



Asamblea General

Distr. general
24 de enero de 2014
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Coloquio Internacional sobre la Colaboración
entre el Sector Público y el Sector Privado**
Viena, 3 y 4 de marzo de 2014

Posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado

Documento de debate - Segunda parte

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. Cuestiones principales para una labor futura sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado (<i>continuación</i>)	1-75	3
B. Temas principales para su inclusión en un texto legislativo sobre la colaboración público-privada (<i>continuación</i>)	1-62	3
2. Planificación de proyectos, incluida la asignación de los riesgos y el respaldo público	1-14	3
i) Planificación y preparación de proyectos	1-7	3
ii) Distribución de riesgos	8-14	5
3. Elección de la entidad asociada del proyecto	15-34	6
i) Procedimientos de selección	15-20	6
ii) Preferencias nacionales	21-23	8
iii) Vías de recurso e impugnación	24-27	9
iv) Propuestas no solicitadas	28-34	10
4. El acuerdo de proyecto y su ejecución	35-51	11
i) Disposiciones legales o contractuales	35-40	11
ii) Controversias posteriores a la adjudicación	41-51	13



5. Otros temas	52-59	16
i) Transparencia	52-58	16
ii) Otras cuestiones	59	18
6. Conclusiones relativas a los elementos que habrían de incluirse en todo nuevo texto legislativo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado	60-62	18
C. Naturaleza de los textos legislativos objeto de recomendación	63-70	19
D. Importancia de la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado	71-75	21

III. Cuestiones principales para una labor futura sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado (*continuación*)

B. Temas principales para su inclusión en un texto legislativo sobre la colaboración público-privada (*continuación*)

2. Planificación de proyectos, incluida la asignación de los riesgos y el respaldo público

i) *Planificación y preparación de proyectos*

Recomendaciones legislativas pertinentes, Disposiciones Legales Modelo: ninguna

Guía Legislativa: sección D.I, “Coordinación de las medidas preparatorias”, en el capítulo I, “Marco legal e institucional general”

1. Los instrumentos sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (PIFP) proporcionan orientaciones generales sobre la planificación y preparación de proyectos, describen elementos importantes en materia de buenas prácticas y destacan la importancia de los estudios de viabilidad. La guía subraya que esos estudios han de incluir la “vertiente económica y financiera, calculando las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que reportará la explotación de la infraestructura y las repercusiones ecológicas del proyecto”¹.

2. Sin embargo, los expertos señalan que esas disposiciones son insuficientes, habida cuenta de que los datos disponibles indican que en los países en desarrollo existe un porcentaje inaceptable de fracasos en los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado (se estima que el porcentaje de proyectos que fracasa tan solo tras dos años de ejecución supera el 50%). Los expertos observan que los presupuestos públicos no tienen debidamente en cuenta el costo de una planificación y preparación eficaz, y que muchos países no evalúan esos gastos antes de poner en marcha el proyecto. Añaden que, si bien se necesitarían unos 1.000 millones de dólares de los Estados Unidos para sufragar los gastos anuales derivados de la preparación de todos los proyectos de colaboración público-privada que mantiene el Banco Mundial en África, que en su mayor parte deberían emplearse en los estudios de viabilidad, en la práctica el monto destinado a esos estudios no alcanza los 50 millones de dólares. Por otra parte, el gasto se distribuye de forma desigual, sin que haya ninguna coordinación entre los numerosos sectores que intervienen. La situación se ve agravada por una gestión deficiente y la existencia de intereses creados. Los profesionales consideran que la ausencia de un marco adecuado para llevar a cabo la planificación y la preparación de los proyectos es una de las principales deficiencias de los marcos institucionales de las alianzas público-privadas (APP) (tema del que se ocupa la primera parte del presente documento) y, en general, de las leyes relativas a la colaboración público-privada. De ahí que los expertos consideren que es necesario adoptar un enfoque más minucioso y prescriptivo en los futuros textos legislativos sobre colaboración entre los sectores público y privado.

¹ Guía Legislativa, párr. 25, sección D.I, “Coordinación de las medidas preparatorias”, capítulo I, “Marco legal e institucional general”.

3. Los expertos también señalan que el ahorro derivado de evitar el fracaso de los proyectos compensaría con creces el costo de una buena planificación y preparación, y que podría armonizarse y aglutinarse en gran medida la experiencia de los profesionales y las instituciones financieras internacionales en materia de planificación y preparación de políticas a nivel nacional e internacional. Las enseñanzas extraídas de esa experiencia, así como de la experiencia de los grupos de trabajo conexos², podrían contribuir a formalizar un conjunto de buenas prácticas aplicables a todas las formas de APP, y a todas las partes que intervengan en ellas, así como normas y orientaciones que podrían aplicarse de forma generalizada.

4. Las etapas de la planificación y preparación en que podría actuarse son: 1) la elaboración de un plan maestro (a medio plazo) para el desarrollo de la infraestructura, que incluya la prestación de servicios públicos; 2) el establecimiento del consiguiente orden de prioridad entre los proyectos, teniendo en cuenta los objetivos y los aspectos socioeconómicos, las repercusiones financieras, los efectos en el desarrollo sostenible y demás factores; 3) la planificación de cada proyecto, a fin de elegir el tipo de proyecto en función de la capacidad financiera y de otra índole del Estado o de la autoridad contratante (contratación tradicional, diseño y construcción, iniciativas de financiación privada/colaboración público-privada, colaboración público-privada por medio de concesiones); 4) la planificación de estudios de mercado para cada proyecto; y 5) la evaluación de cada proyecto por distintos agentes con arreglo a normas establecidas, incluidos los requisitos de transparencia, de acuerdo con el tipo de proyecto de que se trate.

5. También se ha indicado que los planes deberían hacerse públicos, de manera que pueda determinarse con transparencia si se han alcanzado los resultados socioeconómicos deseados y si las evaluaciones financieras en que se basa la elección del tipo de proyecto son correctas. Estas cuestiones también se analizan más adelante en las secciones sobre transparencia y otras cuestiones.

6. Los expertos también señalan que las leyes más recientes en materia de colaboración público-privada contienen disposiciones sobre selección, establecimiento de prioridades y elaboración de proyectos, si bien algunos datos aislados indican que en ocasiones esas disposiciones se perciben como un obstáculo a la realización de proyectos (y, por tanto, los organismos contratantes podrían tratar de eludirlas y optar por procedimientos de selección no competitivos). Además, la planificación de la infraestructura, cuya importancia se ha señalado anteriormente, puede contribuir a resolver algunos aspectos de las propuestas no solicitadas, cuestión que se examina más adelante con mayor detenimiento en la sección dedicada a ese tema.

7. Los expertos aconsejan que las recomendaciones que figuran en la Guía Legislativa a efectos de lograr que los órganos pertinentes estén dotados de recursos y capacidad suficientes para ejercer una labor de coordinación en materia de diligencia debida y preparación financiera, según corresponda, también deberían servir de base para elaborar nuevas disposiciones de futuros textos legislativos relativos a la colaboración entre el sector público y el privado. El alcance y las funciones de las instituciones pertinentes, que se examinan en la primera parte del presente documento, son aspectos de interés en este contexto.

² Como el Servicio de Asesoramiento para Infraestructura Pública y Privada (PPIAF, por sus siglas en inglés), www.ppiaf.org/.

ii) *Distribución de riesgos*

Recomendación legislativa pertinente: 12

Disposiciones Legales Modelo: ninguna

Guía Legislativa: sección B, “Los riesgos del proyecto y su distribución”, en el capítulo II, “Riesgos de los proyectos y respaldo público”

8. En el Coloquio de 2013 se indicó que la cuestión de la distribución de riesgos debía tratarse con más detalle en los textos legislativos futuros sobre colaboración entre el sector público y el sector privado; que, en lo que atañe al sector privado, muchas de las leyes sobre la materia preveían poca flexibilidad³; y que la Guía Legislativa no proporcionaba orientación suficiente sobre algunos aspectos del tema.

