



Asamblea General

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

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

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

Documento de debate – Primera parte

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1	2
A. Antecedentes	2-6	2
B. Estudios realizados y consultas celebradas entre el período de sesiones de 2013 de la Comisión y la fecha del presente Coloquio	7	3
II. Recomendaciones a este Coloquio emanadas de las consultas celebradas y los estudios realizados desde el período de sesiones de 2013 de la Comisión	8-23	3
III. Cuestiones principales para una labor futura sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado	24-92	8
A. Alcance de todo futuro texto legislativo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado	24-42	8
B. Temas principales para su inclusión en un texto legislativo sobre la colaboración público-privada	43-92	12
1. El entorno jurídico y reglamentario	47-92	13
i) Marco institucional	47-52	13
ii) APP transfronterizas	53-56	15
iii) Gobernanza y responsabilidad social	57-63	16
iv) Cuestiones de financiación e inversión	64-70	18
v) APP con operadores en pequeña escala	71-76	19
vi) Compatibilidad entre las leyes sobre APP y otras leyes	77-92	20
a) Medidas contra la corrupción y de promoción de la integridad	81-86	21
b) Conflictos de intereses	87-92	23



I. Introducción

1. El presente Coloquio sobre la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado se celebra atendiendo a una sugerencia formulada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 46º período de sesiones, celebrado en 2013¹. Tiene por finalidad formular recomendaciones a la Comisión sobre la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado en el siguiente período de sesiones. El presente documento se presenta al Coloquio para contribuir a sus deliberaciones.

A. Antecedentes

2. En su período de sesiones celebrado en 2013 la Comisión examinó el informe de un Coloquio anterior sobre la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado (el “Coloquio de 2013”)².

3. En el Coloquio de 2013 se informó de que ninguno de los textos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (los “instrumentos sobre PIFP”)³, ni otros textos internacionales sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado (denominada también “alianzas entre el sector público y el sector privado” o “alianzas público-privadas” (APP)) podía considerarse “de hecho un prototipo o modelo al que pudieran recurrir los Estados para basar su reforma legal de la colaboración público-privada”. Se informó a la Comisión del uso extenso de los instrumentos sobre PIFP, oyó exposiciones de la evolución de las alianzas entre el sector público y el sector privado desde que se publicaron y llegó a la conclusión de que dicha colaboración se prestaría a la armonización y la elaboración consensuada de un texto legislativo. No obstante, la Comisión observó que “quizá habría que actualizar y revisar esos instrumentos, dados los cambios ocurridos en el mercado en cuanto a las alianzas entre el sector público y el privado, y se acordaron los principales elementos de un texto legislativo acerca de esa colaboración, que se basaban en gran medida en los instrumentos sobre PIFP”⁴.

4. Sin embargo, la Comisión consideró que se precisaría una labor preparatoria más amplia a fin de establecer el alcance de un mandato para elaborar un texto legislativo que se encomendaría a un Grupo de Trabajo. En particular, la Comisión observó:

¹ Véase el informe de la Comisión, A/68/17, párr. 331.

² Informe del Coloquio de la CNUDMI sobre la posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado (Viena, 2 y 3 de mayo de 2013), documento A/CN.9/779: las conclusiones se resumen en los párrs. 73 a 85 (puede consultarse en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html>). Por razones de espacio, en el presente texto no se hace referencia a párrafos concretos del informe.

³ La guía Legislativa de la CNUDMI (con recomendaciones legislativas) y sus Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada pueden consultarse en www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement_infrastructure.html.

⁴ Informe de la Comisión (antes mencionado), párr. 329.

a) Las importantes variaciones en cuanto a terminología, alcance y contenido entre los textos de los distintos países; y

b) Algunas diferencias de opinión acerca de si había que elaborar una ley modelo u otro texto legislativo sobre las APP.

5. Así pues, una de las principales cuestiones de las que debe ocuparse este Coloquio es la aclarar el alcance de cualquier mandato que se encomiende para la elaboración de un texto legislativo futuro. Es necesaria esa claridad para poder demostrar a la Comisión que la labor de elaboración de un texto legislativo sobre las APP estaría lista para su presentación a un Grupo de Trabajo⁵.

6. El Coloquio tal vez desee observar que la Comisión no examinará por separado si otorga un mandato de esa índole a un Grupo de Trabajo; todas las sugerencias sobre la elaboración legislativa prevista y futura posible se examinarán juntas, a fin de que la Comisión pueda decidir sobre sus elementos prioritarios. Así pues, el Coloquio tal vez desee formular observaciones acerca de la importancia para la CNUDMI de la labor sobre las APP. En la segunda parte de este texto se presentan algunos aspectos importantes.

B. Estudios realizados y consultas celebradas entre el período de sesiones de 2013 de la Comisión y la fecha del presente Coloquio

7. La Comisión impartió instrucciones a la Secretaría para que organizara la labor preparatoria anteriormente mencionada mediante estudios, consultas con expertos y un Coloquio. En la labor preparatoria se ha observado la instrucción de la Comisión de llevarla a cabo de manera integradora y transparente en el marco del multilingüismo en la medida de lo posible, teniendo en cuenta la experiencia de todas las regiones y contando con el sector público y el sector privado⁶. A continuación se presentan los resultados de esas actividades.

II. Recomendaciones a este Coloquio emanadas de las consultas celebradas y los estudios realizados desde el período de sesiones de 2013 de la Comisión

8. Los informes de las variaciones en la legislación vigente sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado presentados al Coloquio de 2013⁷ se basaron en la investigación y en la experiencia de los participantes. Aunque hubo un

⁵ Deben estar claras tanto el alcance de un texto futuro sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado como las cuestiones de política sobre las que haya que deliberar. La Comisión tiene la certeza de que la colaboración entre el sector público y el sector privado se prestaría a la armonización y la elaboración consensuada de un texto legislativo, que un texto legislativo sobre esa colaboración mejoraría el derecho mercantil internacional y que la labor propuesta no sería una repetición del trabajo emprendido por otros órganos de reforma legislativa. *Ibid.*, párrs. 328 y 329.

⁶ Informe de la Comisión, antes citado, párr. 330.

⁷ Véase, por ejemplo, el documento de debate del Coloquio de 2013, párr.13, que puede consultarse en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html, y los informes y documentos citados.

amplio acuerdo en que esa opinión era acertada, se convino en las primeras fases de las consultas que se realizara un estudio sistemático para obtener más detalles de las leyes nacionales sobre las APP. Las recomendaciones en cuanto al alcance del texto legislativo sobre las APP sería así un fundamento suficiente en la práctica.

9. Por tanto, la Secretaría, expertos voluntarios y consultores han llevado a cabo amplios estudios de las leyes vigentes en materia de la colaboración entre el sector público y el sector privado para evaluar la medida en que los temas principales contenidos en los instrumentos sobre PIFP están recogidos en dichas leyes vigentes. Los estudios consistieron en exámenes de leyes y reglamentos sobre las APP en el plano nacional y subnacional (tanto legislación sobre las APP como otra legislación pertinente), en 58 países. Los países estudiados fueron elegidos a fin de lograr la diversidad regional, así como la diversidad en cuanto a los niveles de desarrollo económico y tradición jurídica. El presente examen, que se estima abarca una proporción considerable de la legislación sobre la colaboración público-privada en todo el mundo, puede, por tanto, considerarse representativo.

10. Se informó al Coloquio de 2013 de que el alcance de las Disposiciones Legales Modelo y las recomendaciones legislativas era más estrecho que el de la Guía Legislativa⁸. Así pues, en los estudios se indicó tanto la legislación vigente sobre las APP que incluía elementos que trascendían del alcance de las Disposiciones Legales Modelo y las recomendaciones legislativas, como las disposiciones que iban más allá del alcance de los instrumentos sobre PIFP en su conjunto.

