



Asamblea General

Distr. general
2 de mayo de 2003
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
36º período de sesiones
Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003*

Proyecto de suplemento de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada

Nota de la Secretaría

**Compilación de observaciones presentadas por los Gobiernos y las
organizaciones internacionales**

Adición

Índice

	<i>Página</i>
II. Compilación de observaciones	2
A. Estados	2
Italia	2
Malasia	4
Turquía	8
B. Organizaciones intergubernamentales	8
Banco Asiático de Desarrollo	8
Banco Europeo de Reconstrucción y el Desarrollo	10
Corporación Financiera Internacional	11

* Fechas revisadas.



II. **Compilación de observaciones**

A. **Estados**

Italia

1. El Gobierno de Italia reitera su reconocimiento por la valiosa labor efectuada en orden a la formulación de unas disposiciones legales modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada que serán presentadas a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para que las examine durante su próximo periodo de sesiones. Las disposiciones modelo reflejan, sin duda, la mayor parte de las sugerencias y de los pareceres expresados por la delegación de Italia que desea, no obstante, hacer algunas observaciones sobre ciertas disposiciones con miras a favorecer la transparencia y equidad de la vía competitiva que ha de seguirse para la adjudicación de proyectos.

2. En lo concerniente a la relación que debe mantenerse entre las futuras disposiciones legales modelo y las recomendaciones legislativas que figuran en la Guía Legislativa, la delegación de Italia sugiere que se adopte la tercera opción sugerida en el párrafo 2 de la Nota de la Secretaría de 19 de diciembre de 2002 (A/CN.9/522/Add.1). Puesto que no será factible sustituir la totalidad de las recomendaciones legislativas por disposiciones legales modelo (segunda opción), tal vez sea conveniente sustituir únicamente aquellas recomendaciones legislativas respecto de las cuales la Comisión adopte una disposición legal modelo.

Disposición modelo 5. Normas que rigen el procedimiento de selección

3. Es evidente que las disposiciones modelo no se ocupan de algunas de las prácticas o procedimientos habitualmente regulados por un régimen de la contratación pública de ámbito general (como, por ejemplo, la garantía de la oferta y la vía de recurso, el derecho general de acceso público a la información, la publicidad que ha de darse a los avisos, etc.). Ahora bien, para el supuesto de que el marco legal general del Estado promulgante no haya previsto estos detalles prácticos del procedimiento, sería preferible que en las disposiciones modelo se remitiera a algún régimen supletorio (por ejemplo, a lo que disponga al respecto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública), en donde se hayan previsto prácticas competitivas eficientes y transparentes.

Disposición modelo 6. El procedimiento de preselección y su finalidad

4. En la invitación a participar en el procedimiento de selección se debe dar información suficiente a los ofertantes para que todo ofertante interesado pueda determinar si será capaz de ejecutar la obra o de prestar los servicios que conlleve el proyecto ofrecido (sin omitir ningún criterio eventual que se vaya a emplear para la preselección como sería el de que se utilicen ciertos productos nacionales o se dé empleo a mano de obra local).

5. Cabría por ello añadir una coetilla al párrafo 4 de la disposición que dijera, por ejemplo, “toda otra información referente a algún elemento esencial del proyecto”.

Disposición modelo 15. Comparación y evaluación de propuestas

6. Cabría hacer referencia en esta disposición modelo a otros procedimientos de evaluación como sería el sistema de los dos sobres o el de la evaluación en dos etapas (descritos en el cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 79 a 82 de la Guía Legislativa de la CNUDMI).

Disposición modelo 17. Negociaciones finales

7. Este tipo de negociaciones se prestan a tener ciertas desventajas dado que se habrán de encomendar a un personal altamente calificado con la experiencia requerida y conllevan un elevado riesgo de prácticas abusivas o corruptas. Por ello, sería preferible que la disposición modelo enunciara que el recurso a una vía de selección competitiva constituye la regla para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada, reservando su adjudicación por algún procedimiento no competitivo a supuesto excepcionales.

Disposición modelo 19. Procedimiento para la negociación de un contrato de concesión

8. A fin de reforzar la transparencia, cabría prever en esta disposición el establecimiento de una cifra mínima de ofertantes con los que la autoridad contratante debería, siempre que fuera posible, entablar negociaciones o de los que dicha autoridad debería solicitar propuestas (apartado b)).