9. En la Guía Legislativa se describen las diferentes categorías de riesgo de proyecto que afectan a las distintas partes y partes interesadas en un proyecto. Como norma general, la Guía recomienda que la parte con mayor capacidad para prevenir un riesgo, para soportar su costo o las consecuencias derivadas de este, o para adoptar medidas para mitigarlo, sea quien asuma y gestione el riesgo. Este principio figura, en general, en otros textos internacionales relativos a la colaboración entre los sectores público y privado (así como en los principios de la OCDE sobre la gobernanza pública de las APP, antes mencionados).

10. Los expertos señalan que ciertos riesgos, como el riesgo vinculado a la demanda y el riesgo relacionado con la capacidad del sector público para afrontar los costos, no pueden determinarse, definirse ni medirse fácilmente, y que las partes en una APP pueden tipificar algunos riesgos de manera diferente. La Guía Legislativa también señala que algunos riesgos son endógenos, es decir, están asociados únicamente a una de las partes de la APP, mientras que otros no están bajo el control de ninguna de las partes y, por tanto, ninguna de ellas puede gestionarlos (son riesgos exógenos, es decir, ajenos a todas las partes). Por consiguiente, estos riesgos deben ser objeto de arreglos especiales en el marco del acuerdo de proyecto. Un ejemplo de riesgo exógeno, indica la OCDE, es el riesgo no asegurable de fuerza mayor, por ejemplo el riesgo de conflicto.

11. Por consiguiente, la negociación del acuerdo de proyecto y los documentos conexos son factores esenciales para distribuir los riesgos adecuadamente, en especial si estos son difíciles de definir o determinar y si no hay acuerdo respecto a su clasificación. Valorar los riesgos es una labor compleja, y, en esos casos, acordar un precio por la transferencia de los riesgos resulta especialmente difícil (y puede ser un factor que determine si la APP llega a ser una buena inversión a la larga). Los expertos opinan que la imposición de requisitos más estrictos para que los estudios de viabilidad sean más exhaustivos, así como en relación con otras cuestiones relativas a la planificación de los proyectos, podría contribuir a determinar, definir y medir más adecuadamente los riesgos y a facilitar la negociación, y, por consiguiente, todo texto legislativo futuro sobre las APP debería exigir ese requisito. Además, los expertos recomiendan que se articule mejor el vínculo entre los estudios de viabilidad y la evaluación de riesgos.

³ Véase también la sección 3.5.1 del informe *Simmons and Simmons*, citado en la primera parte de este documento de debate (A/CN.9/819, nota 8).

12. Los expertos también aconsejan que a la hora de alcanzar un equilibrio entre las disposiciones legales y contractuales respecto de las cláusulas del contrato (cuestión que se examina más adelante en la sección dedicada a este tema) se tenga específicamente en cuenta la recomendación legislativa 12 (relativa a la distribución de riesgos) y que en las cláusulas del contrato se prevean métodos de asignación de los riesgos que puedan materializarse. Desde el punto de vista de las políticas públicas, se señala que las orientaciones relativas a las consecuencias adversas para el interés público de la transferencia teórica de los riesgos al sector privado deben ser más enérgicas, habida cuenta de que se da por sentado implícitamente que en última instancia podrían ser asumidas por la autoridad contratante. Esa situación puede darse cuando, en la práctica, no puede permitirse que se materialicen algunas consecuencias, como por ejemplo la interrupción de un servicio.

13. También se ha observado que, en algunos casos, el sector público puede autoasegurarse mancomunando los riesgos que puedan surgir en el desarrollo más amplio de sus operaciones. En esos casos, podría considerarse que definir de forma explícita determinados riesgos y asumir su costo iría en contra del interés público⁴. Los expertos señalan que las cuestiones expuestas en este párrafo y en el anterior requieren un mayor desarrollo en cualquier texto futuro, partiendo de las distintas fuentes que se hayan determinado.

14. La cuestión de las garantías públicas y otras formas de respaldo dirigidas a mitigar los riesgos (por ejemplo, compensando a los afectados cuando se presenta la situación de riesgo o incluyendo cláusulas estabilizadoras) se examina en la Guía Legislativa, junto con varias consideraciones normativas. En este caso, los expertos también indican que este aspecto requiere una mayor elaboración en un texto futuro sobre colaboración público-privada, teniendo en cuenta, por ejemplo, si el respaldo ha de proporcionarse con relación a los riesgos que afectan específicamente al proyecto y si no debería permitirse que el respaldo contemple los riesgos que afectan a la economía en su conjunto. Una vez más, recomiendan que las disposiciones y orientaciones estén expresamente ligadas a la planificación del proyecto.

3. Elección de la entidad asociada del proyecto

i) Procedimientos de selección

Recomendaciones legislativas pertinentes: 18 a 39

Disposiciones Legales Modelo: 5 a 27

Guía Legislativa: capítulo III, "Selección del concesionario"

15. En el Coloquio de 2013 se observó que las principales fases del proceso de selección del operador de un proyecto son: la preselección, participación de consorcios, métodos y técnicas (una sola etapa, dos etapas, un solo proveedor, negociaciones); la comparación y la evaluación de propuestas; el anuncio de la adjudicación del contrato; y el mantenimiento de expedientes. Las distintas fases se llevan a cabo siguiendo los principios de imparcialidad, transparencia y competencia, que rigen todo el proceso, y están sujetas a examen o impugnación (aspecto que se analizará en la sección siguiente). Esas etapas y esos principios se

⁴ Véase "PPP – A Decision-maker's Guide", Michael Burnett, EIPA, 2001, página 57.

ajustan a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

16. Se reconoce que, por lo general, los procedimientos de licitación tradicionales no suelen ser los más adecuados para las APP. En el Coloquio de 2013 también se señaló que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública incluye lo que, en esencia, es una forma actualizada e integral del procedimiento de selección de los instrumentos sobre PIFP. El método en cuestión se denomina solicitud de propuestas con diálogo y puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios complejos (tales como proyectos de infraestructura).

17. Cada uno de los instrumentos sobre PIFP contiene disposiciones detalladas sobre el procedimiento de selección; el Coloquio podría considerar la consolidación de las disposiciones aplicables para facilitar la tarea al lector, además de su actualización a fin de reflejar las disposiciones relativas al método de solicitud de propuestas con diálogo previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

18. Este método contempla un proceso en dos etapas, concebido para encontrar soluciones innovadoras a problemas técnicos, fomentar las adquisiciones sostenibles y atender las necesidades de infraestructura. El método permite que se propongan diferentes soluciones técnicas y que las partes interactúen con relación a cuestiones técnicas, jurídicas y financieras. Ahora bien, este método no se ocupa de todas las cuestiones relacionadas con la contratación que pueden ser pertinentes para los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Otras cuestiones fundamentales giran en torno a la necesidad de definir, asegurar y evaluar la prestación de servicios, así como de contratar obras de construcción; cómo facilitar la realización de evaluaciones que determinen si se hace un uso óptimo de los recursos, midiendo el desempeño a lo largo de la vida útil del proyecto; cómo dar cabida a los intereses de las partes interesadas en la prestación de servicios; y cómo acometer negociaciones más complejas que surjan en los procesos de contratación pública, entre un grupo más amplio de partes en el proyecto, incluidos los prestamistas.