Cuadro 1: Lista de países estudiados

Albania	España	Macedonia	República Checa
Angola	Estados Unidos de América	Malasia	República de Corea
Argentina	Federación de Rusia	Malawi	Rumania
Australia	Fiji	Marruecos	Senegal
Benin	Filipinas	Mauricio	Serbia
Brasil	Francia	México	Singapur
Bulgaria	Guinea	Mongolia	Sri Lanka
Burkina Faso	Jamaica	Mozambique	Sudáfrica
Camboya	Jordania	Níger	Tanzanía
Camerún	Kazajstán	Nigeria	Túnez
Chile	Kenya	Paraguay	Uganda
Colombia	Kirguistán	Perú	Viet Nam
Côte d'Ivoire	Kosovo	Polonia	Zambia
Croacia	Letonia	Puerto Rico	
Egipto	Lithuania	República Centroafricana	

⁸ Véase Report to the Third Session of the Team of Specialists on Public-Private Partnerships, Simmons and Simmons, que se puede consultar en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html.

11. El análisis de la legislación de cada país sobre las APP se efectuó a tres niveles:

a) ¿Está recogido en la legislación del país el tema principal incluido en la Guía Legislativa? (Sí/No);

b) ¿Se cumplen las recomendaciones legislativas vinculadas con el tema? (Sí/Parcialmente/No);

c) ¿Se cumplen las Disposiciones Legales Modelo? (Sí/Parcialmente/No).

12. Se formuló otra pregunta en el sentido de si las leyes del país contenían disposiciones además de las incluidas en los instrumentos sobre PIFP.

13. Los consultores presentarán en el Coloquio sus conclusiones detalladas, de las que figura un resumen a continuación.

14. Los consultores informan de que existe un grado relativamente alto de simetría de los principales temas de la Guía Legislativa en las leyes nacionales analizadas. Sin embargo, la conformidad es considerablemente menor en lo que se refiere a las recomendaciones legislativas propiamente dichas.

15. Los consultores también informan de que, en relación con los temas principales que figuran en las secciones I a VI de la Guía Legislativa:

“a) En resumen, los temas principales de las secciones I a VI de la Guía Legislativa estaban recogidos en las leyes nacionales en una proporción media del 59%, con un intervalo del 79% (sección I – Marco legal e institucional general) al 33% (sección VI – Solución de controversias);

b) En relación con la sección III – Selección del concesionario y la sección IV – Construcción y explotación de infraestructuras: marco legislativo y acuerdo de proyecto, que representan el 66% de las recomendaciones legislativas, los temas principales estaban recogidos por término medio en las leyes nacionales en un 63% y un 66% de las ocasiones, respectivamente;

c) En relación con las recomendaciones legislativas, y el hecho de que los temas principales de la sección estuvieran o no recogidos en la legislación nacional, esta cumplía las recomendaciones legislativas en un promedio del 58%. Otro 36% cumplía las recomendaciones legislativas conexas, y el 6% de la muestra que incluía los temas principales no cumplía las recomendaciones legislativas;

d) Si se toma la muestra de 58 países en su conjunto:

i) El 36% por término medio cumplía las recomendaciones legislativas;

ii) El 23% cumplía parcialmente las recomendaciones legislativas;

iii) El 41% no cumplía las recomendaciones legislativas.

e) Con respecto a la sección III – Selección del concesionario” y “IV – Construcción y explotación de infraestructuras: marco legislativo y acuerdo de proyecto”, que representan el 66% de las recomendaciones legislativas:

i) Con respecto a la sección III, se cumplía el 33% de las recomendaciones legislativas y otro 27% se cumplía parcialmente, pero el 40% de la muestra no cumplía plenamente las recomendaciones legislativas,

ii) Con respecto a la sección IV, se cumplía el 27% de las recomendaciones legislativas y otro 34% se cumplía parcialmente, pero el 38% de la muestra no cumplía plenamente las recomendaciones legislativas;

f) “Con respecto a la sección VI – Solución de controversias, se cumplía el 25% de las recomendaciones legislativas y otro 7% se cumplía parcialmente, pero el 68% de la muestra no cumplía plenamente las recomendaciones legislativas.”

16. Los temas principales de los que los consultores comunican un nivel más elevado de incumplimiento de que cumplimiento de las recomendaciones legislativas son:

a) Marco legal e institucional general: dos terceras partes de los países estudiados no recogían las recomendaciones legislativas sobre la reglamentación de los servicios de infraestructura;

b) Riesgos del proyecto y respaldo público: más de la mitad de los países estudiados recogían total o parcialmente las recomendaciones legislativas en general, pero en lo relativo a las garantías dadas por instituciones financieras internacionales y entidades de crédito a la exportación y organismos de promoción de inversiones, tema sobre el que no existe una recomendación legislativa, pero se ofrece orientación en la Guía Legislativa, solo el 28% incluía disposiciones legales en la ley nacional sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado;

c) Selección del concesionario (37% del número total de recomendaciones legislativas): aunque las disposiciones principales sobre el procedimiento de selección contenidas en las recomendaciones legislativas se cumplían o estaban recogidas parcialmente en una gran proporción de los países estudiados, una mayoría de ellos no cumplían ni recogían las recomendaciones legislativas sobre el expediente del proceso de selección y adjudicación y las vías de recursos. Además, exactamente la mitad no recogía las disposiciones de las recomendaciones legislativas sobre las concesiones otorgadas sin recurrir a procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado, y solo el 52% cumplía plena o parcialmente las relativas a las propuestas no solicitadas;

d) Construcción y explotación de infraestructuras: marco legislativo y acuerdo de proyecto: la mayoría no recogía las recomendaciones legislativas sobre garantías reales, traspaso de la concesión, traspaso de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad del proyecto y obras de construcción;

e) Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto: en esta esfera se registró un alto grado de cumplimiento, aunque el 45% de los países estudiados no cumplió las recomendaciones legislativas sobre las consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto;

f) Solución de controversias: Esta sección es la que tenía una cobertura más deficiente en los países estudiados, en particular por lo que se refiere a las controversias distintas de las surgidas entre la entidad adjudicadora y el concesionario.

17. Esta pauta de la que se informó también se puso ampliamente de manifiesto en la cobertura de las Disposiciones Legales Modelo en las leyes nacionales. También en este contexto el nivel más bajo de cumplimiento se constató en la solución de controversias.

18. Este tema ya se ha señalado por exigir una revisión de los instrumentos sobre PIFP, por lo que los consultores también examinaron las disposiciones sobre solución de controversias por separado, pasando revista a leyes nacionales de la República Kirguisa, Egipto, Kenya y Mongolia, las 14 secciones nacionales de PLC (Practical Law Company) sobre vías de recursos⁹, las Directrices sobre las APP de Malasia, así como los documentos relacionados con las APP encontrados en Australia, la Federación de Rusia, la India, el Japón, Marruecos y Turquía. He aquí el resumen de las conclusiones:

a) El régimen de las vías de recursos en el contexto específico de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado es limitado, pero se aplican por lo general las normas aplicables a los aspectos de contratación pública de la colaboración entre el sector público y el sector privado. En esa medida, las leyes de los 14 países siguientes están generalmente en conformidad con las vías de recursos del capítulo III de la Guía Legislativa: Alemania, el Brasil, el Canadá (además, puede convenirse en el arbitraje como forma de solución de una controversia), China (normalmente, el derecho de contratación pública no es aplicable a las APP ni a las concesiones), los Estados Unidos de América, Francia, Italia, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, Sudáfrica, Suiza y Ucrania; y

b) Esas leyes nacionales no se ocupan de las controversias entre proveedores de servicios o de otras controversias comerciales (controversias entre los promotores del proyecto y entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas y proveedores y controversias con clientes o usuarios de la infraestructura).

19. Los temas principales que, según informan los consultores, están previstos en leyes nacionales pero que no figuran en los instrumentos sobre PIFP, o se tratan con menos detalle o de diferente manera respecto de su trato en esos textos, confirman en gran medida las conclusiones del Coloquio de 2013. La primera conclusión fue que, si bien es cierto que los instrumentos sobre PIFP constituyen una base sólida para la reforma legal en materia de APP, es necesario actualizar y revisar determinados aspectos de dichos instrumentos. Algunos ejemplos son la prestación de servicios, las propuestas no solicitadas, algunos aspectos de los riesgos del proyecto y el respaldo público, algunos aspectos de la administración de contratos y la explotación de proyectos, y los mecanismos de solución de controversias.

