

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – APLICACIÓN DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS

Dra. Mónica Rossi⁽¹⁾, enero 2000

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. GENERALIDADES SOBRE LOS MÉTODOS RAD, 1. Métodos de Resolución Alternativa de Disputas, 2. Tipos de métodos RAD, III. VENTAJAS Y BENEFICIOS DEL USO DE ESTOS MEDIOS; IV. LA NORMATIVA URUGUAYA, 1. Generalidades, 2. La opinión de la doctrina acerca de la aplicación del arbitraje en los contratos en los que el Estado es parte, 3. Tratados de derecho internacional, 3.1 Tratados en general, 3.2 Tratados internacionales de promoción y protección a la inversión, 3.3 Tratado de Asunción (26/3/1991), 3.4 El Protocolo de Brasilia para la Resolución de Controversias (17/12/1991), V. PREVISIONES EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y CONTRATOS; VI. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO, 1. Derecho argentino, 2. Derecho chileno, 3. Derecho peruano, 4. Derecho español, 5. Derecho venezolano, 6. Derecho ecuatoriano, 7. Derecho Colombiano, 8. UNCITRAL, 8.1. El documento de la UNCITRAL, 8.2 Razones para el estudio de diferentes métodos de resolución de disputas en los contratos de proyectos de infraestructura con financiación privada, 8.3 Relaciones contractuales a raíz de las que se pueden originar controversias, 8.4 Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario, 8.5 Tipos de soluciones RAD para las controversias surgidas de estas relaciones, 9. Las Juntas de Examen de Disputas, 9.1 Cómo se integran, 9.2 Qué función cumplen, 9.3 Fuerza vinculante de los dictámenes, 9.4 Recomendaciones para incluir en los contratos respecto de este método RAD, 9.5 Recomendaciones a nivel mundial para su utilización en este tipo de contratos, 9.6 Utilización a nivel mundial; VII. ESTUDIO DE CASOS EN OTROS PAÍSES, 1. Chile, 1.1 La experiencia en la privatización del sector eléctrico, 1.2 La experiencia en el sector carretero, 2. Colombia; VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos que se firman en relación a la ejecución y explotación de concesiones de obras y servicios públicos son generalmente a largo plazo y comprenden una multiplicidad de aspectos diferentes y complejos. En el marco del cumplimiento de estos contratos y de la ejecución de las obligaciones impuestas por los mismos, el surgimiento de renegociaciones y la posibilidad de aparición de conflictos y de disputas es frecuente.

Para que estas controversias puedan ser solucionadas en rápidamente, de la manera menos costosa posible, de forma tal de que sus consecuencias no se tornen inmanejables, y en definitiva afecten lo menos posible a las partes involucradas, a la prestación del servicio y al usuario, la aplicación de métodos alternativos de resolución de disputas se presentan como una gama adecuada de soluciones, aplicables en diferente medida según la particularidad de la relación jurídica en donde surge la controversia y el tipo de conflicto.

En el presente estudio se pretende realizar una reseña de la situación normativa respecto de los métodos de resolución alternativa de disputas (Métodos RAD) y su aplicación al tipo de contrataciones reseñadas precedentemente, analizar someramente la posibilidad de su aplicación y presentar una síntesis de algunas soluciones que existen al respecto en el derecho comparado.

II. GENERALIDADES SOBRE LOS MÉTODOS RAD

1. Métodos de Resolución Alternativa de Disputas

Los métodos de Resolución Alternativa de Disputas apuntan a solucionar las controversias, satisfaciendo en gran medida las necesidades e intereses de las partes involucradas, utilizando procedimientos, estructuras y técnicas diferentes a las llevadas a cabo en un procedimiento

¹ Miembro del Estudio Jurídico Shaw, Faget & Asociados, vinculado a PricewaterhouseCoopers.

típicamente jurisdiccional, tendiendo a conciliar intereses opuestos o diferentes que parten de las necesidades disímiles de los involucrados y ayudando, asimismo, a preservar la relación existente entre ellos, en un marco de agilidad, economía y privacidad, con soluciones elaboradas en gran parte “a medida”.

2. Tipos de métodos RAD

Existen varios tipos de soluciones RAD. Las más utilizadas son la mediación, la conciliación y el arbitraje. Desde el punto de vista conceptual, una clasificación se puede realizar dividiendo los Métodos en RAD privados y RAD derivada de procesos jurisdiccionales.

2.1 Algunos procesos RAD privados son el Arbitraje, el proceso por medio de un Neutral confidencial, el proceso con la intervención de un Neutral Decisor sobre hechos, la Mediación, la Conciliación, las cláusulas Med-Arb, las cláusulas Co-Med-Arb, el Minijudio, la Defensa coordinada multipartes, el Procedimiento Multipasos, la intervención de un Fact-finder, la Negociación de Reglas de Juego, el Ombudsman, la Asociación de partes para relacionamiento a largo plazo, la Negociación paralela al juicio, entre varios otros métodos y procedimientos RAD, cada una con sus particularidades y su pertinencia de aplicación según el caso.

2.2 Los métodos RAD derivados de procesos judiciales, o relacionados con los mismos, son el arbitraje, la mediación prejudicial, intrajudicial y derivada por el Juez, la conciliación prejudicial, intrajudicial y derivada por el Juez, (en nuestro derecho la primer y la segunda de estas modalidades están expresamente reguladas), y en otros medios la Evaluación neutral temprana, la decisión judicial anticipada, el minijudio en corte, la semana de negociación, entre otras.

2.3 El Arbitraje es el método más conocido y utilizado, además del más regulado. En algunos sistemas, según el tipo de arbitraje que se utiliza, la decisión puede ser obligatoria o no obligatoria para las partes. Asimismo, hay variantes del arbitraje a nivel de sistemas comparados como ser el Arbitraje de oferta final o “baseball offer”o el arbitraje dentro de máximos y mínimos, entre otras.

2.4 Asimismo, existen otros sistemas de métodos de resolución alternativa de disputas como ser la figura del perito confidencial que escucha a las partes y luego emite opinión no vinculante, el experto que se concentra en encontrar datos científicos o clínicos a efectos de facilitar la resolución de la controversia sobre aspectos objetivos y legítimos (fact-finder), la negociación sobre las reglas de solución de disputas a cumplir por las partes en caso de que surja una controversia, la composición de una Comisión o Junta de Expertos que deciden las cuestiones que se suscitan entre las partes con carácter vinculante, la figura del ombudsman para algunos autores, etc.

III. VENTAJAS Y BENEFICIOS DEL USO DE ESTOS MEDIOS

Estos métodos tienen una serie de ventajas frente a los métodos tradicionales de resolución de controversias por vías jurisdiccionales, a la vez que los derechos de las partes no se ven afectados por la utilización de este tipo de sistemas. Una de las ventajas más importante es, evidentemente, el ahorro de gastos de tipo legal, ahorro de energías y de tiempo. Los procesos RAD son, por lo general, mucho más cortos y simplificados que los procedimientos judiciales, se logra una gran inmediatez y es menos costoso.