19. Entrando más en detalle, algunas obligaciones que son relativamente flexibles en el caso de la contratación pública pueden requerir una mayor elaboración en un futuro texto legislativo sobre las APP. Ello incluye el grado de divulgación de la propuesta de contrato ofertada en la fase de convocatoria y la necesidad de ultimar el acuerdo de proyecto una vez seleccionado el operador (si bien la Ley Modelo prohíbe negociación alguna respecto del contrato, la Guía Legislativa y la Disposición Legal Modelo 17 prevén que ésta pueda llevarse a cabo). Los expertos recomiendan que esas cuestiones se traten cuando se examine el contenido del acuerdo de proyecto (en cuanto a esto, véase la sección relativa a las Disposiciones legales o contractuales, más adelante), y el grado en que las modificaciones de los contratos y los acuerdos de intervención relacionados con el proyecto podrían suponer la reapertura del concurso o afectar a otros aspectos del proceso de contratación. También puede ser preciso tener en cuenta las soluciones concebidas para facilitar la transparencia durante todo el proyecto, que se examinan en las secciones sobre la planificación y preparación de la contratación y sobre transparencia del presente documento, como por ejemplo la realización de una declaración pública de las metas y los objetivos del proyecto (que ha de incluir los

beneficios de las partes interesadas), a fin de que puedan rendirse cuentas con relación a la prestación de servicios y las obras de construcción.

20. En el Coloquio de 2013 se acordó que cualquier texto futuro sobre colaboración entre el sector público y el sector privado debería basarse en el método de contratación anteriormente expuesto, a fin de garantizar la coherencia en los procedimientos y las garantías de los proyectos, ya fueran financiados con fondos públicos o privados. El Coloquio tal vez desee considerar la posibilidad de incluir en el informe que presente a la Comisión su parecer sobre este tema.

ii) *Preferencias nacionales*

Recomendación legislativa pertinente/Disposiciones Legales Modelo: ninguna

Guía Legislativa: sección B.4, "Preselección y preferencias nacionales", en el capítulo III, "Selección del concesionario"

21. La Guía Legislativa ofrece una serie de orientaciones generales con relación a las preferencias nacionales e indica que si bien muchos Estados tratan de hacer valer dichas preferencias, estas plantean problemas de carácter normativo. La Guía Legislativa también indica que su uso puede ser incompatible con los compromisos internacionales del Estado promulgante, y se refiere a lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de 1994 y el correspondiente comentario sobre los márgenes de preferencia. Los expertos señalan que los gobiernos tratan de recurrir a sus preferencias nacionales principalmente para alcanzar los objetivos de sus políticas socioeconómicas y, más en general, para respaldar los objetivos de desarrollo (la relación entre esos objetivos y los proyectos de colaboración público-privada se examina más adelante en la sección sobre la importancia de la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado). Por otro lado, las preferencias nacionales pueden ser un instrumento importante para respaldar proyectos de colaboración público-privada con pequeños operadores privados, tal como se expone en la primera parte de este documento.

22. La actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011) y la Guía para la incorporación al derecho interno contienen disposiciones y un amplio análisis sobre las preferencias y otros instrumentos que pueden utilizar los Estados para alcanzar los objetivos de sus políticas socioeconómicas. Los instrumentos pueden utilizarse con flexibilidad en la medida en que lo permitan las obligaciones internacionales, como las dimanantes del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, y cuando la contratación se realice con préstamos de donantes internacionales. Entre las medidas figuran mecanismos de transparencia sólidos, concebidos para asegurar que los posibles participantes en el proceso entiendan cómo habrán de cumplirse los objetivos en el procedimiento, lo cual podrá hacerse en cualquiera de las cuatro fases siguientes: cuando se decida limitar la contratación a los proveedores nacionales y al examinar las cualificaciones, estudiar la capacidad de respuesta y evaluar las ofertas. Las disposiciones también se han concebido para que los Estados puedan realizar adquisiciones sostenibles, utilizando instrumentos prácticos elaborados por otros organismos donantes (como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la OCDE y otros) y para permitir el cumplimiento de determinados requisitos obligatorios impuestos en un Estado concreto (por ejemplo, en lo que respecta a normas medioambientales).

23. El Coloquio podría considerar la posibilidad de que todo texto legislativo futuro sobre colaboración entre los sectores público y privado adopte ese enfoque, si bien señalando que su aplicación en el ámbito de las APP es mucho más compleja que en el caso de la contratación pública. Por ejemplo, es sumamente difícil aplicar la preferencia nacional a criterios de evaluación fundamentalmente distintos del precio y la prestación de servicios. Además, los expertos indican que será necesaria una mayor orientación en lo que respecta al contexto de las APP, habida cuenta de las obligaciones relacionadas con los servicios públicos y sus repercusiones en todas las fases del ciclo del proyecto, y que deberían aportarse ejemplos claros, con relación, por ejemplo, a cómo aplicar las disposiciones sociales y otras medidas para promover la responsabilidad social y los proyectos en favor de los pobres.

iii) *Vías de recurso e impugnación*

Recomendación legislativa pertinente: 39

Disposición Legal Modelo: 27

Guía Legislativa: sección I, “Vías de recurso”, en el capítulo III, “Selección del concesionario”

24. Los instrumentos sobre PIFP exponen sucintamente una serie de recomendaciones sobre las vías de recurso e impugnación, esto es, relativas a las controversias que puedan surgir en el proceso de selección de las APP (distintas de las controversias que puedan surgir con posterioridad a la adjudicación, que se tratan más adelante en la sección dedicada a ese tema). En el Coloquio de 2013, se observó que esas vías son ejemplos de ámbitos de reglamentación relativa a la colaboración entre el sector público y el sector privado que sería conveniente armonizar con la legislación sobre contratación pública, pues son igualmente aplicables en el marco de la contratación pública y en el de la colaboración público-privada.

25. La Ley Modelo sobre la Contratación Pública contiene un capítulo con amplias disposiciones en materia de recursos y apelación, en aplicación de los principios básicos establecidos en los instrumentos sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Se prevén tres tipos de recursos (recursos interpuestos ante la entidad adjudicadora, ante un órgano independiente o ante las autoridades judiciales). El capítulo también prevé recursos a los que pueden acceder los proveedores agraviados.

26. Las disposiciones están redactadas de manera flexible, por lo que han de adaptarse para poder ajustarse al ordenamiento jurídico del Estado promulgante, como se explica en la Guía para la incorporación al derecho interno correspondiente. Esas disposiciones son lo suficientemente amplias para que los inversores y otras partes en una APP puedan hacer uso de los mecanismos pertinentes. El capítulo fue concebido para aplicar los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre vías de recurso y apelación, incluido el requisito de poder apelar contra una decisión en primera instancia sobre un recurso.

27. Por tanto, el Coloquio podría considerar la posibilidad de que, en todo texto futuro sobre las APP, se incluya una disposición que permita a las partes en dichas alianzas acogerse al mecanismo de recurso en las contrataciones.

iv) *Propuestas no solicitadas*

Referencias: Recomendaciones legislativas: Recomendaciones 30 a 35

Disposiciones Legales Modelo: Disposiciones 20 a 23

Guía Legislativa: capítulo III, sección E: "Propuestas no solicitadas", párrs. 97 a 117

28. Los expertos señalan que las propuestas no solicitadas son un tema controvertido en la mayoría de los países y que en el último decenio ha habido pocos ejemplos de proyectos derivados de propuestas no solicitadas que se hayan llevado a cabo de forma satisfactoria.

29. Los expertos también señalan que, en las APP dedicadas a infraestructuras y servicios, la posibilidad de aceptar propuestas no solicitadas debería estar limitada según lo establecido en las actuales orientaciones de los instrumentos sobre PIFP. Resumidamente, dichas disposiciones -que a juicio de los expertos constituyen un ejemplo de buenas prácticas en la materia- establecen que las propuestas no solicitadas que declaren hacer uso de nuevos conceptos o tecnologías podrán ser aceptadas, mientras que las que manifiesten atender una necesidad de infraestructura no identificada no podrán serlo. Entre las razones esgrimidas para justificar esta exclusión cabe mencionar que la autoridad contratante sería incapaz de determinar si sus necesidades podrían quedar debidamente satisfechas y que podría verse comprometida la posibilidad de financiar otros proyectos incluidos en un plan de inversiones (véase también la sección anterior sobre Planificación y preparación de proyectos).

