

Solución de disputas - Lista de comprobación y ejemplos de redacción

Full Description

Ejemplo de una cláusula alternativa para la solución de controversias:

- [Negociaciones](#)
- [Arbitraje](#)
- [Acumulación](#)
- [Derivación a un experto](#)
- [Continuación del cumplimiento durante la diferencia](#)

Al momento de evaluar o redactar un acuerdo, es importante analizar cuidadosamente la cláusula relativa a la solución de diferencias. Esa cláusula es la que determina dónde y cómo se realizarán las audiencias de diferencias, y es importante garantizar que las disposiciones sean adecuadas y aplicables en la jurisdicción pertinente, constatándolo con abogados locales. Los mecanismos de solución de diferencias varían notablemente y son clave en términos de cómo será interpretada la redacción prudente utilizada para el acuerdo y al momento de determinar si podrá aplicarse. Es difícil exagerar la importancia de dichas disposiciones.

A continuación se enumeran las preguntas clave que deben contemplarse al momento de evaluar o redactar una cláusula relativa a la solución de diferencias:

1. ¿Se especifica algún tipo de jurisdicción para la solución de diferencias?

- No deben confundirse las cláusulas sobre la legislación aplicable con las cláusulas sobre la jurisdicción, ya que la legislación del acuerdo puede diferir del país en el que se realizarán las audiencias de las diferencias. Las cláusulas sobre la legislación aplicable se redactan de la siguiente manera:

“Este acuerdo está regido por la legislación de [país] y debe interpretarse de acuerdo con esa legislación”.

Se presenta más información sobre cláusulas de legislación aplicable en la lista de comprobación sobre cláusulas tipo.

- Si no se especifica una solución de diferencias, es probable que los tribunales del país anfitrión tengan jurisdicción por defecto (aunque no siempre es así, por lo que es preciso constatarlo con abogados locales).

- Incluso si ocurre eso y las partes están dispuestas a quedar sujetas a la jurisdicción de los tribunales locales, es mejor incluir una cláusula de jurisdicción que especifique la jurisdicción, ya que las partes tienen la posibilidad de vincularse (sujetas a disposiciones de la legislación local) a una jurisdicción específica (véanse a continuación las cláusulas de jurisdicción).

2. Solución provisional de diferencias

Es posible que sea adecuado incluir mecanismos en el acuerdo que puedan ayudar a las partes a llegar a una solución mutua de una diferencia antes de que se eleve a instancias de litigio o arbitraje, como:

- Un requisito de que los problemas se eleven a la administración superior de las partes para una negociación;
- Mediación (un tercero neutral ayuda a las partes a llegar a una resolución negociada);
- Decisión de expertos [todas las controversias técnicas/financieras o algunas controversias técnicas/financieras específicas se presentan ante un experto independiente para que tome una decisión]. ¿La decisión debe ser vinculante o no? (Incluso si el contrato indica que es vinculante, puede ser difícil de aplicar, ya que se trata de una disposición estrictamente contractual, que puede no ser reconocida por los tribunales pertinentes). Es posible que algunos mecanismos puedan aplicarse de manera similar al arbitraje, dependiendo de la legislación pertinente.

Al momento de redactar disposiciones de solución provisional de diferencias, es preciso prestar atención a la imposición de marcos temporales estrictos para la finalización de cada etapa, de modo que las partes tengan la oportunidad de avanzar a la siguiente etapa de solución de diferencias si no se respetan esos marcos temporales, a fin de evitar perder tiempo en una coyuntura que podría ser fundamental para el proyecto.

3. ¿Existe un sistema de tribunales adecuado, al que las partes estén dispuestas a someterse?

Debe buscarse asesoramiento local sobre el sistema de tribunales local, los plazos de procesamiento de reclamos, la objetividad del poder judicial, la calidad del poder judicial y si tuvo experiencia en disposiciones contractuales similares, si los procedimientos del tribunal son claros y se respetan, el costo del litigio, y el costo y el tiempo implícitos en la aplicación de fallos. Es probable que una parte gubernamental prefiera someterse a su propio sistema de tribunales, pero una empresa operadora, en especial si es extranjera, probablemente no esté dispuesta a someterse a un sistema que desconoce y a la posibilidad de que los tribunales locales se muestren reacios a fallar en contra de los intereses del Gobierno. En casos en los que participen prestamistas extranjeros, es posible que también deseen evitar los tribunales locales. La solución de compromiso suele consistir en aplicar un procedimiento de solución provisional de diferencias y proceder luego al arbitraje (véase el punto 5, a continuación).

