controversias y lograr que no surjan las dificultades mencionadas, algunos Estados han promulgado disposiciones legislativas que limitan la introducción de determinadas pruebas relacionadas con el procedimiento de conciliación en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales.

18. Una parte puede mostrarse renuente a esforzarse por llegar a un arreglo en los procedimientos conciliatorios si tiene en cuenta la posibilidad de que, en el caso de que la conciliación no tenga éxito, el conciliador puede ser designado asesor de la otra parte, o árbitro. El conocimiento por el conciliador de lo ocurrido durante la conciliación (por ejemplo, las propuestas de transacción y el reconocimiento de hechos) podría resultar perjudicial para la parte interesada. Esa es la razón de algunas cláusulas que se encuentran en determinadas normas estándar de conciliación (por ejemplo, el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI), en el sentido de que las partes y el conciliador se comprometen a que éste no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio; además, las partes se comprometen a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos. Esas jurisdicciones, a fin de propiciar y facilitar la conciliación, ha promulgado disposiciones legislativas que limitan la posibilidad de que un conciliador intervenga en una controversia ulterior conexa, como asesor, árbitro o testigo.

19. No obstante, el conocimiento previo por el árbitro puede ser considerado por las partes ventajoso, en particular porque ese conocimiento permitirá al árbitro dirigir el procedimiento de forma más eficiente. Si es así, las partes pueden preferir que el conciliador sea designado árbitro en el procedimiento arbitral ulterior. A fin de evitar en esos casos, toda objeción basada en la alegación de prejuicios algunas jurisdicciones han adoptado leyes que permiten expresamente al conciliador, con sujeción al acuerdo de las partes, intervenir como árbitro.

20. Otro posible inconveniente de la conciliación es la posibilidad de que una parte no cumpla el acuerdo alcanzado en el procedimiento. Por ello, el atractivo de la conciliación aumentaría si el acuerdo alcanzado en ella fuera ejecutable de forma análoga a un laudo arbitral, de forma que una parte en el acuerdo no se viera obligada a iniciar un procedimiento arbitral o judicial para hacerlo cumplir. Una forma de hacer ejecutable el acuerdo puede ser que las partes designen un conciliador en calidad de árbitro y limiten el procedimiento arbitral a dejar constancia del acuerdo, en forma de un laudo arbitral basado en la solución convenida (como se prevé, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Sin embargo, puede haber un obstáculo para este método en los ordenamientos jurídicos en que, una vez alcanzado un acuerdo y en consecuencia eliminada la controversia, no es posible iniciar un procedimiento arbitral. A fin de hacer frente a ese obstáculo, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que disponen la ejecutoriedad de los acuerdos a que se llegue en un procedimiento de conciliación. Una posible solución legislativa puede ser prever que, a efectos de ejecución, los acuerdos de solución por escrito se considerarán como un laudo arbitral y se ejecutarán de la misma forma. Otra solución puede

ser que la legislación permita expresamente a las partes en el acuerdo, que a pesar de haber desaparecido la controversia, inicien el arbitraje y obtengan del árbitro, que podrá ser un ex conciliador, un laudo en las condiciones convenidas.

#### ***4. Procedimiento ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias***

21. Tal vez deseen las partes considerar la posibilidad de que determinados tipos de controversias se resuelvan por un tercero (designado en la *Guía* como “perito árbitro”) o por una junta de expertos nombrada por ambas partes. Esas junta de expertos se denominan con frecuencia, por ejemplo, “juntas de examen de controversias”, “juntas de peritos árbitros de concesiones” o “juntas de solución de controversias”. Las actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias pueden ser bastante informales y rápidas, y adaptarse a las características de la controversia que sea preciso resolver. En esas actuaciones, las partes pueden aceptar o rechazar libremente las sugerencias del perito árbitro o la junta de examen de controversias, e iniciar un procedimiento judicial o arbitral en cualquier momento, especialmente si esa iniciación es necesaria para evitar la pérdida o prescripción de un derecho. El nombramiento de un perito árbitro o de una junta de examen de controversias puede impedir que los malentendidos o diferencias entre las partes se conviertan en controversias que requieran solución en un procedimiento arbitral o judicial.

22. Cuando se utilizan estos procedimientos, si surge una controversia que las partes no hayan podido resolver mediante debate, cualquiera de ellas podrá someterla al perito árbitro o la junta de solución de controversias para que ésta haga una recomendación o dicte una resolución. Ese sometimiento pone en marcha una evaluación a cargo del perito árbitro o la junta de examen de controversias, que se realiza de un modo informal, normalmente debatiendo con las partes en una visita normal al emplazamiento. El perito árbitro o la junta moderan el debate, pero cada una de las partes tiene plena oportunidad de exponer sus opiniones, y el perito árbitro o la junta pueden formular libremente preguntas y solicitar documentos u otras pruebas. La junta se reúne entonces en privado y trata de llegar, por unanimidad, a una recomendación o decisión. Normalmente, de acuerdo con las disposiciones contractuales que establecen el mecanismo de peritos árbitros o juntas de examen de controversias, la decisión de éstos no es automáticamente vinculante para las partes, pero éstas pueden estipular que lo sean a menos que una de ellas someta la controversia a arbitraje o inicie un procedimiento judicial.

23. Algunas organizaciones internacionales y asociaciones comerciales han formulado normas relativas a la utilización de peritos árbitros o juntas de examen de controversias para resolverlas, pero esas normas tratan sólo, por lo general de algunos aspectos de la cuestión. Muchos ordenamientos jurídicos no regulan las actuaciones ante un perito árbitro. Otros lo hacen de una forma muy limitada. Hay que señalar también que el derecho aplicable a las actuaciones puede prever sólo salvaguardias jurídicas limitadas para garantizar que se realicen imparcialmente y con la debida atención. Además, en muchos ordenamientos jurídicos, la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, no constituye un título ejecutorio, ya que no tiene la condición jurídica de laudo arbitral o decisión judicial. Por estas razones, si las partes piensan prever la posibilidad de actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias, será necesario que regulen los diversos aspectos en el acuerdo de proyecto. A continuación se examinan las principales cuestiones que habrá que tratar.