Asimismo, las partes tienen la posibilidad, en muchos casos, de intervenir en forma más activa en la resolución de sus propias disputas. En efecto, en algunos de estos métodos, son las propias partes quienes acuerdan la solución que les parece más adecuada a sus intereses y necesidades.

Además, este tipo de procesos son privados o reservados. Esto quiere decir que atañe a las partes y puede permanecer confidencial. Esta circunstancia no solo protege a los individuos sino que también sirve a las empresas y organizaciones en la medida en que pueden manejar sus conflictos en la esfera privada.

Asimismo, los resultados logrados en procesos RAD son altamente efectivos. A diferencia de las sentencias de los jueces, que deben hacerse cumplir mediante procedimientos judiciales de ejecución forzada, de la experiencia en otros países surge que los acuerdos alcanzados a través de métodos RAD se cumplen voluntariamente en un altísimo porcentaje.

IV. LA NORMATIVA URUGUAYA

1. Generalidades

1.1 Las soluciones RAD están previstas en nuestro derecho, desde antigua data. Nuestra Constitución prevé, en su artículo 6, textualmente que “En los tratados de derecho internacional que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”.

El art. 57 del mismo cuerpo normativo dispone textualmente, en su segundo inciso, que “Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”. Por su parte, el art. 255 dispone que “No se podrá iniciar pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”.

1.2 El Código General del Proceso dispone las normas sobre el proceso arbitral en su Título VIII. Como principio general se establece que “toda contienda individual o colectiva podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario”. El análisis del tratamiento normativo que le da nuestro derecho positivo a esta forma jurídica excede el objeto del presente esquema.

Sin perjuicio, cabe señalar que las normas sobre arbitraje no tienen limitaciones desde el punto de vista subjetivo para la aplicación del instituto, restringiendo como causa de exclusión a la aplicación del mismo, a aquellas cuestiones que no pueden ser objeto de transacción⁽²⁾.

1.3 Por su parte, la ley No. 16.906 que declara de interés nacional la promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjero en el territorio nacional contiene disposiciones en relación con los sistemas de solución de controversias entre el Estado y un inversor.

El texto de la norma dice:” Artículo 25 . –Solución de controversias. Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de la presente ley que se suscite entre el Estado y un inversor que hubiere obtenido del Poder Ejecutivo la declaratoria Promocional, podrá ser sometida, a elección del cualquiera de los mismos a alguno de los siguientes procedimientos:

- a) Al del Tribunal competente
- b) Al del Tribunal Arbitral, que fallará siempre con arreglo a derecho, conforme con lo establecido en los artículos 480 a 502 del Código General del Proceso

Cuando se haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos previstos precedentemente la elección será definitiva. Lo dispuesto en los párrafos precedentes, será de aplicación con relación a los inversores extranjeros en los casos de ausencia de tratado,

² El art. 476 del Código General del Proceso establece textualmente “476. Causas excluidas del arbitraje.- No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”. Asimismo, el art. 493 del mismo cuerpo normativo establece textualmente que “493. Cuestiones excluidas del arbitraje.- Si en el curso del juicio se rearguyere de falso , criminalmente, un documento o se plantearan cuestiones no susceptibles de ser sometidas a arbitraje, se pasarán los antecedentes al tribunal ordinario y quedará entre tanto en suspenso el arbitraje”.

protocolo o convención internacional en materia de solución de controversias, en vigor a la fecha de suscitarse las mismas”.

1.4 Asimismo, existen otras normas de derecho interno que hacen referencia al instituto del arbitraje, que refieren a regulaciones internas y a regulaciones internacionales.

1.5 Finalmente, la Ley No. 16.995⁽³⁾ que por la vía de la sustitución del art. 194 del Código General del Proceso derogó la excepción a la conciliación previa que beneficiaba a los juicios en los cuales es actor o demandado, el Estado u otra persona pública estatal. En su mérito, a partir de la vigencia de la nueva ley, deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación previa a cualquier juicio en que sean partes las entidades públicas estatales. “Ello significa la admisión por el legislador de que tales instituciones pueden transar- y por ende, comprometer en árbitros- ya que el art. 297 del CGP equipara la conciliación lograda a la transacción e incluye en su num. 1o. una regla similar a la del art. 2161 del Código Civil”⁽⁴⁾.

1.6 En relación a la aplicación concreta de las soluciones RAD en contratos de concesión de obras y servicios públicos, la Constitución Nacional, en su artículo 65, dispone que “En los servicios administrados directamente o por concesionarios la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.”

Asimismo, en materia de normativa sectorial, algunas disposiciones de las más recientes leyes y decretos recogen la posibilidad de aplicación de soluciones RAD en controversias que surjan en el desarrollo de la actividad. En tal sentido, el Decreto 324/97 de 3/9/97 sobre importación y transporte de gas natural (entendiendo por tal el que cumpla las especificaciones técnicas que establezca la Autoridad Nacional Reguladora del Gas)⁽⁵⁾ dispone un régimen al respecto.

Por su parte, la Ley No. 16.832 del 17/6/97 que dispone el régimen de la Unidad Ejecutora Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica, establece que la reglamentación del Poder Ejecutivo preverá un sistema de arbitraje y las circunstancias en las que podrán ocurrir a él los agentes del mercado mayorista de energía eléctrica. En este sentido, el Decreto 22/999 del 26/1/99 que estructura la regulación para la Industria Eléctrica, en su art. 30 dispone la respectiva reglamentación⁽⁶⁾.

2. La opinión de la doctrina acerca de la aplicación del arbitraje en los contratos en los que el Estado es parte.

Respecto de nuestro derecho por mucho tiempo la doctrina discutió si en un contrato administrativo las diferencias surgidas entre la Administración y el co-contratante, en cuanto a la interpretación, alcance y cumplimiento de las obligaciones que resultan para cada parte, podían ser resueltas por vía del arbitraje sin recurrir a la vía jurisdiccional.

³ Ley No. 16.995 del 26/8/98

⁴ Cf. Carlos Delpiazzo, citando a E. Tarigo, “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. FCU, Montevideo, 1994, tomo II.

⁵ La mencionada norma establece, en su artículo 9 textualmente que “El Ministerio de Industria, Energía y Minería, actuando como Autoridad Nacional Reguladora del Gas, tendrá las siguientes atribuciones: a) interpretar y ejecutar las disposiciones del presente proponiendo las modificaciones que estime correspondan; b) resolver en forma preliminar las disputas que se planteen entre las concesionarias o permisarias y los demás sujetos de este reglamento”.

⁶ Esta norma expresa que “Las partes preverán expresamente que las divergencias que se produzcan entre los agentes del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica con motivo del establecimiento y ejecución del convenio de interconexión y de intercambio energético, serán resueltas mediante procedimiento arbitral de conformidad con L.No.16.832 art. 3 num.5 y CGP.”

2.1 Las posiciones que restringían la aplicación de este sistema de resolución de controversias dentro del ámbito de la Administración sostenían que para la posibilidad de aplicación de este tipo de sistemas de resolución de disputas es necesario, debido al principio de especificidad de la actuación de la Administración, una norma expresa.