Disposición modelo 26. Expediente del proceso de selección y adjudicación

9. Se ha de llevar un expediente del proceso de selección y adjudicación para salvaguardar la transparencia del procedimiento seguido y poder así dar cuenta y razón del mismo, facilitando el ejercicio eventual por algún ofertante de su derecho a que se reconsidere alguna decisión de la autoridad contratante.

10. Sería, por ello, aconsejable confirmar dicho derecho cuando la normativa aplicable del Estado promulgante no lo haya previsto adecuadamente, efectuando, a dicho fin, la remisión pertinente a la norma de derecho interno, “si es que existe”, del Estado promulgante.

Disposición modelo 30. Organización del concesionario

11. Conforme se dice en la Guía Legislativa, sería aconsejable que la disposición modelo remitiera a las disposiciones legales o requiriera cierta coherencia del régimen reglamentario aplicable con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado anfitrión.

Disposición modelo 33. Servidumbres

12. Las servidumbres que pueda requerir un proyecto no suelen ser ni fácil ni rápidamente negociables por el concesionario con los propietarios de los predios eventualmente afectados por esas servidumbres. Por ello es cada vez más frecuente que toda servidumbre requerida por el proyecto sea imperativamente impuesta por la autoridad contratante al adquirirse los terrenos en donde vaya a emplazarse el proyecto. Sería por ello aconsejable utilizar alguna fórmula como la de “se otorgará al concesionario”.

Disposición modelo 34. Arreglos financieros

13. Esta disposición enuncia el derecho del concesionario a percibir o cobrar tarifas o tasas que constituirán su principal, o tal vez su única, fuente de ingreso.

14. El contrato de concesión deberá estipular el método o la fórmula que se seguirá para fijar y eventualmente ajustar esa tarifa o esas tasas. Es de suponer que, al estipular los términos del contrato de concesión, la autoridad contratante tendrá en cuenta ciertos parámetros para la determinación del precio de los bienes o servicios con arreglo a principios o normas de justicia y equidad. Por ello, sería aconsejable eliminar las palabras entre corchetes.

Disposición modelo 43. Duración y prórroga del contrato de concesión

15. El Grupo de Trabajo ha examinado ya la posibilidad de que la autoridad contratante y el concesionario hayan convenido en el propio contrato de concesión la prórroga del plazo de la concesión. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera el contenido esencial de esta disposición, pero sugirió la adición de una nota. No obstante, puesto que no es aconsejable excluir por completo la posibilidad de negociar una prórroga del plazo de la concesión, cabría modificar esa nota, sustituyendo las palabras “razones imperativas de interés público” por “en determinados supuestos (conforme a los especificados en el contrato de concesión)”.

Disposición modelo 44. Rescisión del contrato de concesión por la autoridad contratante

16. Dada la gravedad de sus consecuencias, la rescisión de una concesión debe ser considerada como medida de última instancia. Por ello, deberán condicionarse las razones para el ejercicio de este derecho por una u otra de las partes, manteniendo, por ejemplo, en el texto de la disposición el adjetivo “imperativas” para condicionar las razones de interés público que tal vez se invoquen para ejercitar dicho derecho.

17. Sería también deseable que sólo se permitiera invocar el interés público para rescindir la concesión si ello estaba expresamente previsto en el borrador del contrato de concesión distribuido junto con la solicitud de propuestas.

18. Más aún, dado que no sería apropiado invocar razones de interés público cuando se hayan previsto otros remedios contractuales para el supuesto de que la actuación profesional del concesionario no sea satisfactoria, debería insertarse en la disposición modelo una fórmula como la siguiente “de no haberse previsto en el contrato de concesión alguna otra solución al respecto”.

19. A fin de restringir la discrecionalidad de la autoridad contratante para rescindir unilateralmente el contrato, la disposición modelo debería exigir que haya de mediar al respecto una decisión judicial o de algún otro órgano competente para resolver controversias.