30. Los expertos señalan que el mero hecho de que una propuesta no solicitada pudiera ser de interés público (es decir, que satisfaga una necesidad no identificada anteriormente) no es suficiente para autorizar la celebración de negociaciones directas sin competencia. También manifiestan que es necesario incluir una disposición adicional para determinar si, en algún caso, pueden aceptarse propuestas no solicitadas sin que exista algún tipo de competencia.

31. Los instrumentos sobre PIFP también establecen que, cuando se considere que una propuesta no solicitada tiene por objeto favorecer el interés público, pero esta no incorpore el uso de conceptos o tecnologías de reciente aparición o no esté protegida por derechos de propiedad intelectual o similares, puede ser admitida a condición de que la parte contratante inicie el procedimiento normalmente utilizado para seleccionar la oferta más competitiva. A este respecto, sin embargo, la experiencia reciente indica que, por lo general, una propuesta que no se adecua al plan de infraestructuras ni a las consiguientes disposiciones presupuestarias de un gobierno no debe considerarse favorecedora del interés general: deben concurrir circunstancias especiales para que pueda ser tomada en consideración.

32. Además, los expertos coinciden con las recomendaciones de la Guía Legislativa en el sentido de que los procedimientos normales de selección pudieran requerir ciertas modificaciones en aquellos casos en que las propuestas supongan el empleo de nuevos conceptos o tecnologías. Por ejemplo, a la hora de solicitar ofertas alternativas, la autoridad contratante podría publicar una descripción de los resultados esenciales que debe perseguir la propuesta. Los expertos añaden que este procedimiento podría incluir una fase de diálogo (en el sentido del método de contratación descrito anteriormente en la sección dedicada a Procedimientos de selección) así como alguna disposición que contemplara el pago de una prima a la

propuesta original en caso de que resultara seleccionada. Los expertos reconocen que no se trata de un proceso sencillo, aun cuando existen orientaciones sobre su funcionamiento⁵, y manifiestan que las actuales disposiciones deberán ser reforzadas.

33. Si una propuesta no solicitada conlleva derechos exclusivos de propiedad intelectual, las disposiciones actuales permiten una negociación directa entre la autoridad y el autor, si bien se formula una recomendación encaminada a introducir elementos de competencia en la medida de lo posible. Los expertos señalan que, si la propuesta es para un proyecto de colaboración público-privada o una iniciativa de financiación privada, podrían aplicarse al procedimiento las leyes sobre contratación pública, aunque estas normalmente permitirían la celebración de negociaciones directas (los posibles solapamientos entre las leyes sobre contratación pública y las que rigen las APP son objeto de análisis en la primera parte de este documento). Los expertos añaden que es necesaria una mayor definición de los detalles de este tipo de propuesta no solicitada.

34. Los expertos concluyen que, tras diez años de experiencia, las disposiciones de los instrumentos sobre PIFP relativas a este tema han demostrado ser, en general, equitativas y sólidas. No recomiendan ninguna modificación fundamental, aunque sí aconsejan consolidar y reforzar, en cierta medida, las disposiciones contenidas en los tres instrumentos, actualizándolas cuando sea necesario, de manera que reflejen los avances que se hayan producido en la práctica. Además de las cuestiones antes mencionadas, esos avances engloban procedimientos adicionales para determinar si una propuesta es de interés público y “singular”, en la medida en que proponga nuevos conceptos o tecnologías, como por ejemplo un sistema institucional de control. En cuanto a los procedimientos utilizados para la gestión de las propuestas no solicitadas, en un texto futuro podrían abordarse temas como el sistema de negociación directa competitiva (*Swiss challenges*), que proporciona al autor de la propuesta original un incentivo económico, el reembolso de los gastos incurridos en la elaboración de dicha propuesta (o la financiación necesaria para llevar a cabo un proceso de selección).

4. El acuerdo de proyecto y su ejecución

i) Disposiciones legales o contractuales

Principales recomendaciones legislativas pertinentes: 12, 40

Disposiciones Legales Modelo: disposición 28

Guía Legislativa: sección A, “Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto”, en el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legislativo y acuerdo de proyecto”

35. La seguridad jurídica es un requisito indispensable para proteger la inversión en proyectos de colaboración público-privada. Los instrumentos sobre PIFP ofrecen contenidos para el acuerdo de proyecto y señalan que el grado en que el contenido

⁵ Véase, por ejemplo, “Competitive Dialogue Charter”, IGD, enero de 2007, que puede consultarse en www.fondation-igd.org/files/pdf/The%20Competitive%20Dialogue%20Charter%20%204.pdf, y el capítulo V de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

del acuerdo esté estipulado por ley varía de un Estado a otro. Entre los argumentos a favor de las disposiciones legislativas figuran la congruencia y la reducción del alcance y duración de las negociaciones; los argumentos a favor de las disposiciones contractuales incluyen la flexibilidad de las negociaciones.

36. Los expertos no se ponen de acuerdo en cuanto a dónde reside un justo equilibrio entre esos dos enfoques. Ahora bien, convienen en que los ordenamientos jurídicos suelen considerar que la autonomía contractual es fundamental para las operaciones comerciales, al tiempo que estiman que debe restringirse, a fin de proteger a la parte más débil de esas operaciones y el interés público. Esas limitaciones llevan aplicándose muchos decenios. Algunos ejemplos son las cláusulas de limitación de la responsabilidad de la parte incumplidora, la protección del consumidor (ámbito del derecho en expansión en Europa, que puede incluir, por ejemplo, la protección del usuario final de un servicio público), las limitaciones a la privatización y a los derechos de plena propiedad mediante planes de expropiación. Esas disposiciones se encuentran en los sistemas de derecho anglosajón y en los sistemas de tradición romanista, ya esté codificado o no el derecho contractual, y exista o no una rama especial del derecho que rijan los arreglos contractuales público-privados.

37. En general, se reconoce que los principios jurídicos subyacentes de carácter preceptivo, establecidos de antemano y difundidos entre todos los agentes, así como los principios fundamentales para la interpretación de los contratos, son elementos esenciales para el éxito de la mayoría de las APP⁶. El carácter prolongado de los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado requiere disposiciones contractuales sobre temas que van desde el derecho de la autoridad contratante a modificar las cláusulas del contrato o a rescindirlo, hasta el pago de indemnizaciones en caso de circunstancias económicas excepcionales y la aplicación de procedimientos obligatorios excepcionales si el servicio público queda interrumpido. Las principales características de un servicio público y su alcance a veces constituyen una cuestión central (por ejemplo: fijación de tarifas, no discriminación, continuidad, adaptación).

38. Por otro lado, si bien se reconoce el riesgo de que se produzcan restricciones contractuales innecesarias, este se ve mitigado por la idea de que las partes en una APP deben poder justificar en todo momento que su acuerdo es capaz de satisfacer los intereses de la sociedad y el interés público general. Ese concepto a veces se denomina “licencia social para operar” (por ejemplo, en el sector minero)⁷.

39. Por tanto, las soluciones propuestas varían, lo que en parte refleja distintas consideraciones con relación a las APP basadas en concesiones y las basadas en proyectos de infraestructura con financiación privada. En el caso de las APP basadas

⁶ Véase, por ejemplo, “A new approach to public private partnerships”, HM Treasury, Reino Unido, diciembre de 2012, disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf, e “Infrastructure productivity: How to save \$1 trillion a year”, McKinsey Global Institute, enero de 2013, disponible en www.mckinsey.com/insights/engineering_construction/infrastructure_productivity, que subrayan el potencial de los fondos de pensiones para financiar proyectos de infraestructura pública y APP, si se dispone de un marco jurídico adecuado y se aplican buenas prácticas.

