



# Asamblea General

Distr. general  
25 de octubre de 2001  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

35° período de sesiones  
Nueva York, 10 a 28 de junio de 2002

### Informe del Grupo de Trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada acerca de la labor de su cuarto período de sesiones

(Viena, 24 a 28 de septiembre de 2001)

#### Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-7	2
II. Deliberaciones y decisiones .....	8-9	2
III. Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada .....	10-180	2
A. Observaciones generales .....	10-17	2
B. Examen de las cuestiones que podrían ser objeto de un proyecto de disposiciones legales modelo inspiradas en las recomendaciones legislativas enunciadas en la Guía Legislativa .....	18-174	4
C. Relación entre el proyecto de disposiciones legales modelo y la Guía Legislativa .....	175-180	25

## I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) corresponde al cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (anteriormente denominado Grupo de Trabajo sobre los plazos y la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías).

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su cuarto período de sesiones en Viena del 24 al 28 de septiembre de 2001. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras, Hungría, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Marruecos y Suecia.

3. Asistieron al período de sesiones en calidad de observadores los siguientes Estados: Arabia Saudita, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Líbano, Namibia, Nigeria, Pakistán, Portugal, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, Turquía y Venezuela.

4. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y *Southeast European Cooperative Initiative*.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

*Presidente:* Tore Wiwen-Nilsson (Suecia)

*Relator:* Judit Kónia (Hungría).

6. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.I/WP.27); la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, con miras a eventualmente utilizar las recomendaciones legislativas que allí figuran como base de sus deliberaciones, y el informe sobre el Coloquio titulado “Infraestructura con

financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica”, celebrado en Viena del 2 al 4 de julio de 2001 (A/CN.9/488: véase el párrafo 13 *infra*).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:

1. Apertura del período de sesiones
2. Elección de la Mesa
3. Aprobación del programa
4. Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada
5. Otros asuntos
6. Aprobación del informe.

## II. Deliberaciones y decisiones

8. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo inició su labor de preparación de un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada, de conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001)<sup>1</sup>

9. Se pidió a la Secretaría que preparara un juego de proyectos de disposiciones legales modelo en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, basándose en esas deliberaciones y decisiones, a fin de presentarlo al Grupo de Trabajo en su quinto período de sesiones (Viena, 9 a 13 de septiembre de 2002)<sup>2</sup> para su examen y deliberación ulterior.

## III. Posible adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

### A. Observaciones Generales

10. En su 33º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 12 de junio al 7 de julio de 2000, la Comisión aprobó la Guía Legislativa de la CNUDMI

sobre proyectos de infraestructura con financiación privada compuesta de recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add.9), con las enmiendas aprobadas por la Comisión en ese período de sesiones y las notas de las recomendaciones legislativas (A/CN.9/471/Add. 1 a 8), a la que se autorizó a la Secretaría a dar punto final teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión<sup>3</sup>. En el tiempo transcurrido desde entonces se ha publicado la Guía Legislativa en todos los idiomas oficiales.

11. En el mismo período de sesiones la Comisión examinó también una propuesta referente a una labor complementaria futura en la materia. Se opinó que si bien la Guía Legislativa constituiría una referencia útil para los legisladores nacionales en la creación de un marco legislativo favorable a la inversión privada en infraestructura pública, de todos modos sería conveniente que la Comisión formulara directrices más concretas, en forma de disposiciones legales modelo o, incluso, de ley modelo dedicada a cuestiones concretas<sup>4</sup>.

12. Después de examinar esa propuesta, la Comisión decidió que la cuestión de la conveniencia y viabilidad de preparar una ley modelo o disposiciones legales modelo sobre determinadas cuestiones previstas en la Guía Legislativa debería ser estudiada por la Comisión en su 34<sup>o</sup> período de sesiones. A fin de prestar asistencia a la Comisión para que pudiera adoptar una decisión bien motivada sobre la cuestión, se pidió a la Secretaría que organizara un Coloquio, en colaboración con otras organizaciones internacionales o instituciones financieras internacionales interesadas, a fin de dar a conocer la Guía<sup>5</sup>.

13. Se organizó un Coloquio sobre el tema de la infraestructura con financiación privada: marco jurídico y asistencia técnica, con el patrocinio y la asistencia del *Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF)*, un fondo de asistencia técnica de donantes múltiples que tiene por objeto ayudar a los países en desarrollo a mejorar la calidad de su infraestructura mediante la participación del sector privado. El Coloquio se celebró en Viena del 2 al 4 de julio de 2001.

14. En su 34<sup>o</sup> período de sesiones, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los resultados del Coloquio, que se resumen en una nota de la Secretaría (A/CN.9/488), y convino en que las Naciones Unidas publicaran las actas del Coloquio. La Comisión

recomendó además a la Secretaría que emprendiera actividades en coordinación con otras organizaciones para dar a conocer mejor la Guía Legislativa.

15. Se escucharon diversos pareceres sobre la conveniencia y viabilidad de una labor ulterior de la Comisión en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada.

16. Predominó el parecer de que había una gran demanda particularmente en los países en desarrollo y en los países con economías en transición, de normas legales modelo que impartieran una orientación más precisa al respecto. En este sentido se sugirió utilizar la Guía Legislativa para preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas que resolvieran algunas de las cuestiones sustantivas examinadas en la Guía. Se señaló que, si bien la Guía era en sí misma un instrumento valioso para orientar al legislador nacional en la tarea de promulgar o revisar su propia normativa legal en la materia, esa tarea se vería notablemente simplificada por la existencia de un juego de disposiciones legales modelo. Se observó asimismo que si se acometía esa labor complementaria sin demoras, se podría aprovechar el abundante e importante bagaje de pericia técnica adquirida durante el proceso de elaboración que culminó con la aprobación de la Guía, lo que facilitaría la eficaz conclusión de esa labor en un lapso razonable de tiempo. Por último, se señaló que no era incoherente emprender esta labor complementaria, por un lado y, por otro, procurar dar a conocer y difundir la Guía Legislativa.

17. Tras examinar las diferentes opiniones que se expresaron, la Comisión convino en que se confiara a un grupo de trabajo la tarea de preparar un cuerpo de disposiciones legales modelo básicas sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. La Comisión estimó que, para que la labor complementaria sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada pudiera concluirse en un plazo razonable, era indispensable seleccionar un tema concreto entre las numerosas cuestiones abordadas en la Guía Legislativa. En consecuencia, se acordó que el primer período de sesiones de ese grupo de trabajo se dedicara a concretar las cuestiones sobre las que cabría formular disposiciones legales modelo, posiblemente destinadas a convertirse en una adición a la Guía Legislativa<sup>6</sup>.

## **B. Examen de las cuestiones que podrían ser objeto de un proyecto de disposiciones legales modelo inspiradas en las recomendaciones legislativas enunciadas en la Guía Legislativa**

18. El Grupo de Trabajo observó que la finalidad de su labor era dar curso a las recomendaciones legislativas que figuraban en la Guía Legislativa con miras a impartir orientaciones más precisas en forma de disposiciones legales modelo sobre cuestiones concretas, prestándose tal vez mayor atención al capítulo III, "Selección del concesionario". Por lo tanto, la primera tarea del Grupo de Trabajo era determinar las cuestiones respecto de las cuales esas orientaciones resultarían provechosas.

19. El Grupo de Trabajo escuchó varias sugerencias de temas que sería conveniente abordar en las disposiciones legales modelo, incluidos los siguientes: poderes requeridos para otorgar concesiones en el país anfitrión; índole de la concesión (es decir, si es a título exclusivo o no) y su duración; medidas tendientes a lograr una coordinación administrativa eficaz entre los diversos organismos públicos interesados; procedimientos de selección del concesionario; potestad para proporcionar apoyo o garantías públicas al proyecto; disposiciones clave referentes a la etapa de construcción y a la etapa operacional del proyecto; disposiciones destinadas a eliminar todo obstáculo legal eventual para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada; disposiciones destinadas a facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura; mecanismos de solución de controversias para las diversas fases del proyecto; régimen legal de los acuerdos de proyecto, incluida la cuestión relativa a la rama del derecho interno del país anfitrión por la que se regirá el acuerdo (es decir, si será el derecho administrativo o el régimen legal general de los contratos); duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto, incluidos los arreglos de indemnización.

20. Se sugirió que, al estudiar las cuestiones sobre las que se prepararían disposiciones legales modelo, el Grupo de Trabajo evitara formular disposiciones que prescribieran cuál había de ser el contenido del acuerdo de proyecto. Más bien, el objetivo primordial del Grupo de Trabajo debía ser formular disposiciones legales modelo que permitan recurrir a la financiación

privada para el desarrollo de infraestructuras sin que sean demasiado prescriptivas con respecto a los arreglos contractuales entre las diversas partes interesadas.

21. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esas sugerencias y observaciones. Se señaló que en su mayor parte esas cuestiones ya habían sido tratadas en la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que debía utilizar las recomendaciones legislativas como base de sus deliberaciones. También estuvo de acuerdo en comenzar su tarea por las recomendaciones relativas a la selección del concesionario, para pasar luego a las demás cuestiones tratadas en la Guía.

## **Capítulo III. Selección del concesionario**

### **Consideraciones generales**

#### *Recomendación 14*

22. El texto de la recomendación dice:

“La ley debe prever un proceso para la selección del concesionario que esté basado en procedimientos competitivos, transparentes y eficaces adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.”

23. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que convendría formular una disposición legal modelo que enunciara los principios generales que deberían regir el proceso encaminado a la selección del concesionario. La cuestión de si se requería una disposición sustantiva a ese respecto, o si se debía expresar la idea en un párrafo del preámbulo de la disposición legal modelo, era una cuestión a la que el Grupo de Trabajo decidió regresar en una etapa posterior, una vez que la Secretaría hubiese preparado el proyecto inicial.

24. A modo de observación general, se señaló que el capítulo III de la Guía Legislativa enunciaba una extensa serie de recomendaciones legislativas, con observaciones detalladas sobre ellas. A ese respecto, se preguntó si se recomendaba que el país anfitrión regulara en una norma legal especial los procedimientos de selección del concesionario y, en ese caso, cuál sería la relación entre esa norma y el régimen legal general de la contratación pública.

25. En respuesta, se señaló que la finalidad de las recomendaciones legislativas era ayudar al país anfitrión a elaborar un régimen especial adaptado a la selección del concesionario. Las recomendaciones respondían a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada y diferían en muchos aspectos de la normativa propia de un régimen general de la contratación pública, como el enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (“Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública”). Las recomendaciones legislativas no estaban destinadas ni a sustituir ni a reproducir el régimen general de la contratación pública, y correspondía a cada país anfitrión decidir la forma en que podían aplicarse mejor. Por ejemplo, un Estado podría optar entre promulgar una ley o un reglamento especial relativo a la selección del concesionario, o incorporar esa cuestión al régimen general de los proyectos de infraestructura con financiación privada, con remisiones pertinentes a toda norma legal que tratase de otras cuestiones no incluidas en las recomendaciones (como los arreglos administrativos y prácticos para llevar adelante el procedimiento de selección).

26. A ese respecto, se sugirió que el Grupo de Trabajo tal vez debiera examinar cuidadosamente la relación entre las disposiciones modelo sobre los procedimientos de selección y el régimen de la contratación pública en general en el país anfitrión. El Grupo de Trabajo debería tener en cuenta dos aspectos.

27. El primero era el hecho de que la recomendación legislativa 14 partía del supuesto de que en el país anfitrión existía un marco general para la contratación pública que preveía procedimientos competitivos eficaces y transparentes en una forma que satisfacía las normas establecidas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se invitó al Grupo de Trabajo a que, a su debido tiempo, examinara la forma en que las disposiciones legales modelo que se prepararan abordarían las necesidades de los países que no disponían de tal marco general.

28. El segundo aspecto que se señaló a la atención del Grupo de Trabajo se refería a la índole peculiar del procedimiento de selección requerido para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se señaló que la experiencia en el ámbito internacional había dejado entrever ciertas limitaciones de las formas

tradicionales de selección competitiva, como el método de la licitación, cuando se aplicaban a la concesión de proyectos de infraestructura con financiación privada. Las disposiciones legales modelo que había de elaborar el Grupo de Trabajo debían poner en claro la índole peculiar del procedimiento de selección de que habrían de ocuparse.

### **Preselección de los ofertantes**

29. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

#### *Recomendación 15*

“Los ofertantes deben demostrar que cumplen los criterios de preselección que la autoridad contratante considere apropiados para el proyecto de que se trate y que disponen de:

a) Las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos humanos, el equipo y otros medios físicos necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto, desde el diseño y la construcción hasta la explotación y el mantenimiento;

b) Medios suficientes para gestionar los aspectos financieros del proyecto y para cumplir los requisitos financieros de las fases de diseño, construcción y explotación del proyecto;

c) Capacidad apropiada de gestión y organización, fiabilidad y experiencia, especialmente experiencia previa en la explotación de infraestructuras públicas.”

#### *Recomendación 16*

“Debe autorizarse a los ofertantes para formar consorcios con miras a presentar propuestas, pero sin que ningún miembro de un consorcio preseleccionado pueda participar, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio ofertante.”

#### *Recomendación 17*

“La autoridad contratante debe preparar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se

invitará a presentar propuestas una vez concluida la fase de preselección.”

30. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que recogiera el contenido de la recomendación 15.

31. Según una de las opiniones expresadas con respecto a las recomendaciones 16 y 17, se trataba de disposiciones de carácter operativo que no era necesario regular en forma de disposiciones legales modelo.

32. Frente a esta opinión se argumentó que la preselección era una fase crucial del proceso de selección del concesionario para proyectos de infraestructura con financiación privada y que, por consiguiente, debería prepararse un juego de disposiciones legales modelo al respecto. En una observación de carácter general se dijo que el Grupo de Trabajo debería tratar de preparar un texto completo y detallado al servicio del legislador y de toda autoridad o entidad pública interesada, y que constituya un instrumento autónomo o suficiente para promulgar un nuevo régimen legal o revisar el ya existente en materia de infraestructuras con financiación privada. En consecuencia, se convino en que toda disposición que se considerara indispensable para cumplir los objetivos de los proyectos de infraestructura con financiación privada tenía que figurar en el proyecto de texto. No obstante, el Grupo de Trabajo estimó necesario abstenerse de regular, en las disposiciones legales modelo, detalles innecesarios que pudieran restar flexibilidad a su texto.

33. Con respecto a la recomendación 16, se expresó la opinión de que la presentación de ofertas por consorcios no podía regularse en una única disposición, ya que había que hacer distinciones en función de los tipos de proyectos. Esta opinión no recibió apoyo, por considerarse que las disposiciones legales modelo debían regular los proyectos de infraestructura con financiación privada desde una perspectiva general, conforme al criterio seguido en la Guía Legislativa.

34. Con respecto a la recomendación 17, recibió un amplio apoyo la sugerencia de que la breve lista de ofertantes preseleccionados fuera publicada y notificada a todas las partes interesadas que aspiraran a figurar entre los ofertantes preseleccionados. Muchos delegados compartieron la opinión de que publicando

la lista se daría una mayor transparencia al proceso, sin perjuicio de que los Estados promulgantes pudieran regular la cuestión de la publicación en una ley, y no en reglamentos. Se recordó que la notificación de todas las partes que hayan presentado una solicitud de precalificación ya estaba prevista en el párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

## **Procedimiento para la solicitud de propuestas**

### **Solicitud de propuestas en una y en dos etapas**

#### *Recomendación 18*

35. El texto de la recomendación dice:

“Una vez concluido el procedimiento de preselección, la autoridad contratante deberá invitar a los ofertantes preseleccionados a que presenten sus propuestas definitivas.”

36. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

#### *Recomendación 19*

37. El texto de la recomendación dice:

“No obstante lo anteriormente recomendado, la autoridad contratante podrá recurrir a un procedimiento en dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular el pliego de condiciones o de indicadores de ejecución y las cláusulas contractuales del proyecto con el detalle y la precisión requeridos para la formulación de propuestas definitivas. Cuando se recurra a un procedimiento en dos etapas, se seguirán las siguientes disposiciones:

a) La autoridad contratante invitará en primer lugar a los ofertantes preseleccionados a presentar propuestas relativas al pliego de condiciones y demás características del proyecto, así como a las cláusulas contractuales propuestas;

b) La autoridad contratante podrá convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas;

c) Tras examinar las propuestas recibidas, la autoridad contratante podrá examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales y las condiciones contractuales del proyecto antes de publicar su solicitud definitiva de propuestas.”

38. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que recogiera el contenido de esta recomendación legislativa.

### **Contenido de la solicitud definitiva de propuestas**

#### *Recomendación 20*

39. El texto de la recomendación dice:

“En la solicitud definitiva de propuestas debe figurar al menos lo siguiente:

a) La información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;

b) El pliego de condiciones del proyecto y los indicadores de ejecución pertinentes, incluidas las exigencias de la autoridad contratante en materia de normas de seguridad y de protección del medio ambiente;

c) Las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante;

d) Los criterios para evaluar las propuestas, el coeficiente de ponderación que debe asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.”

40. Se observó que era crucial disponer que en la solicitud definitiva de propuestas deberán figurar las cláusulas y condiciones del contrato ofrecido por la autoridad contratante, tal como dispone el apartado c) de la recomendación 20, y que, por lo tanto, debía mantenerse esta disposición en el texto.