Asimismo, el Tribunal de Cuentas, en su oportunidad, observaba los pliegos⁽⁷⁾ de condiciones y proyectos de contratos administrativos en cuanto preveían la posibilidad de recurrir al arbitraje.

2.2 Sayagués Laso⁽⁸⁾ sostuvo ya en su Tratado, que para los casos de obra pública, en los contratos que versan sobre esta materia es de estilo establecer la jurisdicción arbitral para decidir las cuestiones que se suscitaren en relación a los mismos.

Este autor plantea que las cuestiones a someter a jurisdicción arbitral pueden ser de todo tipo, tanto técnicas como de hecho, administrativas o jurídicas, y a su vez, puede limitarse la decisión arbitral a solamente algunas cuestiones que se acuerdan previamente por las partes.

2.3 Carlos Delpiazzo⁽⁹⁾ sostiene que en la medida en que el Texto Ordenado (refiriéndose al Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera) y sus antecedentes permiten pagar gastos derivados del incumplimiento de laudos arbitrales, es porque se está autorizando implícitamente dicho procedimiento en las causas en que interviene la Administración. Este autor expresa textualmente que: “En nuestra opinión, favorable a la tesis de la amplia admisión, es necesario tener en cuenta que el nuevo Código General del Proceso prevé el juicio arbitral de modo general, sin excluir a la Administración, y sólo menciona como causas excluidas del arbitraje aquellas excluidas de la transacción o en que está prohibida la transacción (art.476)”

2.4 Susana Lorenzo⁽¹⁰⁾ en su estudio sobre la inclusión de cláusulas de Arbitraje en relación con los contratos en los que la Administración es parte, concluye que “El arbitraje en los contratos administrativos no está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por normas constitucionales ni legales”

Por su parte, existen normas que implícitamente lo admiten, además de que en la práctica, las cláusulas arbitrales se encuentra en algunos contratos administrativos. Esta autora concluye que “Puesto que el arbitraje está permitido –como se concluye- y las partes pueden acudir a este procedimiento, darle preceptividad supone, a nuestro juicio, privar de elasticidad a las relaciones Administración-particular, que no podrían sino, usar exclusivamente el expediente para resolver sus controversias.”

2.5 En definitiva, de las normas expuestas en el apartado anterior y de las posiciones doctrinarias aquí reseñadas surge que las controversias entre Administración y particular derivadas de los contratos administrativos, pueden ser solucionadas mediante el procedimiento arbitral.

3. Tratados de derecho internacional

3.1 *Tratados en general*

En materia de Tratados de Derecho Internacional, nuestro país ha suscrito varias normas que contienen disposiciones o hacen referencia a métodos de resolución alternativa de disputas, en especial al arbitraje.

⁷ Conforme Susana Lorenzo, op. cit., pág. 110

⁸ Enrique Sayagués Laso, “Tratado de derecho Administrativo” 4ta edición, Tomo II, pág. 118 y siguientes.

⁵Cf. Delpiazzo, “Manual de contratación administrativa”, Tomo I, Parte General, , 1991, pág 154 y 155.

¹⁰ Susana Lorenzo, “Contratación Administrativa”, Curso de graduados 1988, Susana Lorenzo de Viega Jaime, Capítulo sobre Arbitraje, Ed. FCU, 1989

Entre otros, encontramos la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

3.2 Tratados internacionales de promoción y protección a la inversión

En lo que a la temática del presente estudio hace referencia directa, la Ley No. 16.183⁽¹¹⁾, aprueba el Acuerdo Internacional de fomento y protección recíproca de las inversiones entre República Oriental del Uruguay y el Reino de los Países Bajos. Específicamente el art. 13 del mismo cuerpo establece el mecanismo de solución de controversias aplicable en relación con el Acuerdo, siendo el mecanismo adoptado el del Arbitraje, por medio de la constitución de un Tribunal Arbitral ad hoc.

Asimismo, la Ley No. 16.184⁽¹²⁾ aprueba el acuerdo de Fomento y Protección de Inversiones de nuestro país con la República de Hungría, disponen un mecanismo de resolución de controversias similar al reseñado en relación a la ley anterior.

En el mismo sentido, la Ley No. 16.396⁽¹³⁾ aprueba el Acuerdo para promover y proteger recíprocamente las inversiones entre nuestro país y Rumania.

Los artículos 9, 10 y 11 establecen los mecanismos de resolución de controversias. Los mismos son la amigable composición y negociaciones, así como el arbitraje. Este sistema de solución de controversias se aplica tanto para las disputas o diferencias surgidas entre los Estados firmantes como entre uno de los Estados firmantes y un inversor del otro Estado.

En igual sentido, la Ley No. 16.444⁽¹⁴⁾ aprueba el convenio de Promoción y Protección de las Inversiones entre nuestro país y el Reino de España, en el que se recoge la solución de controversias en forma similar a los demás tratados de este tipo.

3.3 El Tratado de Asunción (26/3/1991)

El Tratado de Asunción celebrado entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay mediante el cual los países mencionados deciden constituir un Mercado Común, que se denomina "Mercado Común del Sur (MERCOSUR), contiene un Anexo⁽¹⁵⁾ sobre sistemas de resolución de controversias a los que los Estados Partes adhieren en sus relaciones.

¹¹ Ley 16.183 del 21 de mayo de 1991, publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de 1991.

¹² Ley 16.184 del 21 de mayo de 1991, publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de 1991.

¹³ Ley 16.396 del 29 de julio de 1993, publicada en el Diario Oficial del 11 de agosto de 1993.

¹⁴ Ley No. 16.444 del 15 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial del 28 de diciembre de 1993.

¹⁵ Este Anexo III expresa textualmente: "1) La solución de controversias que pudieren surgir entre los Estados partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución, dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta días las recomendaciones pertinentes a las partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico. Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzará una solución, se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común para que adopte las recomendaciones pertinentes.

2) Dentro de los 120 días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los gobiernos de los Estados partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.

3) Antes del 31/12 de 1994, los Estados partes adoptarán un sistema permanente de solución de controversias para el Mercado Común."

Este Tratado no debe ser considerado como un Tratado final constitutivo del MERCOSUR, sino como el instrumento jurídico destinado a hacer posible su concreción⁽¹⁶⁾. Es un “acuerdo marco” que contiene un conjunto de directivas generales, las que deben ser ulteriormente desarrolladas y concretadas en convenios especiales.

El Anexo III correspondiente a “Solución de controversias”, luego fue sustituido por el Protocolo de Brasilia, documento elaborado con la finalidad de determinar normas más acabadas en relación con el tema de “Resolución de Controversias”.

3.4 El Protocolo de Brasilia para la Resolución de Controversias (17/12/1991)

Este Protocolo suscripto por los países miembros del MERCOSUR establece una serie de métodos de resolución de conflictos. Estos mecanismos incluye las negociaciones directas entre las partes implicadas como primer paso hacia un acuerdo.

En segundo lugar, la intervención del Grupo Mercado Común en aquellos casos en los que no se ha alcanzado un acuerdo por medio de las negociaciones directas. El grupo evaluará la situación, pudiendo contar con asesoramiento de expertos si las circunstancias así lo requieren, y pronunciará una recomendación para la solución de la disputa.