⁷ Véase, por ejemplo, “Conflict and Coexistence in the Extractive Industries”, Chatham House, noviembre de 2013, puede consultarse en www.chathamhouse.org/publications/papers/view/195670.

en concesiones, la escasa experiencia en los países en desarrollo, en particular, indica que las negociaciones nunca son fáciles ni sencillas: muchas de las cláusulas, esenciales para el éxito a largo plazo de la empresa, también están en conflicto con el derecho contractual y con la cultura jurídica de la autoridad contratante. Por otro lado, en los PIFP, los aspectos financieros indican que hay una menor necesidad de un amplio espectro de disposiciones legislativas sobre contratación pública prescriptivas o interpretativas para el éxito a largo plazo de dichos proyectos, si bien únicamente en la medida en que el clima de inversión y la reglamentación en materia de protección de inversiones cumplan ciertas normas.

40. Los expertos indican que los instrumentos sobre PIFP contienen numerosos elementos que podrían constituir la base de las disposiciones legales sobre las cláusulas contractuales: algunos ejemplos son las recomendaciones legislativas y las Disposiciones Legales Modelo sobre las obligaciones del concesionario, la duración y prórroga del contrato, la indemnización por cambios legislativos, las modificaciones del contrato, la rescisión por la autoridad contratante, el cobro y la revisión de tarifas, la gestión y transferencia de activos, las cesiones de participaciones mayoritarias y demás. Si bien se necesitarían disposiciones adicionales, los instrumentos sobre PIFP y la práctica ofrecen material suficiente para definir un conjunto de principios de índole más o menos universal que respalden el éxito de las APP, lo que representa una parte considerable de todos los derechos y obligaciones contractuales que debe contener todo acuerdo de proyecto de colaboración público-privada sostenible.

ii) *Controversias posteriores a la adjudicación*⁸

Referencias: recomendaciones legislativas 69 a 71

Disposiciones Legales Modelo: Disposiciones 49, 50 y 51

Guía Legislativa: sección E.6, “Recurso contra la decisión de una entidad reguladora”, en el capítulo I, “Marco legal e institucional general”; capítulo VI: Solución de controversias

41. En 2012, la Comisión señaló que la solución de controversias era una cuestión problemática, y la Comisión también escuchó la recomendación de que la CNUDMI elaborase un sistema nacional de prevención y arreglo de controversias, tomando como base las disposiciones sobre solución de controversias del capítulo VI de la Guía Legislativa y buscando un foro adecuado. La Comisión observó que la labor futura en materia de solución de controversias debería seguir las propuestas formuladas en el congreso de la CNUDMI celebrado en 2007, titulado “Derecho moderno para un comercio globalizado” (Viena, 9 a 12 de julio de 2007)⁹.

42. Una de las principales recomendaciones formuladas en el Congreso fue la de desarrollar la capacidad local para gestionar controversias surgidas en relación con proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como la elaboración de una ley modelo que incluyera mecanismos de solución de controversias y de prevención. La prevención de controversias también podría

⁸ En relación con las controversias surgidas en el período previo a la adjudicación, véase la sección titulada “Vías de recurso e impugnación”.

⁹ Véanse las actas del congreso (*Proceedings of the Congress*), capítulo V; pueden consultarse en www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

potenciarse brindando a los inversores la posibilidad de formular comentarios sobre la elaboración de las normas y reglamentos que les fueran aplicables.

43. Los instrumentos sobre PIFP recomiendan que las controversias surgidas entre la autoridad contratante y el concesionario se diriman con arreglo al acuerdo de proyecto; que se establezca un mecanismo para tramitar las reclamaciones de clientes y usuarios; y que tanto el concesionario como las otras partes en el proyecto puedan elegir el mecanismo de solución de controversias que estimen oportuno.

44. En el Congreso se señaló que las recomendaciones anteriormente expuestas y las orientaciones de la Guía Legislativa resultan insuficientes para hacer frente a la gran cantidad de controversias que pueden surgir en relación con las APP. La estructura de las alianzas público-privadas, tratada en la sección sobre conflictos de intereses, en la primera parte de este documento, da lugar a múltiples clases de arreglos jurídicos, muchos de ellos relacionados entre sí: desde acuerdos de proyecto y acuerdos de participación/patrocinio, hasta distintos tipos de acuerdos de préstamo, acuerdos relacionados con el diseño, la construcción y la explotación de una instalación, formación de consorcios y acuerdos de subcontratación, entre otros.

45. En el informe del Coloquio de 2013 también se señaló que los instrumentos sobre PIFP no son suficientes para dar respuesta a los distintos conjuntos de acuerdos que se formalizan en el ámbito de una APP. Se subrayó que la complejidad de relaciones jurídicas resultante ofrecía un campo fértil para la aparición de controversias, que podían transferirse de un acuerdo a otro. Entre las controversias que se consideró que no se trataban suficientemente en los instrumentos sobre PIFP, cabe mencionar las controversias entre el regulador y el operador, y entre una entidad instrumental de titulización de activos (SPV), sus contratistas y subcontratistas (por ejemplo con relación a elementos de diseño y construcción). Esas controversias podrían surgir con posterioridad a la adjudicación, durante la formalización del acuerdo de proyecto y otros acuerdos conexos, la fase de construcción, la fase de explotación y la terminación del proyecto.

46. También se consideró que los instrumentos sobre PIFP no tenían en cuenta adecuadamente la complejidad de los mecanismos de solución de las controversias surgidas en los proyectos de colaboración público-privada: no reflejaban adecuadamente la importancia de la ley aplicable (y la elección de dicha ley durante la formulación del proyecto), las normas de arbitraje, el foro para la solución de controversias, y su interacción.

47. El Coloquio de 2013, señalando los resultados poco satisfactorios obtenidos en el arbitraje internacional, también instó a que se alcanzara un equilibrio más adecuado entre el arbitraje internacional y la solución de controversias en el ámbito nacional. Los principales motivos de preocupación que se indicaron fueron la existencia de múltiples tratados de inversión, una gran cantidad de foros, casos y dictámenes de arbitraje internacional y la escasa aplicación de los laudos arbitrales de carácter internacional. Se declaró que la creación de capacidad local en materia de solución de controversias debía ser objeto de atención en los instrumentos sobre PIFP. En el Congreso, y con posterioridad, los expertos han comunicado a la Secretaría que el incremento de algunas formas de arbitraje en las que participan los gobiernos debería quedar reflejado en un texto legislativo sobre APP, señalando, no obstante, la preocupación por el hecho de que algunos Estados prohíben que el Estado intervenga en los procesos de arbitraje como entidad soberana, y la

necesidad de tener en cuenta la relación entre cualquier mecanismo propio de las APP y la reglamentación en materia de inversión.

48. En el Congreso se indicó que era necesario elaborar una legislación que diese lugar a “un régimen nacional sólido de prevención y solución de controversias entre la entidad reguladora y la ejecutora”. Aunque dicho régimen estaría inspirado esencialmente en los instrumentos sobre PIFP, se señaló que la Guía Legislativa atendía los mecanismos de solución de controversias de forma “abstracta”, y que no se concedía suficiente importancia al papel de la reglamentación en materia de prevención y solución de controversias.

49. Posteriormente, y teniendo en cuenta los puntos precedentes, estas ideas han ido creciendo hasta concluirse que es necesario un régimen de esas características para todos los elementos que integran los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Los ámbitos concretos pertinentes a estos efectos mencionados en el Coloquio de 2013 fueron los siguientes: a) la experiencia, las técnicas y los conocimientos necesarios del poder judicial para conocer de cuestiones complejas de colaboración público-privada; b) solucionar las deficiencias de los sistemas judiciales; c) solventar la falta de independencia; d) prever una accesibilidad efectiva (los procedimientos pueden discriminar contra los inversionistas extranjeros en contraposición a las entidades nacionales); y e) garantizar una aplicación efectiva en el ámbito nacional de las decisiones adoptadas por órganos internacionales. En el Congreso se planteó la necesidad de un mecanismo de solución de controversias y se incluyó como asunto pertinente durante las consultas de expertos celebradas con anterioridad al presente foro. El Coloquio tal vez desee considerar la posibilidad de que se tengan en cuenta las experiencias extraídas de los Estados que hayan establecido foros especiales para la solución de controversias (experiencias, puestas en conocimiento de la Secretaría, con resultados heterogéneos en el mejor de los casos).