24. La composición de la junta de examen de controversias puede variar en las diferentes etapas del proyecto. Cada miembro de la junta deberá tener experiencia en el tipo de proyecto de que se trate, la interpretación de contratos y la administración de esa clase de proyectos, y deberá comprometerse a ser imparcial e independiente de las partes. En la etapa de construcción, por ejemplo, se podrá facilitar a esas personas informes periódicos sobre la marcha de la construcción e informarlas inmediatamente de las diferencias que surjan entre las partes sobre cuestiones relacionadas con la construcción. Pueden reunirse con las partes en el emplazamiento, ya sea con intervalos regulares o cuando sea preciso, a fin de examinar las diferencias que hayan aparecido y sugerir posibles formas de resolverlas.

25. Convendría que en el acuerdo de proyecto se delimitaran con la mayor precisión posible las facultades conferidas al perito árbitro o a la junta de examen de controversias. El acuerdo puede especificar las funciones que desempeñarán el perito árbitro o la junta de examen de controversias, y el tipo de cuestiones que podrán tratar. Es aconsejable circunscribir las facultades del perito árbitro o de la junta de examen de controversias a las cuestiones de carácter predominantemente técnico. Una forma posible de expresar esa limitación en el acuerdo de proyecto es incluir una lista de las cuestiones técnicas que el perito árbitro o la junta de examen de controversias estén autorizados a resolver.

26. Con respecto a la naturaleza de sus funciones, el acuerdo de proyecto podría autorizar al perito árbitro o la junta de examen de controversias a investigar los hechos y adoptar medidas provisionales. Podría facultarlos también para modificar o complementar sus condiciones, cuando lo consienta el derecho aplicable a dicho acuerdo (véase el párr. 6). Puede que las partes deseen considerar si el perito árbitro o la junta de examen de controversias deben estar facultados para decidir sobre el fondo de algunos tipos de controversias (p. ej., si los resultados de las pruebas de terminación o de funcionamiento han sido satisfactorios, o con respecto a las causas alegadas por el concesionario para oponerse a una modificación decidida por la autoridad contratante), o bien deberán resolverse esas controversias en un procedimiento arbitral o judicial.

27. En la medida en que lo permita el derecho aplicable al procedimiento, puede que las partes deseen prever en el acuerdo de proyecto la relación entre las actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias, y el procedimiento ante un tribunal judicial o arbitral. Por ejemplo, el acuerdo de proyecto podrá estipular que las controversias de la competencia del perito árbitro o la junta de examen de controversias deberán someterseles en primer lugar, y que no se podrá iniciar un procedimientos arbitral o judicial hasta que expire el plazo especificado, que comenzará a correr a partir de ese sometimiento. El acuerdo de proyecto deberá dejar en claro además si la recomendación o la decisión de la junta de examen de controversias podrá ser admitida como prueba en cualquier procedimiento arbitral o judicial ulterior.

28. Es posible que el derecho aplicable a los procedimientos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes podrán facultar a los árbitros o a un tribunal a examinar la decisión del perito árbitro o de la junta de controversias. Excluir esa posibilidad tiene la ventaja de que la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias será inmediatamente firme y vinculante. No obstante, permitir el examen dará a las partes mayor garantía de que la decisión será correcta. Las ventajas de ambos criterios pueden combinarse hasta cierto punto estipulando que la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias será vinculante para las partes, salvo que alguna de ellas inicie un procedimiento arbitral o judiciales dentro de un breve plazo especificado, a partir de la decisión. Si se les faculte para hacerlo, las partes podrán indicar que las conclusiones a que hayan llegado sobre cuestiones de hecho el perito árbitro o la junta de examen de controversias no podrán impugnarse en un procedimiento arbitral o judicial. El acuerdo de proyecto podría obligar también a las partes a ejecutar la decisión del perito árbitro con respecto a las medidas provisionales o sobre el fondo en relación con algunas cuestiones determinadas; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual.

29. Se han utilizado los procedimientos ante peritos árbitros o juntas de examen de controversias conjuntamente con mecanismos de solución de controversias de carácter contencioso, como el arbitraje. Esos procedimientos se utilizan cada vez más en los países en que los organismos públicos sólo pueden resolver legalmente controversias contractuales mediante la litigación judicial. Las primeras cláusulas sobre peritos árbitros o juntas de examen de controversias no contenían disposiciones que hicieran vinculantes sus recomendaciones. No obstante, en la práctica, la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes aceptados por las partes llevó a las autoridades contratantes y a las empresas de proyectos a aceptar voluntariamente esas recomendaciones en lugar de litigar. Con independencia de que así evitan litigios posiblemente prolongados, las partes tienen en cuenta a menudo la posible dificultad de anular lo que el tribunal judicial o arbitral podría considerar como una recomendación convincente, al haber sido hecha por expertos independientes, concedores del proyecto desde sus comienzos y estar basada en la observación del proyecto antes de surgir la controversia y al producirse ésta.

## 5. Arbitraje

### a) *Consideraciones sobre la concertación de un acuerdo en arbitraje*

30. Hay diversos motivos por los que se utiliza con frecuencia el arbitraje para resolver las controversias que se plantean en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las partes pueden organizar el procedimiento arbitral de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que puedan plantearse en relación con el acuerdo de proyecto. Pueden elegir como árbitros a personas con conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate. Pueden elegir también el lugar en donde se sustanciará el procedimiento arbitral. Además pueden elegir el idioma o los idiomas que se utilizarán en el procedimiento. Cuando las partes convienen en un arbitraje, ninguna de ellas se somete a los tribunales del país de la otra, salvo en la medida en que se pueda recurrir a los tribunales del lugar de arbitraje para que intervenga en el proceso arbitral. El procedimiento arbitral puede ser menos perturbador de las relaciones comerciales entre las partes que un procedimiento judicial. Los procedimientos y laudos arbitrales pueden ser confidenciales, lo que no suele suceder con los procedimientos y decisiones judiciales. El procedimiento arbitral suele ser más rápido y, habida cuenta de su finalidad, con frecuencia menos costoso que un procedimiento judicial. Aunque algunos ordenamientos jurídicos prevén un procedimiento judicial sumario para algunos tipos de controversias (normalmente las que se refieren a sumas de dinero relativamente pequeñas), muchas controversias planteadas en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada no podrán resolverse adecuadamente por esos procedimientos. Por último, como consecuencia de las convenciones internacionales relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esos laudos se reconocen y ejecutan con frecuencia más fácilmente que las decisiones judiciales extranjeras (véase también los párrs. 56 a 59).

31. Por otra parte, un laudo arbitral puede ser anulado en un procedimiento judicial. La iniciación de este procedimiento postergará la solución definitiva de la controversia. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, un laudo arbitral sólo puede ser anulado por un número limitado de causas, por ejemplo, falta de competencia de los árbitros para decidir la controversia, imposibilidad de una de las partes para formular sus alegaciones en el procedimiento arbitral, incumplimiento de las normas aplicables a la designación de árbitros o al procedimiento arbitral, o laudo contrario al orden público.