En tercer lugar, las partes puede acudir al procedimiento arbitral establecido en ese cuerpo normativo, para lo que se constituirá un Tribunal Ad hoc de 3 miembros.

Los particulares que necesiten formular reclamos, lo harán a través de las vías que dispone el Protocolo. Estos reclamos pueden desencadenar una controversia entre los Estados partes, los que disponen de los medios mencionados para solucionar la controversia. Si la controversia no se canaliza por estas vías, el particular puede entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común o elevar sin más trámite su reclamo al Grupo Mercado Común. La cuestión es analizada por un grupo de expertos para determinar la procedencia del reclamo.

Si el dictamen del grupo de expertos determina la procedencia del reclamo, los Estados partes pueden pedir al Estado infractor que lleve a cabo medidas correctivas o la anulación del acto cuestionado. Si este reclamo no prospera dentro de un plazo, el Estado parte que efectuó este reclamo puede acudir al procedimiento arbitral.

V. PREVISIONES EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y CONTRATOS

En la práctica, la Administración ha incluido normas sobre sistemas de resolución de controversias en los pliegos de licitaciones para concesiones de obras y servicios públicos, que incluyen, entre otros métodos RAD, el arbitraje.

Se analizaron varios pliegos para este estudio⁽¹⁷⁾, y todos ellos prevén la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio genuino de resolución de controversias. Algunos pliegos restringen la

¹⁶ conforme Jorge Vicchi, “Los Servicio Públicos en el proceso de Integración subregional: El Mercosur”, capítulo 9 del Libro “Los Servicios Públicos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994

¹⁷ Los pliegos analizados para este estudio fueron, entre otros, los relativos a la Concesión de Obra Pública y la Prestación del Servicio de Saneamiento y Agua Potable en el Departamento del Maldonado (Licitación Pública Internacional No. 1131 de la Administración de las Obras Sanitarias del Estado) que prevé el artículo 6.4 sobre “Solución de Controversias”, el Pliego para la Licitación de la Concesión de Obra Pública Ruta 5: Accesos a Montevideo – Mendoza del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad, el que dispone un capítulo XII para la “Resolución de Controversias”, el Pliego para la concesión de la obra Pública Doble Vía Montevideo – Punta del Este del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad, el que dispone en su artículo 33 las normas relativas a la Resolución de Controversias, el Pliego de licitación para la concesión de obra pública “Doble

aplicación del arbitraje a cuestiones de tipo técnico y otros pliegos prevén la posibilidad de su aplicación en un amplio margen, el que incluye interpretación y ejecución de los contratos, pudiendo ser las cuestiones controvertidas sujetas a arbitrajes aquellas que surjan como consecuencia directa o vinculada con el contrato. Asimismo, en algunos pliegos, existe una etapa previa de negociación directa entre las partes previo al arbitraje.

VI. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

A nivel de derecho comparado encontramos algunas fórmulas de legislación y aplicación de diferentes métodos o combinación de métodos RAD en materia de concesiones de obras y servicios públicos que ameritan ser reseñados.

1. Derecho Argentino

En la legislación argentina, el decreto marco de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires No. 2637/92 del 23 de setiembre de 1993, dispone la regulación aplicable a los contratos firmados por los particulares y la Administración en relación con la licitación pública para la construcción de la red de accesos a la ciudad de Buenos Aires. Este cuerpo normativo, en su capítulo VIII, contiene la normativa aplicable a la resolución de conflictos que pudieren surgir en relación con los contratos y la vida de los mismos entre los particulares y el Organo de Control estatal.

El mencionado capítulo “Solución de Conflictos” dispone el articulado de la siguiente forma:

Art. 29 “Decisiones del Organo de Control: Las decisiones del Organo de Control podrán ser recurridas ante la Autoridad de Aplicación. Contra las decisiones de esta última, son procedentes los remedios y recursos que correspondan por aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su Reglamento (Decreto No. 1759/72).

Art. 30 “Fuero Contencioso Administrativo: En todos los juicios en que sea parte el Organo de Control serán competentes los Tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Capital Federal”

Art.31 “Arbitraje: Los conflictos de singular trascendencia no derivados del ejercicio del Poder de Policía que se susciten entre el Organo de Control (OCRABA) y los Concesionarios podrán ser resueltos por vía de árbitros según las reglas que se establezcan en los Contratos.”

De la normativa expuesta se desprende la existencia de un sistema complejo en relación al tratamiento de las diferencias entre el concesionario y la OCRABA. En efecto, las resoluciones de la OCRABA pueden ser recurridas por los concesionarios ante la Autoridad de Aplicación (el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la nación). Por otra parte, en caso de que se trate de problemas “de singular trascendencia” que no deriven del ejercicio de poderes de policía de la OCRABA, dicha controversia puede ser resuelta por la vía del arbitraje.

2. Derecho Chileno

Vía Montevideo – Libertad” del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Dirección Nacional de Vialidad, que contiene disposiciones muy similares a las del pliego de la Licitación de la Concesión de Obra Pública Ruta 5: Accesos a Montevideo – Mendoza, el Modelo de Pliego para la concesión de la obra pública y explotación del Puente Buenos Aires – Colonia (Unión vial fija entre la república de argentina y la República Oriental del Uruguay a través del Río de la Plata.), que contiene una regulación muy precisa al respecto de los métodos RAD a emplear, la clasificación de las controversias y el tipo de método aplicable y normas sobre la amigable composición y el arbitraje, el Pliego para la concesión del Aeropuerto Internacional de Carrasco Gral. Cesáreo L. Berisso (Licitación Pública internacional No. 1/998), entre otros.

La Ley de Concesiones de este país crea un sistema de resolución de conflictos entre los concesionarios y la Autoridad Concedente, que consiste en la creación de un organismo colegiado llamado "Comisión Conciliadora"⁽¹⁸⁾.

Esta Comisión Conciliadora tiene el carácter de jurisdicción voluntaria a la cual se someten las partes para tratar de solucionar sus controversias mediante un advenimiento total o parcial.

La Ley No. 19.460 modificatoria del Decreto con fuerza de Ley No. 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas sobre el régimen legal de concesiones de obras públicas y normas tributarias, contiene una disposición con la regulación de este instituto⁽¹⁹⁾.

Según la doctrina Chilena, con la implementación de esta Comisión respondió a tres finalidades:

En primer lugar, persigue la finalidad propia de un mecanismo de resolución de conflictos, como es el procedimiento de conciliación. La norma transforma en obligatorio y prejudicial un procedimiento concebido hasta ese momento como facultativo para el Juez. La finalidad de esta

¹⁸ Conforme José Fernando Vargas Fritz, "La Concesión de Obras Públicas", Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, Chile, 1997, pág. 241 y siguientes.

¹⁹ El artículo 10 de este cuerpo legal expresa textualmente "Sustitúyese el artículo 35, por el siguiente: "Artículo 35.- Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación de del contrato de concesión, o a que de lugar su ejecución, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este último será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. La Comisión deberá determinar sus normas y procedimientos debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten y deberá establecer, en cuanto se designa sus integrantes, el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte.