50. Un objetivo conexo de este régimen sería evitar decisiones contradictorias y otros problemas provocados por el planteamiento de controversias paralelas y simultáneas, de manera que las decisiones del órgano previsto deberían vincular a todas las partes correspondientes, permitiendo, por tanto, la participación de todas las partes interesadas. Dada la multiplicidad de partes interesadas, habrían de solucionarse los conflictos de intereses que surgieran durante el procedimiento, garantizándose asimismo la independencia en los nombramientos para la entidad, su funcionamiento independiente y un código de conducta interno adecuado.

51. En el Congreso se indicó que la CNUDMI debería considerar el uso de disposiciones legislativas modelo o de orientaciones legislativas para tratar esas cuestiones; el Coloquio tal vez desee examinar los aspectos que podrían incluirse en un texto legislativo futuro sobre APP.

5. Otros temas

i) Transparencia

Referencias: Recomendación legislativa 1

Disposiciones Legales Modelo: disposición 1

Guía Legislativa: epígrafe A, “Introducción”, en “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”; epígrafe B.1 a), “Transparencia”, epígrafe D.2, “Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos”, epígrafe E.5, “Proceso regulatorio y procedimiento a seguir”, todos en el capítulo I, “Marco legal e institucional”; capítulo III, “Selección del concesionario”; epígrafe B, “Organización del concesionario”, epígrafe G, “Traspaso del control de la sociedad del proyecto”, epígrafe J.1 a), “Selección de los subcontratistas”, todos en el capítulo IV, “Construcción y explotación de infraestructuras”; epígrafe C, “Prórroga del acuerdo de proyecto” y epígrafe D, “Rescisión”, en el capítulo V, “Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto”; epígrafe B.9, “Derecho tributario”, y epígrafe 14, “Medidas contra la corrupción”, en el capítulo VII, “Otros ámbitos pertinentes del derecho”

52. En el Coloquio de 2013 se destacó la importancia de garantizar la transparencia durante todo el proyecto de colaboración público-privada, y no solo en el proceso de selección. Así, por ejemplo, se habló de la necesidad de transparencia a la hora de transferir recursos del sector público al operador del proyecto durante el período de explotación. El Coloquio tal vez desee tomar nota de que la labor de la CNUDMI en materia de transparencia en las controversias entre inversionistas y Estados contiene deliberaciones relacionadas con este tema. El Reglamento de la CNUDMI en esta materia se basa en la importancia de la transparencia para una buena gobernanza, un marco normativo previsible y la importancia de esos elementos para promover la inversión y, por tanto, el desarrollo sostenible, el derecho de acceso público a la información¹⁰, y el vínculo con las normas y los procedimientos de la contratación pública y la gestión de las finanzas públicas (con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

53. Se ha reconocido que, si bien los instrumentos sobre PIFP destacan la importancia general de la transparencia en el marco legislativo, en los procesos y las decisiones normativas y administrativas, en el proceso de selección (incluso en lo referente al tratamiento de las propuestas no solicitadas) y en la explotación de la infraestructura, otras referencias a la transparencia se centran en exponer las disposiciones pertinentes vigentes en algunos ordenamientos nacionales. Algunos ejemplos de ese último caso son la transparencia en las cuentas del proyecto, en las decisiones administrativas relativas a las transferencias de capital social, en las normas que rigen la elección de los subcontratistas y en la prórroga del período de concesión. De hecho, la única referencia a la transparencia que aparece en las recomendaciones legislativas y las Disposiciones Legales Modelo figura en la recomendación 1, que establece que el marco constitucional, legal e institucional debe asegurar la transparencia (entre otros objetivos).

¹⁰ Derecho reconocido en los tribunales internacionales, como en *Claude Reyes c. Chile* (2006) (Corte Interamericana de Derechos Humanos); *Társaság c. Hungría* (2009) (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

54. Los textos internacionales sobre contratación pública y colaboración entre el sector público y el sector privado reconocen y tienen en cuenta desde hace tiempo la importancia de la transparencia como instrumento para asegurar la rendición de cuentas y la buena gobernanza. Como se ha señalado anteriormente, este es un principio fundamental de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En el contexto de las APP, la transparencia también es un elemento crucial para promover la participación del sector privado en los proyectos. En los principios de la OCDE antes mencionados, se afirma que el sistema de alianzas público-privadas ha de velar por que la opinión pública sea consciente de los costos, los beneficios y los riesgos relativos de los proyectos de colaboración público-privada, y debe incluir la celebración de consultas activas con las partes interesadas y alentar su participación y la de los usuarios finales en la definición del proyecto y, posteriormente, en la vigilancia de la calidad del servicio¹¹.

55. Por consiguiente, se ha recomendado que todo texto legislativo futuro sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado incluya disposiciones sobre transparencia más robustas en todas las esferas antes mencionadas, en forma de disposiciones modelo y no únicamente como meras orientaciones. Los requisitos de transparencia en materia de procedimientos de selección pueden inspirarse en la labor realizada en el ámbito de la contratación pública y las disposiciones contenidas en los instrumentos sobre PIFP. En cuanto a la fase de planificación de las APP, se ha instado a que se lleve a cabo un examen público de las decisiones que sustentan los planes y las decisiones relativas a los distintos proyectos de infraestructura. Por ejemplo, y frente a los métodos tradicionales de contratación, el hecho de que en las APP haya pasivos no registrados en libros desalienta la toma de decisiones responsable con respecto a la sostenibilidad fiscal y tiene consecuencias negativas en la capacidad de endeudamiento e inversión futura. El FMI ha recomendado que se imponga la obligación de facilitar información sobre los aspectos financieros de los proyectos de colaboración público-privada¹²; se ha apuntado que ese tipo de enfoque podría facilitar la adopción de decisiones más adecuadas en materia fiscal.

56. La claridad con relación a los objetivos socioeconómicos y de desarrollo que se persiguen mediante una alianza público-privada puede ayudar a determinar si se cumplen o no esos objetivos; asimismo, dado que es probable que los pagos al operador del proyecto se realicen en función de los resultados, es absolutamente necesario que esos resultados sean transparentes para poder llevar a cabo una evaluación objetiva del desempeño. En las consultas previas a este Coloquio también se subrayó que todo futuro texto legislativo sobre colaboración entre el sector público y el sector privado debía considerar en qué medida deberían publicarse los acuerdos de proyecto para que facilitaran la rendición de cuentas. Se ha observado que la existencia de problemas relativos a la gobernanza contractual en un país resulta muy problemática en ese contexto, al igual que las exenciones necesarias de la obligación de informar. Los debates de la CNUDMI en materia de excepciones a la obligación de informar por razones comerciales y otro tipo de razones de interés público, en el contexto de las relaciones entre

¹¹ Principio 1, “Principles for the Public Governance of Public-Private Partnerships” (antes citados).

¹² Véase *PPPs, Government Guarantees and Fiscal Risk*, FMI, 2006, disponible en www.imf.org/External/Pubs/NFT/2006/ppp/eng/ppp.pdf.

inversionistas y Estados, también pueden proporcionar parámetros útiles para evaluar cuándo no debe divulgarse información en el marco de las APP. En términos prácticos, los distintos analistas también se refieren a la necesidad de evitar lo que se denomina la publicación generalizada de información residual¹³, que, de hecho, puede socavar la rendición de cuentas.

57. En el Coloquio de 2013 también se recomendó que la CNUDMI fomentara la buena gobernanza mediante el establecimiento de un registro mundial de transparencia que permitiera hacer un seguimiento del historial de los operadores y estuviera a disposición de los gobiernos para su consulta a la hora de evaluar los posibles asociados.