Malasia

1. Malasia Observa que las disposiciones legales modelo de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (disposiciones modelo) tienen por objeto:

a) Establecer un marco legal favorable que propicie y facilite la negociación de proyectos de infraestructura con financiación privada, velando por la transparencia y equidad del proceso de adjudicación y dotando al proyecto de sostenibilidad a largo plazo, así como eliminando toda restricción innecesaria que se haya impuesto a la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras; y

b) Formular principios generales de transparencia, economía y equidad para que presidan la adjudicación de todo contrato por las autoridades públicas, mediante el establecimiento de procedimientos bien definidos para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

2. Con miras al logro de dichos objetivos, las disposiciones modelo prevén, entre otras cosas, lo siguiente:

a) La reglamentación de la facultad para concertar contratos de concesión; y reglas por las que debe regirse la selección del concesionario;

b) Un procedimiento para la preselección de los ofertantes;

c) Ciertos supuestos en los que la adjudicación de un contrato de concesión podrá efectuarse por una vía no competitiva;

d) El procedimiento que se ha de seguir para negociar un contrato de concesión, y el contenido de dicho contrato.

3. Por el momento, Malasia no dispone de ninguna ley especial que regule este procedimiento. Un organismo, dependiente del Departamento del Primer Ministro, se encarga de supervisar y tramitar todo asunto relacionado con el curso del proceso de privatización. Se han promulgado leyes especiales por las que se reglamentan las actividades de los concesionarios y de las empresas privatizadas. Las presentes observaciones se refieren al texto de las disposiciones modelo y de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (la Guía).

Reglamentación de la facultad para concertar contratos de concesión

4. Las disposiciones legales modelo sugieren que el Estado promulgante prepare una lista de las autoridades públicas competentes para concertar contratos de concesión. Se recomienda que la ley designe asimismo a toda autoridad pública que esté facultada para otorgar concesiones y concertar acuerdos para llevar a cabo proyectos de infraestructura con financiación privada.

5. Malasia estima que se trata de un enfoque excesivamente reglamentario y, por ello, restrictivo. No parece indispensable que una autoridad pública sea directamente parte en todo contrato de concesión, pero sí cabe que en ciertos casos sea preciso que una autoridad pública sea parte en un contrato de concesión para velar por su estricta observancia. En el supuesto de que se haya promulgado una norma de derecho interno que reglamente las funciones de la autoridad competente, esa norma bastará para facultar a dicha autoridad para reglamentar y supervisar las actividades de toda empresa concesionaria de una obra o servicio público. No parece, por ello, preciso confeccionar una lista de las autoridades públicas facultadas para concertar contratos de concesión.

Reglas por las que debe regirse la selección del concesionario

6. Las disposiciones legales modelo sugieren que la selección del concesionario se efectúe por algún procedimiento eficiente y, a la vez, transparente. Esta sugerencia resulta convincente, por ser conforme con la política y la práctica recomendable en materia de contratación pública. Malasia observa que en algunos países, se alienta a las autoridades a que se esfuercen por obtener un número mínimo de propuestas para que la competencia resulte significativa (p. ej. un mínimo de tres o cuatro). Algunos países practican un sistema de puntuación mínima, que todo ofertante eventual ha de alcanzar, a fin de garantizar cierto nivel de calidad. Todas estas prácticas pueden coadyuvar a la eficiencia y transparencia del procedimiento que haya de seguirse.

Supuestos en los que la adjudicación del contrato de concesión podrá efectuarse por una vía no competitiva

7. Cuando se desee negociar con un solo proveedor por tratarse de un proyecto de interés público interno o de defensa nacional o por no disponerse de otro proveedor del servicio o de la obra requerida, las disposiciones modelo recomiendan que sea imperativo obtener la aprobación de una autoridad superior. Malasia estima que se enuncia aquí una recomendación de indudable interés práctico, a la que debe prestarse la debida consideración.

8. Malasia estima también que si el contrato se ofrece a un ofertante extranjero, deberá estipularse con particular cuidado todo deber de secreto o de confidencialidad. Es aconsejable dejar cierto margen de flexibilidad para responder a todo cambio en las condiciones del contrato, como pudiera ser la necesidad de ampliar el servicio para poder satisfacer una demanda adicional.

Procedimiento que ha de seguirse para negociar un contrato de concesión

9. El proyecto de disposiciones legales modelo sugiere que se dé suficientemente a conocer la intención de entablar negociaciones para otorgar un contrato de concesión, así como que la autoridad determine el mayor número posible de ofertantes aptos y que se definan los criterios para la evaluación de las propuestas. Esa sugerencia dará únicamente resultado si se establece un comité independiente y eficiente para supervisar la aplicación de todos estos criterios. Las propuestas deberán ser presentadas ante este comité que se encargará de examinar cuidadosamente los criterios formulados para la evaluación de las propuestas, y su aplicación práctica.