### b) *Facultades para someterse a arbitraje*

32. Hay dos límites posibles para la libertad de someterse a arbitraje: uno se deriva de la cuestión que se someterá y otro del carácter público de alguna de las partes en el acuerdo de arbitraje. En muchos ordenamientos jurídicos, la posición tradicional ha sido que ni la administración ni los organismos públicos pueden someterse a arbitraje. Esta posición se ha limitado en el sentido de que no se aplica a las empresas públicas de carácter industrial o comercial que, en sus relaciones con terceros, se rigen por el derecho privado o mercantil.

33. Como se ha señalado anteriormente (véase el cap. I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, \_\_\_), en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición del derecho civil, la prestación de servicios públicos se rige por conjunto de leyes denominado “derecho administrativo”, que regula una amplia variedad de funciones públicas. En muchos de esos países hay disposiciones especiales para la solución de controversias surgidas de contratos públicos; en particular, puede haber prohibiciones para que los organismos públicos se sometan a arbitraje con exclusión de los tribunales judiciales. Esas restricciones pueden extenderse, en distintos grados, a una serie de entidades públicas de las ramas legislativa, administrativa y ejecutiva. Sin embargo, puede haber diferencias entre un contrato concertado por un departamento público y otro concertado por una empresa pública. Hay que tener en cuenta también la división constitucional de poderes del país anfitrión. En algunos países, ciertas cuestiones son de la jurisdicción exclusiva de alguna subdivisión política subsidiaria (p. ej., el Estado o la provincia), mientras que dos o más subdivisiones políticas pueden compartir la competencia con respecto a otras cuestiones. Puede ser imposible que una de esas subdivisiones pública excluya la aplicación de las leyes que rijan cuestiones de la competencia de otra.

34. Las limitaciones de la libertad para someterse a arbitraje pueden referirse también a la naturaleza jurídica del acuerdo de proyecto. En los ordenamientos pertenecientes a la tradición del derecho civil, con una categoría especial de derecho administrativo, puede haber disposiciones que clasifiquen los acuerdos de proyecto como contratos administrativos, y la consecuencia es que se regirán por el derecho administrativo del país anfitrión. En otros ordenamientos jurídicos, pueden incluirse expresamente prohibiciones análogas en los precedentes legislativos o judiciales directamente aplicables a los acuerdos de proyecto. Sin embargo, incluso cuando no exista una prohibición expresa, se puede llegar al mismo resultado por prácticas contractuales establecidas en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, basadas normalmente en normas o reglamentos legislativos. Por ejemplo, las leyes pueden determinar que los contratos públicos tendrán que ajustarse a ciertos formularios uniformes de contrato, que pueden tener cláusulas también uniformes, incluida una sobre solución de controversias, que determinen la competencia de los tribunales del país anfitrión. Por consiguiente, cualquiera que sea el tipo de ordenamiento jurídico que se considere, es importante determinar si un acuerdo de proyecto se clasificará como contrato público sometido a ciertas normas o como contrato mercantil privado, sometido a las mismas normas que cualquier otro tipo de contrato, o si hay normas especiales aplicables a los acuerdos de proyecto en general (véase también el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, \_\_\_\_).

35. En el caso de los países que deseen permitir el empleo del arbitraje para la solución de controversias planteadas en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada, es importante eliminar posibles obstáculos legales y autorizar claramente a las autoridades contratantes nacionales a someter a arbitraje sus controversias. La ausencia de una autorización legislativa clara puede dar lugar a dudas sobre la validez del acuerdo de arbitraje y producir demoras en la solución de posibles controversias. Las alegaciones de invalidez de una cláusula compromisoria se tratarán en primera instancia por el tribunal arbitral, que tendrá que decidir si la alegación es válida. Si decide que el acuerdo de arbitraje ha sido concertado válidamente a pesar de la alegación ulterior de que la autoridad contratante no estaba autorizada para hacerlo, la cuestión podrá volver a plantearse en la etapa de reconocimiento y ejecución ante un tribunal judicial del país anfitrión o ante un tribunal de un tercer país en donde deba reconocerse o ejecutarse el laudo arbitral.

36. Especialmente con respecto a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros, cabe señalar que un tratado bilateral sobre inversiones o la adhesión al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965) puede ofrecer un marco jurídico para la solución de las controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras participantes en un consorcio del proyecto. El Convenio, suscrito hasta la fecha por 139 Estados, creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI ofrece servicios de conciliación y arbitraje de controversias entre los países miembros y los inversionistas que tienen la consideración de nacionales de otros países miembros. El recurso a la conciliación del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o controversia han consentido en someterse a arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, ninguna de ellas puede retirar unilateralmente su consentimiento. Todos los miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar, según la Convención, los laudos del CIADI. Este centro es una organización internacional autónoma que tiene estrechas vinculaciones con el Banco Mundial.

c) *Disposiciones de la cláusula compromisoria*

i) *Ámbito del acuerdo de arbitraje y mandato del tribunal arbitral*

37. En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse sobre la base de un acuerdo entre las partes para someterse a él. El acuerdo puede constar en una cláusula compromisoria incluida en el acuerdo de proyecto o ser un acuerdo de arbitraje separado celebrado entre las partes, antes o después de que se plantee la controversia. Como puede ser más difícil llegar a un acuerdo de arbitraje una vez planteada la controversia, es aconsejable incluir en el acuerdo de proyecto una cláusula compromisoria o celebrar por separado un acuerdo de arbitraje en el momento en que se celebre el contrato. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos, ese tipo de acuerdo de arbitraje sólo es válido en cuanto a la forma y el fondo si se celebra después de surgida la controversia.

38. Sería aconsejable que en el acuerdo de proyecto se indicara qué controversias habrán de someterse a arbitraje. Por ejemplo, la cláusula compromisoria puede estipular que todas las controversias resultantes del acuerdo de proyecto o relacionadas con él, o con su incumplimiento, rescisión o nulidad se resolverán mediante arbitraje. En algunos casos, puede que las partes deseen excluir de esa amplia competencia algunas controversias que no deseen someter a arbitraje.

