



Asamblea General

Distr. GENERAL
11 de agosto de 2000

ESPAÑOL
A/CN.9/SP.633
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

31º período de sesiones

ACTA RESUMIDA DE LA 633ª SESIÓN

Celebrada en la Sede, Nueva York,
el lunes 1º de junio de 1998, a las 15.00 horas

Presidente:

Sr. MALIZU

(Rumania)

SUMARIO

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones.

Las correcciones deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo. Dichas correcciones deberán presentarse en forma de memorando, y además incorporarse en un ejemplar del acta. Las correcciones deberán enviarse, dentro del plazo de una semana a contar de la fecha del presente documento al Jefe de la Sección de Edición de los Documentos Oficiales, oficina DC2-750, 2 United Nations Plaza.

Las correcciones que se introduzcan en las actas del presente período de sesiones se consolidarán en una

sola corrección que se publicará poco después de finalizar el período de sesiones.

Se declara abierta la sesión a las 15.10 horas

PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA (*continuación*) (A/CN.9/44 y Add. 1 a 5)

Observaciones generales a los proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (*continuación*) (A/CN.9/444)

1. El Sr. RESTREPO-URIBE (Colombia) dice que, pese a la complejidad de los temas tratados, es importante trabajar a partir de la valiosa labor realizada por la Secretaría al preparar los proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. La guía mejorará la eficacia de los gobiernos al planificar y ejecutar los proyectos y será de utilidad para las autoridades locales, que a menudo carecen de experiencia en la supervisión de proyectos de promoción.
2. La Sra. GUREYEVA (Federación de Rusia) dice que, si bien se trata de un tema complejo, delicado y relativamente nuevo, el objetivo principal de la Comisión debe ser concluir los proyectos de capítulo de la guía, que en una etapa posterior servirán de base para contratos modelo.
3. El Sr. LALLIOT (Francia) dice que tal vez el enfoque más adecuado no sea extraer disposiciones de la guía para emplearlas en contratos modelo. En primer lugar, es importante determinar si las disposiciones de la guía tendrán carácter vinculante o serán flexibles. Francia preferiría un enfoque más flexible que permitiera a los Estados mayor margen de actuación.
4. El Sr. OLIVENCIA RUIZ (España) reconoce las dificultades que plantean las diferencias conceptuales y terminológicas que existen entre las tradiciones internas de los Estados en el ámbito de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por ello, propone que se cree un grupo de trabajo para elaborar una serie de proyectos de disposición modelo, sobre las que la Comisión pueda adoptar una decisión en su próximo período de sesiones.
5. La Sra. GIOIA (Italia) dice que uno de los objetivos principales de la Comisión en su actual período de sesiones debe ser tratar de lograr un equilibrio entre el interés público en mantener el control de los proyectos de infraestructura y los intereses de las partes privadas que financian los proyectos, más preocupadas por la ejecución eficaz de éstos.
6. La Sra. SABO (Observadora del Canadá) apoya la propuesta del representante de España de crear un grupo de trabajo que siga examinando el proyecto de guía legislativa. La decisión de si en la guía deben figurar únicamente disposiciones modelo o disposiciones contractuales se adoptará si dicha decisión es necesaria y en el momento en que lo sea.
7. El Sr. ESTRELLA FARIA (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) señala a la atención de la Comisión la sugerencia que figura en el párrafo 31 del documento A/CN.9/444 de que la Comisión dedique los cinco primeros días del período de sesiones a debatir a fondo el proyecto de guía legislativa. Por ello, tal vez la Comisión desee examinar el proyecto de estructura de la guía, el concepto de los proyectos de capítulo y, en su caso, la conveniencia de formular recomendaciones legislativas en forma de disposiciones modelo a fin de ilustrar posibles soluciones legislativas para las cuestiones que se aborden en la guía.
8. El Sr. MARKUS (Observador de Suiza) dice que, ante las numerosas diferencias que existen en las legislaciones nacionales que regulan los proyectos de infraestructura con financiación privada, tal vez sería mejor concentrarse en la elaboración de un conjunto de principios fundamentales generales a los que los legisladores

nacionales puedan remitirse en lugar de elaborar disposiciones legislativas vinculantes. Además, será imposible que la Comisión concluya su labor a tiempo si trata de abarcar el gran número de cuestiones que se presentarían al redactar disposiciones contractuales.