20. En segundo lugar, parece que existe un mayor consenso acerca de cuestiones para las que anteriormente no existía una solución política aceptada. Algunos ejemplos son la gobernanza y la responsabilidad social, la evitación del fraude y la corrupción, el trato de los conflictos de intereses y la interacción entre las leyes sobre APP y otras leyes.

21. En tercer lugar, la división entre los distintos instrumentos sobre PIFP, y el hecho de que algunas cuestiones se tratan en más de un lugar en los instrumentos sobre PIFP, indican que una nueva presentación de la orientación y las disposiciones mejoraría su legibilidad. Algunos ejemplos serían las referencias a otras leyes pertinentes y a cuestiones financieras y de inversión.

22. Desde el período de sesiones de la Comisión, la Secretaría también ha entablado consultas con expertos y organismos que se dedican a la reforma de la

⁹ <http://us.practicallaw.com>.

legislación sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado, mediante el intercambio de documentos, teleconferencias y reuniones personales, a fin de complementar el estudio antes descrito con las opiniones de esos expertos y organismos.

23. En las consultas en general se determinó una serie de cuestiones que justifican un examen concreto como elementos principales que apuntan a una revisión del texto de los instrumentos sobre PIFP. En la sección siguiente se examina cada uno de los temas en cuestión.

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

A. Alcance de todo futuro texto legislativo sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado

24. Una cuestión inicial que se trató en las consultas fue el alcance de todo texto legislativo futuro. En la Guía Legislativa figuran opciones para los tipos de concesiones que han de reglamentarse¹⁰, pero ninguno de los instrumentos sobre PIFP se ocupa del alcance de una ley de habilitación en sí mismo.

25. Este asunto es más complejo de lo que pueda parecer a primera vista, en parte porque no existe una definición universal de las APP. En el Coloquio de 2013 se señaló que el tipo de colaboración entre el sector público y el sector privado más habitual desde el punto de vista histórico es un proyecto de infraestructura acompañado del suministro por el sector privado de servicios conexos al público (“colaboración entre el sector público y el sector privado en materia de infraestructura y servicios”), en que se paga al operador en el marco de un mecanismo de concesión. He ahí el centro de atención de los instrumentos sobre PIFP. Como también se informó, los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado incluyen ya, no obstante, el desarrollo de infraestructura no tangible con prestación de servicios, la prestación privada de servicios públicos sin desarrollo de infraestructura, y otros arreglos contractuales (formación de asociaciones y alianzas, algunos proyectos institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, arriendos de larga duración, arrendamiento y contratos de gestión)¹¹. El alcance de los servicios en cuestión va actualmente de lo simple a lo complejo: por ejemplo, en los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado en el sector sanitario, de servicios clínicos a instalaciones más comunes y servicios de limpieza y de comidas.

26. Se plantea otra variante de los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando una parte privada suministra lo que se considera generalmente servicios públicos, pero que anteriormente no han estado disponibles. En este caso, las autoridades pueden tratar posteriormente de reglamentar el suministro de los servicios y cooperar al respecto. Algunos ejemplos de esos casos

¹⁰ Véase el capítulo I, sección C.2, párr. 19.

¹¹ Véase el documento de debate del Coloquio de 2013, párrs. 11 y 12, 17 y 18, los informes y documentos a que se hace referencia en el mismo, y el informe del Coloquio de 2013.

de los que se tiene noticia son servicios de abastecimiento de agua y gestión de residuos en países francófonos de África, y los servicios sanitarios antes descritos.

27. También se ha informado a la Secretaría de que la financiación privada (sin el suministro conexo de servicios) va en aumento en países como los Emiratos Árabes Unidos, Francia, Marruecos, Qatar, Túnez y Turquía.

28. No es sorprendente que los estudios indiquen que el mapa legislativo es muy variado, tanto en su forma como en su ámbito. Algunos Estados cuentan con leyes sobre contratación pública y concesiones, pero carecen de leyes que se ocupen de otras formas de APP; se informa de que otros se ocupan de varias formas de colaboración entre el sector público y el sector privado, el arrendamiento y venta de activos públicos y desinversiones en sus leyes sobre contratación pública, aunque las privatizaciones se rigen como norma general por legislación de habilitación relativa a proyectos específicos.

29. Además, el alcance de los textos internacionales existentes sobre colaboración entre el sector público y el sector privado que pueden guardar relación con el tema también varía: los Elementos Básicos de la OCDE¹² incluyen concesiones para la explotación de recursos naturales (excluidas de los instrumentos sobre PIFP). Los consultores informan de que las leyes de Kenya, la República Kirguisa y Kosovo excluyen los proyectos de explotación de recursos naturales.

30. En el Coloquio de 2013 se consideró que la CNUDMI debería examinar nuevos tipos de proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado que no están comprendidos en el actual alcance de los instrumentos sobre PIFP. No obstante, la mayoría de los expertos consultados informan de que la abrumadora mayoría de proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado para los usuarios más probables de un texto legislativo – los países en desarrollo y en transición – serían los proyectos de infraestructura y servicios, y que tal vez el 20% de las cuestiones que surgen en esos proyectos plantean el 80% de los problemas que se ha determinado que constituyen un obstáculo para una colaboración entre el sector público y el sector privado eficaz.

31. Las características fundamentales de los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado de infraestructura y servicios son la construcción y explotación de la infraestructura y el suministro de los servicios públicos conexos por el sector privado. Esos elementos conllevan un hincapié en el suministro privado de servicios así como en la financiación privada, lo que a su vez supone un cambio de enfoque en los instrumentos sobre PIFP, que no se ocupan detalladamente del suministro de servicios¹³.

32. La noción de proyectos de infraestructura y servicios en régimen de colaboración entre el sector público y el sector privado, sin embargo, deja considerables esferas de incertidumbre. En primer lugar, Los proyectos de infraestructura sin servicios conexos podrían tratarse en la práctica haciendo referencia únicamente a las secciones que guardaran relación con la infraestructura. Sin embargo, existen importantes diferencias respecto de los proyectos abordados

¹² Pueden consultarse en <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements>.

¹³ Véase la Guía Legislativa, página *xxii*, Recomendación 53, y la disposición legislativa modelo 28 h), por ejemplo.

en los instrumentos sobre PIFP, que se centran en la financiación del proyecto como mecanismo financiero principal. La inversión privada se reembolsa mediante la corriente de ingresos que emana en el marco de una concesión para la explotación de la infraestructura¹⁴. Sin suministro de servicios, el reembolso de la inversión privada debe proceder de la entidad adjudicadora, y no de los usuarios. Este tipo de proyecto de colaboración entre el sector público y el sector privado se suele denominar “proyecto de colaboración entre el sector público y el sector privado con pago público” o “PFI/PPP”¹⁵. Además, puede haber contratos mixtos.

33. Si el Coloquio considera que algunos proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado con pago público, o todos ellos, deberían incluirse en un futuro texto legislativo, tal vez desee indicar otras cuestiones que puedan entrar en juego. Algunos ejemplos son la ley por la que regirían esas operaciones - ¿estarían comprendidas en el ámbito de la ley de contratación pública?¹⁶ Algunas derivaciones contractuales y de otra índole se tratan en la sección sobre cuestiones de financiación e inversión más adelante, y en la sección sobre legislación o contrato en la segunda parte de este documento.

34. Los proyectos de infraestructura en régimen de colaboración entre el sector público y el sector privado sin suministro de servicios suelen incluir las concesiones para la explotación de recursos naturales y para la explotación agrícola, que son proyectos de infraestructura (definidos ampliamente). En el informe del Coloquio de 2013 se indicó una preferencia por excluir esos proyectos, porque entrañan una amplia gama de cuestiones, muchas de las cuales no serían pertinentes más allá de algunos proyectos concretos o de esos sectores, y porque existen orientaciones internacionales, por ejemplo, sobre la extracción de petróleo y gas y la minería¹⁷. El Coloquio tal vez desee ocuparse de esta cuestión en su informe.