39. Si el derecho aplicable al procedimiento arbitral lo consiente, puede que las partes deseen autorizar al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales en espera de la solución definitiva de la controversia. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales arbitrales no están facultados para dictar esas medidas aunque las partes los autoricen. En otros, en que el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales, éstas no pueden ejecutarse en muchos casos, aunque no carezcan de utilidad práctica. En esos casos, sería preferible que las partes recurrieran a un tribunal judicial para que las ordenara. En muchos ordenamientos jurídicos, un tribunal judicial puede ordenar medidas provisionales aunque la controversia deba someterse o haya sido sometida ya a arbitraje.

40. Es conveniente que la cláusula compromisoria obligue a las partes a cumplir las decisiones arbitrales, incluidas las que se refieran a medidas provisionales. La ventaja de incluir esa obligación en el acuerdo de proyecto es que, en algunos ordenamientos jurídicos, cuando el laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria en el país de una de las partes, el incumplimiento por esa parte del laudo cuando esté obligada a cumplirlo en virtud del acuerdo podrá someterse a un procedimiento judicial, como incumplimiento de una obligación contractual.

41. Si se inicia un procedimiento judicial con respecto a una controversia prevista en una cláusula compromisoria reconocida como válida, el tribunal judicial, si se le solicita oportunamente, remitirá la controversia al arbitraje. Sin embargo, es posible que conserve la facultad de dictar medidas provisionales y normalmente estará facultado para supervisar algunos aspectos del procedimiento arbitral (p. ej., para entender de la recusación de los árbitros) y para anular laudos arbitrales, por determinadas causas (véanse los párrs. 56 a 59).

*ii) Tipo de arbitraje y normas de procesales apropiadas*

42. Las partes pueden elegir el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Es aconsejable que convengan en normas apropiadas para regir el procedimiento arbitral. Hay una amplia gama de sistemas de arbitraje disponibles, con diversos grados de participación de órganos permanentes (p. ej., una institución de arbitraje, una asociación profesional o comercial o una cámara de comercio) o de terceros (p. ej., un funcionario principal de un tribunal de arbitraje o de una cámara de comercio). En uno de los extremos se encuentra el tipo simple de arbitraje ad hoc, en el que no intervienen ningún órgano permanente ni terceros. Ello significa que, en la práctica, no se cuenta con ninguna ayuda externa (salvo, quizá, de un tribunal judicial nacional) en caso de que, por ejemplo, se planteen dificultades por designar o recusar a un árbitro. Además, las partes o los mismos árbitros deberán encargarse de todos los arreglos administrativos necesarios. En el otro extremo de la gama, hay arbitrajes administrados y supervisados totalmente por un órgano permanente, que puede examinar el mandato y el proyecto de laudo, y revisar o hacer recomendaciones en cuanto a la forma.

43. Entre esos dos tipos de arbitraje hay una variedad considerable de sistemas de arbitraje, en todos los cuales hay una autoridad nominadora (o, por lo menos, un sistema para nombrar a la autoridad nominadora, como prevé el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Esos sistemas difieren en cuanto a los servicios administrativos que proporcionan. La función esencial, aunque no forzosamente exclusiva, de la autoridad nominadora es constituir o ayudar a constituir el tribunal arbitral (p. ej., designando a los árbitros, decidiendo sobre sus recusaciones o sustituyéndolos). Entre los servicios administrativos o logísticos, que pueden ofrecerse conjunta o separadamente, figuran los siguientes: envío de las comunicaciones escritas de alguna de las partes o de los árbitros; asistencia al tribunal arbitral para organizar las vistas y otras reuniones (incluida la notificación a los participantes; facilitación o preparación de salas para las vistas o deliberaciones del tribunal arbitral; levantamiento de actas y organización de servicios de interpretación durante las vistas y, posiblemente, traducción de documentos); asistencia en el archivo

o registro del laudo arbitral, cuando sea necesario; custodia de depósitos y administración de cuentas relativas a honorarios y gastos; y de otros servicios de secretaría u oficina.

44. Salvo que las partes optan por un simple arbitraje ad hoc, puede que deseen convenir en el órgano o la persona que cumplirá las funciones que requieran. Entre los factores que vale la pena considerar al elegir un órgano o persona apropiados se encuentran los siguientes: disposición para desempeñar las funciones necesarias; competencia, en particular con respecto a asuntos internacionales; razonabilidad de los honorarios en relación con los servicios solicitados; y sede del órgano o residencia de la persona y posible limitación de sus servicios a una zona geográfica determinada. Este último aspecto debe considerarse conjuntamente con el lugar probable o convenido del arbitraje. Sin embargo, es posible que determinadas funciones (p. ej. la designación) no tengan que realizarse necesariamente en el lugar del arbitraje, y algunas instituciones arbitrales están dispuestas a prestar servicios en países distintos de aquel en que tienen su sede.

45. En la mayoría de los casos, el procedimiento arbitral se regirá por las leyes del país en donde se sustancie. Muchos países tienen leyes que regulan diversos aspectos del procedimiento arbitral. Algunas disposiciones de esas leyes son imperativas; otras no. Al elegir el lugar del arbitraje, puede que las partes deseen considerar hasta qué punto las leyes del lugar de que se trate reconocen las necesidades y características especiales del arbitraje comercial internacional y, en particular, si permiten a las partes adaptar las normas procesales a sus necesidades y deseos particulares, asegurando, al mismo tiempo, la equidad y eficacia del procedimiento. Una tendencia en este sentido, perceptible en la legislación moderna de gran número de jurisdicciones, fue impulsada y reforzada por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, aprobada en 1985<sup>2</sup>.

46. Como las leyes de arbitraje de algunos Estados no siempre se adaptan a las características y necesidades especiales de arbitraje comercial internacional y, en cualquier caso, no contienen normas que prevean todas las cuestiones procesales que se pueden plantear en relación con el procedimiento arbitral, puede que las partes deseen adoptar un conjunto de normas que rijan el procedimiento arbitral. Si deciden que el arbitraje se realice por una institución, ésta les exigirá normalmente que se apliquen sus propias normas, y se negará a entender de un caso si las partes modificaran disposiciones de esas normas que la institución considerase fundamentales para su sistema de arbitraje. Muchas instituciones de arbitraje ofrecen la posibilidad de optar entre dos o más conjuntos de normas y normalmente permiten a las partes modificarlas, en particular aquellas normas que no afectan a la realización del arbitraje por la institución. Si la institución no exige a las partes que apliquen un conjunto determinado de normas de arbitraje o que elijan entre conjuntos de normas determinados, o si las partes optan por un arbitraje ad hoc, podrán elegir libremente el conjunto de normas aplicable. Al escoger un conjunto de normas procesales, puede que las partes deseen considerar si son apropiadas para los casos internacionales y si es aceptable el procedimiento que regulan.