### **Aclaraciones y modificaciones**

#### *Recomendación 21*

41. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante podrá, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de

un ofertante, modificar su solicitud definitiva de propuestas emitiendo un documento complementario con una antelación razonable al término del plazo para la presentación de propuestas.”

42. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

### **Criterios de valoración**

#### *Recomendación 22*

43. El texto de la recomendación dice:

“Los criterios para la evaluación y comparación de las propuestas técnicas deben referirse a la idoneidad de la oferta presentada para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, y concretamente a:

a) Su solvencia técnica;

b) Su viabilidad funcional;

c) La calidad de los servicios y la suficiencia de las medidas que aseguren su continuidad;

d) El potencial de desarrollo socioeconómico inherente a la oferta presentada.”

#### *Recomendación 23*

44. El texto de la recomendación dice:

“Para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales cabe utilizar, según proceda, los siguientes criterios:

a) El valor actual de los peajes, del precio unitario o de otros derechos que se vayan a cobrar durante el período de la concesión;

b) El valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante;

c) El costo de las actividades de diseño y construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual de las inversiones en capital y de los gastos de explotación y mantenimiento;

d) El respaldo público financiero que se solicite;

e) La solidez de los arreglos financieros propuestos;

f) La conformidad de la propuesta con las condiciones contractuales enunciadas en la solicitud.”

45. El Grupo de Trabajo examinó el vínculo funcional entre los criterios de valoración relativos a los aspectos no financieros, que figuran en la recomendación 22, y los criterios relativos a los aspectos financieros, enunciados en la recomendación 23.

46. Según una de las opiniones, las disposiciones legales modelo deberían recomendar que no se atribuyera demasiado valor a los aspectos financieros de una propuesta, como sería el precio, en detrimento de los aspectos no financieros, por no ser éste el mejor enfoque para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Según otra opinión similar, convendría que en las disposiciones legales modelo se especificara que los criterios relacionados con el precio sólo podrán tenerse en cuenta una vez evaluados los aspectos no financieros de las propuestas.

47. Frente a este argumento, se señaló que en las notas que complementan la Guía Legislativa ya se había examinado exhaustivamente la cuestión de la importancia relativa que había que dar a los criterios financieros con respecto a los aspectos no financieros. Se señaló además que no sería apropiado regular por vía legal la jerarquía entre los criterios de valoración. A este respecto, se recordó asimismo que el Grupo de Trabajo no tenía por mandato revisar las decisiones de política general en que se basaba la Guía Legislativa sino en aplicarlas.

48. Se expresó la inquietud de que, si no se tenía debidamente en cuenta el criterio del precio, se resintiera la transparencia global del proceso. Se sugirió que el proyecto de disposiciones legales modelo formulara parámetros que aseguraran la objetividad del procedimiento. A este respecto, se observó que la transparencia y la objetividad podían asegurarse con los umbrales que fijara la autoridad contratante para determinar si las propuestas se atenían a los criterios establecidos, tal como dispone la recomendación 24. Se señaló además que la autoridad contratante debería fijar esos umbrales con miras a asegurar la viabilidad del proyecto. Se sugirió también que en la solicitud definitiva de propuestas

(recomendación 20) figuraran también estos umbrales fijados para determinar la conformidad de las propuestas con los criterios establecidos.

49. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la determinación de la importancia relativa que debía darse a los criterios de evaluación se dejara en manos de la autoridad contratante, siempre y cuando hubiera suficiente transparencia. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró también que sería útil que las disposiciones legales modelo ofrecieran a la autoridad contratante la posibilidad de estructurar el proceso de evaluación en dos etapas, en términos análogos a los del artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y tal como se expresa en el párrafo 81 de las notas que complementan la Guía Legislativa.

50. Recibió apoyo la sugerencia de que entre los criterios de valoración no financiera pertinentes se mencionara expresamente la inocuidad para el medio ambiente, aunque ya pudiera estar implícita en los criterios de “solvenia técnica” y “calidad de los servicios”.

51. En respuesta a una pregunta formulada sobre la relación entre el apartado f) de la recomendación 23 y la recomendación 21, con arreglo a la cual la autoridad contratante podía aclarar o modificar la solicitud definitiva de propuestas, se explicó que el apartado f) sólo se refiere a las condiciones contractuales que la autoridad contratante no haya declarado no negociables y que podrán, por ello, ser negociadas. Con miras a dar una mayor transparencia al texto, el Grupo de Trabajo decidió que esta cuestión sea claramente explicitada en las disposiciones legales modelo.

### **Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas**

#### *Recomendación 24*

52. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante podrá fijar umbrales de calidad y de índole técnica, financiera y comercial que deberá respetar toda propuesta de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Toda propuesta que no alcance estos umbrales deberá ser desestimada por falta de conformidad.”



53. A reserva de la sugerencia formulada respecto del apartado f) de la recomendación 23, se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

*Recomendación 25*

54. El texto de la recomendación dice:

“Se haya seguido o no un procedimiento de preselección, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a pedir a los ofertantes que confirmen sus calificaciones conforme a los criterios y procedimientos enunciados en la solicitud de propuestas o en los documentos de preselección, según corresponda. De haberse seguido un procedimiento de preselección, los criterios serán los mismos que los fijados para dicho procedimiento.”

55. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

**Negociación final y adjudicación del proyecto**

*Recomendación 26*

56. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas que haya declarado conformes siguiendo los criterios de valoración expuestos en la solicitud de propuestas e invitar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la mejor puntuación. Las negociaciones finales no podrán referirse a las cláusulas contractuales que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas.”

57. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

*Recomendación 27*

58. El texto de la recomendación dice:

“Si la autoridad contratante se percatara de que las negociaciones con el ofertante invitado no darán lugar a un acuerdo de proyecto, deberá

informar a ese ofertante de que da por terminadas las negociaciones a fin de invitar sucesivamente a negociar a los demás ofertantes, por orden de puntuación, hasta llegar a un acuerdo de proyecto con alguno de ellos o rechazar las restantes ofertas.”

59. Se pidió a la Secretaría que redactara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa. Sin embargo, a efectos de transparencia, se sugirió que se especificaran las circunstancias concretas en que la autoridad contratante podía considerar que las negociaciones con un ofertante no tenían posibilidades de culminar en un acuerdo.

**Adjudicación del proyecto sin recurso a un procedimiento competitivo**

*Recomendación 28*

60. El texto de la recomendación dice:

“La ley deberá especificar los supuestos excepcionales en los que se podrá facultar a la autoridad contratante para seleccionar al concesionario sin recurrir a una vía competitiva, como sucedería:

a) Si existe una necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio y si, por consiguiente, no sería práctico entablar un procedimiento de selección competitiva;

b) Si se trata de proyectos de corta duración para los que se prevea una inversión inicial que no supere una cantidad módica especificada;

c) De mediar razones de defensa nacional o de seguridad nacional;

d) Si sólo existe un proveedor que sea capaz de prestar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste requiera la utilización de tecnología patentada o de conocimientos técnicos singulares);

e) De recibirse propuestas no solicitadas en los términos enunciados en las recomendaciones legislativas 34 y 35;

f) Cuando se haya publicado una invitación a un procedimiento de preselección o una solicitud de propuestas sin que se hayan presentado solicitudes ni propuestas, o las propuestas no cumplan los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y cuando, a juicio de la autoridad contratante, sea improbable que la publicación de una nueva solicitud de propuestas pueda dar lugar a la adjudicación del proyecto;

g) Otros supuestos en los que una autoridad superior autorice tal excepción por razones de peso y de interés público.”

61. Como observación general, se señaló que en algunos países las concesiones no siempre se adjudicaban recurriendo a vías competitivas formalmente estructuradas. En combinación con medidas para fomentar la transparencia, los procedimientos menos formalizados a los que se recurría en esos países producían resultados satisfactorios, circunstancia que se reflejaba adecuadamente en las notas de la recomendación legislativa 28. Por consiguiente, se sugirió que no debía figurar la palabra “excepcionales” en una disposición modelo para aplicar la recomendación 28.

62. Hubo enérgicas objeciones a esa propuesta, dado que la opinión predominante en el Grupo de Trabajo era que el texto de la recomendación 28 reflejaba correctamente la orientación normativa adoptada por la Comisión en el sentido de que, en el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la adjudicación de concesiones sin recurrir a vías competitivas estructuradas debía utilizarse en circunstancias excepcionales.