35. Tratar los proyectos de infraestructura y servicios en régimen de colaboración entre el sector público y el sector privado podría análogamente dar cabida a los proyectos de suministro de servicios públicos sin desarrollo de infraestructura, en la medida en que las disposiciones relacionadas con la infraestructura no se aplican en proyectos pertinentes. Por lo tanto, este enfoque da cabida a la recomendación del Coloquio de 2013 de que la construcción de infraestructura física no se considere indispensable para un texto futuro, así como las últimas novedades en el mercado. El aumento de que se informa del alcance de los servicios en proyectos de suministro de servicios – como los descritos anteriormente en el caso del sector sanitario – puede indicar, no obstante, que serán necesarias unas disposiciones contractuales más complejas, como, por ejemplo, una mayor flexibilidad en los términos del contrato para hacer frente a cambios y a otras cuestiones emergentes emanantes de distintos factores tecnológicos. El Coloquio tal vez desee informar

¹⁴ Véase, por ejemplo, la sección II de la Guía Legislativa, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, págs. 41 a 64.

¹⁵ La sigla “PFI” suele referirse por lo general a la Private Finance Initiative del Reino Unido.

¹⁶ Véanse, además, los párrafos 41 y 79.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, a) las publicaciones de la Iniciativa sobre la transparencia de las industrias extractivas (EITI) en <http://eiti.org>. La EITI es una norma internacional que garantiza la transparencia acerca de los recursos naturales de los países, y la elabora y supervisa una coalición de gobiernos, empresas, la sociedad civil, inversores y organizaciones internacionales; y b) los módulos para sectores específicos del Banco Mundial disponibles en <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>.

acerca de otras cuestiones que ese tipo de proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado entrañarían si desea incluirlas en el alcance recomendado de todo texto futuro.

36. Otro tipo de proyecto de colaboración entre el sector público y el sector privado es un “proyecto institucional de colaboración entre el sector público y el sector privado”, en el que el vehículo del proyecto es una empresa conjunta de la que son titulares la entidad adjudicadora y un proveedor de servicios. Entre los ejemplos presentados a la Secretaría pueden citarse proyectos institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado en los sectores de la energía y la salud. Entre otras nuevas estructuras de colaboración entre el sector público y el sector privado figuran aquellas en las que la parte privada es en realidad una empresa de propiedad estatal. El Coloquio tal vez desee considerar si existen otras disposiciones que resultarían necesarias si esos tipos de colaboración entre el sector público y el sector privado se incluyen en un texto legislativo futuro sobre la materia.

37. En síntesis, las consultas indicaron que

a) Debería mantenerse la flexibilidad con respecto al concepto de colaboración entre el sector público y el sector privado, llegando a un concepto amplio que pueda subdividirse, antes que a una definición estricta de los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En ese caso, los principales conceptos principales que se determinaran funcionarían como una descripción de los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado;

b) Un elemento fundamental para su reglamentación ulterior es el suministro privado de servicios públicos; y

c) Se necesitan principios generales que puedan aplicarse para reglamentar los elementos comunes de todos los proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

38. Sin embargo, en las consultas no se logró una armonía de criterios sobre el alcance preciso de los proyectos de colaboración público-privada que han de tratarse. En este caso, tal vez sean importantes la magnitud de la labor y el probable apetito de los Estados miembros de la CNUDMI por un proyecto de colaboración público-privada. En el Coloquio de 2013 se observó que la CNUDMI debería emprender una labor que fuera viable en un plazo que permitiera que el proyecto satisficiera lo que se consideró “la urgente necesidad de una norma más general de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada”.

39. Habida cuenta de esa observación, de la necesidad de recomendar a la Comisión un ámbito de trabajo con un grado razonable de certeza y de las tensiones entre tratar de abordar todas las formas de colaboración público-privada y producir un texto en un plazo relativamente corto, la mayoría de los expertos consultados recomendaron que la CNUDMI concentrara sus actividades en la elaboración legislativa en proyectos de colaboración público-privada en proyectos de infraestructura y servicios. Como ejemplo práctico del tipo de opción que entrañan esas cuestiones relacionadas con recursos, véanse, asimismo, los párrafos 55 y 56 de la sección sobre la colaboración público-privada transfronteriza, más adelante.

40. El Coloquio tal vez desee especificar en su informe a la Comisión los tipos de colaboración público-privada que han de incluirse en todo texto legislativo futuro, los que han de excluirse, y aquellos sobre los que no se ha tomado aún una decisión. También podría observar que los órganos de reglamentación de las formas de colaboración público-privada excluidas podrían inspirarse en los temas básicos sobre colaboración público-privada y la orientación al respecto en un texto futuro de la CNUDMI (y la CNUDMI podría a su debido tiempo decidir tratar otras formas de colaboración público-privada, como temas futuros distintos).

41. Otra cuestión de alcance, que también guarda relación con lo anterior, es la demarcación de las leyes sobre contratación pública, concesiones y colaboración público-privada. La Comisión ha oído anteriormente que los proyectos de infraestructura constituyen un espectro que va desde la contratación pública, por conducto de la colaboración público-privada, a la privatización¹⁸. En las consultas de expertos se puso de relieve que la claridad del alcance reviste una importancia fundamental para que los Estados puedan asegurar que la ley (o las leyes) aplicable a un proyecto esté clara. Las opciones podrían consistir en reglamentar todos los elementos de esas operaciones relacionados con la contratación pública en el marco de la ley de contratación pública, y promulgar leyes distintas que rijan diferentes tipos de proyectos de principio a fin, con disposiciones idénticas si procede (por ejemplo, en lo relativo a los elementos de planificación, contratación y suministro de servicios principales), a fin de garantizar la coherencia. Una indicación inicial sobre esta cuestión podría resultar útil a la Comisión al evaluar la duración y el alcance del mandato que haya de otorgarse.

42. El Coloquio tal vez desee también aclarar en su informe a la Comisión que las actividades iniciales de elaboración legislativa consistirían en determinar las principales cuestiones que probablemente puedan solucionarse mediante legislación en el caso de los tipos de colaboración público-privada de que se trate (incluida cualquiera de las variantes antes citadas acerca de la cual el Coloquio llegue a la conclusión de que debe abordarse), sobre la base de los estudios anteriormente citados y los instrumentos internacionales pertinentes, para su examen por un Grupo de Trabajo. Las soluciones normativas de esas cuestiones se inspirarían en la investigación realizada hasta la fecha y en los estudios en curso.

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

43. Como se informó en el Coloquio de 2013, cuatro esferas principales pertinentes para su reglamentación son el entorno jurídico y reglamentario; la planificación de los proyectos, inclusión hecha de la distribución de riesgos del proyecto y respaldo público y de donantes; la selección del socio del proyecto (proveedor o concesionario); y el acuerdo del proyecto y la explotación y gestión del proyecto. Esas cuatro esferas no son demarcaciones precisas entre distintos aspectos de la colaboración público-privada, pero se agrupan para facilitar la consulta y el debate en el actual foro. (Si la CNUDMI decide ocuparse del tema de

¹⁸ Párr. 32, documento de debate del Coloquio de 2013. Véase también el párr. 79 del presente documento sobre la posibilidad de la superposición de leyes.

los proyectos de colaboración público-privada, podría estimar procedente estudiar la mejor forma de agrupar esas esferas en un solo texto legislativo).

44. En las siguientes secciones del presente texto se informa sobre las principales cuestiones que emanan del Coloquio y que, según confirman las consultas de expertos, deberían revisarse o presentarse nuevo en comparación con su trato en los instrumentos sobre PIFP en su formulación actual, o que deberían introducirse en un texto legislativo sobre la colaboración público-privada como nuevos temas. Se agrupan en las cuatro esferas temáticas a que se ha hecho referencia en el anterior párrafo. En las consultas se ha puesto de relieve que se trata de las cuestiones principales, y no tienen el propósito de constituir una lista exhaustiva de temas que han de ser revisados.