47. De las muchas normas de arbitraje establecidas por organizaciones internacionales o instituciones arbitrales, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI<sup>3</sup> merece mención especial. Sus normas han demostrado ser aceptables

---

<sup>2</sup> Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/40/17)*, párr. 332 y anexo I. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó “que todos los Estados examinen 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”.

<sup>3</sup> Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/31/17)*, párr. 57 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. VII: 1976, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.77.V.1)). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se ha reproducido en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.77.V.6). La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la

en diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas sociales y económicos, y se conocen y aplican ampliamente en todas las regiones del mundo. Las partes podrán utilizarlas en los arbitrajes ad hoc puros y en los arbitrajes en que intervenga una autoridad nominadora, con prestación de servicios administrativos adicionales o sin ellos. Un número considerable de instituciones de arbitraje de todas las regiones del mundo han adoptado ese Reglamento como conjunto de normas propias que aplican a los casos internacionales, o se han ofrecido para actuar como autoridad nominadora. La mayoría presta servicios administrativos en los arbitrajes que se sustancien conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

*iii) Cuestiones prácticas que han de resolver las partes*

48. Las disposiciones sobre arbitraje del acuerdo de proyecto o del acuerdo separado de arbitraje deben prever también una serie de cuestiones prácticas como: el número de árbitros que integrarán el tribunal arbitral, el procedimiento para designarlos; el lugar donde se sustanciará el procedimiento y se dictará el laudo arbitral; y el idioma que se empleará en el procedimiento.

49. Cuando las normas de arbitraje van acompañadas de un modelo de cláusula o una institución arbitral, lo sugiere, la adopción de esa cláusula por las partes aumentará la seguridad y eficacia de la cláusula compromisoria. Algunos modelos de cláusula, como el que acompaña al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sugieren que las partes resuelvan esas cuestiones prácticas mediante acuerdo.

*d) Cuestiones especiales relativas a la aplicación de los acuerdos de arbitraje*

50. Si se considera conveniente dejar a las partes en libertad de elegir el mecanismo de solución de controversias, incluido el arbitraje, es aconsejable considerar si se necesitará autorización legislativa expresa. Esa autorización se necesitará cuando, por la tradición de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales en materia de concesiones públicas, no se permita el arbitraje o sea dudoso que las partes en un acuerdo de proyecto puedan elegirlo libremente.

*i) Inmunidad soberana*

51. Cuando se permita el arbitraje y lo convengan las partes en el acuerdo de proyecto, la aplicación del acuerdo de arbitraje podrá verse frustrada o estorbada si la entidad pública puede alegar la inmunidad de la administración pública, ya sea para impedir la iniciación del procedimiento arbitral o como excepción al reconocimiento y ejecución del laudo. A veces la legislación en esta materia no es clara, lo que puede dar lugar a la preocupación de los inversionistas y de la parte que celebre un contrato con la autoridad contratante en el sentido de que la cláusula compromisoria pueda resultar ineficaz. A fin de alejar esas posibles preocupaciones, es conveniente examinar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante podrá alegar la inmunidad soberana.

52. Aplicando conceptos de derecho privado, en la medida en que pueden aplicarse a la cuestión de si puede aducirse la inmunidad pública para impedir la iniciación de un procedimiento arbitral, o aplicando los principios desarrollados en la legislación y la jurisprudencia de algunos Estados, la cláusula compromisoria puede considerarse como una renuncia a la inmunidad del Estado.

53. Aun en el caso de que el laudo haya sido contrario a la autoridad contratante, ésta puede alegar la inmunidad para impedir la ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques de 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 leyes nacionales, se requiere la existencia de una vinculación entre el bien de que se trate y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se podrá alegar inmunidad con respecto a fondos asignados a actividades económicas o comerciales sometidas al derecho privado en que se base la reclamación, o no se podrá

alegar inmunidad con respecto a bienes que la administración pública reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes de que se trate se destinan a usos no comerciales.

54. En algunos contratos que afectan a entidades que podrían aducir inmunidad soberana, se han incluido cláusulas en el sentido de que la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Ese consentimiento o renuncia podría estar contenido en un acuerdo internacional o limitarse a reconocer que determinados bienes se utilizan con fines comerciales o se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas por escrito se utilizan, porque no resulta claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje y la participación en procedimientos arbitrales por la entidad pública constituye una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

55. Puede que el legislador desee examinar sus leyes en esta materia y, en la medida en que lo considere aconsejable, aclarar cuáles son las esferas en que las entidades públicas no podrán aducir inmunidad soberana.

*ii) Ejecutoriedad del laudo arbitral*

56. La eficacia de un acuerdo de sometimiento a arbitraje depende también de la legislación que regule el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Esas disposiciones legislativas fueron armonizadas por la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)<sup>4</sup>, que, entre otras cosas, se ocupa del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal puede negarse a reconocer o ejecutar un laudo. La Convención ha sido suscrita por un número elevado de países y en general se estima que establece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. El hecho de que el país anfitrión sea parte en la Convención se considerará probablemente como elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias que se planteen con las partes procedentes de dicho país.

57. Según su artículo I, la Convención se aplica al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales “dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”. En consecuencia, si el lugar del arbitraje se encuentra en el país anfitrión, los tribunales de dicho país no aplicarán normalmente la Convención a los laudos dictados en él, aunque el país anfitrión sea parte en la Convención. La aplicabilidad de un régimen de reconocimiento y ejecución distinto del de la Convención puede considerarse como un factor que aumenta la inseguridad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Para evitar esa inseguridad, la empresa del proyecto puede estar interesada en llegar a un acuerdo con la autoridad contratante en el sentido de que todo arbitraje tendrá lugar en un país distinto del país anfitrión.

58. Para aumentar el atractivo del país anfitrión como lugar del arbitraje, el legislador puede decidir adoptar un régimen para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el país que sea esencialmente el mismo establecido en la Convención. Ese régimen está contenido en la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que sigue de cerca la Convención de Nueva York de 1958 y se aplica a todas las sentencias arbitrales, tanto si se han dictado en el país que la promulgue, como en un país extranjero. La redacción internacionalmente armonizada de las disposiciones pertinentes de la Ley modelo aumentará la transparencia de la legislación del país anfitrión a ese respecto.