58. Por consiguiente, el Coloquio tal vez desee exponer distintos aspectos esenciales de la transparencia cuya inclusión recomienda en todo futuro texto legislativo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado.

ii) Otras cuestiones

59. Otros temas que según los expertos podrían requerir una revisión menos a fondo en la esfera de los instrumentos sobre PIFP son: la autoridad encargada de participar en la alianza público-privada, la insolvencia y las garantías reales, a raíz de la publicación de los textos de la CNUDMI en esta materia¹⁴, y cuestiones contables y financieras relacionadas con la sostenibilidad fiscal, como la divulgación de las APP y su pasivo eventual en los balances gubernamentales (incluidas normas que sirvan de ayuda en la difícil tarea de evaluar el riesgo a estos efectos).

6. Conclusiones relativas a los elementos que habrían de incluirse en todo nuevo texto legislativo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado

60. En el Coloquio de 2013 y en las consultas celebradas desde el período de sesiones de la Comisión de 2013 se ha indicado que, en términos generales, los expertos están de acuerdo con relación a los principales temas recomendados que han de revisarse en el marco de los instrumentos sobre PIFP.

61. Por consiguiente, el Coloquio tal vez desee estimar el alcance del trabajo que requieren esos temas y otros que considere pertinentes e informar sobre ello. Asimismo, tal vez desee ofrecer una indicación de la probable extensión y marco temporal de un programa de trabajo para elaborar un texto legislativo que incluya los temas correspondientes, y dé cabida a otros aspectos que puedan surgir. En su informe, el Coloquio tal vez desee igualmente considerar adecuado exponer los supuestos en que se basan esas conclusiones, así como los imprevistos pertinentes.

62. Además, y teniendo en cuenta el carácter preliminar de las investigaciones y estudios realizados hasta la fecha, el Coloquio tal vez desee considerar la posibilidad de que en sus recomendaciones se enfatice que cualquier mandato que se

¹³ A que se hace referencia en “Public-Private Partnerships (PPPs) in International Development: Are we asking the right questions?”, CAFOD, 2013, disponible en www.cafod.org.uk/curation/search?SearchText=ppps.

¹⁴ Véanse los textos posteriores a 2003 disponibles en www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html y www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security.html.

otorgue debe ser lo suficientemente flexible como para permitir la elaboración de un texto legislativo sin que sea preciso apelar de nuevo o de forma reiterada a la Comisión para que modifique el mandato a medida que se elaboren los temas.

C. Naturaleza de los textos legislativos objeto de recomendación

63. En el Coloquio de 2013 prevaleció la opinión de que la solución legislativa deseada respecto de cualquier labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado sería una ley modelo, dado que esta ofrecería a los legisladores una estructura relativamente fácil de utilizar y promovería un nivel satisfactorio de previsibilidad y seguridad del marco jurídico (por ejemplo, al reducir la susceptibilidad al cambio político que afecta a las APP que se regulan únicamente mediante orientaciones). Teniendo en cuenta que no todos los temas son susceptibles de solución legislativa, el Coloquio alentó a la CNUDMI a que indicara claramente cuáles eran los aspectos de las APP que serían adecuados para una ley modelo y cuáles deberían abordarse mediante una guía complementaria u otras formas de regulación. El Coloquio también señaló que una ley modelo ofrecía una serie de ventajas, pues, entre otras cosas, se trataba de un texto flexible y no prescriptivo, que incluye las mejores prácticas respecto de las que hay consenso internacional y prevé todas las disposiciones esenciales para los distintos tipos de APP reguladas (en este caso). Esa ley modelo establecería los requisitos mínimos para cada proyecto (es decir, aquellos para los que resultaría adecuada una solución legislativa) y las disposiciones que habría que incluir, pero que habrían de redactarse en función de cada proyecto concreto. Además, el Coloquio destacó que una guía complementaria para la incorporación al derecho interno sería fundamental para facilitar la aplicación y el uso eficaces de la ley modelo, así como para explicar las opciones y las posibles desviaciones del texto.

64. El punto de vista alternativo, a saber, la propuesta de actualizar la Guía Legislativa en lugar de redactar una ley modelo, también recibió cierto apoyo en el Coloquio. Entre las razones esgrimidas en favor de ese punto de vista se señaló la resistencia política histórica a que la CNUDMI interviniera en áreas que quedaban fuera de sus competencias básicas (como las instituciones de los Estados promulgantes), la preocupación por la complejidad del tema y la necesidad de preservar una flexibilidad considerable. A este respecto, se observó que la orientación analítica que podría proporcionar una guía legislativa ayudaría a determinar y superar los obstáculos a la colaboración eficaz entre el sector público y el sector privado.

65. Por consiguiente, la forma de un texto legislativo deseable en materia de colaboración público-privada fue un elemento importante de las consultas previas al presente Coloquio. Si bien la mayoría de los expertos siguen recomendando una ley modelo con una guía para la incorporación al derecho interno, a continuación se señalan las preocupaciones que se han planteado con relación a la elaboración de una ley modelo. Estas pueden diferenciarse en preocupaciones relacionadas con las leyes modelo en general y preocupaciones referidas específicamente a las APP.

66. Las principales preocupaciones que se plantean con relación a las leyes modelo generalmente giran en torno a la dificultad de adaptarlas a las circunstancias locales sin poner en peligro su utilidad y, por otra parte, la tentación de trasladar literalmente una ley modelo a la ley local sin llevar a cabo esa adaptación. Si bien

estas cuestiones parecen diametralmente opuestas, ambas plantean cuestiones de transferibilidad: el contexto jurídico, social, económico, cultural y político ¿anula la eficacia de utilizar una ley modelo? Al examinar esta cuestión, el Coloquio tal vez desee tener en cuenta la experiencia de la CNUDMI en lo que se refiere a fomentar y apoyar el uso de leyes modelo en diversas esferas, como la reciente publicación de guías más completas para la incorporación en el derecho interno de las leyes modelo de la CNUDMI más recientes.

67. Sobre la cuestión de las instituciones de los Estados promulgantes, la experiencia reciente de la CNUDMI en materia de insolvencia, contratación pública y operaciones garantizadas¹⁵, así como las consultas previas al Coloquio, indican que las instituciones nacionales, que antes se consideraban políticamente delicadas y posiblemente fuera de las competencias centrales de la CNUDMI, ahora se aceptan como parte de sus atribuciones.

68. Sobre el tema de las preocupaciones referidas específicamente a las APP, se plantearon las siguientes cuestiones:

Que el proceso de selección, si se basase en los procedimientos tradicionales de contratación, no tendría suficiente flexibilidad en el marco de una colaboración entre el sector público y el sector privado. A este respecto, el Coloquio tal vez desee considerar los comentarios que se formularon en el Coloquio de 2013 acerca de esta cuestión, así como las cuestiones expuestas anteriormente en la sección relativa a los procedimientos de selección;

Que las leyes modernas en materia de colaboración entre el sector público y el sector privado contienen disposiciones sobre el establecimiento de prioridades y desarrollo de proyectos y otros aspectos de la planificación, cuya incorporación resultaría difícil en una ley modelo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado. Nuevamente, el Coloquio tal vez desee considerar las cuestiones expuestas anteriormente en la sección relativa a la planificación y preparación de proyectos;

Que la combinación de la preocupación general acerca de copiar literalmente una ley modelo y la necesidad de tener en cuenta un conjunto diverso de otras leyes pertinentes en las APP hace que se corra el riesgo de crear un marco legislativo incoherente e ineficaz. A este respecto, el Coloquio tal vez desee establecer una diferenciación entre las leyes que podrían ser pertinentes para todos los grandes proyectos de infraestructura y las que atañen al contexto de las APP. Las primeras deben tenerse en cuenta en la contratación pública y, por tanto, han de tratarse en el marco de la labor de la CNUDMI en esta esfera (incluida la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública), y no han sido objeto previamente de una preocupación similar. Las leyes del segundo tipo pueden incluir el derecho constitucional, las leyes sobre privatización, el derecho de sociedades, las leyes sobre garantías reales, el régimen de la insolvencia, los cambios en la legislación, los problemas derivados de los contratos a largo plazo (por ejemplo, variaciones en las cláusulas contractuales), y cuestiones financieras y de inversión. Muchas de estas cuestiones se tratan en la Guía Legislativa actual, como se ha indicado anteriormente en la sección sobre otras leyes pertinentes,

¹⁵ Véase también el Documento de debate del Coloquio de 2013, antes citado, párr. 35.

y el Coloquio tal vez desee considerar la posibilidad de que quedasen como cuestiones de orientación más que como disposiciones de una ley modelo. De ser este el caso, la pregunta es si esos temas son tan importantes como para que una ley modelo englobe un área no tratada suficientemente al respecto de la colaboración entre los sectores público y privado para ser eficaz.