10. Malasia observa que, aun cuando estas recomendaciones sean elogiadas, pudieran en la práctica restar agilidad al procedimiento, ya que reglamentar de tal modo el procedimiento de negociación lo haría innecesariamente rígido y engorroso, lo que no contribuiría a crear un entorno comercial dinámico.

Contenido del contrato de concesión

11. Las disposiciones legales modelo enuncian una serie de recomendaciones sobre el contenido del contrato de concesión referentes, entre otras cosas, a la índole y magnitud de la obra, el grado de exclusividad de que goce el servicio, las obligaciones del concesionario, las vías de recurso y la rescisión de la concesión.

12. Malasia observa que se trata de recomendaciones de utilidad comprobada en la práctica.

13. Ahora bien, observa asimismo que la disposición modelo 40 prevé que el concesionario podrá solicitar una revisión del contrato de concesión de producirse cambios en las condiciones financieras y económicas de la explotación o en el marco legal de la misma. Malasia sugiere que esta disposición pudiera ser engorrosa para el Estado contratante. No debe preverse indemnización alguna del concesionario para el supuesto de que se produzcan cambios en las condiciones financieras y económicas de la explotación, ya que ello forma parte del riesgo comercial que ha de asumir todo concesionario. Tampoco debe preverse esa indemnización para el supuesto de que se produzca un cambio en el marco legal de la misma, ya que ello restaría autonomía al legislador.

14. Malasia observa que el apartado a) de la disposición modelo 44, relativa a la rescisión del contrato de concesión, dispone que se podrá rescindir el contrato si cabe razonablemente prever que el concesionario ha dejado de estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones o no tiene la intención de hacerlo. Pese a que la razonabilidad de esa previsión parece estar basada en criterios objetivos, su determinación será no obstante una cuestión de hecho que pudiera ser controvertida. La insolvencia y un incumplimiento grave del concesionario son citados, entre otros, como supuestos claros de que el concesionario haya dejado de tener la intención de cumplir con sus obligaciones. Ahora bien, el calificativo de “grave” no deja de crear problemas para la eliminación de toda duda, por lo que se sugiere que el contrato señale y defina cuáles son sus estipulaciones cuyo incumplimiento daría lugar a la rescisión del contrato. El calificativo genérico “de otra índole”, que sirve de coetilla, es igualmente vago e indeterminado.

15. La disposición modelo 49, relativa a la solución de controversias, ganaría en claridad si ofreciera diversas vías para la solución de controversias entre las que el Estado promulgante podría optar, al incorporar dicha disposición a su legislación.

Independencia relativa o unicidad del texto de las disposiciones modelo y del texto de la Guía

16. Si bien la Guía constituye una fuente de consulta valiosa para todo Estado que desee crear un marco jurídico favorable para la inversión privada en infraestructuras públicas, se estimó que convendría disponer de pautas más claramente definidas en forma de disposiciones legales modelo o de una ley modelo relativa a cuestiones bien definidas. A ello se debe la preparación del texto de las disposiciones modelo, pero Malasia observa que la Guía complementa adecuadamente dicho texto, que no es exhaustivo sino que se limita a enunciar la reglamentación básica de estas cuestiones. Quizás esa parquedad se deba, a que se desea dejar a las partes cierta flexibilidad y margen de maniobra. Malasia, no obstante, estima que el texto de las disposiciones modelo debe leerse, como un único texto, juntamente con el de la Guía.

17. Tomados juntos, ambos documentos ofrecerían una visión más completa e integral de la problemática examinada. Ahora bien, se trata de una cuestión secundaria ya que la cuestión primaria sigue siendo la de determinar si procede promulgar esas disposiciones modelo como ley o si cabría lograr la debida equidad

y transparencia, así como el mismo grado de responsabilidad pública, por medio de unas directrices o de un manual.