63. Se recordó al Grupo de Trabajo que la Comisión entendía que la lista de supuestos excepcionales en los que se autorizaba la selección del concesionario sin recurrir a una vía competitiva estructurada no era exhaustiva<sup>7</sup>. No obstante, el Grupo de Trabajo opinó que la flexibilidad a la que aspiraba la Comisión ya figuraba en el apartado g) de la recomendación y que, como cuestión de técnica de redacción, las palabras “como sucedería” no deberían figurar en una disposición modelo de aplicación de la recomendación 28. El Grupo de Trabajo convino en examinar la cuestión de la ampliación del alcance del apartado g) añadiendo un texto del siguiente tenor:

“u otros supuestos de la misma índole excepcional que se definan en la ley”.

64. El Grupo de Trabajo convino en que las palabras “urgente” en el apartado a) y “de peso” en el apartado g) podrían no resultar necesarias en una disposición modelo para aplicar la recomendación 28.

#### *Recomendación 29*

65. El texto de la recomendación dice:

“La ley podrá exigir que en la adjudicación no competitiva de una concesión se observe el siguiente procedimiento:

a) La autoridad contratante deberá publicar un anuncio de su intención de adjudicar una concesión para la ejecución del proyecto propuesto y deberá entablar negociaciones con el mayor número posible de sociedades, tenidas por aptas para llevar a cabo el proyecto, que la situación permita;

b) Las ofertas deberán ser evaluadas y puntuadas conforme a los criterios de evaluación establecidos por la autoridad contratante;

c) Salvo para el supuesto mencionado en la recomendación 28 c), la autoridad contratante deberá publicar un anuncio de la concesión en el que se den a conocer las razones y circunstancias especiales por las que se vaya a proceder a su adjudicación no competitiva.”

66. El Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente preparar una disposición legal modelo que recogiera el contenido de la recomendación 29.

67. El Grupo de Trabajo convino igualmente en que podría resultar conveniente ampliar el alcance del apartado c) a fin de armonizar los requisitos de publicidad contenidos en el mismo con los requisitos relativos a los expedientes mencionados en el párrafo 122 del capítulo III de la Guía Legislativa.

#### **Propuestas no solicitadas**

68. Hubo acuerdo general en el seno del Grupo de Trabajo en que sería adecuado proporcionar orientación legislativa concreta, en forma de disposiciones legales modelo, sobre la manera en que las autoridades contratantes podían tramitar las

propuestas no solicitadas. Se señaló que, a ese respecto, independientemente de que tales propuestas pudieran dar lugar a objeciones de principio, sería preferible ofrecer a los Estados promulgantes un sistema satisfactorio para garantizar la transparencia y la equidad en la tramitación de las propuestas no solicitadas, en lugar de ignorarlas lisa y llanamente.

69. Como observación general, se señaló que podría resultar conveniente que el Grupo de Trabajo definiera más claramente la noción de propuestas no solicitadas. También se sugirió que el Grupo de Trabajo indicara, posiblemente en notas que podrían adjuntarse a las disposiciones legales modelo, que la autoridad contratante debería elaborar procedimientos administrativos adecuados a fin de garantizar la eficiencia y transparencia de la tramitación de las propuestas no solicitadas.

#### *Recomendación 30*

70. El texto de la recomendación dice:

“Como excepción respecto de los procedimientos de selección descritos en las recomendaciones legislativas 14 a 27, se podrá autorizar a la autoridad contratante a examinar las propuestas no solicitadas por algún procedimiento especial que la ley haya previsto para este fin, siempre y cuando esas propuestas no se refieran a un proyecto para el que la autoridad contratante haya anunciado o iniciado un procedimiento de selección.”

71. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

#### **Procedimiento para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas**

#### *Recomendación 31*

72. El texto de la recomendación dice:

“Tras la recepción y el examen preliminar de una propuesta no solicitada, la autoridad contratante deberá informar al autor de la propuesta, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto puede revestir o no interés público. De considerarse que el proyecto reviste interés

público, la autoridad contratante deberá invitar al autor a presentar una propuesta formal suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si la propuesta cumple las condiciones establecidas por la ley y si tiene posibilidades de ser ejecutada con éxito a la escala del proyecto propuesto.”

73. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

#### *Recomendación 32*

74. El texto de la recomendación dice:

“El autor de la propuesta debe conservar la titularidad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, y esos documentos deben serle devueltos en caso de que se rechace la propuesta.”

75. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

#### **Procedimiento a seguir en la tramitación de propuestas no solicitadas que no entrañen algún concepto de ingeniería o tecnología patentado**

#### *Recomendación 33*

76. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá abrir un procedimiento de selección competitiva conforme a las recomendaciones 14 a 27 *supra* caso de comprobarse que los resultados previstos del proyecto pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos o caso de comprobarse que el concepto o la tecnología propuestos no son realmente singulares ni nuevos. Deberá invitarse al autor de la propuesta no solicitada a participar en ese procedimiento y podrá dársele una prima por haber presentado la propuesta.”

77. Se pidió a la Secretaría que redactara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta

recomendación legislativa. No obstante, se señaló que tal vez sería necesario que el Grupo de Trabajo aclarara la noción de “prima” que figuraba en la recomendación en una etapa posterior.

**Procedimiento a seguir en la tramitación de propuestas no solicitadas que entrañen algún concepto de ingeniería o tecnología patentado**

*Recomendación 34*

78. El texto de la recomendación dice:

“Si se comprueba que los resultados previstos del proyecto no pueden lograrse sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el que el autor de la propuesta no solicitada posea derechos exclusivos, la autoridad contratante deberá tratar de obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada. Con este fin, la autoridad contratante deberá publicar una descripción de los elementos esenciales de los resultados de la propuesta junto con una invitación dirigida a otras partes interesadas para que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo razonable.”

79. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

*Recomendación 35*

80. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante podrá entablar negociaciones con el autor de la propuesta no solicitada si no recibe otras propuestas, siempre que cuente con la aprobación de una autoridad de rango superior. Si se presentan otras propuestas la autoridad contratante deberá invitar a todos sus autores a negociaciones conforme a lo dispuesto en los apartados a) a c) de la recomendación legislativa 29.”

81. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

**Confidencialidad**

*Recomendación 36*

82. El texto de la recomendación dice:

“Las negociaciones de la autoridad contratante con cada uno de los ofertantes deberán ser confidenciales y ambas partes deberán abstenerse de revelar a otra persona cualesquiera de los pormenores técnicos, comerciales o relativos al precio de las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte.”

83. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

**Aviso de la adjudicación de un proyecto**

*Recomendación 37*

84. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá publicar un aviso de la adjudicación del proyecto. Ese aviso deberá dar a conocer la identidad del concesionario y presentar en forma resumida las cláusulas esenciales del acuerdo de proyecto.”

85. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

**Expediente del proceso de selección y adjudicación**

*Recomendación 38*

86. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá llevar un expediente con todos los datos importantes del proceso de selección y adjudicación. La ley deberá enunciar las condiciones de acceso a dicho expediente.”

87. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa.

## Vías de recurso

### *Recomendación 39*

88. El texto de la recomendación dice:

“Los ofertantes que pretendan haber sufrido o haber quedado expuestos a pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la autoridad contratante podrán solicitar la revisión de los actos de esta autoridad conforme a las leyes del país anfitrión.”

89. Se pidió a la Secretaría que preparara una disposición modelo que reflejara el contenido de esta recomendación legislativa. Se observó, a ese respecto, que el Grupo de Trabajo debería, en una etapa posterior, examinar si esa disposición modelo debía figurar después de las disposiciones que trataban de la selección del concesionario o si sería mejor ubicarla junto a las disposiciones que trataban de la solución de controversias en las diversas fases de un proyecto de infraestructura.

## **Capítulo I. Marco legal e institucional general**

### **Marco constitucional, legal e institucional**

#### *Recomendación 1*

90. El texto de la recomendación dice:

“El marco constitucional, legal e institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada debe asegurar la transparencia, equidad y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. Debe eliminarse toda restricción innecesaria a la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.”

91. El Grupo de Trabajo reconoció que las dos disposiciones contenidas en la recomendación 1 eran de carácter general, y, como tales, no se prestaban a su

transposición a un texto legal. No obstante, se convino en que convendría retener el contenido de la recomendación como recordatorio de los objetivos generales que se han de perseguir en la esfera de las infraestructuras con financiación privada, posiblemente en un preámbulo o en notas explicativas de las disposiciones legales modelo cuya preparación el Grupo de Trabajo pudiera decidir.

### **Potestad requerida para otorgar concesiones**

92. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

#### *Recomendación 2*

“La ley debe indicar las autoridades públicas del país anfitrión (incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales) que estén facultadas para adjudicar concesiones y celebrar contratos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.”

#### *Recomendación 3*

“Los proyectos de infraestructura con financiación privada podrán conllevar concesiones para la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o para el mantenimiento, la modernización, la ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes.”

#### *Recomendación 4*

“La ley debe determinar los sectores o tipos de infraestructura respecto de los que podrán adjudicarse concesiones.”