9. El PRESIDENTE dice que parece haber acuerdo general en que el proyecto de guía deberá ser un instrumento flexible. El enfoque más constructivo para llevar a cabo el examen del proyecto de disposiciones sería seguir la sugerencia que figura en el informe del Secretario General (A/CN.9/444), al que acaba de referirse el representante de la Oficina de Asuntos Jurídicos, y comenzar a examinar la adición al informe del Secretario General en la que figura información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada (A/CN.9/444/Add.1).

10. *Así queda acordado.*

Párrafos 1 a 29

11. El Sr. GUISLAN (Observador del Banco Mundial) dice que podría acortarse la introducción si se omite el examen de la privatización de infraestructuras públicas y la explotación de recursos naturales que figura en los párrafos 5 a 7.

12. El Sr. WALLACE (Estados Unidos de América) dice que comparte en general la opinión que acaba de expresar el representante del Banco Mundial. La finalidad del proyecto de guía es la de ser un instrumento útil para los legisladores nacionales, pero no será fácil determinar su alcance.

13. El Sr. LALLIOT (Francia) dice que sería más exacto utilizar un término más amplio y más genérico como el de “*collectivité publique*” (organismo público) o “*personne publique*” (persona pública) en lugar de “*Etat*” (Estado), ya que también puede adjudicar contratos otras personas jurídicas que no sean el Estado. Además, el término “*exploitant privé*” (empresa gestora privada) será aceptable sólo si en el texto figuran referencias a otros tipos de explotadores, que no es el caso. Por tanto, tal vez será mejor omitir el adjetivo “privado”. En el análisis del régimen de la explotación, es importante distinguir entre la descripción de una actividad y la descripción del organismo que lleva a cabo dicha actividad. Finalmente, en el párrafo 28, el término inglés “*procurement*” (contratación pública) se refleja mejor con el término francés “*passation de contrats*” que con el de “*passation de marchés*”. También parece inadecuado el término “*adjudication*” (adjudicación) que aparece en el mismo párrafo.

14. La Sra. ALLEN (Reino Unido) dice que la definición de “*turnkey contrat*” (contrato llave en mano) que figura en el párrafo 29 debería modificarse para distinguir entre esos contratos y los “*project management agreements*” (acuerdos de gestión del proyecto).

15. El Sr. LAMBERTZ (Observador de Suecia), como cuestión de orden, pregunta si la Secretaría se encargará de realizar las modificaciones correspondientes de acuerdo con las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión, y si la Comisión adoptará decisiones sobre la base del debate general.

16. Está de acuerdo en que un texto excesivamente voluminoso sería abrumador y en que sólo deben mantenerse los aspectos más destacados.

17. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión decida las cuestiones relativas a los principios y la Secretaría se encargue de las cuestiones técnicas. Es importante que los miembros de la Comisión tengan la oportunidad de intercambiar opiniones sobre cuestiones de principio.

18. El Sr. KOVAR (Estados Unidos de América) dice que, en aras de la claridad y la sencillez, la Secretaría, en consulta con los expertos correspondientes, podría estudiar otras formas de presentar las definiciones que figuran en los párrafos 8 a 29.

19. Sugiere asimismo que se introduzcan los conceptos de “*developer*” (promotor) y “*sponsor*” (patrocinador). Su delegación presentará una propuesta para la definición de estos términos.

20. La Sra. NIKANJAM (República Islámica del Irán) dice que, aparte de que es confuso situar el apartado correspondiente a la terminología al principio de la guía, algunas expresiones son más bien vagas. Sugiere que se lleven a cabo modificaciones, de forma que el texto quede muy claro.