Turquía

Turquía es del parecer que sólo se conseguirá aplicar con pleno provecho las futuras disposiciones legales modelo de la CNUDMI para los proyectos de infraestructura con financiación privada, en aquellos Estados que, interpreten la letra y el espíritu de su texto a la luz de las recomendaciones enunciadas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. Más aún, Turquía opina que las disposiciones legales modelo deben publicarse ensambladas en un único texto con las recomendaciones legislativas en las que se inspiren, y junto con otra recomendación legislativa que no se haya plasmado en forma de disposición modelo, a fin de ofrecer al lector una compilación integral y de fácil consulta de todos los textos que sean de interés correlativo.

B. Organizaciones intergubernamentales

Banco Asiático de Desarrollo

1. Las disposiciones legales propuestas constituyen un complemento de la labor anterior de la CNUDMI en esta esfera, plasmada en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, publicada en 2001. Pese a que el proyecto de texto de las disposiciones modelo entraña una labor muy notable efectuada por un gran número de expertos, esta es la primera vez que la CNUDMI presenta un proyecto de texto de las disposiciones con miras a recabar observaciones al respecto. En la carta de la Secretaría que acompañaba dicho texto se pedía que se hicieran “observaciones sobre las diversas disposiciones legales a fin de facilitar la preparación de un comentario analítico que será presentado a la Comisión”. Dada la brevedad del plazo de que dispuso el Banco Asiático de Desarrollo para hacer sus observaciones sobre dicho marco legislativo, el Banco no pudo llevar a cabo un estudio exhaustivo de su texto, pero sí desea hacer las siguientes observaciones.

Concesiones

2. Como se indica claramente en la introducción del proyecto de texto, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI centró inicialmente su atención en una determinada fase de los proyectos de infraestructura, a saber, la selección del concesionario. Ahora bien, fue extendiendo progresivamente su mandato a otras esferas importantes como la construcción y explotación de la infraestructura, la rescisión del contrato y la solución de controversias.

Observaciones sobre algunas de las disposiciones

Disposición modelo 18. Circunstancias en que cabe adjudicar una concesión por una vía no competitiva

Apartado a)

3. Se enuncia en este apartado una disposición que puede ser sumamente conveniente para facilitar la instalación de una infraestructura urgentemente necesaria o largo tiempo descuidada. Por ejemplo, un país que haya descuidado durante muchos años la generación de energía eléctrica, tal vez se vea obligado a instalar un gran número de pequeñas centrales para las horas de mayor consumo por alguna vía de contratación agilizada, conforme a la aquí descrita, si bien deberá concertar la construcción de toda central de mayor importancia, que sea requerida, por la vía competitiva previamente descrita en las disposiciones modelo.

Propuestas no solicitadas

4. En estas disposiciones se imparte una orientación esencial para todo legislador que desee sentar las bases de esta controvertida vía de contratación.

Disposición Modelo 23. Propuestas no solicitadas que entrañan derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales u otros derechos exclusivos

5. En esta disposición se señala que la autoridad contratante podrá publicar los elementos esenciales de toda propuesta de proyecto que no haya sido solicitada a fin de recabar otras propuestas para dicho proyecto. En su párrafo 4 se indica que en el supuesto de que reciba un número suficiente de propuestas, la autoridad contratante tramitará esas propuestas por la vía de selección competitiva completa enunciada en las disposiciones modelo 10 a 17.

6. Es poco probable que un ofertante acepte llevar a cabo y costear la labor requerida por el párrafo 2 de la disposición modelo 21 si corre el riesgo de que su laboriosa y costosa preparación de un estudio de viabilidad sirva para que algún otro ofertante se lleve el proyecto. Ello sería además contrario a la razón más frecuentemente aducida para aceptar que se negocie una propuesta no solicitada, que suele ser la urgencia de determinado proyecto (por ejemplo un pequeño proyecto de alcantarillado o de tratamiento de aguas de alcantarillado). Recomendamos que el Grupo de Trabajo considere la conveniencia de prescribir que sólo podrán considerarse propuestas no solicitadas para proyectos que no sobrepasen de cierta magnitud, que se determinaría tal vez fijando alguna cifra máxima para el valor total del proyecto. La autoridad contratante o algún otro organismo se encargaría de actualizar periódicamente esa cifra. Dentro de ese marco global la autoridad contratante podría llevar a cabo un breve estudio comparativo de la relación costo-beneficio de la propuesta para comprobar así su valor, seguido por toda presentación pública del proyecto que sea requerida por ley.