#### *Recomendación 5*

“La ley debe determinar si una concesión podrá abarcar toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante, una subdivisión geográfica de la misma o un proyecto concreto, y si podrá adjudicarse a título exclusivo o no, según corresponda, de conformidad con las normas y principios de derecho, disposiciones legales,

reglamentos y políticas aplicables al sector de que se trate. Podrá facultarse a las autoridades contratantes para obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean de la competencia de más de una autoridad.”

93. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones 2 a 5, sobre la potestad requerida para otorgar concesiones, en su conjunto. Como observación general, se recordó que todas esas recomendaciones servían para recomendar claridad legislativa tanto sobre la indicación de las autoridades facultadas para adjudicar contratos de concesión como sobre el ámbito de esas facultades. En consecuencia, se expresó apoyo a la opinión de que todos los aspectos abordados en las recomendaciones 2 a 5 podrían quedar recogidos y abordados en una disposición legal modelo única.

94. En lo referente a la técnica que debería aplicarse para indicar las autoridades competentes, se sugirió que podrían proponerse soluciones alternativas, posiblemente de conformidad con las opciones presentadas en el apartado b) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se aclaró, no obstante, que proporcionar una lista exhaustiva de los distintos órganos u organismos competentes tal vez obligaría a que la ley especificara también los sectores respecto de los cuales estaban facultados esos órganos u organismos. Sin perjuicio de la solución que se diera a esa cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones legales modelo tuvieran un ámbito general y no se limitaran a sectores concretos. A ese respecto, se opinó también que podría retenerse con provecho una definición general referente a los tipos de proyectos de infraestructura que correspondían al ámbito de esas disposiciones de conformidad con lo expuesto en la recomendación 3.

95. Se expresó apoyo a la opinión de que, con miras a garantizar la coordinación, se abordara expresamente en una disposición legal modelo la cuestión de la posible duplicación de competencias y autoridades respecto de proyectos de infraestructura con financiación privada, dependiendo del marco legal y estructural del Estado promulgante o de la índole del servicio de que se trate.

96. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una disposición legal modelo en la que se abordara esa cuestión, sin entrar no

obstante en demasiados detalles que complicaran innecesariamente el texto. A ese respecto, se aclaró que se debería dejar al legislador nacional la tarea de dar a conocer en detalle el marco legal y estructural del Estado promulgante.

## Coordinación administrativa

### *Recomendación 6*

97. El texto de la recomendación dice:

“Deben crearse mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.”

98. Si bien se recordó que esta recomendación se consideró decisiva para evitar demoras e ineficiencias por falta de coordinación entre las distintas autoridades públicas, se pensó que la cuestión tal vez no se prestara a ser resuelta por vía legal. Al respecto, se observó que muchos países consideraban que esta cuestión de la coordinación debería ser resuelta a nivel de la práctica administrativa interna.

99. Se expresó el parecer de que la cuestión de la coordinación entre las autoridades era decisiva para asegurar la sostenibilidad a largo plazo de los proyectos de infraestructura y de que, conforme a ello, se debía reflejar en una disposición legal. Se expresó cierto apoyo a la sugerencia de que en el preámbulo o en las notas de las disposiciones legales modelo se mantuviera la política en que se basaba la recomendación, como cuestión de carácter general. Otra sugerencia fue que la cuestión de la coordinación se abordara al ser tratada la cuestión de la potestad requerida.

100. Como observación general, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de determinar la forma de reflejar principios que, aunque importantes, no se considerara apropiado abordar en las disposiciones legislativas modelo se aplazara hasta una etapa posterior.

## Potestad para reglamentar los servicios de infraestructura

101. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

### *Recomendación 7*

“La función reglamentadora de los servicios de infraestructura no debe encomendarse a entidades que presten de manera directa o indirecta servicios de infraestructura.”

### *Recomendación 8*

“La función reglamentadora debe encomendarse a órganos funcionalmente independientes con suficiente autonomía para garantizar que sus decisiones serán adoptadas sin injerencias políticas ni presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos.”

### *Recomendación 9*

“Deben publicarse las normas por las que se rija el proceso regulatorio. Toda decisión reguladora deberá ser expresamente motivada y deberá ser puesta al alcance de las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios.”

### *Recomendación 10*

“La ley debe establecer procedimientos transparentes por los que el concesionario pueda solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial, e incluso por la vía judicial, y enunciar los motivos en los que podrá basarse un recurso de reconsideración.”

### *Recomendación 11*

“Deben establecerse, en su caso, procedimientos especiales para la solución de controversias entre los proveedores de servicios públicos acerca de presuntas violaciones de las leyes o reglamentos que rijan el sector de que se trate.”

102. La opinión general fue la de que no procedía convertir las recomendaciones 7 a 11 en disposiciones legales modelo y que, conforme a ello, la función reglamentadora de los servicios de infraestructura debía permanecer fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones legales modelo. Al respecto, se señaló que algunas cuestiones relativas a la función reglamentadora podían abordarse provechosamente en el contexto de otros capítulos, como aquellos en que se abordan la etapa de explotación o la solución de controversias.

## ***Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público***

### **Los riesgos del proyecto y su distribución**

#### *Recomendación 12*

103. El texto de la recomendación dice:

“No debe imponerse, por vía legal o reglamentaria, ninguna limitación innecesaria a la capacidad de la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea la que mejor responda a las necesidades del proyecto.”

104. Si bien reafirmó su importancia a los efectos de sensibilizar a los legisladores respecto de las repercusiones de sus opciones de política en la esfera de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el Grupo de Trabajo convino en que la recomendación tenía un carácter más educativo que prescriptivo y por lo tanto no correspondía convertirla en una disposición legal modelo.

## Respaldo público

### Recomendación 13

105. El texto de la recomendación dice:

“La ley debe indicar con claridad las autoridades públicas del país anfitrión que podrán prestar respaldo financiero o económico para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada así como los tipos de apoyo que se les autoriza a prestar.”

106. Se expresó la opinión de que la recomendación guardaba relación con la cuestión general de la potestad requerida para otorgar concesiones. Conforme a ello, se sugirió que su contenido se incorporara en las disposiciones legales modelo relacionadas con las recomendaciones legislativas 2 a 5. Aunque esa opinión recibió cierto apoyo, se expresó la inquietud de que mencionar el respaldo público, ya sea financiero o económico, en una disposición legal modelo equivaldría a recomendar que se prestara dicho respaldo, resultado que se consideraba inadecuado en el caso de poderes públicos cuya política fuera no otorgar ningún apoyo a los proyectos de infraestructura con financiación privada. A modo de respuesta, se observó que la finalidad de una disposición que reflejara el contenido de la recomendación 13 no sería recomendar la política de prestar respaldo público a estos proyectos, sino más bien la de obrar en aras de una mayor transparencia en aquellos países que hubieran adoptado oficialmente esta política.

107. Con respecto a la última parte de la recomendación, que sugiere que se indiquen con claridad en la legislación los tipos de respaldo que puede prestar el sector público, se expresó el temor de que incorporarla a una disposición legal modelo pudiera reducir innecesariamente la flexibilidad de las negociaciones. Otra inquietud fue que la labor de preparar una lista exhaustiva tal vez resultara difícil, por la diversidad de formas que dicho apoyo podía adoptar.

108. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que plasmara en una disposición legal modelo el contenido de esta recomendación, colocándola tal vez entre corchetes, con miras a señalar a la atención del Grupo la necesidad de volver a examinar la cuestión en una etapa ulterior.

## Capítulo IV. Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto

### Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto

#### Recomendación 40

109. El texto de la recomendación dice:

“La ley podría indicar las cláusulas básicas que deben figurar en todo acuerdo de proyecto, que podrían ser las mencionadas en las recomendaciones 41 a 68 *infra*”.

110. El Grupo de Trabajo observó que, como se señala en la Guía Legislativa (cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párr. 2), la legislación interna solía contener disposiciones que regulaban el contenido del acuerdo de proyecto. En algunos países, la ley se refería meramente a la necesidad de que hubiera un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, mientras que las leyes de otros países regulaban, en extensas disposiciones de rango imperativo, el contenido de las cláusulas que habían de figurar en el acuerdo. El caso intermedio era el de las leyes en que se enumeraban varias cuestiones que debían abordarse en el acuerdo de proyecto sin reglamentar en detalle el contenido de sus cláusulas.

111. El Grupo de Trabajo era consciente de que cabía establecer, mediante disposiciones legales de carácter general sobre algunos elementos fundamentales del acuerdo de proyecto, un marco general para la determinación de los derechos y obligaciones de las partes. Con ellas se podía también cumplir la finalidad de asegurar la coherencia en el tratamiento de algunas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que se ocuparan de la negociación de acuerdos de proyecto a distintos niveles (nacional, provincial o local). Por último, en ocasiones podía requerirse legislación que facultara a la autoridad contratante para concertar cierto tipo de cláusulas.