21. EL Sr. CHOUKRI (Observador de Marruecos) señala una aparente contradicción entre la primera oración del párrafo 7 del documento A/CN.9/444/Add.1 y la tercer oración del párrafo 2 del documento A/CN.9/438/Add.1, ambas referentes al alcance de la guía. Se pregunta si ha habido un cambio en el enfoque de la Comisión, y pregunta qué relación existe entre la privatización y la explotación de recursos naturales. Sería preferible suprimir el párrafo 7.

22. El Sr. ESTRELLA FARIA (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional), en respuesta a las observaciones formuladas por el Observador de Marruecos, se refiere al párrafo 240 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 30º período de sesiones (A/52/17), en el que se expresa el apoyo de la Comisión a la idea de que no debían tratarse transacciones de “privatización” de bienes públicos mediante la venta al sector privado de esos bienes o de acciones de empresas de propiedad pública. No ha habido cambio alguno desde que se debatió el proyecto en 1997.

23. Con respecto al empleo del término “concesión”, dice que se utiliza a menudo en muchos ordenamientos jurídicos y que se ha considerado adecuado incluir dicho concepto en el párrafo 7. No obstante, si los miembros de la Comisión entienden que el actual proyecto es demasiado largo, la Secretaría tendrá en cuenta sus observaciones cuando prepare la versión revisada.

24. El Sr. AL-ZEAD (Observador de Kuwait), en referencia al párrafo 14, pide que se aclare la subcontratación de concesiones.

25. El Sr. ESTRELLA FARIA (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que en el documento A/CN.9/444/Add.5 figuran secciones en las que se responde plenamente a la cuestión planteada por el representante de Kuwait.

26. El Sr. LIU Yang (China) señala que la definición de “CET” se encuentra en el párrafo 17 y no en el 16 como se dice en el párrafo 20.

Párrafos 30 a 43

27. El Sr. CARNEGIE (Caribbean Law Institute Centre) dice que aunque la expresión “fuente extranjera de capital” se examina con posterioridad en el texto, se trata de un tema que tiene suficiente importancia para merecer su inclusión en la información de antecedentes que figura en la sección B.

28. El Sr. PÉREZ (Colombia) dice que parte de la información que figura en los párrafos 31 a 34 podría incluirse en la parte anterior del texto sobre finalidad y alcance de la guía, y que podrían suprimirse los antecedentes históricos de los proyectos que se están examinando.

29. El Sr. LALLIOT (Francia) dice que, por el contrario, él opina que las referencias históricas recordarán a los lectores los fundamentos teóricos de los conceptos y términos correspondientes.

30. El Sr. GUISLAIN (Observador del Banco Mundial) está de acuerdo con el representante de Francia, y pone de manifiesto que los legisladores olvidan a menudo que la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras y servicios no es un fenómeno nuevo.

31. El Sr. RESTREPO-URIBE (Colombia) dice que su delegación no subestima el valor de la tarea realizada por la Secretaría al tratar de condensar los aspectos históricos de la guía legislativa. Sería más adecuado situar dichas referencias históricas en la introducción en lugar de hacerlo en la parte sustantiva del texto.

32. La Sra. NIKANJAM (República Islámica del Irán) dice que no hay necesidad de incluir antecedentes históricos sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Párrafos 44 a 61

33. El Sr. CHOUKRI (Observador de Marruecos) dice que el empleo del término “comercial” en el párrafo 46 es confuso, ya que todos los proyectos son comerciales desde el punto de vista de los bancos.

34. Agradece a la Secretaría la atención especial prestada a las instituciones financieras islámicas, a las que han dedicado el párrafo 53. No obstante, la última oración de dicho párrafo suscita la inquietud de que dichas instituciones puedan destacarse por llevar a cabo un examen especialmente exhaustivo. Por tanto, sugiere que se suprima la última frase.

35. El Sr. RENGER (Alemania) dice que desea sugerir que se añada la expresión “y los accionistas del proyecto” tras el término “prestatario” en la penúltima oración del párrafo 48.

36. En el párrafo 50 debe señalarse que los inversionistas institucionales exigen con frecuencia a los prestatarios solvencia crediticia.

37. La Sra. ALLEN (Reino Unido) sugiere que se haga referencia a los servicios de crédito a la exportación en el párrafo 56 y en el 57.