Disposición Modelo 45. Rescisión del contrato de concesión por el concesionario

7. Cierta número de concesionarios han abandonado recientemente sus proyectos por razón de dificultades internas de su empresa o de algún cambio de orientación comercial. La disposición modelo 45 prohíbe que el concesionario rescinda su contrato en dicho supuesto, lo que es sumamente de desear. En algunos casos, la

autoridad contratante se ha encontrado sin ningún sustituto aceptable del concesionario, en una situación desesperada por falta de la infraestructura que el proyecto debía aportar, y todo ello pese haber planeado en el momento oportuno la infraestructura. El Banco Asiático de Desarrollo recomienda que el Grupo de Trabajo considere la posibilidad de enunciar en esta disposición una cláusula d) adicional que dijera:

“d) El contrato de concesión deberá determinar la suma que deberá abonar el concesionario, por concepto de daños, a la autoridad contratante en todo supuesto en que el concesionario rescinda su contrato de concesión por motivos no estipulados, como pudieran ser dificultades financieras propias del concesionario, la nueva orientación comercial de su empresa o la índole poco rentable del proyecto”.

8. Sírvase tomar nota del error tipográfico de la nota 14 de pie de página.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo

1. El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo desearía felicitar al Grupo de Trabajo por la elaboración de las disposiciones legales modelo, que abordan, de manera constructiva, muchas de las cuestiones fundamentales relativas a la facilitación de la financiación de las concesiones de infraestructuras. En particular, le complace especialmente al Banco constatar la claridad y transparencia del procedimiento elaborado para proceder a la selección del concesionario. Además, y en consonancia con su política de fomento de la flexibilidad para la negociación de las condiciones de los acuerdos, el Banco se complace en que se haya adoptado un enfoque que no regule en exceso cuál ha de ser el contenido de un acuerdo de concesión y que permita, asimismo, si las partes así lo acuerdan, la aplicación de normas de derecho extranjero y el recurso al arbitraje.

2. El Banco elogia igualmente al Grupo de Trabajo por haber incluido una sección relativa al otorgamiento de garantías a los prestamistas y haber previsto un mecanismo que permitiría, a reserva del consentimiento de la autoridad contratante, la sustitución del concesionario.

3. Sin embargo, sobre esto último, hay tres aspectos del proyecto de disposiciones legales modelo que podrían esclarecerse aún más.

4. En primer lugar, tal como se observó anteriormente, la disposición modelo 42 indica que la autoridad contratante podrá convenir con los prestamistas del concesionario en su sustitución por una nueva entidad, caso de haber incurrido el concesionario en incumplimiento. El texto no deja claro si se podrá estipular dicha sustitución eventual por adelantado, por ejemplo mediante un acuerdo directo. El texto de las disposiciones legales modelo, tampoco deja claro si una autoridad contratante podrá concertar directamente con los prestamistas un acuerdo más genérico para, por ejemplo, reconocer el otorgamiento de una garantía, o estipular otras cláusulas que puedan ser importantes para garantizar la financiación de dicha concesión.

5. En segundo lugar, y en relación con la cuestión precedente, observamos que la disposición modelo 36 sugiere, en general, que no se permite la cesión o la pignoración del contrato de concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. Si bien el interés de los prestamistas por obtener una garantía real sobre

el propio contrato de concesión podría ser atendido adecuadamente a través del derecho de sustitución o de subrogación eventual que se mencionó anteriormente, podrían existir derechos del concesionario dimanantes del contrato de concesión respecto de los cuales los prestamistas desearán obtener garantías reales con prelación general, como por ejemplo, respecto de la finalización de los pagos, de quedar alguno pendiente. Suele también facilitar, la financiación del proyecto el que se confirme a los prestamistas la garantía real que se les haya dado sobre el activo más importante en la financiación de una concesión, a saber, el propio contrato de concesión, aunque dicha garantía esté supeditada a los derechos de que goce la autoridad contratante a tenor de dicho contrato. En consecuencia, sugeriríamos que se permita que el concesionario ceda sus derechos dimanantes de un contrato de concesión en garantía de los préstamos que obtenga de los financieros, pero que se permita la rescisión del contrato de concesión si en virtud de la ejecución de dicha garantía. La concesión pasara a manos de otra empresa que no cumpliera con los criterios estipulados por la autoridad contratante.