112. Sin embargo, a juicio del Grupo de Trabajo, unas disposiciones legales generales que regularan en detalle los derechos y obligaciones de las partes podrían privar a la autoridad contratante y al concesionario de la flexibilidad necesaria para negociar



un acuerdo que tuviera en cuenta las necesidades y las características propias de un determinado proyecto.

113. Teniendo presentes todas estas consideraciones, el Grupo de Trabajo mantuvo un extenso intercambio de opiniones respecto de si sería conveniente formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones esenciales que debían regularse en el acuerdo de proyecto. A este respecto, se propuso que esa enumeración se basara en los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con algunos ajustes cuando se considerara que esos epígrafes no eran lo bastante explícitos sobre la cuestión que se debía regular en el acuerdo de proyecto. Se recordaron también al Grupo de Trabajo los posibles inconvenientes de tal enumeración de cláusulas esenciales. Por ejemplo, se dijo que con ella se plantearía la cuestión de si las partes estarían facultadas para no incluir en el acuerdo alguna de las cuestiones enumeradas o de si podían incluir otras que no figurasen en la lista. Otro inconveniente podría ser la incertidumbre respecto de las consecuencias jurídicas de que las partes no se atuvieran a la lista de cláusulas enunciada en la legislación.

114. Tras examinar las diversas opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil formular una disposición legal modelo en que se enumeraran las cuestiones básicas que se debía abordar en el acuerdo de proyecto. Se pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de esa disposición modelo, basado en los epígrafes que precedían a las recomendaciones 41 a 68, con los ajustes que se requirieran para formular con claridad, pero sin detalles innecesarios, las diversas cuestiones que debían reglamentarse en los acuerdos de proyecto.

115. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la observación de que, además de la lista de cláusulas básicas del acuerdo de proyecto, algunas de las cuestiones abordadas en las recomendaciones 41 a 68 guardaban relación con asuntos que merecían regularse por separado en disposiciones legales modelo a tal efecto. Se dijo que tal era el caso, en particular, de las recomendaciones relativas a cuestiones para las que se requiriera autorización legislativa previa, de las que pudieran afectar los intereses de terceros, o de las disposiciones relacionadas con cuestiones normativas básicas que en algunos ordenamientos jurídicos no podían modificarse mediante acuerdo.

116. Aunque en principio esta propuesta no suscitó objeciones, el Grupo de Trabajo decidió volver a estudiarla una vez concluido el examen de las recomendaciones legislativas 41 a 68 (véanse párrs. 118 a 165, *infra*).

#### *Recomendación 41*

117. El texto de la recomendación dice:

“Salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión.”

118. Respondiendo a una pregunta sobre el significado de las primeras palabras de la recomendación, se señaló que la cuestión de la ley que había de regir el acuerdo de proyecto había sido objeto de amplios debates durante el 32º período de sesiones de la Comisión. El enunciado flexible que finalmente acordó la Comisión tenía por objeto reflejar el hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos las disposiciones que permitían la aplicación de una ley distinta de la ley del país anfitrión sólo podían emanar del poder legislativo, mientras que en otros ordenamientos jurídicos la autoridad contratante podía estar facultada para convenir en la ley aplicable a dicho acuerdo.

119. Se señaló que, además de regular si el acuerdo había de regirse por la legislación nacional o por la extranjera, la recomendación planteaba la cuestión de qué rama del derecho del país anfitrión regiría el acuerdo de proyecto (por ejemplo, el derecho administrativo o el derecho contractual en general). Se señaló que esta cuestión tenía repercusiones prácticas importantes, porque el derecho administrativo de algunos ordenamientos jurídicos confería implícita o explícitamente a los organismos públicos ciertas prerrogativas, como la de rescindir unilateralmente un contrato administrativo o de modificar sus cláusulas.

120. Se sugirió que la recomendación legislativa 41 no se prestaba a ser plasmada en una disposición legal modelo autónoma. Se dijo que, como máximo, el Grupo de Trabajo podría, en su momento, considerar la inclusión de una rúbrica como “ley aplicable”, en una lista de cláusulas contractuales básicas de un acuerdo de proyecto que cabría preparar para plasmar en ella la recomendación 40.

121. En sentido contrario se dijo, no obstante, que la recomendación 41 era importante por constituir una salvaguarda de la soberanía de todo Estado anfitrión. Aun cuando en la práctica, los inversionistas, especialmente si son extranjeros, abrigarán sin duda inquietudes respecto de la estabilidad y predecibilidad global del marco legal del país anfitrión para la inversión privada en infraestructuras, el texto de las disposiciones legales modelo debe reconocer como es debido el esfuerzo efectuado en muchos países, muchos de ellos en desarrollo, por mejorar el entorno legal de las inversiones. El Grupo de Trabajo aceptó esta sugerencia y pidió a la Secretaría que preparara una disposición legal modelo que reflejara el contenido de la recomendación 41.

### **Organización del concesionario**

122. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

#### *Recomendación 42*

“La autoridad contratante deberá poder exigir que los ofertantes seleccionados creen una persona jurídica independiente con sede en el país.”

#### *Recomendación 43*

“El acuerdo de proyecto deberá especificar el capital mínimo de la sociedad del proyecto, así como el procedimiento a seguir para obtener de la autoridad contratante la aprobación de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, así como de toda modificación esencial de los mismos.”

123. Se observó que en ocasiones la autoridad contratante exigía, como condición previa para la concertación del acuerdo, un nivel mínimo de capital. Se sugirió que, en vista de la relación existente entre las recomendaciones 42 y 43 y el derecho interno aplicable al acuerdo de proyecto, esas recomendaciones se plasmaran en disposiciones legales modelo.

### **Emplazamiento, bienes y servidumbres del proyecto**

#### *Recomendación 44*

124. El texto de la recomendación dice:

“En el acuerdo de proyecto se debe especificar, según proceda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán de propiedad privada del concesionario. Deberá indicarse también los bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto, los bienes que la autoridad contratante podrá comprar al concesionario, si así lo desea, y los bienes que el concesionario podrá llevarse o enajenar al expirar o al rescindirse el acuerdo de proyecto.”

125. Se subrayó que la distinción que se hacía en la recomendación 44 entre las diversas categorías de bienes del proyecto reflejaba principios de derecho muy arraigados en algunos ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, se consideró que la recomendación se prestaba a ser plasmada en una disposición legal modelo.

#### *Recomendación 45*

126. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá ayudar al concesionario a adquirir todo derecho accesorio al proyecto que sea requerido para la explotación, la construcción y el mantenimiento de las obras. Cabe facultar por ley al concesionario para entrar o transitar por terrenos de terceros o para realizar obras o instalar soportes de infraestructura en ellos cuando sea necesario para la construcción, la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura.”

127. Recibió un gran apoyo la idea de que las cuestiones reguladas en la recomendación 45 debían plasmarse en disposiciones legales modelo, ya que trataban de derechos y obligaciones de terceros.

## Arreglos financieros

128. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

### *Recomendación 46*

“La ley deberá facultar al concesionario para cobrar una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura creada o por los servicios que preste. El acuerdo de proyecto debe prever métodos y fórmulas para ajustar el importe de las sumas abonables por este concepto.”

### *Recomendación 47*

“Cuando la tarifa o los derechos cobrados por el concesionario estén sujetos al control de un organismo regulador, la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de las fórmulas de ajuste de la tarifa.”

### *Recomendación 48*

“Debe facultarse a la autoridad contratante para efectuar, si procede, pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios, o para comprometerse a adquirir cantidades previamente determinadas de bienes o servicios.”

129. Se expresó la opinión de que las recomendaciones 46, 47 y 48 deberían ser objeto de disposiciones legales modelo, ya que la cuestión del cobro tanto de alguna tarifa como de todo otro pago prometido al concesionario era crucial para la viabilidad financiera del proyecto y para la noción misma del acuerdo de concesión, por lo que debía regularse por ley y no por vía contractual. Tras examinar esta sugerencia, el Grupo de Trabajo decidió que una eventual disposición legal modelo que tratara de los arreglos financieros debería limitarse a enunciar el derecho del concesionario a cobrar ciertas tasas o derechos por la utilización de la infraestructura, tal como se dispone en la primera frase de la recomendación 46.

## Garantías reales

### *Recomendación 49*

130. El texto de la recomendación dice:

“El concesionario deberá encargarse de recaudar los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura y, con este fin, deberá estar autorizado a obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, sobre las acciones de la sociedad del proyecto, sobre su producto o sobre los créditos reportados por la explotación de la concesión, o mediante cualquier otra garantía idónea, sin perjuicio de norma jurídica alguna por la que se prohíba la creación de garantías sobre bienes públicos.”