Los acreedores que hayan constituido a su favor la prenda establecida en el artículo 42 de esta ley, serán admitidos en los procedimientos a que diere lugar el funcionamiento de esta comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes. Planteada la reclamación ante la Comisión, y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera.

Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primer caso, la Comisión actuará de acuerdo a las normas fijadas para los Arbitros arbitradores y tendrá plazo de 30 días para fallar, plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno.

En el evento de que el concesionario interponga el recurso ante la Corte de Apelaciones, éste se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley No. 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile y a las siguientes disposiciones:

1. No será exigible boleta de consignación
2. El traslado del recurso de dará al Director General de Obras Públicas. Si el concesionario no solicitare de la Comisión que falle como Comisión Arbitral, ni interpusiere el recurso ante la Corte de Apelaciones quedará a firme la resolución o decisión del Ministerio. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República".

reforma es fomentar los mecanismos alternativos de los tribunales para la resolución de conflictos

En segundo lugar, representa, para la doctrina chilena, una renuncia o autolimitación del Estado chileno a su poder de modificar unilateralmente las concesiones de obras públicas, en la medida en que las normas imponen al Estado el actúa como parte, pudiendo efectuar las modificaciones que consensuadamente logre con su contraparte (el concesionario).

Finalmente, este sistema apunta a fortalecer la garantía de los derechos contractuales del administrado, en la medida en que el contrato no puede verse modificado unilateralmente, sino a través de mecanismos de actuación concertada por las partes, entendiendo a las mismas en igualdad de condiciones, a la vez de que se trata de un órgano colegiado, lo que ya, de por sí contribuye a otorgar solidez a la garantía mencionada.

La Comisión estará integrada por tres miembros, profesionales todos ellos, designados respectivamente por el Ministerio de Obras Públicas, el Concesionario, y el tercero de común acuerdo por las partes, y este tercero será el Presidente de la Comisión. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo en la elección del tercer miembro, el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago será quien decidirá quién será este integrante.

Desde el punto de vista de la práctica del nombramiento, en el mismo acto de otorgamiento de la Concesión, y con carácter preventivo, pueden nombrarse los integrantes de la Comisión Conciliadora.

3. Derecho Peruano

La Ley No. 26.572 del 3 de enero de 1996 dispone la regulación pertinente en materia de "Arbitraje nacional".

El art. 1 dispone textualmente, como disposición general, que: "Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público".

El art. 2 establece las consideraciones pertinentes en materia de la participación del Estado en procedimientos de arbitraje. Al respecto dice textualmente: "Arbitraje del Estado.- Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes.

Para los efectos de este Artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren

con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.”

Asimismo, el título segundo de la norma establece las normas aplicables a la conciliación, transacción, suspensión y desistimiento del proceso.

Al respecto el art. 41 dispone que los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Cuando la conciliación o transacción fueren parciales, continúa el proceso en relación con las cuestiones no transigidas o acordadas.

En síntesis, la normativa establece la posibilidad de que las partes acudan al procedimiento arbitral, cuando una de las mismas es una dependencia del Estado, entendido al mismo como su Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales, las dependencias de los mismos, así como las empresas del Estado, sean éstas de derecho privado o de economía mixta. Estas dos últimas categorías pueden acudir al procedimiento arbitral sin necesidad de autorización previa de tipo alguno. Asimismo, las partes, incluso el Estado como parte, puede conciliar o transar de acuerdo con lo establecido en el artículo mencionado.

4. Derecho español

La ley española No. 30/1992 del 26 de noviembre de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tiene disposiciones relativas al relacionamiento entre la Administración y los particulares en relación a la terminación del contrato que resulta interesante reseñar..

El art. 88 de esta norma establece las pautas de relacionamiento ente la Administración y los particulares con referencia a la terminación convencional del contrato en los siguientes términos:

“1 Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privados, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción, y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. ...”

Esta norma es un antecedente directo de la norma venezolana que se reseña en este esquema. La relevancia que nos interesa destacar a efectos de los puntos que estamos analizando reviste en que la misma otorga a las Administraciones Públicas la posibilidad de acordar con los particulares, mediante pactos, convenios, acuerdos o contratos, las formas de finalización de los procedimientos administrativos, así como da la posibilidad de acordar formas o procedimientos que pueden ser insertos dentro del procedimiento administrativo. Las limitaciones a estos pactos, acuerdos, convenios o contratos es que, los mismos no pueden ser contra en Ordenamiento Jurídico, deben limitarse a materias donde las Administraciones Públicas tienen derecho de transacción, y deben tener por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado.

El alcance, efectos y régimen jurídico en cada caso estará a lo que dispongan las normas generales que regulen cada mecanismo de terminación.

Asimismo, las partes intervinientes en estos convenios pueden acordar que la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, cualquiera sea el mecanismo elegido o acordado, puede tener efecto vinculante respecto de las mismas.

5. Derecho venezolano

El reciente "Decreto con rango y fuerza de ley orgánica que reforma el Decreto-Ley No. 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre concesiones de obras públicas y servicios nacionales" No. 318 de fecha 17 de setiembre de 1999, establece en su Título VII las normas relativas a la solución de controversias.

El Art. 61 de ese cuerpo normativo dispone textualmente lo siguiente:

"Medios de solución de conflictos: Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción.

Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia.

Cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo."

Como surge de los artículos mencionados, el sistema de resolución de disputas en este cuerpo normativo establece una gradación en relación a los medios de composición de conflictos que pueden ser utilizados por las partes.

En primer lugar, las mismas deben procurar soluciones negociadas directamente, para lo que pueden utilizar el mecanismo de la conciliación y llegar a una transacción.

Cuando las diferencias sean de carácter puramente técnico, la solución de las controversias puede someterse a un comité de técnicos expertos en la materia. En este caso, la decisión de estos peritos es obligatoria para las partes.

Asimismo, por mandato normativo se prevé la posibilidad de que las partes acudan al arbitraje para la resolución de todas las controversias derivadas del contrato de concesión, sin que las mismas se encuentren limitadas a su carácter técnico.

El mecanismo normativo prevé la posibilidad de establecer un Tribunal Arbitral. Para ello, libra al entendimiento del ente concedente a través de la elaboración del pliego, o a la voluntad de las partes formalizada a través del contrato, las normas pertinentes sobre la composición del Tribunal Arbitral, su competencia, la regulación sobre el procedimiento y derecho aplicable.

6. Derecho ecuatoriano

El Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada (DE-2328.RO-S 581:21 dic 1993) dispone normas sobre el régimen de modernización del estado ecuatoriano, privatización y prestación de servicios públicos por parte de iniciativa privada, y establece los procedimientos para llevar a efecto el proceso de modernización del estado en relación con la descentralización y desconcentración, desburocratización, desmonopolización, privatización y delegación de servicios públicos.

El art. 108 de dicho cuerpo normativo expresa textualmente que "Para el caso de litis no solucionada a través de procedimientos especiales determinados en este Reglamento o los contratos, los tribunales distritales de los contencioso administrativo, serán los órganos judiciales competentes para conocer y resolver de las controversias derivadas de los contratos de concesión".