6. En tercer lugar, observamos que se permite, en virtud de la disposición modelo 35, que los accionistas de la sociedad concesionaria constituyan garantías reales sobre las acciones de dicha sociedad. Sin embargo, no queda totalmente claro cómo la autorización para constituir dicha garantía interactúa con la disposición modelo 37 que prohíbe el traspaso del derecho de control.

7. Por último, a la CNUDMI le complacerá saber que la Oficina del Letrado Superior General del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo remite ahora oficialmente a la Guía Legislativa de la CNUDMI como texto de consulta de las mejores prácticas internacionalmente aceptadas. Se seguirá remitiendo a dicho texto al evaluar el régimen de las concesiones en 27 países donde el Banco desarrolla actividades, así como al preparar la página web del Banco relativa a las concesiones.

Corporación Financiera Internacional

1. El proyecto de suplemento propuesto para la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada es una obra importante para los países miembros de la Corporación Financiera Internacional. A la corporación le complace tener la oportunidad de dar a conocer su opinión al respecto. Por falta de tiempo, el examen efectuado ha sido breve y las observaciones estarán basadas en la experiencia de la propia Corporación.

Prefacio

Toda otra norma que afecte a los proyectos de infraestructura con financiación privada y sistema judicial

2. El último párrafo del prefacio debería también referirse a la normativa legal o reglamentaria en materia fiscal, bancaria, de divisas y de insolvencia como aspectos no tratados en la Guía pero que repercuten sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las observaciones adjuntas deberían alentar a que se autorice a las entidades reguladoras a aplicar reglamentaciones y procedimientos sencillos y prácticos para dar curso a la ley. Por ejemplo, el sistema para la conversión y repatriación de divisas debe ser sencillo y rápido. El último párrafo de la Guía debería recordar también la importancia de la experiencia, transparencia y previsibilidad del sistema judicial. Por último, dicho párrafo debería alentar a que se

elimine toda incoherencia en el marco legal y reglamentario aplicable. Por ejemplo, ¿cabe decir que la ley aplicable a las concesiones deroga en su esfera toda otra ley tributaria o de la contratación pública que le sea contraria?

Disposiciones concretas

Ofertantes extranjeros

3. En la Guía, así como en la disposición modelo 7, se establece que podrá haber casos en los que los ofertantes nacionales gocen de un trato preferencial y que ello es aceptable, siempre que dicho trato preferencial figure claramente enunciado en la solicitud de ofertas. Apoyamos las observaciones adjuntas que describen las cuestiones que se relacionan con este tipo de preferencias y cómo debe organizarse la competencia, pese a la ausencia de ofertantes extranjeros.

Aprobación parlamentaria

4. Si bien no parece que la Guía aborde la cuestión de la aprobación parlamentaria, tal vez convendría que las disposiciones relativas a la competencia de la autoridad contratante especifiquen el alcance (limitado, en lo posible) de las cuestiones que requieran aprobación parlamentaria.

Ley aplicable y solución de controversias/inmunitades/elección del idioma

5. La disposición modelo 29 establece que el contrato de concesión se regirá por la ley del Estado a menos que dicho contrato disponga otra cosa. Si bien ello deja algún margen para disponer que la ley extranjera regirá el contrato, muchos países tienen leyes que prohíben o restringen la elección de una ley extranjera como ley aplicable al contrato o, por razones prácticas, son contrarios a la aplicación de cualquier norma de derecho extranjero. Ello puede tener consecuencias negativas sobre la movilización de los inversionistas y prestamistas extranjeros, en particular, si se toma conjuntamente con lo observado respecto de la solución de controversias, en la siguiente oración. En el comentario se debería alentar a que los países velen por que su legislación respectiva permita la elección de la ley extranjera como derecho aplicable, incluso en los contratos en los que intervienen entidades públicas.

6. La disposición modelo 49 establece que las partes podrán especificar los mecanismos de solución de controversias en el contrato de concesión. Supuestamente ello significará que las partes podrán establecer las reglas por las que se regirá el arbitraje internacional o designar tribunales extranjeros. Sin embargo, muchos países ni son partes en tratados multilaterales para la ejecución de sentencias extranjeras, ni son partes en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Las observaciones formuladas deberían instar a las autoridades nacionales a que no excluyan la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional y a que suscriban o se adhieran a los tratados pertinentes.