38. El Sr. LIU Yang (China) dice que en los párrafos 48 y 49 se insiste demasiado en los créditos preferentes, ya que el derecho interno de algunos países no existe este tipo de créditos, ni siquiera en el caso de que se trate de créditos garantizados.

39. El Sr. GUISLAIN (Observador del Banco Mundial) dice que en el párrafo 44 debe figurar una definición más exacta de los proyectos mixtos (o semiprivados), o bien se debe suprimir la referencia a dichos proyectos.

40. En cuanto al apartado 3 d), es importante que se incluya una referencia concreta a las acciones como forma de financiación en el mercado de capitales.

41. En el párrafo 54, debe incluirse el asesoramiento como uno de los elementos de la función que desempeñan las instituciones financieras internacionales.

42. El Sr. SHANKS (Estados Unidos de América) dice que el concepto de financiación ilimitada de recursos debe figurar con anterioridad, en la sección B.3 e insistir más en dicho concepto. También debe hacerse referencia a la importancia de la financiación en el mercado de capitales y a la financiación con capital local de

proyectos de infraestructura. Coincide también con las observaciones del representante del Reino Unido acerca de la referencia a los servicios de crédito a la exportación.

43. El Sr. LALLIOT (Francia) dice que las referencias a la “etapa de explotación” del proyecto deben trasladarse al final del apartado 4), es decir justo antes del examen de las etapas de la ejecución del apartado 5.

44. En cuanto al párrafo 48, duda que su redacción sea compatible con el derecho francés, en el que se establece el principio de que no puede privarse a ninguna entidad pública de todos sus bienes.

45. El Sr. ESTRELLA FARIA (Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional) dice que la cuestión planteada por Francia se tiene en cuenta en otra parte de la guía. No obstante, para abordar dicha objeción puede añadirse a la frase del párrafo 48 que se refiere al empleo de promesas de no constituir gravámenes, la oración “en la medida en que lo permita la legislación del país anfitrión”.

46. La Sra. GÜRAY (Observadora de Turquía) sugiere que se añada la expresión “garantías parciales” tras el término “garantías” en la segunda línea del párrafo 54.

47. El Sr. OLIVENCIA RUIZ (España) dice que el término que se emplea en el párrafo 45 para referirse a los proveedores de capital social debe ser suficientemente amplio para incluir a todos los proveedores, que no son necesariamente consorcios o compañías.

48. El Sr. AL-ZEAD (Observador de Kuwait) sugiere que se emplee en el párrafo 50 la expresión “instituciones de seguros” en lugar de “compañías de seguros”.

Se suspende la sesión a las 17.00 horas y se reanuda a las 17.25 horas

Párrafos 62 a 92

49. La Sra. ALLEN (Reino Unido) dice, refiriéndose al párrafo 87, que en su país en los métodos de remuneración de los contratistas pueden existir dos o incluso tres vías de remuneración: en función de la disponibilidad, de los servicios y, a veces, en función de la cantidad.

50. Con respecto al párrafo 89, señala que en el Reino Unido las compañías de seguros están ofreciendo en la actualidad paquetes totalmente integrados de seguros para proyectos, lo que disminuye el riesgo de que las pólizas de seguros no cubran todos los imprevistos y reduce los costos generales del proyecto.

51. El Sr. OLIVENCIA RUÍZ (España), dentro de los párrafos 68 a 71 que figuran bajo el encabezamiento “la compañía del proyecto y sus accionistas”, se refiere a la observación que ha formulado anteriormente acerca de una terminología excesivamente restrictiva con respecto a los tipos de entidades que pueden llevar a cabo proyectos. Las entidades que llevan a cabo proyectos pueden ser consorcios de uno u otro tipo con miembros que se encuentren en diversas situaciones jurídicas, o bien uniones temporales de empresas que participen en un proyecto concreto.

52. También discrepa de la inclusión de la referencia a los accionistas y dice que dicha referencia debe ser a los miembros o participantes de los consorcios.