45. Dadas las conclusiones del Coloquio de 2013 y el asesoramiento experto posterior de que el punto de partida deberían ser los instrumentos sobre PIFP, se resume el trato actual en los instrumentos sobre PIFP cuando es pertinente, y se formulan recomendaciones relativas al grado en que deberían revisarse y presentarse de nuevo los instrumentos sobre PIFP.

46. En la presente sección también se ponen de relieve otros temas de los instrumentos sobre PIFP respecto de los cuales tal vez resulten justificadas más revisiones de menor importancia.

1. El entorno jurídico y reglamentario

i) Marco institucional

Recomendaciones legislativas pertinentes; 1, 6 a 8

Disposiciones Legales Modelo: No hay referencias

Guía Legislativa, “Coordinación administrativa”, sección D del capítulo I (“Marco legal e institucional general”)

47. Se reconoce que un marco institucional y unos procesos conexos sólidos son esenciales para una colaboración público-privada eficaz y para atraer a inversores en proyectos de colaboración público-privada. Los expertos informan de que las cuestiones tratadas no solo son nuevas para la mayoría de los países, sino que también son sustancialmente diferentes en muchos aspectos de los proyectos de contratación pública tradicionales. Incluyen el diseño del alcance y la evaluación de la asequibilidad de los servicios, el uso de la tierra (que tal vez entrañe la expropiación, el reasentamiento, etc.) y contratos más complejos que reflejen tanto el carácter a largo plazo del proyecto como cuestiones financieras y operativas. Será necesaria la colaboración entre varios ministerios, es preciso evaluar los aspectos financieros, fiscales y contables de la mayoría de los proyectos (como los pasivos contingentes y otras cuestiones analizadas en la sección “Financiación e inversión” más adelante); cuestiones de pago público, subvenciones o garantías estatales que exigen al menos coordinación y, en la mayoría de los casos, el endoso del ministerio a cargo de Hacienda o del presupuesto.

48. Así pues, se precisa un marco institucional apropiado y completo para planificar, diseñar, desarrollar y gestionar proyectos, que recurra a las mejores

prácticas internacionales. Hay muchos documentos de consulta publicados recientemente sobre este tema, pero siguen siendo incompletos¹⁹; por ejemplo, muchos se centran en la planificación y preparación de proyectos de colaboración público-privada, la transparencia y, en cierta medida, la contratación²⁰.

49. Las dependencias de colaboración público-privada, que se recomiendan en la Guía Legislativa, han resultado satisfactorias en algunos países desarrollados (por ejemplo, en el Reino Unido, Australia y Francia, especialmente para contratos de colaboración público-privada/iniciativa de financiación privada y para proyectos en el plano nacional). Los resultados han sido menos positivos en los países en desarrollo. Como señala la OCDE, “Las dependencias de colaboración público-privada debería permitir a las autoridades (es decir, los ministerios competentes) crear, gestionar y evaluar un proyecto de colaboración público-privada eficiente y eficazmente. Esa función exige que las dependencias de colaboración público-privada dispongan de las aptitudes financieras, jurídicas, económicas y de gestión de proyectos necesarias²¹.”

50. Además, y en particular en las economías emergentes, un marco institucional de colaboración público-privada eficiente va mucho más allá de la organización y el apoyo de una dependencia central de colaboración público-privada. Una vez más, según la OCDE, deberían aclararse las funciones y competencias institucionales principales para ocuparse de cuestiones fiscales y presupuestarias, aspectos de contratación, auditorías de proyectos de colaboración público-privada, y normas de vigilancia y observancia²². Así pues, es preciso adoptar un enfoque integral de las instituciones.

51. Las instituciones tendrán que reflejar principios básicos de independencia y transparencia en organización y gobernanza; los expertos informan de que estos aspectos no han sido recogidos suficientemente en la legislación vigente, por que deberían quedar recogidos en todo texto legislativo futuro sobre la colaboración público-privada.

52. Así pues, los expertos sugieren que se efectúen revisiones de la Guía Legislativa para tener en cuenta las novedades ocurridas en las instituciones en la esfera de las APP, y que se amplíe el alcance de las recomendaciones legislativas y las Disposiciones Legislativas Modelo. En el Coloquio se presentarán más detalles de esas cuestiones, así como observaciones sobre las consecuencias de la conclusión de los consultores de que las recomendaciones sobre la reglamentación de los servicios de infraestructura no se suelen observar en las leyes nacionales.

¹⁹ Véase “Reference Guide on PPPs” del PPIAF, 2012, que puede consultarse en <http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/WBIPPIAFPPPReferenceGuidev11.0.pdf>.

²⁰ Véase, por ejemplo: PPIAF Note No. 4 “Developing a PPP framework: policies on PPP unit” (mayo de 2012), que puede consultarse en www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf.

²¹ OCDE, “Principles for the public governance of Public-Private Partnerships”, que se puede consultar en www.oecd.org/governance/oecdprinciplesforpublicgovernanceofpublic-privatepartnerships.htm, sección 2.

²² Ibid.

ii) APP transfronterizas

No existen referencias en los instrumentos sobre PIFP

53. Han existido proyectos transfronterizos de APP desde que existen proyectos de infraestructura o de servicios. Ahora bien, cuando se elaboraron los instrumentos sobre PIFP, se prestó escasa atención a las cuestiones que plantean esos proyectos, por lo que el tema no se trató en los citados instrumentos. Los consultores también informan de que no existe ninguna disposición habilitadora de proyectos transfronterizos de APP en los países estudiados. En una época de globalización, mayor cooperación regional y desarrollo técnico, aumentará considerablemente el número de mecanismos de cooperación a través de las fronteras nacionales. Varios estudios apuntan a los importantes efectos positivos concretos de los proyectos transfronterizos de APP: en síntesis, dichos proyectos aumentan el volumen del comercio y la apertura comercial y sustentan un crecimiento económico más amplio. Ya pueden encontrarse ejemplos de proyectos transfronterizos de APP en todos los continentes y en todas las esferas, de proyectos de infraestructura a proyectos especiales, pasando por proyectos turísticos. Otra razón principal para poner en marcha proyectos transfronterizos de APP es el hecho de que un solo país no puede solucionar por sí solo a algunas dificultades (por ejemplo, la financiación no resultaría posible de otra forma).

54. Aunque se reconocen extensamente los efectos sumamente positivos de los proyectos transfronterizos de APP, puede observarse una falta de interés generalizada en poner en marcha proyectos de esa índole. El obstáculo más importante a los proyectos transfronterizos de APP de que se ha informado es la falta de orientación para hacer frente debidamente a los problemas jurídicos específicos inherentes a dichos contratos, lo que se considera un gran obstáculo para dar rienda suelta a sus grandes posibilidades positivas, ampliamente reconocidas. Los expertos sugieren que la CNUDMI, en su calidad de plataforma internacional, estaría en las mejores condiciones para subsanar esta falta de orientación. También podría tratar de los aspectos jurídicos de los proyectos transfronterizos en régimen de alianza público-privada de la debida forma, y los expertos informan que la experiencia con los instrumentos sobre PIFP también demuestra que los proyectos transfronterizos de APP también deberían abordarse en un texto futuro sobre las APP.

55. Los expertos proponen tres opciones acerca de la forma en que podrían incluirse esas disposiciones sobre proyectos transfronterizos en régimen de alianza público-privada:

a) En primer lugar, la cuestión podría abordarse mediante la creación de un nuevo régimen jurídico ("régimen X") en el plano internacional por el que se establezcan reglamentos y disposiciones nuevos y suplementarios. Dichas disposiciones deberían aportar suficiente detalle y, al mismo tiempo, garantizar la flexibilidad y adaptabilidad necesarias, ser acordes a otros instrumentos internacionales vigentes (inclusión hecha de otros instrumentos de la CNUDMI) y coordinarse con otras organizaciones internacionales como la UNCTAD, la OMC y la OCDE. Esta opción entrañaría extensas actividades preparatorias y de redacción;

b) La segunda opción consistiría en elaborar disposiciones especiales sobre determinados aspectos básicos necesarios de los proyectos transfronterizos en régimen de alianza público-privada combinada con la introducción de elementos

orientativos sobre la forma de utilizar, adoptar y adaptar disposiciones ya en vigor al contexto y los aspectos internacionales. Por lo tanto, la CNUDMI se ceñiría básicamente a impartir orientación sobre los factores que han de tenerse en cuenta al adoptar las disposiciones pertinentes para los proyectos transfronterizos en régimen de alianza público-privada. Sin embargo, como ya se ha indicado, esta opción también exigiría actividades de redacción (relacionadas con las condiciones jurídicas previas necesarias al aplicar la opción, en especial sobre la forma de crear una clase de régimen de solución de conflictos y recursos);

c) La tercera opción sería una combinación de la opción 1 (“régimen X”) y la opción 2. Como consecuencia de esta opción, habría que tomar una decisión acerca de las esferas que reglamentarían plenamente (nuevas) en el plano internacional y las esferas en la que se aplicaría una remisión a regímenes jurídicos existentes.