69. En el informe del Coloquio de 2013 también se señaló el carácter no vinculante de las leyes modelo, las guías legislativas y las guías para la incorporación al derecho interno, y se llegó a la conclusión de que actualizar la Guía Legislativa por sí solo no brindaría el marco de fácil utilización mencionado anteriormente.

70. Por consiguiente, el Coloquio tal vez desee considerar de nuevo esta cuestión: la falta de consenso sobre el tipo de texto legislativo recomendado es una de las cuestiones en que se basó la Comisión al pedir a la Secretaría que prosiguiera la labor preparatoria antes de que la Comisión tomase la decisión de remitir la colaboración entre el sector público y el privado como tema para un grupo de trabajo.

D. Importancia de la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado

71. La Comisión expresó su acuerdo con la conclusión del Coloquio de 2013 de que la colaboración entre el sector público y el sector privado se había convertido en una herramienta importante “para garantizar los recursos necesarios para el desarrollo de infraestructura y otros fines, a nivel internacional y regional, y para los Estados, independientemente de su grado de desarrollo”¹⁶. En ese sentido, la Comisión se hizo eco de las declaraciones formuladas por los jefes de Estado y de Gobierno y representantes de alto nivel en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en 2012 (la “Cumbre Río+20”), en que se reconocía que “la participación activa de los sectores público y privado será indispensable para llevar a efecto el desarrollo sostenible” y “que la participación activa del sector privado puede contribuir al logro del desarrollo sostenible, incluso mediante el importante instrumento de las alianzas entre los sectores público y privado”¹⁷. En la declaración de Río+20:

Se declaró que “reafirmamos que el comercio internacional es un motor del desarrollo y el crecimiento económico sostenido, y reafirmamos también el papel fundamental que pueden desempeñar un sistema comercial multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo, así como una liberalización real del comercio, para estimular el crecimiento económico y el desarrollo en todo el mundo, lo cual beneficia a todos los países, independientemente de las etapas de desarrollo en que se encuentren, a medida que avanzan hacia el desarrollo sostenible. En este contexto, seguimos centrando nuestros esfuerzos en lograr avances en la labor relativa a una serie

¹⁶ Informe del 46º período de sesiones, documento A/68/17, párr. 36.

¹⁷ Párrafo 46 de “El futuro que queremos”, aprobada en Río de Janeiro el 22 de junio de 2012 en la Cumbre Río+20, resolución 66/288 de la Asamblea General, disponible en www.un.org/en/sustainablefuture/.

de cuestiones importantes, como los subsidios que distorsionan el comercio y el comercio de bienes y servicios ambientales”¹⁸; y

Se declaró el apoyo a “los marcos de políticas y normativos nacionales que permiten a las empresas y la industria llevar adelante iniciativas de desarrollo sostenible, teniendo en cuenta la importancia de la responsabilidad social de las empresas”¹⁹.

72. En el período de sesiones de la Comisión de 2013, las delegaciones pusieron de relieve que al evaluar la prioridad que debía asignarse a los temas debía tenerse en cuenta el fomento del desarrollo económico y social sostenibles y el estado de derecho²⁰. Como se ha señalado anteriormente, en el Coloquio de 2013 se puso de relieve la importancia de las APP para facilitar la realización de proyectos en favor de los pobres y la responsabilidad social, así como cuestiones más generales relacionadas con el desarrollo sostenible.

73. Tal como se indica en la primera parte de este documento, la Comisión estudiará si otorga un mandato para la elaboración legislativa en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado, no solo sobre la base del valor técnico de una recomendación a estos efectos, sino también por referencia a otra labor recomendada. En los dos últimos períodos de sesiones de la Comisión, celebrados en 2012 y 2013, se señalaron los puntos siguientes con relación al establecimiento de prioridades en los temas:

La importancia de cerciorarse de quiénes serán los posibles usuarios de un texto, si se elabora;

La necesidad de hacer ostensible la importancia de elaborar ese texto y de que la CNUDMI realice esa tarea en el contexto de las Naciones Unidas;

La conveniencia de un enfoque estratégico para responder a fenómenos de alcance mundial, novedades tecnológicas y variaciones de las tendencias comerciales (citando ejemplos de diversos medios de implicar al capital privado en la satisfacción de necesidades públicas, por ejemplo recurriendo a colaboraciones del sector público y el sector privado así como a la prestación de servicios estatales por el sector privado, contratos financieros y mecanismos sobre la insolvencia de consumidores);

La necesidad de especificar la prioridad que los Estados atribuyen a tal labor;

La necesidad de cuantificar el impacto o la necesidad de la misma en el plano económico;

Evitar la creación de facto de grupos de trabajo permanentes;

Dar cabida a la flexibilidad que la CNUDMI ha de preservar para adaptarse al nacimiento de nuevas prioridades; y

¹⁸ *Ibid.*, párr. 281.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 46.

²⁰ Informe del 46º período de sesiones, antes citado, párr. 297.

Examinar los trabajos de otras organizaciones que pudieran ser de interés en relación con los temas que se consideren apropiados para la futura labor de la Comisión²¹.

74. En su período de sesiones de 2013, la Comisión recalcó que “el factor principal por el que se debía guiar la Comisión al decidir si abordar un tema debía ser la medida en que un posible texto legislativo fomentaría el desarrollo del derecho mercantil internacional, tal como se había expresado en el mandato que la Asamblea General había encomendado a la CNUDMI”²². Aplicando sus consideraciones generales a la labor futura, la Comisión destacó en el contexto de encomendar un mandato al Grupo de Trabajo I la importancia de tratar “los obstáculos jurídicos que afectaban a las microempresas y las pequeñas y medianas empresas en todo su ciclo de vida, sobre todo a las de los países en desarrollo” (véanse, además, las secciones sobre las APP con pequeños operadores privados en la primera parte de este documento, y sobre las preferencias nacionales, más arriba)²³.

75. El Coloquio tal vez desee prestar asistencia a la Comisión en sus deliberaciones al exponer en su informe consideraciones de hecho pertinentes a estas cuestiones.

²¹ Véanse los documentos siguientes del 45º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2012: “Una orientación estratégica para la CNUDMI”, documento A/CN.9/752, párrs. 19 a 22, disponible en www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html y A/CN.9/752/Add.1, párr. 24 (disponible en la misma dirección), en los que se señala “la función y la pertinencia de la CNUDMI en el marco de las Naciones Unidas y en el contexto del comercio y las relaciones comerciales. La función y la pertinencia de la CNUDMI pueden evaluarse en función de la labor y de las prioridades de las Naciones Unidas, de las comunidades de donantes y de las prioridades de los diversos gobiernos. Hay elementos clave, como la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo (2005), e importantes cuestiones de gran relieve internacional, como el programa contra la corrupción, el desplome de los mercados financieros del mundo en 2008 y las situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, que determinarán las prioridades de esos órganos”. Véase también la sección IV.B (“Establecimiento de prioridades con respecto a las esferas temáticas”) en “Labor prevista y posible labor futura”, documento preparado para el 46º período de sesiones, celebrado en 2013, documento A/CN.9/774, disponible en www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/46th.html.

²² Informe del 46º período de sesiones, antes citado, párr. 297.

²³ *Ibid.*, párr. 321.