53. El Sr. LALLIOT (Francia) expresa su pleno apoyo a las observaciones del orador anterior, y señala a la atención un concepto del párrafo 66 que podría plantear problemas al menos para los miembros de la Unión Europea. La oración “la autoridad del país anfitrión puede tener también interés en crear oportunidades de

empleo para los trabajadores locales.” contraviene el artículo 6 del Tratado de Roma que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad. El problema se puede resolver añadiendo un matiz: “... con sujeción a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional”.

54. El Sr. GUISLAIN (Observador del Banco Mundial) dice que el párrafo 66 plantea la cuestión importante de cuáles pueden ser los objetivos del gobierno anfitrión para querer que el sector privado participe y que, la primera oración, en la que se hace referencia al objetivo de obtener infraestructura de alta calidad que beneficie a la economía al prestar servicios necesarios, es, al menos, tan buena como cualquier otra definición. No obstante, coincide con el orador anterior en que la segunda oración del párrafo 66 puede crear problemas, y añade que un contrato de infraestructura con financiación privada no es la mejor forma de crear empleo o de transferir terminología avanzada. El objetivo principal debe ser la creación de una buena infraestructura, y cuanto más simple sea la tecnología mejor. Por ello, debe suprimirse la segunda oración y sustituirse, en algún lugar de la guía, por un texto que centre la atención de los gobiernos en la razón por la que desean un proyecto concreto e instarles a que se aseguren de que sus objetivos se obtienen mediante la legislación que aprueben y los contratos que celebren.

55. Cree que en el párrafo 68, en comparación con el párrafo 86, se insiste demasiado en empresas de construcción pesada. *Eurotunnel* y otras experiencias han demostrado que este no es el punto exacto en el que debe insistirse: como en el caso anterior, el objetivo es la prestación de servicios, y las empresas de construcción en su calidad de concesionarias no son las primeras en las que se piensa en este contexto. Por ello, se debe instar a los gobiernos a que elijan con empresas con experiencia en la prestación de servicios en lugar de en el ámbito de la construcción, y con antecedentes sólidos de eficiencia y eficacia, que a su vez contraten a contratistas, y así sucesivamente.

56. En el proyecto de capítulos hay numerosas referencias, implícitas y explícitas, a los peligros del conflicto de intereses que no deben subestimarse.

57. Refiriéndose al párrafo 91, advierte sobre la confianza en los bancos de negocios para los análisis de los aspectos económicos de un proyecto o aspectos importantes de la estructura del sector y la competencia. Si bien dichos análisis son fundamentales en el ámbito de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la remuneración para los bancos de negocios depende de la envergadura de la operación; para el país en cuestión, no necesariamente son mejores mayores cantidades de dinero, sino buenos servicios en un ambiente competitivo.

58. El Sr. RENGER (Alemania) dice que si la Comisión desea acortar el documento A/CN.9/444/Add.1, la parte que claramente debe suprimirse es el apartado B.4, “Partes que intervienen en proyectos de infraestructura”, ya que muchas de las partes ya se mencionan en la sección B.3 y cabe en cierta medida la fusión.

59. En el párrafo 77 se examinan las formas en que los prestamistas pueden protegerse de los riesgos, incluidos los riesgos previos a la terminación de las obras. A ese respecto, se mencionan las garantías previas a la terminación de las obras, si bien algunos prestamistas no están dispuestos a correr en absoluto con ningún riesgo previo a la terminación de las obras.

60. En el párrafo 89, relativo a las compañías de seguros, no se mencionan las compañías de reaseguros a pesar de que el reaseguro es muy importante en el mercado internacional para muchos de los participantes en proyectos.

61. En el párrafo 90, sobre la función de los expertos y asesores independientes, debe mencionarse también esta función al referirse a los prestamistas, que con frecuencia solicitan los servicios de ingenieros y asesores

en materia de seguros.