131. El Grupo de Trabajo reconoció que el hecho de que el concesionario tuviera la posibilidad de obtener el crédito necesario dando en garantía sus bienes (e incluso, según el caso, las acciones de la sociedad del proyecto, o el producto o los ingresos reportados por la concesión) era muchas veces crucial para el éxito del proyecto. Si bien se llegó a un consenso sobre la importancia de la cuestión, se recordó también que esta cuestión era particularmente delicada, debido a las limitaciones que imponía el derecho interno de algunos países a la constitución de garantías o de otros gravámenes sobre bienes públicos. Se señaló asimismo que la constitución de garantías reales era una cuestión que ya no dependía del régimen de las concesiones sino del régimen legal general de las garantías reales.

132. Si bien el Grupo de Trabajo era consciente de la dificultad de formular una disposición legal modelo que regulara adecuadamente las diversas cuestiones que plantean las garantías reales, se estimó en general que sería conveniente formular una disposición legal modelo sobre esta cuestión.

## Traspaso de la concesión

### *Recomendación 50*

133. El texto de la recomendación dice:

“La concesión no debe cederse a un tercero sin el consentimiento de la autoridad contratante. En el acuerdo de proyecto deben enunciarse las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad

contratante podrá dar su consentimiento al traspaso de una concesión, incluida la aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones estipuladas en el acuerdo de proyecto, así como pruebas de la capacidad técnica y financiera del nuevo concesionario para prestar el servicio.”

134. Se señaló que la recomendación 50 reflejaba la importancia que se daba en algunos ordenamientos jurídicos al carácter personal (*intuitu personae*) de los contratos de concesión, lo cual era crucial para que el proyecto resultara duradero. En consecuencia, el Grupo de Trabajo estimó que los principios esenciales plasmados en la recomendación merecían ser objeto de una disposición legal modelo.

### **Traspaso de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad del proyecto**

#### *Recomendación 51*

135. El texto de la recomendación dice:

“La transmisión de una participación mayoritaria en una empresa concesionaria podrá estar supeditada al consentimiento de la autoridad contratante, salvo estipulación en contrario.”

136. Se puso de relieve que la recomendación 51, al igual que la recomendación 50, era crucial para preservar el carácter personal del acuerdo de proyecto y que, por consiguiente, debía ser también plasmada en una disposición legal modelo.

### **Obras de construcción**

#### *Recomendación 52*

137. El texto de la recomendación dice:

“En el acuerdo de proyecto deben enunciarse los procedimientos para que la autoridad contratante examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción, así como el derecho de la autoridad contratante a supervisar la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, las condiciones en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen especificaciones de la construcción y los procedimientos para el ensayo y la inspección

final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios.”

138. El Grupo de Trabajo compartió la opinión de que la recomendación se refería a cuestiones de carácter esencialmente contractual, por lo que no procedía formular una disposición legal modelo al respecto.

### **Explotación de la infraestructura**

#### *Recomendación 53*

139. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto debe determinar, en su caso, las obligaciones del concesionario a fin de garantizar:

- a) La adaptabilidad del servicio para responder a la demanda real de dicho servicio;
- b) La continuidad del servicio;
- c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios;
- d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.”

140. Se señaló que esta recomendación enunciaba ciertos principios básicos de derecho interno que regían las obligaciones de los concesionarios de infraestructura en algunos ordenamientos, por lo que convendría plasmarla en una disposición legal modelo.

#### *Recomendación 54*

141. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto debe establecer:

- a) La medida en que el concesionario estará obligado a facilitar a la autoridad contratante o a un organismo regulador, en su caso, informes y otros datos sobre la explotación;
- b) Los procedimientos para supervisar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante o el organismo regulador considere apropiadas para garantizar que la obra de infraestructura funciona debidamente y que se

están prestando los servicios conforme a las disposiciones legales y contractuales aplicables.”

142. El Grupo de Trabajo compartió la opinión de que la recomendación se refería a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

#### *Recomendación 55*

143. El texto de la recomendación dice:

“A reserva de su aprobación por la autoridad contratante o por el organismo regulador, el concesionario deberá estar facultado para dictar y aplicar el reglamento funcional de la infraestructura.”

144. El Grupo de Trabajo no juzgó conveniente o necesario formular un proyecto de disposición legal modelo sobre la base de la recomendación 55.

### **Marco contractual general**

145. El texto de las recomendaciones al respecto dice:

#### *Recomendación 56*

“La autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos principales concertados por el concesionario, en particular los contratos celebrados con los propios accionistas del concesionario o con personas conexas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones que no se ajusten al acuerdo de proyecto o que sean manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.”

#### *Recomendación 57*

“El concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otras partes contratantes deben gozar de autonomía para elegir la ley aplicable a sus relaciones contractuales, salvo cuando dicha elección sea contraria al orden público del país anfitrión.”

146. El Grupo de Trabajo opinó que las recomendaciones 56 y 57 se referían a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarlas en una disposición legal modelo.

#### *Recomendación 58*

147. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto debe determinar:

a) La forma, la duración y la cuantía de las garantías de buena ejecución que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de la infraestructura;

b) Las pólizas de seguros que podrá requerirse que suscriba el concesionario;

c) La compensación a la que pueda tener derecho el concesionario si se producen cambios legislativos o de otra índole en las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación. En el acuerdo de proyecto se establecerá la vía a seguir para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzca algún cambio de esta índole;

d) La medida en que las partes podrán quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que estén razonablemente fuera de su control;

e) Los remedios de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.”

148. Se señaló que el apartado c) reflejaba principios básicos de derecho interno sobre la explotación de infraestructuras en algunos países, por lo que procedía plasmarlo en una disposición legal modelo. No obstante, en cuanto a los demás apartados de la recomendación, el Grupo de Trabajo estimó que se referían a cuestiones de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía plasmarlos en una disposición legal modelo.

*Recomendación 59*

149. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto deberá enunciar las circunstancias en que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio en caso de incumplimiento grave por parte del concesionario.”

150. Se señaló que la recomendación reflejaba principios básicos de derecho interno sobre la explotación de la infraestructura en algunos países, por lo que procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

*Recomendación 60*

151. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá estar facultada para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo concesionario en el marco del acuerdo de proyecto existente si el concesionario incumple gravemente la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros hechos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.”

152. Se señaló que la recomendación contenía indicaciones útiles para facilitar la financiación de proyectos de infraestructura, por lo que procedía plasmarla en una disposición legal modelo.

## ***Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto***

### **Duración y prórroga del acuerdo de proyecto**

*Recomendación 61*

153. El texto de la recomendación dice:

“En el acuerdo de proyecto deberá especificarse la duración de la concesión.”

154. El Grupo de Trabajo opinó que sí procedía plasmar en una disposición legal modelo la recomendación 61.

*Recomendación 62*

155. El texto de la recomendación dice:

“El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo en supuestos que la ley haya previsto, como los siguientes:

a) Demoras en la ejecución o interrupción de la explotación debido a circunstancias que escapen del control razonable de las partes;

b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas;

c) A fin de dar margen para que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto.”

156. El Grupo de Trabajo opinó que, habida cuenta del importante principio enunciado para garantizar la transparencia y evitar abusos en la prórroga de los acuerdos de proyecto, procedía plasmar esta recomendación en una disposición legal modelo.

### **Rescisión del acuerdo de proyecto**

157. El texto de las recomendaciones enunciadas al respecto dice:

#### **Rescisión por la autoridad contratante**

*Recomendación 63*

“Debe facultarse a la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) Si ya no es razonable creer que el concesionario tenga la intención o que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, por razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole;

b) Por razones de interés público, con la obligación de pagar una indemnización al concesionario.”

### **Rescisión por el concesionario**

#### *Recomendación 64*

“Debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos excepcionales que la ley haya previsto, como los siguientes:

a) En caso de incumplimiento grave, por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;

b) En caso de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto.”

### **Rescisión por cualquiera de las partes**

#### *Recomendación 65*

“Cualquiera de las partes deberá poder rescindir el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido por circunstancias que escapen del control razonable de las partes. Las partes también deben poder rescindir el acuerdo de proyecto si lo deciden de común acuerdo.”

158. El Grupo de Trabajo estimó que convendría plasmar en disposiciones legales modelo las recomendaciones 63 a 65.

### **Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto**

#### **Traspaso de bienes a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario**

#### *Recomendación 66*

159. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto deberá enunciar los criterios para fijar la indemnización que

pueda corresponder al concesionario por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo concesionario o adquiridos por la autoridad contratante tras la expiración o la rescisión del acuerdo de proyecto.”

160. El Grupo de Trabajo opinó que la recomendación trataba de asuntos de índole esencialmente contractual, por lo que no procedía preparar una disposición legal modelo al respecto.