4. Si las partes están dispuestas a someterse a tribunales en una jurisdicción específica:

“Las partes se someten irrevocablemente a la jurisdicción de los tribunales [] en relación con los fallos correspondientes a diferencias que surjan en el contexto de este contrato”.

Esta disposición se denomina “cláusula sobre jurisdicción exclusiva”, y es la mejor manera de evitar que se realicen audiencias por las diferencias en otras jurisdicciones. La interpretación de las cláusulas puede variar en la práctica, por lo que es preciso consultar con abogados locales.

- Esto debe estar especificado en el contrato. También es posible que las partes deseen identificar tribunales específicos dentro del sistema de un país, como los tribunales comerciales, o un mecanismo de arbitraje administrado por los tribunales. Las leyes que determinan qué jurisdicción corresponde a una situación particular pueden ser confusas y, en ocasiones, opuestas entre sí, en especial si una transacción implica personas de distintas nacionalidades o servicios que se suministran en un tercer país, con varios tribunales con fundamentos para sostener que la transacción corresponde a su jurisdicción.
- A fin de evitar o limitar esa posibilidad, la cláusula de jurisdicción puede redactarse de la siguiente manera:

Una variación sería: “*En beneficio de la Parte B, la Parte A se somete a la jurisdicción exclusiva de los tribunales []*”.

Es posible que ese formato sea recomendable en casos en los que la aplicación de fallos se dé en el extranjero y en los que esos tribunales consideran que una cláusula sobre jurisdicción exclusiva restringe su capacidad de aplicar fallos (en especial, fallos de arbitrajes).

La legislación en torno de cláusulas sobre jurisdicción no exclusiva es compleja, y es preciso buscar asesoramiento jurídico local.

- Es posible que haya casos en los que las partes deseen contar con flexibilidad en relación con las jurisdicciones o en los que una parte con mayor poder de negociación desee someter a la otra parte a una jurisdicción, sin sacrificar su propia flexibilidad para elegir una jurisdicción. En esos casos, puede ser adecuado utilizar una cláusula de jurisdicción no exclusiva, como, “*Las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales []*”.
- Inmunidad soberana ante jurisdicción y la ejecución: la *inmunidad ante la jurisdicción* de un Estado surge de la idea de que sería inadecuado que los tribunales de un Estado sostuvieran que otro Estado está bajo su jurisdicción. Por ende, las entidades estatales son inmunes ante la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. En general, las entidades estatales tienen la posibilidad de renunciar a esa inmunidad. Los Estados también tienen *inmunidad ante la ejecución*, ya que se considera inaceptable que los tribunales de un Estado confisquen la propiedad de otro Estado. También es posible renunciar, en general, a esa inmunidad.

5. Las partes pueden preferir someter las diferencias al arbitraje:

Algunos factores por contemplar al momento de evaluar si el arbitraje es adecuado son:

- ¿Qué es el arbitraje? Es una técnica jurídica para solucionar diferencias fuera de los tribunales, mediante la cual las partes de una diferencia derivan el tema a una o más personas (los “árbitros” o el

“tribunal de arbitraje”), cuya decisión (el “fallo”), aceptan como vinculante.

- El carácter arbitrable de los problemas (algunos problemas no pueden, por ley, ser sometidos a arbitraje, como el derecho marítimo en los Estados Unidos: es preciso consultar la legislación local);
- La ejecución de fallos (el arbitraje es solo un mecanismo contractual, pero la mayoría de los países cuenta con leyes de arbitraje que permiten que los fallos sean reconocidos por tribunales y aplicados);
- ¿Tribunales de arbitraje locales? Es posible que la parte local prefiera someterse a un arbitraje local [véase el punto 6, a continuación];
- La inmunidad soberana al arbitraje suele cancelarse automáticamente si se opta por el arbitraje, pero es preciso constatarlo con abogados locales.