7. También es importante facultar por ley a la autoridad contratante para renunciar a toda inmunidad pública de que goce respecto de dicho procedimiento y del laudo eventualmente emitido. Las leyes de algunos países prohíben o restringen dicha renuncia. Esta cuestión podría ser tratada en las observaciones.

8. La Guía debería establecer expresamente que el idioma de los contratos de concesión podrá ser el inglés.

Propiedad y cesión de los bienes y de las garantías

9. Las disposiciones modelo 31 y 35 abordan la cuestión de la propiedad de los bienes y la cuestión de las garantías que podrán constituirse sobre dichos bienes, y establecen que no se podrán constituir garantías sobre bienes públicos si está prohibido por ley gravar dichos bienes. Convendría que se reconsiderara la razón de ser de toda prohibición general al respecto y que tratara de reducir su alcance o que se dotara de autonomía a las autoridades contratantes para concertar acuerdos al margen de dichas prohibiciones.

Indemnización por daños imputables a cambios legislativos o de las circunstancias económicas

10. Las disposiciones modelo 39 y 40 establecen que el concesionario tendrá derecho a ser indemnizado por todo “aumento sustancial” en los gastos que suponga el cumplimiento del contrato o por toda remuneración “sustancialmente inferior” que perciba, que sea imputable a cambios legislativos o a cambios de la situación económica general. El lenguaje utilizado es difuso y vago y puede conllevar el riesgo de que surjan controversias en el futuro.

Asunción temporal del proyecto

11. La disposición modelo 41 establece que podrá haber circunstancias en las que la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación del proyecto. Hemos constatado que a veces hay disposiciones en los contratos de concesión que le permiten a la autoridad contratante (generalmente, entidades públicas) hacerse cargo de los bienes en forma permanente y surrogarse en el lugar del concesionario en la documentación financiera de la empresa. Ello puede suponer un problema para instituciones como la Corporación Financiera Internacional. Cabe esperar que las recomendaciones se limiten a alentar una asunción temporal del proyecto de infraestructura y dejen cierta flexibilidad al insistir en ese derecho a surrogarse en los acuerdos de financiación, quizás supeditándolo al consentimiento de los prestamistas.

Cláusula moderadora

12. La disposición modelo 45 establece que el concesionario sólo podrá rescindir el contrato de concesión en supuestos estrictamente definidos, en lugar de establecer que el concesionario podrá rescindir el contrato en determinados supuestos. Esta restricción es inusual y contraria al interés de todo concesionario que se haga cargo de un proyecto. En todo caso, cabe desear que el contrato de concesión permita que el concesionario rescinda dicho contrato en caso de fuerza mayor prolongada o al menos en caso de fuerza mayor imputable a alguna autoridad pública así como en caso de que ocurra algún cambio legislativo que suponga la anulación del contrato.

Observaciones generales

Solamente concesiones

13. Sería de utilidad que la Guía previera contratos de infraestructura basados en estructuras distintas de la concesión. Por ejemplo, muchas de sus disposiciones y principios serían aplicables a la adjudicación, pero sin concesión, de proyectos independientes a empresas privadas, para explotar, por ejemplo, una central de energía.

Equipos de negociación

14. Los países miembros deberían tratar de eliminar los impedimentos prácticos para la realización de actividades comerciales en sus países, que tal vez sea tan importante como dar curso a las disposiciones legales recomendadas. Por ejemplo, evitando naturalmente inmiscuirse en asuntos que sean de la competencia de las autoridades contratantes, se debería exhortar a los países a que organicen, en sus respectivos ministerios, equipos competentes y facultados para negociar y dar su consentimiento a cláusulas en los contratos de concesión. Sucede a menudo que el propio Ministro insiste en tomar parte en las negociaciones o decisiones, lo que puede retrasar de forma significativa la aplicación de los proyectos. Pese a no ser algo que pueda ser incorporado *per se* a la ley o a las reglamentaciones, no deja de ser una cuestión importante.

Letrados asesores para operaciones internacionales

15. Exhortamos a las autoridades nacionales a que se procuren el asesoramiento de letrados con experiencia en operaciones financieras internacionales para que representen sus intereses en dichas negociaciones. Tal vez pueda obtenerse de varias instituciones multilaterales financiación por concepto de asistencia técnica para sufragar los gastos que conlleve dicha asistencia letrada.