### **Arreglos financieros tras la rescisión**

#### *Recomendación 67*

161. El texto de la recomendación dice:

“El acuerdo de proyecto deberá establecer la forma en que se habrá de calcular la indemnización de las partes en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto, previendo, cuando corresponda, la indemnización por su justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.”

162. Se sugirió que, habida cuenta de que la recomendación recogía consejos útiles para facilitar la financiación de proyectos de infraestructura, sería conveniente plasmarla en una disposición legal modelo. Se dijo que, al elaborar una disposición legal modelo, el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta la relación que guardaba la recomendación 67 con el apartado c) de la recomendación 58.

### **Liquidación y medidas de transición**

#### *Recomendación 68*

163. El texto de la recomendación dice:

“En el acuerdo de proyecto deberán establecerse, cuando sea del caso, los derechos y obligaciones de las partes en relación con:

a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la infraestructura;

b) La capacitación del personal de la autoridad contratante o del concesionario sucesor en las actividades de explotación y mantenimiento de la infraestructura;

c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de explotación y mantenimiento

de la infraestructura y, de ser necesario, el suministro de repuestos, durante un período de tiempo razonable a partir de su traspaso a la autoridad contratante o al concesionario sucesor.”

164. Se sugirió que, habida cuenta de que la recomendación 68 trataba de medidas complementarias de importancia particular para los países en desarrollo, convendría plasmarla en una disposición legal modelo.

## **Capítulo VI. Solución de controversias**

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

#### *Recomendación 69*

165. El texto de la recomendación dice:

“La autoridad contratante deberá poder convenir en la vía para la solución de las controversias que las partes consideren más apropiada para las necesidades del proyecto, incluido el arbitraje”.

166. Se opinó en general que convendría incorporar a las disposiciones legales modelo el principio enunciado en la recomendación 69, por el que se facultaba a la autoridad contratante para convenir en las vías de solución de controversias que las partes consideraran más apropiadas para las necesidades concretas del proyecto (incluida, sin restricción alguna, la del arbitraje). Se señaló que si se sancionaba por ley esa facultad, se estaría marcando una pauta muy clara no sólo para los países en donde existieran prohibiciones explícitas (posiblemente derivadas del objeto de la disputa o de la índole pública de la autoridad contratante), sino también para los ordenamientos que carecieran de una habilitación legal clara y cuyos tribunales judiciales o administrativos pudieran obstaculizar el recurso a toda vía de origen contractual para la solución de controversias.

167. Se sugirió a ese respecto que tal vez procediera recurrir a una vía distinta en cada etapa de un proyecto de infraestructura. Se precisó que una vía adecuada

para la etapa de licitación, en que las partes aún no habían celebrado un acuerdo, podría no ser apropiada para las controversias que surgieran después de la adjudicación del contrato y la celebración del acuerdo de proyecto. Por ello mismo, tal vez procediera disponer de mecanismos específicos para las diversas etapas de ejecución del proyecto.

168. No obstante, la opinión que predominó fue que no convenía hacer esas distinciones en la disposición legal modelo en que se recogiera el fondo de la recomendación 69. Se aclaró al respecto que esa recomendación era de índole general y no pretendía sugerir ninguna vía concreta de solución de controversias.

169. Se formuló una pregunta respecto de la relación entre la recomendación 69 y la recomendación 10, por la que se facultaba al concesionario para solicitar la reconsideración de una decisión regulatoria por un órgano independiente e imparcial. En respuesta, se explicó que en la recomendación 10 se prevenían principalmente situaciones en que la ley disponga que las empresas de servicios públicos podrán presentar sus reclamaciones ante una entidad que no sea la autoridad contratante, como un organismo regulador u otro órgano público, mientras que la recomendación 69 se refería únicamente a las controversias surgidas entre el concesionario y la autoridad contratante.

170. Si bien reconoció la importancia de señalar a la atención del legislador del país anfitrión la necesidad de prever vías de solución de controversias para las disputas surgidas en los supuestos previstos en la recomendación 10, el Grupo de Trabajo convino en que tratar de convertir la recomendación 10 en disposiciones legales modelo podría resultar difícil ante la diversidad de vías que habrían de tenerse en cuenta. Por consiguiente, decidió que no convenía redactar una disposición legal modelo. No obstante, sería apropiado referirse, tal vez en una nota que acompañara a las disposiciones legales modelo, a la importancia de los procedimientos de reconsideración de una decisión reguladora a fin de velar por la transparencia, uno de los objetivos enunciados en la recomendación.



## **Controversias entre los promotores del proyecto y entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores**

### *Recomendación 70*

171. El texto de la recomendación dice:

“El concesionario y los promotores del proyecto deberán poder elegir la vía más apropiada para la solución de las controversias comerciales entre los promotores del proyecto o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros socios comerciales.”

172. Se observó que en la recomendación 70 se enunciaba oportunamente un aspecto concreto del principio general de la autonomía contractual enunciado en la recomendación 57. Por ello, se convino en que procedía plasmar esa recomendación en una disposición legal modelo, con la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos existentes o de neutralizar toda práctica en contrario de las autoridades judiciales o administrativas.

## **Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura**

### *Recomendación 71*

173. El texto de la recomendación dice:

“Se podrá exigir al concesionario que abra vías sencillas y eficientes para tramitar las reclamaciones presentadas por sus clientes o por los usuarios de la infraestructura.”

174. Se señaló que la recomendación 71 no se refería a controversias importantes entre el concesionario y sus clientes o los usuarios de la infraestructura, sino a reclamaciones o desavenencias de menor cuantía. Dada la diversidad de vías que cabía abrir y el carácter más práctico que legislativo de la cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que no procedía plasmar esa recomendación en una disposición legal modelo.

## **C. Relación entre el proyecto de disposiciones legales modelo y la Guía Legislativa**

175. Tras terminar su examen de las recomendaciones legislativas contenidas en la Guía Legislativa, el Grupo de Trabajo pasó a examinar la relación entre las disposiciones legales modelo y la Guía.

176. A modo de observación general, se señaló que las disposiciones legales modelo, de conformidad con el mandato asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión, habían de convertirse en una adición a la Guía Legislativa, pero que no se preveía que reemplazaran a las recomendaciones contenidas en ella.

177. Al respecto, se señaló que se debía formular con claridad, tal vez en el preámbulo o en las notas explicativas, la necesidad de que el legislador tuviera en cuenta la totalidad del contenido de la Guía Legislativa, estuviera o no expresamente reflejado en las disposiciones legales modelo. A modo de opinión general, se reafirmó que se debía conservar la Guía como un instrumento valioso, por lo que, las disposiciones legales modelo se debían considerar como más destinadas a complementarla que a reemplazarla. En cuanto a la manera de lograr ese resultado, se formularon varias sugerencias, incluida la de establecer un nexo entre los dos textos mediante la inserción de notas de pie de página, la de hacer remisión a los capítulos pertinentes de la Guía, o la de redactar un prólogo en el que se pusiera de relieve la relación entre las recomendaciones y las notas de la Guía Legislativa.

178. Otra propuesta se refirió a la reproducción del texto de las recomendaciones legislativas pertinentes junto al de cada disposición legal modelo. Aunque esta sugerencia recibió cierto apoyo, se expresó la inquietud de que podía causar confusión en cuanto a la naturaleza y la jerarquía respectiva de las disposiciones, especialmente en los casos en que sólo hubiera diferencias menores de redacción. Otra inquietud fue que esta técnica podría restar visibilidad y, en último término, utilidad, a las disposiciones legales modelo.

179. Tras un debate, se expresó la opinión general de que sería prematuro adoptar una decisión definitiva al respecto. Conforme a ello, el Grupo de Trabajo decidió que sería conveniente volver a examinar la cuestión en una etapa posterior, teniendo presentes al mismo tiempo todas esas diferentes sugerencias.

180. Se discutió en particular la relación existente entre las disposiciones legales modelo relativas a la selección del concesionario y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se sugirió a ese respecto: a) que se expusiera claramente en el preámbulo o en las notas explicativas de las disposiciones legales modelo que el procedimiento previsto para esa selección era distinto que el método previsto para la licitación, y b) que se efectuaran remisiones más directas a disposiciones concretas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en las notas incorporadas al pie de página o en otros lugares.

#### Notas

- <sup>1</sup> Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, párr. 369.
- <sup>2</sup> A reserva de su aprobación por la Comisión en su 35° período de sesiones.
- <sup>3</sup> Ver *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17)*, párrs. 195 A 368.
- <sup>4</sup> *Ibíd.*, párr. 375
- <sup>5</sup> *Ibíd.*, párr. 379.
- <sup>6</sup> *Ibíd.*, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17), párr. 369.
- <sup>7</sup> *Ibíd.*, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/53/17), párr. 168.