59. La aplicabilidad en el país anfitrión de la Convención de Nueva York de 1958 y del régimen que toma por modelo dicha Convención para los laudos arbitrales no comprendidos en ella no elimina las posibilidades de que se frustre el reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el país anfitrión. Esto se debe a que una de

---

<sup>4</sup>Véase *United Nations Treaties Series*, Vol. 330, pág. 60, N° 4739 (1959), reproducido en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, Vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.73.V.3).

las partes puede acudir a los tribunales judiciales del lugar en que se haya dictado el laudo, para anularlo. La eficacia del arbitraje dependerá, pues, del régimen legislativo para la anulación de laudos arbitrales en el país en que se sustancie el arbitraje. Si ese régimen se considera insatisfactorio, en particular si permite anular un laudo por causas distintas de las que se consideran en general aceptables en el arbitraje comercial internacional, puede que alguna de las partes desee, por ese motivo, convenir en un lugar de arbitraje no situado en el país huésped. A fin de garantizar a todas las partes y en particular a los inversionistas privados que el laudo arbitral dictado en el país anfitrión no será anulado por causas extemporáneas, tal vez desee el país

anfitrión considerar la adopción de un régimen que se estima en general apropiado para los asuntos comerciales internacionales. Ese régimen es el contenido en la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI.

### ***6. Procedimiento judicial***

60. Con independencia de la cuestión de cómo se regule la materia en la legislación, al considerar si una controversia debe resolverse en un procedimiento judicial o si debe concertarse un acuerdo de arbitraje, los factores que normalmente tienen en cuenta las partes incluyen, por ejemplo, su confianza en que los tribunales judiciales competentes para decidir una controversia actuarán sin prejuicios y la controversia se resolverá sin demoras injustificadas. La eficiencia del sistema judicial nacional y la disponibilidad de formas de recurso judicial que sean adecuadas para las controversias que puedan surgir del acuerdo de proyecto son otros factores que habrá que tener en cuenta. En particular, una posibilidad de demora en las actuaciones judiciales puede derivarse de las posibilidades de recurrir contra una decisión judicial. Además, teniendo en cuenta que los proyectos de infraestructura implican normalmente cuestiones sumamente técnicas y complejas, las partes considerarán también las consecuencias de utilizar árbitros elegidos por sus conocimientos y experiencia especializados en comparación con el sistema judicial, que normalmente no se basa en la idea de que una controversia deba confiarse a un juez con conocimientos o experiencia específicos en la esfera en que se plantea la controversia. Otra consideración puede ser la confidencialidad del procedimiento arbitral, su relativa informalidad y, posiblemente, la mayor flexibilidad que pueden tener los árbitros para adoptar sus medidas correctoras apropiadas, todo lo cual puede ser beneficioso para conservar y desarrollar la relación a largo plazo implícita en los acuerdos de proyecto.

61. La autoridad contratante puede tener diversas razones para que toda controversia se resuelva por los tribunales del país anfitrión. Esos tribunales conocen bien las leyes del país, lo que con frecuencia incluye la legislación específica directamente aplicable al acuerdo de proyecto. Además, la autoridad contratante y otros organismos gubernamentales del país anfitrión que podrían intervenir en la controversia pueden preferir los tribunales locales porque conocen los procedimientos judiciales y el idioma empleado en éstos. También se puede considerar, en la medida en que los acuerdos de proyecto afectan a cuestiones de orden público y a la protección del interés público, que los tribunales del país se encuentran mejor situados para hacerlos cumplir.

62. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante no es compartida con frecuencia por la empresa del proyecto, los inversionistas, los financieros y ni otras partes privadas que intervienen en el proyecto. A esas partes puede preocuparles que los tribunales del país anfitrión tengan prejuicios favorables a la autoridad contratante o que, en los procedimientos judiciales, políticas a corto plazo o consideraciones políticas puedan prevalecer sobre los intereses legítimos de los inversores privados. Pueden considerar también que es preferible el arbitraje al procedimiento judicial porque aquél, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes y no poder ser objeto de largas apelaciones, puede resolver una controversia de forma más eficiente. Otra razón puede ser que cierto número de personas de la empresa del proyecto no conozca el idioma del procedimiento judicial, lo que sería un obstáculo para su participación en esa clase de procedimientos.

63. Algunos países, incluidos los que tienen una tradición de competencia exclusiva de los tribunales en las cuestiones derivadas de las concesiones públicas, han llegado a la conclusión de que no hay razones importantes de interés público para no permitir a las partes en el acuerdo de proyecto convenir el mecanismo de solución de controversias que estimen más adecuado. En algunos países se ha visto también que dejar a las partes elegir el mecanismo de solución de controversias ayuda a atraer a la inversión extranjera para el desarrollo de la infraestructura.

64. Sin embargo, en otros ordenamientos no se permite convenir en un arbitraje, y la consecuencia es que se aplican las disposiciones sobre la competencia de los tribunales del país anfitrión. En los países en que los contratos públicos quedan sometidos a un régimen especial, puede ser aconsejable que el poder legislativo examine la idoneidad de las disposiciones sobre solución de controversias para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

## **C. Solución de controversias comerciales**

### ***1. Observaciones generales***

65. Además del acuerdo de proyecto, un proyecto de infraestructura con financiación privada requiere otros contratos. Las consideraciones de carácter legislativo que inspiren toda reglamentación de los mecanismos de solución de controversias dependerán de los tipos de contrato y de las características de las controversias que puedan derivarse. Esos contratos comprenderán normalmente los siguientes: a) acuerdos e instrumentos sociales concertados por los patrocinadores del proyecto; b) acuerdos de financiación y conexos; c) contratos de construcción; d) contratos de explotación y mantenimiento; e) y contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones.

66. En los derechos nacionales se acepta por lo general que las partes en las transacciones comerciales y, en particular, en las transacciones comerciales internacionales, pueden convenir libremente el foro que decidirá de forma vinculante toda controversia que pueda surgir como consecuencia de esas transacciones. En las transacciones internacionales, el arbitraje se ha convertido en el método preferido, precedido o no por la conciliación o combinado con ella. En cuanto a los contratos que forman parte normalmente de las transacciones sobre infraestructura con financiación privada, en muchos países las partes pueden someter libremente las controversias a arbitraje, elegir el lugar de éste y determinar si todo asunto de arbitraje debe ser resuelto o no por una institución arbitral. Esto se aplica en particular a los tipos de contratos mencionados en el párrafo anterior. Esos contratos se consideran generalmente acuerdos comerciales a los que, en lo que se refiere a las cláusulas de solución de controversias, se aplican las normas generales sobre los contratos mercantiles. Los países que deseen crear un ambiente jurídico acogedor para los proyectos de infraestructura con financiación privada harían bien en examinar su legislación con respecto a esos contratos a fin de eliminar toda incertidumbre sobre la libertad de las partes para convenir mecanismos de solución de controversias de su elección.

### ***2. Tipos específicos de contratos y controversias***

#### ***a) Acuerdos e instrumentos sociales concertados por los patrocinadores del proyecto***

67. Esos acuerdos pueden incluir, además de los instrumentos de fundación de la empresa del proyecto, por ejemplo, diversos acuerdos entre accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o acuerdos relativos a los derechos de voto. Las partes en esos instrumentos y acuerdos tienen normalmente una fuerte tendencia a resolver sus controversias mediante la conciliación voluntaria y no en procedimientos arbitrales o judiciales formales.

#### ***b) Acuerdos de financiación y conexos***

68. Como los patrocinadores del proyecto facilitan directamente sólo una parte poco importante de la financiación y el resto se obtiene de diversos prestamistas e inversores, se conciertan una serie de acuerdos de crédito, acuerdos de crédito a la exportación y otros instrumentos financieros con partes como bancos comerciales, instituciones de crédito públicas, instituciones de crédito internacionales y aseguradores de créditos a la exportación. Los prestamistas prestan atención especial a la seguridad jurídica, exigibilidad de las obligaciones financieras y validez jurídica de los acuerdos de garantía. Tienen tendencia a preferir los acuerdos que someten todas las controversias derivadas de ellos a los tribunales judiciales de los centros financieros internacionales. Sin embargo, en los instrumentos de crédito de algunos proyectos de infraestructura con financiación privada se ha previsto el arbitraje como método de resolver esa clase de controversias.

#### ***c) Contratos de construcción***

69. Los contratos para construir las instalaciones se concertan con frecuencia por la empresa del proyecto, como contratos llave en mano, ya sea con un contratista o un consorcio de contratistas, en un sólo instrumento o en varios<sup>5</sup>. Los miembros del consorcio de contratistas pueden concertar a su vez una serie de acuerdos adicionales entre ellos, con respecto, por ejemplo, al suministro de equipo y la prestación de diversos servicios.

70. La experiencia muestra que los contratos de construcción son especialmente propensos a dar lugar a controversias y que éstas presentan problemas que a menudo no existen en otros tipos de contratos. Ello se debe, por ejemplo, a la complejidad técnica de esos contratos, el número de empresas diferentes que participan en la construcción, la necesidad de modificaciones o las consecuencias de largo alcance que tienen los errores.

71. A menudo es conveniente resolver las controversias derivadas de los contratos de construcción mediante el arbitraje. Sin embargo, algunas controversias que pueden surgir de esos contratos no son de la competencia de los tribunales judiciales ni arbitrales, o no pueden resolverse convenientemente en procedimientos de esa índole (por ejemplo, las de naturaleza técnica, que tienen que resolverse con más rapidez de la que resulta posible en los procedimientos arbitrales o judiciales). Puede que las partes deseen prever que esas controversias se resolverán por un tercero, como un perito árbitro o una junta de examen de controversias (véanse también los párrs. 21 a 29).

72. En conexión con la construcción pueden surgir controversias que afecten a varias empresas. Por ejemplo, si la empresa del proyecto alega que la construcción es defectuosa, puede no saberse con seguridad cuál de los diversos contratistas que han intervenido es el responsable. Si la empresa del proyecto formula reclamaciones individuales contra cada contratista y esas reclamaciones se resuelven en procedimientos distintos por árbitros o tribunales judiciales diferentes, las decisiones que recaigan en los procedimientos pueden ser incompatibles. Eso podría ocurrir aunque todos los contratos se rigieran por la misma legislación y se podría traducir, por ejemplo, en la aplicación de normas procesales diferentes o en diferentes evaluaciones de las pruebas pertinentes. La solución de todas las reclamaciones conexas en un mismo procedimiento podría impedir que se dictaran decisiones incompatibles, facilitar la práctica de la prueba y reducir los costos. Sin embargo, los procedimientos multilaterales suelen ser más complicados y menos controlables, y alguna de las partes puede encontrar más difícil preparar y presentar sus argumentos en esa clase de procedimientos. Muchos ordenamientos jurídicos prevén medios para que las controversias que afecten a varias partes se resuelvan en un mismo procedimiento judicial multilateral. A fin de que las controversias que afecten a varias empresas se resuelvan en esa clase de procedimientos, puede ser conveniente que todos los contratos concertados por la empresa del proyecto para la construcción de las obras contengan una cláusula que conceda competencia exclusiva a algún tribunal judicial con facultades para incoar un procedimiento multilateral. Cuando se utiliza el arbitraje para resolver controversias, resulta más difícil organizar un procedimiento multilateral. Sin embargo, se pueden lograr algunas de las ventajas de los procedimientos de esa índole si se designa a los mismo árbitros para resolver las controversias surgidas de todos los contratos relativos a la construcción.

73. En algunos ordenamientos jurídicos, la parte que trate de acumular los procedimientos arbitrales ante un solo tribunal arbitral puede presentar una solicitud en ese sentido a un tribunal judicial. En la mayoría de esos ordenamientos la solicitud debe basarse en el consentimiento de todas las partes interesadas. En algunas jurisdicciones, la solicitud de acumulación puede hacerse al tribunal o los tribunales arbitrales competentes. Los tribunales arbitrales que reciban la solicitud pueden consultarse a fin de dictar resoluciones de acumulación compatibles. Si no se dictan esas resoluciones, o si los tribunales que intervienen dictan resoluciones provisionales incompatibles entre sí, cualquiera de las partes puede acudir a los tribunales judiciales, que decidirán sobre la acumulación. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones específicas en esta materia se puede dictar una resolución de acumulación cuando existe alguna cuestión de hecho o de derecho que sea común

---

<sup>5</sup> Véase una descripción de los métodos de contratación en la industria de la construcción en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*, capítulo II.

a todos los procedimientos, cuando el derecho a la reparación reclamada se derive de una misma transacción, o si, por cualquier otro motivo, resulta conveniente la acumulación.

*d) Contrato o contratos entre la empresa del proyecto y la parte que explota y mantiene las instalaciones del proyecto*

74. Las controversias derivadas de los contratos de explotación y mantenimiento de las instalaciones del proyecto presentan con frecuencia problemas que no se dan en las derivadas de otros tipos de contratos. Esto se debe a su complejidad, al hecho de que los contratos se aplican durante un largo período y a que en la explotación y mantenimiento del proyecto participan varias empresas. Además, existe un importante interés público en que se cumplan oportuna y adecuadamente los contratos. Las controversias surgidas de ellos afectan a menudo a cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción y con la tecnología incorporada en el proyecto. Es especialmente importante que se resuelvan con rapidez a fin de no interrumpir el mantenimiento de las instalaciones ni la prestación del servicio público. Esas consideraciones deben tenerse en cuenta por las partes al determinar los mecanismos más apropiados de solución de controversias.

75. Lo mismo que las controversias relativas a la etapa de construcción, las surgidas en relación con la explotación de infraestructura pueden afectar a varias empresas, y se aplicarán también en ese contexto *mutatis mutandis* (véanse los párrs. 72 y 73) las anteriores consideraciones relativas a los procedimientos entre diversas partes.

*e) Contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones*

76. Los contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones, lo mismo que los contratos mercantiles habituales, no plantean problemas especiales en el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Sin embargo, en la medida en que algún organismo público del país anfitrión sea parte en cualquiera de esos contratos, pueden resultar pertinentes en este contexto consideraciones análogas a las relativas a las controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (véanse los párrs. 4 a 64).

## **D. Controversias que afecten a otras partes**

### ***1. Controversias entre el concesionario y sus clientes***

77. Según el tipo de proyecto, los clientes del concesionario pueden comprender diversas personas y entidades, como, por ejemplo, una empresa pública de servicios que compre electricidad o agua a un concesionario para revenderla a los usuarios finales; empresas mercantiles, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización de un aeropuerto o un puerto; o personas individuales que paguen por utilizar carreteras de peaje. Las consideraciones y políticas relativas a los contratos con los destinatarios finales de los bienes o servicios suministrados por la empresa del proyecto dependen de quienes sean partes en esos contratos. Si los usuarios finales son empresas de servicios o empresas comerciales, las partes resolverán las controversias por los métodos usuales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. Sin embargo, si los usuarios son consumidores, es decir, personas individuales que actúen con carácter no comercial, podrán aplicarse consideraciones especiales. Por ejemplo, en algunos países se ha considerado conveniente establecer la obligación legal de poner a disposición de los consumidores mecanismos especialmente simplificados y eficientes para resolver las controversias con el explotador de las instalaciones. Cuando esos mecanismos especiales existen, a menudo se prevé que sean optativos, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a los tribunales que tiene el consumidor.

78. En algunos países existen disposiciones que regulan las controversias entre proveedores de servicios públicos, y compradores o usuarios de esos servicios. Esa regulación especial se limita normalmente a determinados sectores industriales y se aplica a las adquisiciones de bienes o servicios por consumidores individuales; la regulación, por

ejemplo, prevé la obligación del proveedor de establecer un mecanismo para recibir y tratar las reclamaciones de los consumidores individuales y, en algunos casos, también métodos simplificados para resolver las controversias. Entre esos métodos pueden estar el arbitraje y la conciliación. Normalmente, esos mecanismos son optativos para el consumidor y no excluyen que las personas perjudicadas puedan recurrir a los tribunales. Normalmente se considera que no hay necesidad de regular específicamente la solución de controversias cuando los adquirentes o usuarios son entidades comerciales.

79. La necesidad de esas disposiciones especiales en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada y la naturaleza de los mecanismos de solución de controversias previstos dependen de consideraciones como los tipos de bienes o servicios de que se trate, las entidades o personas que los adquieran y las políticas que inspiren los distintos sectores industriales. Por consiguiente, parece aconsejable dejar toda regulación de esa índole a las leyes específicas del sector o a los reglamentos dictados de conformidad con esas leyes.

## **2. Procedimientos para resolver los desacuerdos entre el órgano regulador y el concesionario**

80. Como se ha señalado anteriormente (véase el cap. V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, \_\_\_), en la etapa de explotación, la empresa del proyecto tendrá que cumplir una amplia serie de condiciones y normas para la explotación y mantenimiento de las instalaciones, que se especifican en las leyes, los reglamentos o el acuerdo de proyecto. Además de esas obligaciones, muchos países han establecido un régimen regulador en virtud del cual la autoridad contratante o un órgano regulador independiente ejercen una función de supervisión de la explotación de las instalaciones y el cumplimiento por la empresa del proyecto de las diversas condiciones, normas y decisiones adoptadas por el órgano regulador. Esos regímenes reguladores se establecen normalmente para sectores industriales determinados, como la producción de energía eléctrica, el tratamiento del agua, el saneamiento o el transporte público.

81. Las características principales de los diversos sistemas reguladores, mecanismos institucionales y procedimientos de regulación, incluida la cuestión de la autonomía del órgano regulador con respecto a la administración pública, se han examinado en otro lugar de la *Guía* (véase el cap. I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, \_\_\_). Con independencia de si las decisiones reguladoras principales se adoptan por algún departamento público (como un ministerio) o por un órgano regulador independiente, hace falta un mecanismo en virtud del cual el explotador de las instalaciones pueda solicitar el examen de las decisiones reguladoras cuando existan desacuerdos entre el órgano regulador y el explotador. Lo mismo que en todo el proceso regulador, es esencial un alto grado de transparencia y credibilidad. Para ser creíble, el examen deberá confiarse a alguna entidad que sea independiente del órgano regulador que tomó la decisión original, de las autoridades políticas del país anfitrión y de las empresas reguladas.

82. En muchos ordenamientos jurídicos, el examen de las decisiones de los órganos reguladores es competencia de los tribunales de justicia. Sin embargo, si existen preocupaciones con respecto al procedimiento judicial de examen (por ejemplo, en lo que se refiere a posibles demoras o a la capacidad de los tribunales para hacer evaluaciones en los complejos asuntos económicos a que se refieren las decisiones reguladoras), puede ser más apropiado confiar las funciones de examen a otro órgano, al menos en primera instancia, sin perjuicio del recurso final a los tribunales de justicia. En algunos países, las solicitudes de examen se someten a algún órgano de supervisión independiente, de alto nivel e intersectorial. Hay también países en los que conoce de las solicitudes de examen un grupo compuesto por personas que desempeñan funciones judiciales o académicas determinadas. En cuanto a los motivos en que puede basarse una solicitud de examen, en muchos casos hay límites, en particular en cuanto al derecho del órgano de apelación a sustituir por su propia evaluación discrecional de los hechos la estimación realizada por el órgano cuya decisión examina.