6. Si las partes optan por el arbitraje, deben contemplar y declarar en sus acuerdos:

- Si se incluye un procedimiento provisional formal, por ejemplo, negociación/mediación;
- Si algunas diferencias o todas deben presentarse a un experto independiente, cuya decisión es vinculante, a menos que sean cuestionadas por una parte; y hasta qué punto esa decisión contractual sería aplicada por tribunales locales, o si deben ser formalizadas por un árbitro;
- Si lo adecuado es un arbitraje local o uno internacional. Si se contempla el arbitraje local, las partes deben consultar con abogados locales: realizar preguntas similares a las que harían en el caso del sistema de tribunales. También sería importante determinar si un fallo de arbitraje en el país local puede ser revocado por los tribunales;
- En caso de que se opte por un arbitraje internacional, si lo adecuado es un arbitraje institucional o ad hoc. Un acuerdo que especifique un arbitraje institucional incorporará las normas de una de las instituciones de arbitraje reconocidas y se ejecutará bajo los auspicios de esa institución de arbitraje, para asistir a las partes con la designación de árbitros, su remoción y otras tareas administrativas (con excepción de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] que no cuenta con un cuerpo administrativo, por lo que puede designarse otra institución a estos fines). En caso de arbitrajes ad hoc, el acuerdo de arbitraje puede especificar sus propias normas o adoptar las normas de arbitraje de una asociación comercial o industrial, o, en el caso de los arbitrajes internacionales, las normas de la CNUDMI. (A fin de ofrecer un resumen de cada uno de los principales tribunales de arbitraje internacionales y de las ventajas y desventajas del arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc, el estudio jurídico internacional Lovells, elaboró una guía en Internet). Puede obtener más información sobre el [Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones \(CIADI\)](#).

- La sede o el lugar formal del arbitraje (puede ser un aspecto en disputa). El costo potencial de realizar el arbitraje en un país neutral (y de transportar partes y testigos en avión hacia ese país), como Singapur o Londres, tendrá que ser evaluado en comparación con el riesgo de que se tomen decisiones no objetivas y/o la falta de árbitros competentes para elegir (lo que puede resolverse, hasta cierto punto, especificando que los árbitros no deben provenir de los países de ninguna de las dos partes). La sede de arbitraje también puede considerarse clave en relación con el acceso a la aplicación de los fallos en el contexto de alguno de los tratados internacionales, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la “Convención de Nueva York”), que se trata a continuación:
- La cantidad de árbitros: es recomendable especificar una cifra impar, a fin de evitar empates.
- El tipo de árbitros: ¿Se necesitarán atributos o calificaciones específicas? (Evitar que los requisitos sean demasiado restrictivos, a fin de que no sea difícil o imposible encontrar árbitros idóneos).
- La manera de designar árbitros y, en el caso de que se trate de arbitrajes ad hoc, a la autoridad de designación.
- Las características de los árbitros: ¿Excluir ciertas nacionalidades en el caso de los árbitros de un tercer país?
- El idioma del arbitraje.
- El alcance del acuerdo de arbitraje: ¿Debe cubrir todos los aspectos, o algunos temas deben tratarse antes con un experto independiente?
- Especificar la legislación que rige el arbitraje.
- Buscar asesoramiento respecto de si se aceptará un fallo de arbitraje extranjero en un país en el que una parte está tratando de aplicar el fallo. Si el país es signatario de la Convención de Nueva York o si hay un tratado de aplicación recíproca de fallos, el fallo será reconocido. Es recomendable redactar una renuncia a la apelación de la decisión del tribunal en consulta con abogados locales.
- Contemplar la unión o consolidación de diferencias en casos de situaciones con muchas partes o muchos contratos (a fin de que no se traten los mismos problemas en distintos foros, etc.)
- Contemplar una renuncia a la inmunidad soberana (jurisdicción y ejecución) si participa un Estado soberano o un organismo (véase la redacción de ejemplo en la Lista de comprobación de inmunidad soberana).
- **Suponer que el arbitraje es la mejor opción para todas las diferencias.**

- Suponer que todas las jurisdicciones respaldan el arbitraje.
- Adoptar ciegamente una cláusula de arbitraje sin examinar el resto de el/los acuerdo/s.
- Combinar una cláusula de jurisdicción con una cláusula de arbitraje.
- Elegir más de una legislación o sede que rijan sobre el arbitraje.
- Elegir normas de arbitraje que no sean coherentes con la cláusula de arbitraje sin especificar que dichas normas se enmiendan, por acuerdo.
- Suponer que las “cláusulas divididas”, que permiten que una parte tenga la opción de arbitrar o litigar, mientras que la otra parte solo pueda litigar, son válidas en todas las jurisdicciones: pueden generar confusión y deben evitarse en la mayoría de los casos.
- Nombrar a personas como árbitros en el acuerdo (al menos sin un mecanismo por defecto), en caso de que no quieran o no puedan desempeñarse en esa función.
- Suponer que el arbitraje será confidencial. Si las partes quieren confidencialidad, disponerlo explícitamente.
- Aceptar que el arbitraje se realice en un país que no sea signatario de la Convención de Nueva York.
- Aceptar una cláusula de arbitraje del CIADI sin recibir asesoramiento jurídico especializado: el mecanismo se limita a diferencias entre Estados contratantes y ciudadanos de otros Estados contratantes.