56. Observando la enorme gama de factores y esferas jurídicas relacionadas con los proyectos transfronterizos en régimen de alianza público-privada, los escasos recursos de la CNUDMI y los criterios para la labor y el *modus operandi* futuros, los expertos informan de que la ejecución de las opciones normativas primera y tercera sería muy onerosa y exigiría muchos recursos. El proceso de adopción de decisiones acerca de las esferas que deberían reglamentarse (por primera vez) y las que no en la tercera opción normativa podría resultar muy largo y difícil. Por lo tanto, los expertos recomiendan la segunda opción normativa.

iii) *Gobernanza y responsabilidad social*

No hay referencias en los instrumentos sobre PIFP

57. En la declaración de Río+20 se exhortó “al sector privado a que adopte prácticas empresariales responsables, como las que promueve el Pacto Mundial de las Naciones Unidas”²³. Los principios de gobernanza empresarial coinciden en la idea de lograr más transparencia y rendición de cuentas en la esfera empresarial. Es evidente que existe un interés público en garantizar normas de conducta empresarial adecuadas (algunas tácticas competitiva, normales en el sector privado, no serán apropiadas en las alianzas público-privadas), pero no se sabe cuán difundida está esa noción.

58. Como las APP son iniciativas de colaboración entre los sectores público y privado, es necesario el debido equilibrio entre las normas de gobernanza empresarial y las normas públicas equivalentes sobre las obligaciones en materia de rendición de cuentas y transparencia. Por ejemplo, ¿cómo debe tratarse la necesidad de diligencia debida, dado que la empresa del proyecto responde no solo ante los accionistas, sino también ante un grupo más amplio de interesados, y tiene obligaciones vigentes de prestación de servicios públicos? La debida diligencia en el marco de la contratación pública funciona con arreglo a reglas bien conocidas, pero la situación de las APP es más compleja y no ha recibido la atención precisa. Análogamente, ¿qué entidades del sector privado han de quedar abarcadas?

59. La larga duración de las relaciones entre los socios (a menudo muchos y variados) y las particularidades relacionadas con la distribución de los riesgos también exigen marcos de gobernanza claros y adecuados en todas las fases de un

²³ Párr. 46, El futuro que queremos.

proyecto en régimen de APP (adopción de decisiones, contratación, explotación, terminación). Puede que sean necesarias reglas sobre cambios de la estructura empresarial para evitar el riesgo de que todas las obligaciones terminen en empresas ficticias, para garantizar una persona jurídica que sea responsable de todas las obligaciones durante toda la duración del proyecto, y tal vez resulten necesarias reglas sobre ventas de capital social (las empresas constructoras, por ejemplo, no desearán por lo general seguir como accionistas a largo plazo). Como el socio privado suele tener una estructura orgánica compleja con diversas filiales, empresas asociadas o empresas conjuntas, los expertos aconsejan que es igualmente importante cerciorarse de que los requisitos aplicables al contratista principal se apliquen también a esas entidades, y se precisan reglas más amplias sobre subcontratación.

60. Aunque los instrumentos sobre PIFP tocan algunas de las cuestiones vinculadas a establecimiento de derechos bien definidos de los accionistas y las partes interesadas (acreedores, empleados, clientes) o la organización, funciones y competencias de los consejos de administración (colectiva e individualmente), esos asuntos han de explicarse y complementarse más a fondo. Es necesario proteger el interés de la autoridad pública en la prestación continua del servicio (para lo que puede existir una serie de instrumentos muy diferentes, lo que plantea complejas cuestiones de política). La labor futura debería ocuparse de las posibles controversias en la prevención y lucha contra la corrupción, los conflictos de intereses, la independencia de los miembros del consejo de administración, los directores, los ejecutivos y los auditores y el establecimiento de códigos de conducta que promuevan altos principios de comportamiento ético. La obligación de rendir cuentas y la adopción responsable de decisiones indican mecanismos de supervisión mejorados (como comités, dependencias, autoridades de auditoría y otras autoridades), sistemas de control interno de los consejos de dirección y auditorías de los estados financieros.

61. Las cuestiones de las normas sobre divulgación de información exacta y periódica y transparencia suficiente en la presentación de informes financieros y la contabilidad relacionadas con la gobernanza se abordan en la sección sobre transparencia en la segunda parte de este documento.

62. Por último, la comunidad internacional también ha intervenido cada vez más en la promoción de nuevos valores básicos aplicables a cualquier entorno empresarial y que abarcan los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la sostenibilidad a largo plazo, las medidas de lucha contra la corrupción, la gestión de riesgos y la supervisión de los consejos de administración, la relación con los directivos y la rendición de cuentas a los accionistas. La OCDE también ha elaborado 12 principios, estructurados alrededor de 3 objetivos, que pueden constituir un punto de partida para las disposiciones:

a) Establecer un marco institucional claro, previsible y legítimo respaldado por autoridades competentes y dotadas de suficientes recursos;

b) Basar la selección de los proyectos en régimen de APP en la optimización de los recursos; y

c) Utilizar el proceso presupuestario de forma transparente para minimizar los riesgos fiscales y garantizar la integridad del proceso de contratación.

63. Los expertos recomiendan que los requisitos necesarios se impongan a través del marco legislativo o por conducto de mecanismos contractuales o de otra índole, y algunos estiman que no deberían ir más allá de los requisitos impuestos a otras empresas en sectores pertinentes a fin de proteger la participación continua en el mercado. El Coloquio tal vez desee considerar la forma de formular una recomendación pertinente a la Comisión y su alcance.

iv) *Cuestiones de financiación e inversión*

Recomendación legislativa pertinente 13, "Respaldo público"

Disposiciones Legales Modelo: ninguna

Guía Legislativa: sección B.4 "Estructuras y fuentes de financiación en los proyectos de infraestructura", en "Introducción e información general sobre PIFP"; sección A, "Observaciones generales", y sección C, "Respaldo público", en el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público"

64. Los instrumentos sobre PIFP se centran en la noción de la financiación del proyecto (es decir, préstamo sin posibilidades de recurso en el sentido de que la inversión en el proyecto se recupera de sus activos e ingresos, no de los prestamistas). Sin embargo, como señala la Guía Legislativa, a menudo se requieren garantías y créditos suplementarios, incluido el respaldo público, por lo que la financiación es en realidad de recurso limitado. En la Guía se describen las fuentes comunes de financiación mediante el recurso al empréstito y la emisión de capital social. Los expertos han informado de un aumento de la financiación inicial procedente de empresas constructoras y otras formas de financiación privada, como los fondos de pensiones. Algunas de las inversiones han sido concebidas a corto plazo; otras, a largo plazo.

65. Evaluar la sostenibilidad fiscal del proyecto exige un análisis de las siguientes cuestiones, entre otras:

a) ¿Tiene el posible proyecto en régimen de alianza público privada una escala que justifique los costos de transacción?

b) ¿Quién reembolsará la inversión? ¿La entidad adjudicadora, los usuarios finales, o una combinación de ambos?

c) Si se cobran cargas a los usuarios finales, ¿será suficiente la demanda durante el ciclo de vida del proyecto?

66. La respuesta a la primera de esas preguntas, además de su importante relación con el hecho de si un proyecto debería llevar a cabo como una contratación pública o una alianza público-privada, ha suscitado muchas cuestiones en la práctica. Los modelos actuales de alianzas entre los sectores público y privado han sido objeto de considerables críticas por sus costos de transacción excesivos, lo que desvirtúa esta pregunta. Incluyen elevados honorarios del consorcio y altos costos de licitación, exacerbados por prolongados procesos de selección, y beneficios extraordinarios. También se informa en ocasiones de que la financiación por emisión de capital social es más costosa que la financiación por empréstitos, pero puede tener otras ventajas, por ejemplo, si hay una amplia participación en el capital a largo plazo.

67. Varios gobiernos están promoviendo soluciones concebidas para resolver esas cuestiones mediante la promoción de la inversión en el capital social a largo plazo,

de las que se presentarán detalles al Coloquio. Se considera que van acompañadas de soluciones de gobernanza a medida (como un marco legislativo que define las estructuras orgánicas, la transparencia, el aseguramiento, y los procesos de presentación de informes, en lugar de recurrir a disposiciones contractuales); la posibilidad de garantías públicas de las tasas de rendimiento a los inversores de cajas de pensiones; y la convocatoria periódica de concursos para la gestión de fondos durante el período de inversión.

68. En Australia, una solución propuesta es un proceso de contratación “invertido” en dos fases para las APP: en primer lugar hay un proceso competitivo para financiación del capital social a fin de determinar el apetito del mercado y fijar umbrales de las tasas de rendimiento, antes de la fase de justificación económica y contratación. Podría establecerse un proceso similar para la financiación por empréstitos.

69. No obstante, se ha informado de que los fondos de pensiones y otros fondos similares tal vez no puedan invertir en proyectos a menos que los objetivos sociales y económicos se declaren y puedan vigilarse²⁴. Además, si no hay reformas de los procesos de contratación, mayor transparencia durante todo el proyecto y mejor gestión de los contratos y gobernanza en la fase de explotación (que se analiza en otro lugar en la presente sección), tal vez no estén dispuestos a invertir.

70. El Coloquio tal vez desee considerar el grado en que un futuro texto legislativo sobre las alianzas entre el sector público y el sector privado debería ocuparse de esas cuestiones, por ejemplo, como tema distinto o como parte de otros temas pertinentes.

v) *APP con operadores en pequeña escala*

No hay referencias en los instrumentos sobre PIFP

71. Los proyectos de servicios de abastecimiento de agua y gestión de residuos en países de África de habla francesa que se mencionan en el párrafo 26 se concertaron con pequeños operadores privados. Históricamente, se consideró que esos proyectos quedaban fuera del entorno de las alianzas público-privadas. No obstante, como las autoridades públicas han comenzado a organizar y reglamentar esos servicios en cooperación los operadores, la posición ha cambiado. Como muchos proyectos en régimen de APP funcionan en situaciones urbanas, los servicios en cuestión se pueden pagar mediante concesiones – se citó a la Secretaría el ejemplo de Marruecos.

72. Las alianzas público-privadas de esa índole reportan beneficios a las metas de desarrollo – empleo local y creación de un mercado privado local, facilitación del acceso público a servicios esenciales (recogida de residuos y agua, transporte, saneamiento y electricidad, por ejemplo). En la contratación pública, son habituales las políticas concebidas para dar respaldo a las PYME (que van desde la simplificación del proceso al respaldo financiero). Los proyectos con pequeños operadores privados pueden servir también de instrumentos de creación de capacidad.

²⁴ En cuanto a metas y objetivos, véase la sección sobre cuestiones relacionadas con el desarrollo sostenible; las cuestiones de divulgación y confidencialidad se tratan en la sección sobre transparencia. Ambas secciones figuran en la segunda parte de este documento.

73. El Coloquio tal vez desee considerar cuáles de esos proyectos, en su caso, deberían quedar abarcados en las alianzas público-privadas de las que podría ocuparse la CNUDMI, desde una perspectiva normativa. Por ejemplo, los proyectos financiados con fondos públicos pueden ser evidentemente unos instrumentos de apoyo a las PYME más sencillos que los llevados a cabo en el marco de concesiones, porque la financiación es relativamente segura y emana en el marco de contratos de larga duración.

74. Si se van a tratar esos proyectos, se plantea la cuestión secundaria de si deben flexibilizarse los reglamentos (por ejemplo, los procedimientos de selección) para alentar a los pequeños operadores privados. Hubo división de opiniones entre los expertos acerca de esta cuestión.

75. Otras cuestiones pertinentes son la forma de definir los operadores pertinentes, lograr la inversión en capital social en esos operadores, concebir sistemas de pago apropiados, desarrollar capacidad mediante la reglamentación o la orientación y prestar el apoyo institucional adecuado, así como la forma de dejar margen para cambios durante el período del proyecto que puedan tener consecuencias muy importantes para los operadores más pequeños.

76. El Coloquio tal vez desee observar que el Conseil d'État de Francia, la Agence Française de Développement y el Banco Mundial están dirigiendo una comunidad de práctica en materia de APP con pequeños operadores privados. Se presentará al Coloquio más información sobre ese tipo de alianzas público-privadas.

vi) *Compatibilidad entre las leyes sobre APP y otras leyes*

Recomendaciones legislativas/Disposiciones Legales Modelo pertinentes: ninguna

Guía Legislativa: sección B.1 a), "Apertura a la competencia y monopolios", en "Introducción e Información general sobre PIFP", y capítulo VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho"

77. En el Coloquio de 2013 se señaló la importancia de velar por que el marco legislativo se ocupara debidamente de otras leyes pertinentes. La actual Guía Legislativa se ocupa del derecho y la política de competencia, así como de toda una serie de otras leyes pertinentes, que van desde leyes nacionales sobre la promoción y protección de las inversiones hasta las medidas de lucha contra la corrupción, y acuerdos internacionales que hacen al caso. Los expertos han aconsejado que es necesario actualizar la orientación existente, y revisarla en cierta medida, basándose en la Guía Legislativa actual, en relación con asuntos como la promoción y protección de las inversiones (incluida la evolución de la jurisprudencia, el riesgo empresarial y las percepciones); el derecho de competencia; el derecho de licencias; el derecho de protección de datos y divulgación de información (véase también la sección sobre transparencia en la segunda parte de este documento). Además, se cita que las novedades ocurridas en cuestiones constitucionales – como la medida en que se debería elevar de categoría un acuerdo de proyecto y darle carácter de legislación, de manera que prevaleciera sobre leyes anteriores incompatibles – y en la jurisprudencia²⁵ exigen ser examinadas.

²⁵ Los expertos se refirieron a casos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

78. En el informe del Coloquio se puso de relieve que no todas esas cuestiones son susceptibles de resolución legal, y que un futuro texto legislativo debería concentrarse en soluciones legislativas.

79. El Coloquio tal vez desee considerar cómo impartir una orientación adecuada en apoyo de un futuro texto legislativo. Por ejemplo, la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública menciona otras leyes pertinentes para ayudar en la aplicación y utilización de la Ley Modelo²⁶; la CNUDMI ha publicado también un documento sobre un reglamento de contratación, en el que se explica cómo puede complementarse la Ley Modelo con un reglamento de esa índole²⁷. En el contexto de las alianzas público-privadas, un enfoque equivalente podría señalar a la atención la posible superposición de leyes a fin de evitar conflictos (leyes vigentes sobre contratación y concesiones; leyes sobre privatización, las leyes mencionadas en la actual Guía Legislativa, y los reglamentos de sectores específicos)²⁸.

80. La Comisión tal vez desee también examinar dos temas conexos, que emanan de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁹, que, según informan los expertos, están desfasados en los instrumentos sobre los PIFP.

a) Medidas contra la corrupción y de promoción de la integridad

Recomendaciones legislativas/Disposiciones Legales Modelo: ninguna

Guía Legislativa: “Promoción de la confianza en el proceso de selección velando por su integridad”, “Transparencia de las leyes y los procedimientos”, epígrafes 2 b) y 2 c) del capítulo III, (en “Objetivos generales de los procedimientos de selección”; “Medidas contra la corrupción”, epígrafe B.14 del capítulo VII (en “Otros ámbitos pertinentes del derecho”))

81. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigor después de la publicación de los instrumentos sobre PIFP y, por tanto, no se tuvo en cuenta cuando se redactaron estos últimos. Contiene disposiciones que guardan relación con las alianzas público-privadas en el artículo 9 (“Contratación pública y gestión de la hacienda pública”) y el artículo 12 (“Sector privado”).

82. La Guía Legislativa señala la importancia de las medidas de promoción de la integridad y de normas apropiadas que rijan los contratos públicos, esboza algunos elementos fundamentales, y remite al lector a textos internacionales anteriores a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como fuentes de las disposiciones pertinentes. En el Coloquio de 2013 se observó que era preciso dar mayor importancia a las medidas de transparencia y rendición de cuentas durante todo el proyecto, a la divulgación pública de la transferencia de recursos del sector

(https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home) y los muchos casos relacionados con el Eurotúnel.

²⁶ Párr. 61, sección C, “Aplicación y utilización de la Ley Modelo ...”.

²⁷ Documento A/CN.9/770, que puede consultarse en http://uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

²⁸ Véase también el párr. 41 sobre la posible superposición de leyes.

²⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349. También puede consultarse en www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

público al privado y viceversa, y en relación con los medios para las comunicaciones y las reuniones.

83. En el Coloquio de 2013 se observó que la Ley Modelo sobre la Contratación Pública se había redactado expresamente para que cumpliera las disposiciones de la Convención contra la Corrupción, y se subrayó la importancia de la coherencia entre la Ley Modelo y cualquier texto futuro sobre las APP en lo referente a las medidas para promover la integridad.

84. Los requisitos de la Convención contra la Corrupción relativos a la gestión de la hacienda pública incluyen procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; la presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; contabilidad, auditoría y supervisión; sistemas de gestión de riesgos y control interno; y medidas para preservar la integridad de la documentación pertinente. Esos requisitos, enunciados en la Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en relación con el artículo 9³⁰, se complementan con requisitos en el artículo 10 sobre información pública y transparencia (acceso a la información relativa a la administración pública y publicación periódica de informes) y en el artículo 12 sobre medidas para prevenir la corrupción en el sector privado, con especial referencia a los proyectos de colaboración público-privada y la gobernanza empresarial.

85. La OCDE ha editado una serie de publicaciones pertinentes que pueden ayudar a elaborar normas adecuadas. Los principios para la gobernanza pública de las alianzas público-privadas a que se ha hecho referencia anteriormente establecen la necesidad de un marco institucional claramente delineado, previsible, legítimo y dotado de suficientes recursos – en el que desempeñe un papel la concienciación del público mediante consultas acerca de los costos, beneficios y riesgos relativos de los proyectos en régimen de APP y la contratación pública, así como la necesidad de mantener funciones y competencias institucionales fundamentales (velar por la prudencia en los procesos de contratación y por el establecimiento de líneas de rendición de cuentas claramente definidas); y la necesidad de que la reglamentación sea clara, transparente, se haga cumplir y no sea excesiva. También se aborda la necesidad de un proceso presupuestario transparente para minimizar los riesgos fiscales y velar por la integridad en el proceso de contratación en proyectos en régimen de APP, con la divulgación de todos los costos y el pasivo contingente y la necesidad de velar por la integridad en el proceso de contratación, y se remiten a otros documentos de referencia de la OCDE³¹.

86. Por lo tanto, el Coloquio tal vez sea de la opinión que es necesario revisar los instrumentos sobre PIFP para que cumplan las normas internacionales vigentes, basándose en los textos citados.

³⁰ Puede consultarse en www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf.

³¹ Véase, asimismo, un folleto de debate para la preparación de los principios, que puede consultarse en www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf.

b) *Conflictos de intereses*

Recomendaciones legislativas/Disposiciones Legales Modelo pertinentes: ninguna

Guía Legislativa: “Medios institucionales”, epígrafe E.2 del capítulo I (en “Reglamentación de los servicios de infraestructura”) (párrs. 37, 38 y 47); “Selección de los subcontratistas”, epígrafe 1 a) del capítulo IV (en “Arreglos contractuales generales”) (párr. 101); “Derecho de sociedades”, epígrafe B.8 del capítulo VII (en “Otros ámbitos pertinentes del derecho”) (párr. 32)

87. Con el tema precedente guarda relación el de los conflictos de intereses. Los proyectos en régimen de APP suelen ser complejos: muchas partes interesadas, planes de financiación complejos, tradiciones y usos diferentes, duración prolongada, el carácter público de los servicios prestados por el proyecto, y controversias de carácter variado y complejo.

88. En esos proyectos intervienen muchas partes y entidades públicas: el gobierno o una autoridad pública, un concesionario o parte privada contratante, una persona jurídica establecida por la parte privada con personalidad jurídica distinta (una sociedad instrumental), patrocinadores, prestamistas – institucionales y de otra índole –, mercados de capital, asesores, aseguradores, un operador, contratistas, proveedores, usuarios y autoridades supervisoras.

89. La estructura de las alianzas público-privadas encierra un potencial inherente para generar conflictos de intereses. En esas alianzas suelen intervenir las mismas partes en distintas calidades. Los patrocinadores suelen ser propietarios del proyecto y a menudo también contratistas o proveedores del proyecto. El interés principal de los patrocinadores en calidad de contratistas o proveedores es construir la infraestructura del proyecto o suministrar mercancías o servicios al proyecto. En su calidad de patrocinadores, controlarán la sociedad instrumental y a sus contratistas y proveedores, lo que podría entrañar una preferencia para la posición de los contratistas o proveedores. Habitualmente, los directores y gerentes de la sociedad instrumental son empleados de los patrocinadores y están subordinados a sus oficiales. Cuando el gobierno pasa a formar parte del grupo de propietarios, su interés es el interés público y no primordialmente los intereses de la sociedad instrumental, y los representantes del gobierno en la gestión de la sociedad instrumental tienen la función de salvaguardar los intereses del gobierno. Igualmente, el gobierno puede tener otras funciones: recaudador de impuestos, regulador, supervisor del proyecto, financiador, proveedor de servicios, propietario de activos necesarios para el proyecto y de proveedores de bienes y servicios competidores, etc. También los financiadores tendrán una función de control, que en estructuras de financiación de proyectos puede ser muy potente, en particular respecto de los flujos de efectivo.

90. Se plantearán muchas situaciones en que los intereses de los distintos participantes entrarán en colisión. Podrán surgir conflictos de esa índole en relación con la utilización de los flujos de efectivo y los beneficios, cuando se planteen diferencias entre los participantes en el proyecto acerca de la calidad de la construcción, los bienes o los servicios, etc.

91. Parece ser que los problemas vinculados a los conflictos de intereses han suscitado poca atención, tal vez porque no se comprenden o porque algunos participantes se inclinan a beneficiarse de ello. Esos problemas solo se han tratado

esporádicamente en la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada y en absoluto en las Disposiciones Legales. Además de una breve referencia a las cuestiones relativas a los patrocinadores de la sociedad instrumental mencionados antes, la Guía Legislativa solo recomienda disposiciones sobre conflictos de intereses para los funcionarios de los organismos de reglamentación y para los funcionarios de la entidad adjudicadora durante el proceso de selección, y que los contratistas declaren los posibles subcontratistas para determinar posibles conflictos.

92. Se propone, por tanto, que los conflictos de interés se incluyan en la labor de elaboración de un futuro texto legislativo sobre las APP, basándose (entre otras cosas) en los códigos de conducta del artículo 8 de la Convención contra la Corrupción, los requisitos del artículo 9 1) e) de esa Convención sobre medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, y el reflejo de esas disposiciones en el artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña, y posiblemente en las disposiciones que se ocupan de los conflictos de intereses en los procedimientos de adjudicación de concesiones en la Unión Europea. Esas medidas podrán incluir declaraciones de intereses, procedimientos de verificación y requisitos de formación, y arreglos contractuales.

[El presente texto continúa en el documento A/CN.9/820]