El art. 109 expresa textualmente:” Las controversias entre el concedente y la sociedad concesionaria referentes a la aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimientos del contrato de concesión, podrán elevarse por cualesquiera de las partes al conocimiento de la Comisión de Arbitraje.

Dicha Comisión, a menos que las bases y el contrato estipulen otra cosa, estará compuesta por:

- a) un profesional universitario designado por el concedente
- b) un profesional universitario designado por el concesionario, y
- c) un profesional universitario designado por las partes, quien lo presidirá.

Estos nombramientos y el procedimiento de designación, la forma de fijar y pagar los honorarios de los árbitros deberá constar en el contrato de concesión.

La Comisión fijará sus normas y procedimientos para resolver las controversias, Procurará, en todo caso, buscar la conciliación entre las partes, para lo cual podrá hacer recomendaciones y proposiciones de advenimiento en cualquier tiempo anterior a la expedición del laudo arbitral.

7. Derecho Colombiano

La Ley 80 de 1993 del 28 de octubre de 1993 establece las disposiciones relativas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta normativa contiene las reglas relacionadas con la solución de controversias contractuales que surgen en los contratos en los que la administración es parte, reconociendo en su capítulo VIII, artículos 68 a 75 los institutos de la negociación directa (amigable composición), conciliación, transacción, arbitraje y dictámen de peritos con carácter vinculante.

Asimismo, se establece la improcedencia de las prohibiciones que pudieren establecer las partes en relación con la utilización de este tipo de mecanismos de resolución de controversias.

Esta ley dispone que las partes “buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, acudirán al empleo de los mecanismos de resolución contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”

En relación con el instituto del arbitraje, la norma prevé que se puede constituir un Tribunal o procederse a un arbitraje singular, de acuerdo con la cuantía de la controversia.

Las partes pueden someter a la decisión arbitral las diferencias que surjan por razón de la celebración del contrato entre la administración y los particulares, comprendiendo la ejecución del mismo, la terminación o su liquidación.

En lo que respecta a cuestiones de carácter exclusivamente técnico, la normativa establece la posibilidad de que las partes sometan la controversia al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. En estos casos, la ley indica que la decisión adoptada será definitiva.

8. UNCITRAL

8.1 El documento de la UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su 32 período de sesiones⁽²⁰⁾, emitió un documento donde se elaboran las recomendaciones para la “Solución de Controversias” en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada. Nos parece importante la referencia a este documento por cuanto la mayoría de los casos de proyectos de infraestructura pública con financiación privada refieren a obras que se otorgan en concesión por parte de la Administración.

8.2 Razones para el estudio de diferentes métodos de resolución de disputas en los contratos de proyectos de infraestructura con financiación privada

En el mencionado documento se sostiene que 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 para evitar las controversias o para resolverlas rápidamente facilitarán el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirán los gastos generales del proyecto y del proceso regulador.

Se explica la necesidad de reglas claras en lo relativo a la resolución de disputas, por la gran posibilidad de que las mismas surjan en este tipo de obras. En efecto, 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 interviene pueden reclamar métodos de solución de controversias diferentes, según el tipo de contrato y las partes de que se trate.

8.3 Relaciones contractuales a raíz de las que se pueden originar controversias

Las relaciones contractuales que surgen de este tipo de proyectos se pueden dividir en tres categorías amplias, según analiza el documento que se reseña:

a. acuerdos entre la empresa del proyecto (concesionario o consorcio concesionario) y la autoridad contratante y otros organismos públicos. El instrumento principal de un proyecto de este tipo es el acuerdo entre la administración pública concedente y el concesionario. Según se entienda que la relación está regulada por el derecho administrativo o por el derecho privado (en otros sistemas jurídicos diferentes del nuestro) las formas de solucionar las controversias pueden ser diferentes, con menor o mayor poder de disposición para la administración.

b. contratos o acuerdos comerciales relativos a la ejecución del proyecto. Estos acuerdos pueden ser del tipo de convenio de consorcio, sindicación de acciones, establecimiento de derechos de preferencias, acuerdos de financiación y conexos o derivados, contratos de garantías y de seguros, contratos de construcción y de provisión de materiales, subcontratos, etc.

c. contratos entre el explotador de la concesión y las diferentes categorías de usuarios que pueden existir respecto de una obra compleja.

En tanto la red de relaciones es sumamente compleja, los tipos de controversias relacionadas pueden ser aún más complejas, abarcando más de dos categorías de involucrados muchas veces, lo que se convierte en una controversia multiparte.

²⁰ Viena, 17de mayo al 4 de junio de 1999

El documento preparado por la UNCITRAL analiza y recomienda para cada clase de relación antes reseñada, los sistemas de resolución de disputas más recomendados.

8.4 *Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario*

Las controversias que surgen del acuerdo de proyectos de este estilo presentan con frecuencia problemas que no suelen presentar otro tipo de contratos. Ello se debe a la complejidad de los proyectos de infraestructura, el tiempo prolongado que requiere su ejecución, el grado con que afectan el interés público, y a la cantidad más o menos variables pero siempre en cierto grado numerosa de empresas (contratistas y subcontratistas) que participan en las etapas de ejecución y de explotación.

Además, las controversias pueden versar sobre cuestiones técnicas, de tecnología, de procedimiento, de condiciones de explotación, de orden legal, laboral, etc. Asimismo, esas controversias, para la buena ejecución y explotación del proyecto y para tutelar el interés público de los usuarios y del estado en general, deben resolverse con rapidez a fin de no interrumpir la construcción y la prestación de los servicios.

8.5 *Tipos de soluciones RAD para las controversias surgidas de estas relaciones*

Negociación - En general, es conveniente que las partes se dispongan a negociar sus diferencias. Incluso si se comienza un procedimiento de otro tipo, es aconsejable que no se abandonen las conversaciones con ánimo de solución. En relación a este aspecto, la UNCITRAL entiende que no es conveniente que el acuerdo imponga a las partes la obligatoriedad de esperar a la expiración del plazo de negociación, cuando lo haya, para poder iniciar otros métodos de resolución de controversias.

Conciliación – Las partes pueden acordar acudir a la ayuda de un conciliador o un centro de conciliación para resolver, de un modo ágil, menos costoso y reservado sus controversias. Según la UNCITRAL “La conciliación se practica cada vez más en diversas partes del mundo. En muchas partes se han creado órganos privados o públicos que ofrecen servicios de conciliación a los interesados”. En nuestro país se creó el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del país que presta servicios en materia de métodos RAD y cuenta con una nómina de árbitro y conciliadores.

Peritos árbitros o Juntas de Examen de Disputas (JED) – Las actuaciones frente a estos agentes de solución de controversias suelen ser bastante ágiles. El nombramiento de un perito árbitro o de una JED pueden impedir que malentendidos entre las partes se conviertan en controversias posteriormente.

Este mecanismo novedoso para la resolución de controversias es analizado más adelante.

Arbitraje - En la práctica, el documento de la UNCITRAL⁽²¹⁾ reconoce que en la práctica “ha resultado útil resolver las controversias de acuerdos de proyectos mediante el arbitraje”

Método combinado - A su vez, en las relaciones largas y complejas, es una práctica establecer un mecanismo de resolución de controversias que incluye varias etapas y métodos combinados.

En efecto, las partes estipulan una serie de etapas sucesivas que comienzan con la 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 intercambian información y tratan de componer “amigablemente” la diferencia, por medio de la negociación. Si no pueden resolver la cuestión, se determina la intervención de un conciliador, que es un tercero independiente e imparcial, encargado de reordenar canales de comunicación y

²¹ Op. cit, pág 6

ayudar a las partes a encontrar una solución. Si no se solicita asistencia a un conciliador, se puede solicitar asistencia a un grupo de expertos previamente convenido al que se le hayan dado facultades de emitir dictamen sobre el fondo de la cuestión, habiéndose acordado que el resultado del mismo tendrá carácter de vinculante. Si estas etapas no logran solucionar el conflicto, se puede acudir al arbitraje en caso de que éste se hubiere convenido, o al procedimiento jurisdiccional correspondiente.

9. Las Juntas de Examen de Disputas

9.1 Cómo se integran

Una relativamente reciente modalidad de preaver, reducir y resolver las controversias que puedan suscitarse en la construcción de grandes obras o en concesiones de obra pública de larga duración, así como en proyectos financieros de envergadura tanto sean de carácter internacional como nacional, consiste en adjudicar al proyecto una Junta de Examen de Disputas⁽²²⁾ (JED²³). Este sistema se anticipa a las cuestiones que pueden devenir posteriormente en una controversia o en un conflicto de envergadura, a la vez que crea una atmósfera proactiva para el proyecto.

Las JED suelen estar integradas por 3 miembros imparciales, de altísima especialización en la materia y gran prestigio en su medio.

Son designadas por los contratantes al comienzo del proyecto y le es proporcionada información sobre el proyecto. Se le provee con los planos de la obra, con las especificaciones técnicas, con copias de contratos y acuerdos, correspondencia y demás documentación sobre la relación contractual y sobre el proyecto. La composición de los integrantes de la JED puede variar a medida que la construcción se va desarrollando, incluyendo expertos en las áreas prioritarias del proyecto a medida en que el mismo avanza ⁽²⁴⁾.

9.2 Qué función cumplen

Visitan la obra periódicamente y tienen entrevistas regulares con todos los sectores involucrados en la construcción del proyecto.

La JED tiene como cometido asistir a las partes involucradas en la resolución de las cuestiones controversiales que puedan ir surgiendo a medida que el proyecto se va construyendo y luego se explota el servicio correspondiente, cuando el proyecto incluye explotación del servicio.

Los integrantes de la JED están totalmente familiarizados con el proyecto de forma tal de poder intervenir a tiempo, solucionar las dificultades “en el campo”, y con absoluto conocimiento de la causa.

9.3 Fuerza vinculante de los dictámenes

En general, cuando las partes no han logrado solucionar una diferencia, la someten a la consideración de la JED. El procedimiento es informal y comprende una instancia de audiencia con cada parte involucrada a efecto de conocer las posiciones respectivas y poder formular las preguntas que considere pertinentes. El dictamen se emite por escrito, considerando no sólo los argumentos de las partes sino también el examen de los hechos, la correspondencia, las

²² En inglés se las denomina Dispute Review Board y se las individualiza como DRB

²³ Conforme James Whitelaw, “Puente Colonia – Buenos Aires y juntas de examen de disputas”, El País, setiembre de 1999

²⁴ Cf, UNCITRAL, documento citado, página 9.

disposiciones contractuales, etc. y determina una recomendación que contiene fundamentos y normativa que se aplica, y por lo general no tiene fuerza vinculante para las partes.

Sin perjuicio, debido al prestigio de los miembros de la JED y al gran conocimiento que los mismos tienen en la materia, las partes tienden a aceptar el resultado del examen practicado por la JED. Asimismo, el dictamen sobre un conflicto analizado por una JED que sea luego elevado a arbitraje o a justicia ordinaria, en tanto expresa la opinión de personas que califican como peritos, difícilmente no sea considerado a la hora de tomar una resolución.

9.4 Recomendaciones para incluir en los contratos respecto de este método RAD

El instituto es nuevo, incluso a nivel de derecho comparado, si bien el mismo está teniendo un crecimiento explosivo. Por esa razón, y porque carece de regulación específica en la mayoría de los órdenes jurídicos, se recomienda que el instrumento jurídico que recoja la aplicabilidad del mismo en los proyectos de infraestructura establezca muy precisamente la regulación del mismo.

En efecto, el contrato o acuerdo debe determinar su composición y la posibilidad de variación o no de sus integrantes y los motivos que admiten variación de la composición. Debe especificar las funciones, los cometidos, el alcance de los mismos y el tipo de cuestiones que podrá tratar.

Por ejemplo., puede autorizar a la JED a tomar decisiones y ejecutar soluciones en forma urgente y provisoria o adoptar otro tipo de medidas provisionales.

Debe establecer el procedimiento a utilizarse, las fases y las formalidades del mismo, así como de la emisión del dictamen o recomendación. Además deberá establecer si ese dictamen puede ser utilizado como prueba en un procedimiento arbitral o jurisdiccional posterior.

9.5 Recomendaciones a nivel mundial para su utilización en este tipo de contratos

Además de la UNCITRAL, otros organismos pretenden que la utilización de las JED se popularice. El Banco Mundial exige que en todos los contratos que financia se incluya una cláusula relativa a este sistema RAD. Asimismo, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores con sede en Lausana recomienda e incluye en sus contratos tipo de construcción la previsión relativa a este instituto. Por su parte, la última ley Británica sobre adjudicación (Housing Grants, construction and regeneration act 1996) vigente desde mayo de 1998, considerada universalmente como modelo, impone la existencia de JED en todos los contratos de construcción que se celebren en el Reino Unido.

Desde el punto de vista práctico, se han manejado los parámetros de costos de las JED en relación a las obras y proyectos en las que se encuentran insertos, señalándose que los costos son relativamente bajos.

9.6 Utilización a nivel mundial

A nivel de proyectos de envergadura mundial, las JED han sido instrumentos de solución de controversias en obras de China, Lesotho, Uganda, Hong Kong, Pakistán, Copenhague, Canal de la Mancha, varios estados de los Estados Unidos de América.

VII. ESTUDIO DE CASOS EN OTROS PAÍSES

En países donde se han desarrollado procesos de privatización a escalas significativas o donde los proyectos multipartes de construcción de grandes obras públicas en régimen de concesión. Durante la ejecución de esos contratos de gran escala, complejos y a largo plazo han surgido diferencias, controversias y disputas que se han ido solucionando por diferentes vías. Ejemplos de renegociación de contratos y de formas alternativas a las vías jurisdiccionales para la solución de controversias se encuentran en, por ejemplo Chile o Colombia.

1. Chile⁽²⁵⁾

1.1 *La experiencia en la privatización del sector eléctrico*

Según los investigadores en la materia, la experiencia chilena respecto de la participación del sector privado en el mercado eléctrico provee de evidencia fundada para sostener la importancia del diseño adecuado en la estructura del mercado una vez que un sector se desmonopoliza, la adecuada implementación de un marco jurídico completo y el fortalecimiento institucional de las entidades con capacidad para controlar y hacer cumplir a las normas pertinentes. Si bien el nivel de conflicto entre las autoridades y los privados que se presentó en Chile fue relativamente bajo, la experiencia sirve, a juicio de los entendidos para demostrar que una regulación incompleta sumada a la debilidad institucional pueden convertirse en limitaciones cruciales para el desarrollo adecuado del sector y la prestación efectiva de los servicios.

Las disputas relacionadas con el sector se concentraron en aquellas áreas donde la regulación era incompleta o presentaba dificultades de interpretación, donde las compañías privadas se integraban verticalmente sin restricciones y donde la obtención de información por parte de la Administración y su capacidad de control eran más pobres.

Debido a los factores mencionados, un gran número de renegociaciones de contratos o de aspectos contractuales entre los involucrados, así como al surgimiento de controversias, algunas de ellas legítimos conflictos de corte negocial, sin que las normas o reglamentaciones administrativas previeran mecanismos de prevención de estas renegociaciones o de resolución de conflictos.

1.2 *La experiencia en el sector carretero*

Las dificultades reseñadas precedentemente que ocurrieron en los procesos de privatización del sector eléctrico fueron capitalizadas positivamente por la administración cuando se procedió a otorgar concesiones de carreteras.

En primer lugar, la administración estableció normas claras en los pliegos de condiciones y no aceptó renegociaciones de los contratos, sobre la base de que un oferente en la licitación respectiva debe aceptar los riesgos de la concesión, además de que las renegociaciones son costosas y perjudican la imagen de ambos. En segundo lugar, las normas impidieron la creación de enormes empresas que pudieran controlar el sector.

En tercer lugar, se crearon mecanismos especiales para la prevención y resolución de disputas. En este sentido, para cada concesión se creó una comisión de conciliación formada por tres miembros (uno por parte de la administración, otro por el concesionario y el tercero electo por los anteriores) que tiene el cometido de resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento en el plazo de 30 días.

Las quejas o controversias pueden ser presentadas a la Comisión por cualquiera de las partes. Si un acuerdo no es alcanzado dentro de ese plazo, las partes pueden someter las cuestiones al conocimiento de un Tribunal Arbitral o de la Justicia competente.

Este sistema mixto, entre conciliación y pericia arbitral o Junta de Exámen de Disputas es novedoso y ha dado resultado en Chile. Sin perjuicio, algunas observaciones se le han

²⁵ Cf. "Post Privatization Renegotiation and Disputes in Chile" Federico Basáñez, Eduardo Saavedra, Raimundo Soto, Washington D.C., paper del Fondo Monetario Internacional, Setiembre de 1999 (No. IFM-116)

formulado⁽²⁶⁾ porque tanto las funciones como los integrantes de esta Comisión se superponen con los de un Tribunal Arbitral, cuando en realidad ambos institutos deberían tener funciones y composiciones diferentes.

2. Colombia⁽²⁷⁾

En 1997 un conflicto de envergadura surgió en Colombia. El concesionario de la construcción del gasoducto y la compañía nacional de gas estaban prontos para comenzar una guerra legal, con todos los costos que ello involucraba, además del incumplimiento de un contrato de US\$ 320 millones. Como el sistema judicial colombiano se caracteriza por ser lento (el promedio de un expediente es de 10 años) las partes oportunamente habían incluido la cláusula de someter sus diferencias al conocimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En tres meses, y por medio de un procedimiento de conciliación en ese centro, las partes lograron resolver sus diferencias con un costo aproximado de US\$ 6.000 (sin incluir los costos de los abogados).

Las ventajas de la conciliación fueron evidentes. Además de la rapidez en que se solucionó una disputa de gran complejidad y con valores económicos muy altos, el costo de la resolución fue ínfimo, las relaciones comerciales entre ambas empresas mejoraron, la construcción de la obra no se vio afectada por demoras y la imagen de los involucrados se mantuvo en niveles aceptables.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

De las cuestiones analizadas precedentemente concluimos que la posibilidad de implementar mecanismos RAD en los contratos de concesión no solamente es posible en nuestro país, sino que presenta ventajas remarcables.

En primer lugar, se puede establecer un mecanismo que incluya más de un método, que se irá disparando gradualmente, a medida que las partes entiendan que es necesario acudir a un tercero y luego que es necesario que un tercero decida por ellos, sin que los derechos se vean lesionados.

En segundo lugar, porque, sobre todo con el establecimiento de Juntas de Examen de Disputas, los diferencias se pueden anticipar, pudiendo prever posibles dificultades y proceder a acciones correctivas antes que el conflicto se manifieste a niveles negativos.

La normativa comparada demuestra que estos métodos son cada vez más moneda corriente en las nuevas legislaciones y reglamentaciones. Asimismo, la comunidad internacional recomienda la implementación de este tipo de mecanismos.

Y en definitiva, a los actores en el escenario de las concesiones de obras y servicios les sirve la utilización de estos métodos. En efecto, tanto para la administración como para los inversionistas, contratistas y prestamistas, es una seguridad extra saber toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de una forma imparcial y eficiente, en forma rápida de forma de tutelar los intereses por una parte de las empresas y de los usuarios del servicio por la otra.

Estos tipos de procedimientos han demostrado ser eficientes para evitar las controversias o para resolverlas rápidamente. Además, facilitan el ejercicio de las funciones de vigilancia de la

²⁶ “Post Privatization Renegotiation and Disputes in Chile”, pág 32

²⁷ “Why companies and individuals are choosing to solve conflicts out of court” David Mangurian, IDB papers

autoridad contratante y reducen los gastos generales del proyecto y del proceso de control del mismo.

* * * * *

Bibliografía consultada

1. *"Tratado de Derecho Administrativo", Enrique Sayagués Laso, 4 edición, 1987,*
2. *"Manual de contratación administrativa", Tomo I, Parte General, Carlos Delpiazzo, 1991*
3. *"Contratación Administrativa", Curso de graduados 1988, Susana Lorenzo de Viega Jaime, Capítulo sobre Arbitraje, Ed. FCU, 1989*
4. *"Modalidades de ejecución de la Obra Pública", Cristina Vázquez, Ed. Universidad, 1992*
5. *"Los Servicio Públicos", Ed. Depalma, 1994*
6. *"Contrato de Obra Pública" Rodolfo Carlos Barra, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, "Comentarios a la ley de Arbitraje Comercial"*
7. *"Puente Colonia-Buenos Aires, juntas de exámen de disputas", James Whitelaw, "El País y el Mercosur", setiembre de 1999*
8. *Publicaciones del Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, "Post privatization renegotiation and disputes in Chile", Basañez, Saavedra y Soto y publicaciones del Banco Interamericano de Desarrollo sobre Colombia.*