Ejemplo de una cláusula alternativa para la solución de controversias:

Negociaciones

Las partes tratarán, de buena fe, de resolver todas las diferencias o reclamos que surjan de este acuerdo o estén relacionadas con este acuerdo, mediante negociaciones entre directores de cada una de las partes con autoridad para resolver la diferencia pertinente. Si la diferencia no puede resolverse en buenos términos en un plazo de catorce (14) días a partir de la fecha en que cualquiera de las partes haya notificado por escrito a la otra parte respecto de la diferencia, se aplicarán las disposiciones restantes de esta Cláusula [].

Arbitraje

En caso de una diferencia entre el Propietario y la Empresa operadora (que no sea un problema que puede resolverse en función de la Cláusula []) en relación con la interpretación de cualquier disposición de este acuerdo o la realización de cualquier término de este acuerdo, el tema o los temas en disputa deben resolverse en última instancia:

- De acuerdo con [el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional];
- Por acción de tres árbitros, uno designado por cada parte y un tercero, que será el presidente del arbitraje, seleccionado por los dos árbitros designados o, en caso de que no lleguen a un acuerdo al respecto, por [el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional];
- El idioma del arbitraje debe ser el inglés; y
- La sede del arbitraje debe ser [].

Acumulación[pertinente cuando el acuerdo forma parte de un conjunto de acuerdos]

Si cualquier diferencia por derivar a un arbitraje en el contexto de este acuerdo (que no sea un tema por resolver en función de la Cláusula []) implica temas que, en opinión del Propietario, tienen una similitud o relación sustancial con las siguientes entidades (y sus derechohabientes):

- el Contratista;
- cualquier Subcontratista;
- cualquiera de las contrapartes de los Contratos del proyecto;

que ya hayan sido derivados a arbitraje de acuerdo con disposiciones de arbitraje sustancialmente iguales (mutatis mutandis) a esta cláusula:

- la diferencia correspondiente a este contrato debe derivarse a los árbitros designados para determinar la diferencia relacionada; y
- los árbitros tendrán la autoridad de tomar las decisiones y de fallar de la forma en que lo harían si las normas de los [TRIBUNALES PERTINENTES] en relación con la unión de uno o más acusados o terceros o con la consolidación de acciones fueran aplicables a las partes o a los árbitros o, si la diferencia correspondiente a este Acuerdo ya fue sometida a arbitraje en el contexto de esta cláusula, cualquier diferencia relacionada puede unirse o consolidarse con la diferencia correspondiente a este Acuerdo.

Derivación a un experto (puede ser recomendable para temas financieros/técnicos)

Las siguientes disposiciones se aplican entre las partes con relación a cualquier problema, diferencia o controversia que el presente Acuerdo indica debe derivarse a un experto:

- Cuando cualquier tema se deriva a un Experto de acuerdo con esta cláusula [], el Experto debe ser designado por las Partes, o en caso de que no se produzca acuerdo respecto de esa designación en un plazo de siete (7) días luego de la notificación de una de las Partes a la otra respecto de su decisión de derivar el tema a un Experto, el Experto debe ser designado por
 - i) [], en caso de diferencias de carácter eminentemente técnico; o
 - ii) [el Presidente del Instituto de Contadores Colegiados de [PAÍS]], en relación con los demás temas.
- Si las partes no llegan a un acuerdo en relación con el carácter de la diferencia, el Experto debe ser designado por [el Presidente en funciones del Instituto de Contadores Colegiados de [PAÍS]].
- El Experto resolverá o fallará sobre los problemas o diferencias en la forma en que en su juicio considere adecuada. Se solicitará al Experto que tome una decisión en un plazo de treinta (30) días luego de recibido el caso. Toda decisión del Experto será definitiva y vinculante para las Partes.
- El costo del trabajo que realice el Experto para la resolución o el fallo relacionados con el problema o diferencia deberá ser solventado de manera equitativa por las partes, a menos que el Experto determine otra cosa.

Continuación del cumplimiento durante la diferencia

El cumplimiento de este Acuerdo debe continuar durante el proceso de arbitraje o cualquier otro mecanismo de solución de diferencias dispuesto en la Cláusula []. Ningún monto por pagar del Propietario o el Operador debe retenerse en función de una derivación pendiente a arbitraje o a otro mecanismo de solución de diferencias, a menos que dicho pago sea el sujeto de la diferencia.

3RD Party Related Content

[Asociaciones Público-Privadas](#)