62. El Sr. CHOUKRI (Observador de Marruecos) manifiesta su acuerdo con el representante de España en el sentido de que no es necesario hacer referencia a los accionistas en el enunciado que precede al párrafo 68. Desea abundar en la observación que ha hecho el representante de España de que los participantes en los proyectos pueden encontrarse en diferentes situaciones jurídicas: un participante puede ser una sociedad de responsabilidad limitada que no emite acciones. Asimismo, los accionistas sólo se reúnen una o dos veces al año con carácter anual o extraordinario, mientras que la dirección está al frente permanentemente; los accionistas buscan una combinación de resultados buenos e inmediatos y seguridad, mientras que la dirección participa de manera inmediata en los proyectos de la empresa, algunos de los cuales pueden durar años; y la intervención del accionista en un proyecto particular es tanto más remota con respecto a los demás proyectos que lleva a cabo una empresa.

63. Por tanto, deben eliminarse todas las referencias a los accionistas, al igual que la totalidad del párrafo 69.

64. La Sra. GUILLEN (Venezuela), refiriéndose al párrafo 65, dice que en la versión española, en la penúltima línea, debe sustituirse la oración “que a la autoridad” por “que la autoridad comisione o delegue”.

65. El Sr. LALLIOT (Francia) apoya las observaciones y conclusiones del observador de Marruecos.

66. Se hace cargo de las observaciones del representante del Banco Mundial acerca de la transferencia de tecnología avanzada a la que se refiere el párrafo 66; no obstante, en lugar de suprimir la segunda oración del párrafo, sería preferible utilizar un lenguaje más matizado que fomente la transferencia de tecnología.

67. Le parecen objetables las observaciones del representante del Banco Mundial con respecto a *Eurotunnel* y le pide que aclare si su intención era decir algo acerca de la transferencia de tecnología. Recuerda que en *Eurotunnel* participó una concesión cuatripartita, entre Francia, el Reino Unido y dos concesionarios principales, uno del Reino Unido y otro de Francia. Nunca hubo problema alguno de transferencia de tecnología. Que él sepa, en *Eurotunnel* no hubo ningún problema.

68. El Sr. GUISLAIN (Observador del Banco Mundial) contesta que mencionó *Eurotunnel* al referirse a la participación en proyectos de empresas gestoras en lugar de empresas de construcción: los gobiernos deben seleccionar compañías que puedan prestar servicios a un precio y calidad concretos. *Eurotunnel*, si bien fue ejemplar desde el punto de vista técnico, no constituyó un gran éxito comercial.

69. Su observación acerca de la transferencia de tecnología se refirió específicamente a la transferencia de tecnología avanzada: la prioridad de la prestación de servicios públicos no es la tecnología utilizada, ni siquiera el número de puestos de trabajo creados, sino la obtención de un servicio adecuado a un precio adecuado. Éste debe ser el objetivo de los gobiernos.

70. El Sr. LALLIOT (Francia), en respuesta a la declaración del orador anterior, dice que representó al Gobierno de Francia en organismos de supervisión encargados de proyectos conjuntos del Reino Unido y Francia, y en concreto en *Eurotunnel*; el proyecto fue técnicamente impecable, así como su gestión comercial y la elección de los concesionarios. No ve en qué se basa el representante del Banco Mundial para formular sus observaciones: el orador puede facilitarle los últimos estados financieros de los concesionarios, que demuestran que la reestructuración financiera fue posible gracias a que las perspectivas comerciales de *Eurotunnel* son verdaderamente muy buenas. Además, si realmente hay algún punto que discutir, sería de la incumbencia de Francia y del Reino Unido, y no del Banco Mundial.

71. La Sra. MUSOLINO (Australia), refiriéndose a la observación del representante de Francia acerca del párrafo 66 relativo al empleo de mano de obra local en contraposición al principio de no discriminación, señala que la prohibición de la discriminación entre nacionales de determinados países no se limita únicamente a la Unión Europea: otros países están vinculados por acuerdos bilaterales o multilaterales de carácter similar. Sugiere que se trate esta cuestión en la sección A.1 del documento, bajo el encabezamiento “Finalidad y alcance de la Guía”, en un párrafo en el que se diga que, en las obligaciones bilaterales y multilaterales existentes o futuras, puede haber solapamiento con algunas de las cuestiones que se examinan con posteridad en el documento.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas