

**Asamblea General**

Distr. general
6 de abril de 2017
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****50º período de sesiones**

Viena, 3 a 17 de julio de 2017

**Posible labor futura en materia de contratación pública y
desarrollo de la infraestructura****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Suspensión e inhabilitación en la contratación pública	2
III. Alianzas público-privadas (APP)	3
IV. Conclusiones y medidas siguientes	7
Anexo	
Proyecto de actualización del Capítulo I, Secciones A a D, de la <i>Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada</i>	8



I. Introducción

1. La presente nota se ha preparado para que la Comisión pueda examinar, en su 50º período de sesiones, la posible labor futura en materia de contratación y desarrollo de la infraestructura. Trata de dos esferas en las que podrían elaborarse textos legislativos: la suspensión y la inhabilitación en la contratación pública y la colaboración entre los sectores público y privado.

II. Suspensión e inhabilitación en la contratación pública

2. En su 48º período de sesiones, la Comisión convino en reconocer la importancia de la suspensión y la inhabilitación para contribuir a la aplicación efectiva de una ley de contratación pública y combatir la corrupción, y señaló que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública¹ no establecía ninguna norma procesal al respecto². Habida cuenta de las diferencias considerables en la práctica entre los diversos regímenes de suspensión e inhabilitación, en lo que se refiere a los objetivos, los procedimientos y los resultados, la Comisión consideró que el desarrollo legislativo en esta esfera en la CNUDMI no era factible actualmente, pero que los avances hacia la convergencia eran tales que el tema debía mantenerse en su programa³.

3. La Comisión también indicó a la Secretaría que continuase siguiendo de cerca los avances sobre el tema y le informase periódicamente al respecto⁴.

4. La Secretaría ha examinado los materiales y las actividades recientes de capacitación y otras actividades de difusión de conocimiento, que indican el aumento de las iniciativas para promover una mayor coherencia procesal, la transparencia en la práctica, y la imparcialidad en los procedimientos de suspensión e inhabilitación, lo que indica un progreso constante hacia la convergencia en algunas esferas (como se informó a la Comisión en 2016)⁵.

5. No obstante, sigue habiendo importantes divergencias en las políticas y las prácticas sobre los parámetros básicos de un sistema de suspensión e inhabilitación, entre otras cosas acerca de la conveniencia de flexibilidad en las sanciones. Por ejemplo, algunos sistemas permiten acuerdos de aplazamiento del enjuiciamiento y acuerdos de no enjuiciamiento, en virtud de los cuales se permite a los proveedores reparar su conducta sancionable sin enjuiciamiento ni sanción oficial. Entre los beneficios de este tipo de sistemas, similares a algunos mecanismos de “examen de conciencia” del infractor y rectificación del acto (“self-cleaning”), cabe citar que la rehabilitación y la mejora de la conducta tienen ventajas a largo plazo para el sistema en su conjunto, evitan los posibles efectos negativos sobre la competencia global en el mercado, y también pueden evitar algunos de los problemas que entraña la obtención de condenas y el reconocimiento intersectorial de las sanciones. En cambio, algunos comentaristas señalan que el efecto disuasivo de los regímenes de sanciones y la lucha contra la corrupción han quedado en entredicho y que los procedimientos para concertar los acuerdos pueden carecer de transparencia y equidad. También al parecer el motivo de algunos países es proteger a las empresas nacionales grandes e influyentes frente a condenas y daños a la reputación que podrían poner en peligro sus licitaciones futuras para obtener contratos internacionales y tener consecuencias

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17)*, párr. 192 y anexo I, publicado en www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

² *A/70/17*, párr. 362. Véase también *A/CN.9/889*, párrs. 2 a 9.

³ *Ibid.*

⁴ *A/71/17*, párr. 361.

⁵ *A/CN.9/889*, párr.6.

económicas y sociales colaterales, sin prestar la debida atención a las repercusiones para la gobernanza⁶.

6. Por consiguiente, la Comisión puede considerar que la situación sigue siendo la misma que se comunicó en 2016: la elaboración de textos legislativos de la CNUDMI en esta esfera no es factible en la actualidad, pero la importancia del tema y los avances en la materia indican que habría que mantener este tema en su programa.

III. Alianzas público-privadas (APP)

7. La Comisión, en su 48º período de sesiones, y teniendo en cuenta la importancia que se reconoce a las alianzas público-privadas (APP) para el desarrollo y en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, decidió mantener en su programa la posibilidad de elaborar un texto legislativo sobre las APP, e indicó a la Secretaría que continuara dando seguimiento al tema para avanzar en los preparativos por si acaso si la Comisión decidiese emprender labores en esa esfera⁷.

8. La Secretaría informó a la Comisión en 2016 sobre las esferas de la formulación de políticas de otros organismos que desarrollan una labor en el ámbito de las APP, principalmente el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, y en el plano nacional. Entre los temas examinados cabe mencionar la contratación en el ámbito de las APP, las condiciones del acuerdo de proyecto y las controversias posteriores a la adjudicación⁸.

9. En vista de ello, la Comisión decidió que la Secretaría considerara la posibilidad de actualizar, cuando fuera necesario, total o parcialmente, la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*⁹, con la participación de expertos¹⁰.

Examen de posibles actualizaciones de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*

10. A fin de evaluar el posible alcance de las actualizaciones necesarias de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, la Secretaría ha celebrado consultas con expertos en políticas, reforma de la legislación y prácticas en materia de APP, acerca de las disposiciones de la *Guía legislativa* y las recomendaciones legislativas conexas y Disposiciones Legales Modelo (en conjunto, los textos sobre los PIFP)¹¹. En el examen se analizaron los temas principales que figuran en esos documentos (Introducción; Marco legal e institucional general; Riesgos del proyecto y respaldo público; Selección del concesionario; Construcción y explotación de infraestructuras — marco legislativo y acuerdo de proyecto; Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto; Solución de controversias y otros ámbitos pertinentes del derecho). Los expertos también tomaron nota de las conclusiones de dos coloquios que se celebraron en mayo de 2013

⁶ Véanse, por ejemplo, Majtan, Roman, “The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes”, *Geo. Wash. Int’l L. Rev.* 45 (2013), pág. 291; Grasso, Costantino, “Peaks and Troughs of the UK Deferred Prosecution Agreement: The Lesson Learned from the First-Ever DPA between the SFO and ICBC SB PLC”, (2016); “Out of court, out of mind: do deferred prosecution agreements and corporate settlements fail to deter overseas corruption”, Corruption Watch UK, puede consultarse en <http://www.cw-uk.org/wp-content/uploads/2016/03/Corruption-Watch-Out-of-Court-Out-of-Mind.pdf>.

⁷ A/70/17, párr. 363.

⁸ A/CN.9/889, párrs. 10 a 19.

⁹ A/70/17, párr. 362.

¹⁰ A/71/17, párrs. 359, 360 y 362.

¹¹ La *Guía legislativa de la CNUDMI* (con recomendaciones legislativas) y las Disposiciones Legales Modelo de la Comisión sobre PIFP se pueden consultar en www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

y marzo de 2014 en los que se habían analizado los textos sobre los PIFP (y se habían recomendado revisiones)¹², y el examen de esas conclusiones por la Comisión¹³.

11. Las consultas que dieron comienzo en septiembre de 2016 se llevaron a cabo mediante el intercambio de escritos, la celebración de reuniones virtuales y dos reuniones en persona, una celebrada en Washington, D.C., los días 5 a 7 de diciembre de 2016 (simultáneamente con el Foro Mundial sobre Derecho, Justicia y Desarrollo, en el que se examinaron diversos aspectos de las APP)¹⁴, y otra celebrada en Viena, los días 6 y 7 de marzo de 2017.

12. La conclusión principal de los expertos es que la mayoría de las recomendaciones de los textos sobre los PIFP reflejan buenas políticas y prácticas, y siguen siendo pertinentes. Sin embargo, se considera necesario introducir unas revisiones limitadas para actualizar los textos sobre los PIFP, a fin de tener en cuenta la evolución de la práctica, ya que la *Guía legislativa* actual se publicó en 2000. En primer lugar, la expresión “alianzas público-privadas” se ha convertido en la expresión generalmente utilizada para describir los arreglos examinados en los textos sobre los PIFP, y debería emplearse en lugar de “proyectos de infraestructura con financiación privada”. Además, referirse a las APP evitaría confusiones con la “Iniciativa de Financiación Privada” del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y también permitiría poner a la misma altura la importancia de la prestación de servicios a través de las APP y el desarrollo de la infraestructura que precede a la prestación de servicios.

13. En segundo lugar, en los textos sobre los PIFP deberían quedar reflejados plenamente los objetivos y los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁵, habida cuenta de la amplia ratificación de ese texto¹⁶. Los requisitos que figuran en los artículos 9 1) y 9 2) acerca de la contratación pública y la gestión de la hacienda pública respectivamente, son que los sistemas se basen en principios de transparencia, competencia y objetividad en la toma de decisiones. Se recomienda que los textos sobre los PIFP se amplíen en lo que respecta a la buena gobernanza en todo el ciclo de vida de las APP, y que se tengan en cuenta los avances recientes, por ejemplo los que alientan una mayor transparencia en las APP mediante una contratación abierta y unos datos abiertos, así como la transparencia en los procedimientos de contratación.

14. Los expertos también estuvieron de acuerdo en que, como parte del proceso de actualización, la Comisión debería indicar antes a la Secretaría que refundiera los textos sobre los PIFP. Por consiguiente, cuando se actualicen, los textos sobre los PIFP deberían presentar comentarios, orientación legislativa, recomendaciones legislativas y disposiciones legales modelo, según corresponda, sobre cada uno de los aspectos de las APP abarcado. Las recomendaciones legislativas deberían constituir las disposiciones centrales relativas al ámbito de aplicación (y podrían integrarse en las leyes que regulasen las APP en el plano nacional), pero también serían necesarios comentarios sobre las cuestiones de aplicación y utilización a fin de que el marco jurídico funcionase conforme a lo esperado, y por lo tanto, se deberían incluir (reflejando el enfoque de los textos sobre los PIFP ya existentes). Por lo tanto, los

¹² Informe del Coloquio de la CNUDMI sobre la colaboración entre el sector público y el privado (Viena, 2 y 3 de mayo de 2013), A/CN.9/779, párrs. 73 a 85, puede consultarse en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html; y Posible labor futura en la esfera de la colaboración entre el sector público y el sector privado, Informe del Coloquio de la CNUDMI sobre la colaboración entre el sector público y el sector privado, A/CN.9/821, puede consultarse en <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/47th.html>.

¹³ Véase A/68/17, párrs. 329 a 331; A/69/17, párrs. 255 a 260.

¹⁴ Véase <http://www.globalforumljd.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-development>.

¹⁵ Puede consultarse en

https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf.

¹⁶ Véase https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Status-Map/UNCAC_Status_Map_Current.pdf.

textos actualizados sobre los PIFP adoptarían la forma de una única *Guía legislativa* que incluyese toda la orientación, las recomendaciones y las disposiciones modelo.

15. Las demás conclusiones principales del examen se exponen en los párrafos siguientes.

16. En primer lugar, y observando que el objetivo principal de una versión actualizada de la *Guía legislativa* sería ayudar a los legisladores a establecer un marco legislativo que posibilitara las APP, el texto debería ampliarse en lo que respecta a los requisitos institucionales para la aplicación efectiva de ese marco (conforme a lo previsto en muchas leyes modernas sobre las APP)¹⁷. Al respecto, en el examen se llegó a la conclusión de que debería suprimirse la hipótesis que se da por supuesta en los textos sobre los PIFP existentes de que el Estado promulgante cuenta con la estructura institucional y la capacidad adecuadas, y se debería incluir orientación sobre la estructura y la capacidad.

17. De manera más general, el alcance de la orientación sobre la aplicación debería examinarse tema por tema, debería centrarse en las recomendaciones legales y sobre políticas, y no debería tratar de proporcionar un amplio manual para los usuarios. Por ejemplo, si una versión actualizada de la *Guía legislativa* recomienda que se exija a los organismos u órganos centrales encargados de las APP que lleven a cabo evaluaciones del grado de preparación, debería explicarse lo que se entiende por evaluaciones del grado de preparación. En cambio, no se incluiría asesoramiento práctico detallado sobre las evaluaciones del grado de preparación — un tema que incluyen varias organizaciones que prestan asesoramiento práctico y para el fomento de la capacidad —¹⁸.

18. En segundo lugar, debería incluirse un análisis adicional de términos clave como “valor por dinero” y “sostenibilidad”, características fundamentales de los proyectos abarcados. Al respecto, se observaron las dificultades para definir las APP, y la *Guía legislativa* actualizada debería proporcionar orientación sobre la determinación del alcance de los proyectos para los que está diseñado el marco jurídico, en lugar de tratar de definir las propias APP.

19. En tercer lugar, en el examen se llegó a la conclusión, teniendo en cuenta la experiencia práctica y los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indicados más arriba, de que deberían incluirse recomendaciones más claras para los procedimientos y funciones de planificación y preparación de los proyectos. No obstante, el examen al respecto estableció una distinción entre la planificación de la infraestructura y los procedimientos administrativos para evaluar la calidad de los posibles proyectos, determinando los objetivos y efectos socioeconómicos pretendidos y probables, y el establecimiento de prioridades entre los proyectos, y la planificación y preparación de las APP.

20. Si bien la planificación y preparación de las APP deberían integrarse en los procesos nacionales o regionales de planificación de la infraestructura y gestión de las finanzas públicas, los procedimientos administrativos generales habitualmente no figurarán en la ley que regule las APP. Por consiguiente, no deberían incluirse en una versión actualizada de la *Guía legislativa* comentarios detallados sobre esos procedimientos administrativos generales. En cambio, sí debería ofrecerse orientación sobre la importancia de las normas y los vínculos apropiados entre esos procedimientos y las APP.

21. La versión actualizada de la *Guía legislativa*, por lo tanto, debería centrarse en las medidas que han de tomarse una vez que la APP sea un posible modelo de ejecución de un proyecto (es decir, en la *Guía* se daría por supuesto que ya se ha determinado que es un proyecto para el que merece la pena). La orientación se

¹⁷ Véase la comparación de las leyes de los países sobre las APP con los instrumentos de la CNUDMI sobre los PIFP, informe de Crown Agents, en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014-papers.html>.

¹⁸ Como las indicadas en el párrafo 6.

centrará en los pasos para decidir si el proyecto propuesto sería viable como APP. Las recomendaciones deberían centrarse en asegurar la claridad de las funciones y responsabilidades, y los criterios que se han de seguir en la adopción de las decisiones al respecto. El proceso de aprobación suele ser un proceso iterativo en el que interviene, como mínimo, una autoridad pública que llevará a cabo el proyecto y las autoridades centrales que darán la aprobación definitiva. Se deberían incluir metodologías para determinar la idoneidad de un proyecto como APP, con requisitos sobre una comparación con otros mecanismos de ejecución a nivel de cada proyecto y a nivel de las asignaciones de recursos públicos, cuestiones planteadas en los textos sobre los PIFP existentes, pero para las cuales se recomienda ampliar la orientación. Al respecto, en el examen se señaló la preocupación de que muchos sistemas en vigor en esta esfera no son eficaces, y existen pruebas de distorsiones en procesos no suficientemente rigurosos que están diseñados para conseguir la autorización para una APP.

22. Entre otras cuestiones importantes en el proceso de planificación cabe citar la necesidad de analizar si puede garantizarse la prestación a largo plazo de los servicios para los que se construye infraestructura; es decir, si los servicios pueden proporcionarse a un precio que permita al sector privado desarrollar y explotar el proyecto (con o sin una subvención); si se puede lograr una transferencia del riesgo apropiada; las consecuencias financieras a largo plazo del proyecto como APP, en particular las necesidades de capital y las necesidades financieras operativas, las consecuencias fiscales y para la deuda pública, la asequibilidad y la rendición de cuentas adecuada por las responsabilidades. Algunos de esos elementos se tratan en los textos sobre los PIFP existentes, y el examen llegó a la conclusión de que deberían refundirse y ampliarse las orientaciones existentes, en un nuevo capítulo que se ocupase de la preparación de los proyectos.

23. En tercer lugar, en el examen se recomendó que todas las revisiones estuviesen basadas en las prácticas actuales de todas las regiones, por ejemplo sobre la utilización incipiente de las consultas de mercado, y los instrumentos de planificación, que pueden ayudar a mejorar la calidad de los proyectos y prevenir los cambios innecesarios en las condiciones contractuales (se expresaron preocupaciones acerca de ejemplos recientes de renegociaciones de contratos solo 12 o 18 meses después de la firma del contrato). Por otra parte, han surgido nuevos instrumentos para dar cabida a los cambios necesarios durante el período de explotación de los proyectos y se deberían tomar en consideración.

24. En cuarto lugar, en el examen se llegó a la conclusión de que el alcance de la revisión de la *Guía legislativa* debería seguir centrándose en las APP basadas en la infraestructura con un elemento de servicio público; cualquier modelo nuevo de APP de ese tipo que se introduzca debería basarse en las experiencias que han obtenido resultados satisfactorios, y no deberían abordarse formas nuevas de APP, como las alianzas de proyectos, ya que no hay una experiencia de base amplia que permita a la CNUDMI lograr un consenso sobre recomendaciones y orientación aceptables universalmente, y también debido al alcance limitado de las instrucciones de la Comisión.

25. En lo que respecta a cuestiones de redacción, en el examen se recomendó que se simplificaran el estilo y la presentación, y también las referencias a los elementos constitutivos de un marco jurídico. Deberían eliminarse las referencias innecesarias a cuestiones de sectores concretos, aunque algunas recomendaciones generales de la *Guía legislativa* actualizada podrían adaptarse o ser aplicables a sectores particulares.

26. En el examen se están analizando ya en detalle distintos capítulos de los textos sobre los PIFP existentes, a partir del Capítulo I de la *Guía legislativa* actual y las recomendaciones legislativas conexas y las Disposiciones Legales Modelo. Ese Capítulo trata del entorno general propicio (incluida la planificación a nivel de todo el país o de toda la región), las funciones de las instituciones relacionadas con las APP y la interacción con otras ramas de la administración pública. Se adjuntan a la presente Nota las primeras secciones del Capítulo I, conforme a la propuesta de

actualización sobre la base de las recomendaciones anteriores, para dar un ejemplo del formato que podría adoptar una versión actualizada de la *Guía legislativa*.

27. Figura a continuación un cuadro de concordancia con los textos sobre los PIFP existentes para este fragmento.

Guía legislativa sobre PIFP (2000) Capítulo y principal referencia del tema	Proyecto de Guía legislativa revisada sobre PIFP Capítulo y principal referencia del tema
Capítulo I — Marco legal e institucional general	Capítulo I — Marco general de las APP
A. Observaciones generales	A. Observaciones generales
B. Marco constitucional y legal 1. Principios rectores generales para un marco constitucional y legal a. Transparencia b. Equidad c. Sostenibilidad a largo plazo 2. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada 3. Legislación general y sectorial Incluye: la recomendación legislativa 1 y la disposición legal modelo 2	B. Marco jurídico e institucional de las APP 1. Objetivos de un marco jurídico de las APP a. Sostenibilidad b. Valor por dinero c. Participación d. Competencia e. Integridad f. Transparencia g. Equidad y confianza pública 2. El marco jurídico de las APP a. Observaciones generales b. Interacción con otros ámbitos del derecho c. Legislación para sectores concretos Incluye: la disposición legal modelo 1 (preámbulo)
C. Poderes requeridos para otorgar concesiones 1. Organismos autorizados y campos de actividad pertinentes 2. Finalidad y alcance de las concesiones Incluye: las recomendaciones legislativas 2 a 5 y las disposiciones legales modelo 3 y 4	C. Alcance de la competencia jurídica para las APP 1. Proyectos de APP que deben incluirse 2. Definición de APP 3. Poderes requeridos para concertar APP Incluye: las disposiciones legales modelo 2 y 3
	D. El marco institucional de las APP

IV. Conclusiones y medidas siguientes

28. El examen indica que es factible y viable, dentro de las actuales limitaciones de recursos, actualizar los textos sobre los PIFP. La Secretaría propone celebrar otro coloquio sobre las APP en el otoño de 2017, a fin de que las propuestas para actualizar los Capítulos de los textos sobre los PIFP existentes se puedan analizar en un foro abierto e inclusivo.

29. Se presentarán a la Comisión un nuevo informe y recomendaciones para su examen en 2018.

Anexo

Proyecto de actualización del Capítulo I, Secciones A a D, de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*

Notas:

- 1 *El presente proyecto refunde la Guía legislativa, las recomendaciones legislativas y las Disposiciones Legales Modelo;*
- 2 *El texto en cursiva entre corchetes remite a las fuentes y puede eliminarse en el texto final.*

CAPÍTULO I. Marco general de las APP

A. Observaciones generales

1. La creación de un marco jurídico apropiado y eficaz es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca las alianzas público-privadas para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios al público. Para los países que ya dispongan de ese marco, es importante que se aseguren de que la ley es lo bastante flexible para adaptarse a la evolución de las circunstancias. Este capítulo trata de algunas cuestiones generales y objetivos que conviene que tenga en cuenta el legislador nacional al crear o revisar el marco jurídico de las alianzas público-privadas para el desarrollo de la infraestructura.

B. Marco jurídico e institucional de las APP

1. Objetivos de un marco jurídico de las APP

2. En una declaración de objetivos se establecen los objetivos de política de una ley y los elementos de apoyo del marco jurídico de las APP, por lo que ofrece orientación provechosa para los usuarios, y también puede proporcionar orientación para la interpretación y aplicación de la ley.
3. Garantizar que las APP se concierten mediante un proceso transparente, objetivo y competitivo, principios en que se basa el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)¹⁹, también asegurará la integridad del proceso y puede contribuir asimismo a la sostenibilidad de una APP (ya que en caso contrario, los proyectos pueden quedar sujetos a cancelaciones cuando cambien los Gobiernos).
4. Se recomienda que se incluya una declaración de ese tipo en forma de preámbulo de la ley. En los Estados en que no es la práctica incluir preámbulos, puede incluirse una declaración de objetivos en el cuerpo de las disposiciones de la ley.
5. Cabe señalar que esa declaración no crea derechos ni obligaciones sustantivos para las partes, que surgen con arreglo a los procedimientos de la propia ley.

¹⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 58/4. De conformidad con el artículo 68 1) de la Convención, esta entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. El texto de la Convención puede consultarse también en www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf (consultado en enero 2011).

Disposición legal modelo 1

Preámbulo

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima conveniente regular las alianzas público-privadas a fin de promover los objetivos siguientes en el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios conexos al público:

- a) Lograr la sostenibilidad a largo plazo de la infraestructura y la seguridad en la prestación de servicios a los ciudadanos;
- b) Maximizar el valor por dinero;
- c) Fomentar y alentar la participación del sector privado;
- d) Promover la competencia para los contratos de alianzas público-privadas;
- e) Promover la integridad, la transparencia, la equidad y la confianza del público en los procesos correspondientes.

Adopta e incorpora al derecho interno el texto siguiente:

[Los objetivos establecidos en la disposición legal modelo se basan en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y la Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.]

Comentario sobre los objetivos de un marco jurídico de las APP

a) Sostenibilidad

6. Recordando el alcance de la presente [Guía] y el contexto del desarrollo de la infraestructura [remisiones], es evidente que un objetivo importante del marco jurídico de las APP es asegurar la prestación a largo plazo de servicios públicos, la alta calidad de la infraestructura, y la sostenibilidad económica, ambiental y social. Unos arreglos inadecuados para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública ponen gravemente en peligro esos objetivos y como consecuencia directa se pueden producir una reducción de la calidad de los servicios y un aumento de los costos para los usuarios.

7. La presente [Guía] trata de la función del marco legislativo para asegurar que las diversas autoridades públicas que intervienen en la gobernanza y el funcionamiento de las APP cuenten con la competencia jurídica y la capacidad institucional para llevar a cabo las diversas tareas que se les ha encomendado a lo largo de las fases de planificación y funcionamiento de las APP.

[Las fuentes incluyen la Guía legislativa sobre PFIP].

b) Valor por dinero

8. Significa una evaluación objetiva de la medida en que una APP optimiza el uso de los recursos para lograr los efectos previstos del proyecto de que se trate, y puede incluir:

- a) La relación óptima entre costo, tiempo y otros recursos, y la calidad del objeto del proyecto;
- b) Prestar el nivel exigido de servicios a un nivel más bajo de costo, tiempo y otros recursos, sin reducir la calidad de esos servicios, de lo que hubiera sido el caso sin la APP;
- c) Prestar un nivel de servicios mejor que el exigido o conseguir un mejor rendimiento del costo, el tiempo y otros recursos invertidos en el proyecto de lo que hubiera sido el caso sin la APP.

[Diversas fuentes, entre ellas Public-Private Partnerships for Public Facilities Legislative Resource Guide]

c) Participación

9. En cuanto a la participación en el proceso de adjudicación de contratos de APP, las entidades privadas tomarán parte cuando confíen en que sus ofertas se evaluarán objetivamente, y en que los procedimientos son equitativos y transparentes (en lo que respecta al proceso de licitación y la fase de explotación del proyecto reflejados en los arreglos contractuales correspondientes).

[Se completará con respecto a la financiabilidad y cuestiones conexas]

[Basado en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

d) Competencia

10. La competencia por los contratos de APP (lo que significa que los posibles inversores y las entidades privadas participan en un concurso riguroso por la oportunidad de que se les adjudique el contrato de APP) puede reducir los costos generales y otras necesidades de recursos, puede aumentar la productividad de la inversión en infraestructura, puede incrementar la capacidad de respuesta a las necesidades de los clientes y lograr así una mejor calidad de los servicios públicos. La competencia podría aumentar el valor por dinero en las APP e incrementar la probabilidad de alcanzar el resultado previsto para el proyecto de que se trate. La competencia es también uno de los principios que, con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se deben consagrar en un sistema nacional de contratación pública [se añadirán las referencias].

11. Promover la participación de los posibles inversores y entidades privadas en las APP es un requisito previo esencial para la competencia por los contratos en cuestión. Los procedimientos de contratación pública que se recomiendan en la presente [Guía] reconocen, sin embargo, que en los proyectos de infraestructura complejos en liza, la mejor manera de asegurar la competencia es limitar el número de participantes. Esta situación aparentemente paradójica se produce porque los costos de participar en el procedimiento son elevados y a menos que las entidades privadas calculen que tienen realmente probabilidades de conseguir el contrato definitivo, no estarán dispuestas a participar. Por consiguiente, los procedimientos de contratación pública que se recomiendan en la presente [Guía] comienzan con un proceso para encontrar un número limitado de posibles entidades asociadas de alta calidad.

[Se completará con respecto a la exclusividad]

[Diversas fuentes, entre ellas la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

e) Integridad

12. La integridad implica tanto evitar la corrupción y los abusos como la noción de que todos los participantes en un proyecto de APP actúen de manera ética y justa, evitando conflictos de intereses. Exige que el sistema general para las APP esté exento de discriminación o parcialidad institucionalizadas contra cualquier grupo concreto de entidades privadas o posibles inversores, y que la aplicación de las normas del marco jurídico relativo a las APP no produzca resultados contrarios a los objetivos del sistema.

13. Los funcionarios de las autoridades públicas ejercerán una discreción comercial considerable al concertar y operar las APP y, por consiguiente, en la presente [Guía] [remisión] se recomienda un código de conducta para sus actividades. La integridad puede mejorarse aún más vinculando ese código de conducta con las normas generales de conducta de los funcionarios públicos y cualesquiera otras disposiciones aplicables sobre integridad y prevención de la corrupción de otras leyes y reglamentos nacionales.

[Basado en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

f) Transparencia

14. Un marco jurídico transparente se caracteriza por normas claras y de fácil acceso y procedimientos eficaces para su aplicación. Unas leyes y unos procedimientos administrativos transparentes producen previsibilidad, lo que permite a las entidades privadas y los posibles inversores estimar los costos y los riesgos de su participación y, por lo tanto, ofrecer sus condiciones más ventajosas. También establecen las normas relativas a la prestación de servicios a los ciudadanos y los medios por los cuales los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos.

15. Unas leyes y unos procedimientos administrativos transparentes también pueden fomentar el carácter abierto mediante disposiciones que exijan la publicación de las decisiones administrativas, incluida, cuando proceda, la obligación de indicar los motivos en que se basan y comunicar otra información de importancia pública. También ayudan a evitar medidas o decisiones arbitrarias o indebidas por parte de la autoridad pública o sus funcionarios y contribuir así a fomentar la confianza en el programa de desarrollo de la infraestructura del país. Por consiguiente, la transparencia es también uno de los principios que, con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se deben consagrar en un sistema nacional de contratación pública [se añadirán las referencias].

16. La transparencia de las leyes y los procedimientos administrativos es de particular importancia cuando se busca la inversión extranjera, ya que las empresas extranjeras pueden no estar familiarizadas con las prácticas del país para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

17. La transparencia es una herramienta que permite el ejercicio de la discreción necesario en el proceso de las APP al explotar la infraestructura y prestar los servicios a los ciudadanos en circunstancias cambiantes, limita esa discreción cuando proceda, permite vigilar el ejercicio de la discreción y, cuando sea necesario, impugnarlo. Se considera un elemento clave para promover la rendición de cuentas por las medidas o las decisiones adoptadas. Por lo tanto, es un apoyo fundamental para la integridad y la confianza pública en el sistema, así como un instrumento para facilitar la evaluación del sistema y los proyectos en función de los resultados deseados.

18. La presente [Guía] recomienda cinco aspectos clave de la transparencia en la licitación de proyectos de APP: la divulgación pública del marco jurídico; la publicación de oportunidades; la determinación previa y la publicación de las condiciones fundamentales del proyecto en función de las que se evaluarán las ofertas; la realización visible del proceso de conformidad con las normas y los procedimientos prescritos; y la existencia de un sistema para vigilar que se sigan esas normas y se exija su cumplimiento en caso necesario.

[Se completará con respecto a la transparencia respecto de los objetivos socioeconómicos, los presupuestos, los contratos abiertos y los datos abiertos en la fase de operación]

[Basado en la Guía legislativa sobre PIFP y la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

g) Equidad y confianza pública

19. El marco jurídico de las APP es el medio por el cual los Gobiernos regulan y garantizan la prestación de servicios públicos a sus ciudadanos y el medio por el cual los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos. Un marco jurídico equitativo tiene en cuenta los intereses diversos (y a veces tal vez contrapuestos) del Gobierno, los proveedores de servicios públicos y sus clientes y busca lograr un equilibrio equitativo entre ellos. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a los servicios adecuados, en cuanto a calidad y precio, la responsabilidad del Gobierno de garantizar la prestación

ininterrumpida de servicios esenciales y su función en la promoción del desarrollo de la infraestructura nacional son solo algunos de los intereses que merecen el reconocimiento apropiado en la ley.

20. También se aumentará la confianza pública cuando la aplicación de las normas es claramente visible y las transgresiones se castigan debidamente. La presente [Guía], por lo tanto, recomienda procedimientos para esa aplicación.

[Basado en la Guía legislativa sobre PIFP y la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

2. El marco jurídico de las APP

a) Observaciones generales

21. La creación de un marco jurídico apropiado y eficaz es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la participación del sector privado en las APP. Las leyes que regulan las APP suelen encarnar un compromiso político, disponen derechos específicos y pueden suponer una garantía importante de estabilidad del régimen legal y reglamentario, todo lo cual es necesario para facilitar la inversión privada en las APP. *[Se completará con respecto a la inestabilidad en la práctica]*

22. Las disposiciones de la presente [Guía] están concebidas para que los países puedan redactar una ley que regule las APP cuando no dispongan de ninguna, o para que comparen el marco jurídico en vigor con un marco que refleje las buenas prácticas internacionales.

23. Una ley eficaz para regular las APP establecerá los principios generales del marco básico de políticas, institucional y regulatorio en virtud del cual se concertarán y operarán las APP. Esa ley está concebida para ofrecer todos los principios y procedimientos esenciales para concertar y operar las APP. No pretende ser una guía completa, ni en cuanto al establecimiento de todas las normas y procedimientos detallados necesarios para regular las relaciones contractuales en cuestión, ni en cuanto a las normas y procedimientos aplicables a sectores concretos de la economía.

24. El sistema general que posibilite las APP generalmente comprenderá la ley primaria, los reglamentos o decretos secundarios, las normas internas, y orientación, sobre la base de las opciones de política adoptadas para el sistema en general. Al redactar una ley que regule las APP, los países deberán asegurarse de que la ley principal defina con precisión las obligaciones impuestas y los derechos conferidos y sea lo suficientemente adaptable a las APP en la práctica, recordando que no se pueden prever todas las situaciones. La tradición jurídica y administrativa del país influirá mucho en el estilo de redacción, pero debe encontrarse un equilibrio entre una ley que sea suficientemente clara y sin ambigüedades y una ley que sea suficientemente adaptable. No es conveniente delegar excesivamente la interpretación en los profesionales o el poder judicial, ya que ello fomentará la incertidumbre y unos resultados no coherentes. Por consiguiente, en la presente [Guía] figuran disposiciones legales modelo para los aspectos de las APP en que hay una buena práctica internacional claramente establecida y un consenso sobre las normas de conducta apropiadas, y en las esferas en las que existen pruebas de que la falta de normas puede dar lugar a intentos de eludir los principios en que se basa, las disposiciones son relativamente detalladas.

25. Para evitar la incertidumbre y la ambigüedad en la manera en que puede operar la ley primaria en la práctica, se pueden establecer unas normas más detalladas en los reglamentos y las normas internas complementarios; estos tienen la importante ventaja de que es posible modificarlos a medida que se adquiere experiencia sin necesidad de las nuevas aprobaciones parlamentarias que exigirían las modificaciones de las leyes principales. Esta flexibilidad, sin embargo, es apropiada a condición de que los principios y procedimientos principales estén establecidos en la ley primaria, de modo que ellos mismos no puedan ser modificados sin escrutinio público.

26. Por consiguiente, los países que utilicen la presente [Guía] para redactar la legislación general que posibilite las APP necesitarán complementar sus disposiciones mediante normas y reglamentos adicionales, respaldados por orientación y otros instrumentos de creación de capacidad, a fin de asegurar la gobernanza apropiada y promover la integridad del sistema.

27. Como buena práctica, los países que deseen establecer APP también deberían fijar una política nacional en materia de APP para proporcionar orientación sobre su utilización. La política en materia de APP también debería establecerse de manera coherente con los planes de infraestructura nacionales y otros planes públicos de infraestructura (que se examinan más adelante en [remisión]). Esas mismas políticas se referirán a procesos de planificación, establecimiento de prioridades y preparación de proyectos, que se examinan en [el nuevo Capítulo II], o los incluirán.

28. Esas políticas, junto con los derechos y las obligaciones expresados en normas (ley primaria, legislación secundaria o delegada y otras normas y reglamentos) contribuirán a la transparencia y la rendición de cuentas cuando se pongan a disposición del público. Si bien por lo general una ley primaria solo entra en vigor en el momento de su publicación, otras normas y políticas no siempre están sujetas a la misma restricción. Por consiguiente, la ley que regule las APP debería establecer las autoridades responsables de dictar normas, reglamentos y también declaraciones de política nacional y otras declaraciones de política (véase la disposición legal modelo número [...]).

29. Las leyes exigen instituciones que apliquen las normas y procedimientos que contienen; las instituciones también están obligadas a aplicar las políticas y prácticas que respaldan el marco jurídico. En el contexto de las APP, las instituciones pueden adoptar la forma de un órgano (por ejemplo, un organismo o una dependencia encargados de las APP) o una combinación de funciones administrativas. En cualquier caso, el órgano o función deberían estar facultados para ocuparse de las APP a lo largo de su ciclo de vida. Entre las funciones administrativas cabe citar las siguientes: promover la sensibilización acerca de las APP, indicar las oportunidades para proyectos y colaborar con las autoridades centrales, garantizando que las APP se consideren formas posibles de ejecutar los proyectos como y cuando sea oportuno. Se puede encontrar un examen más detallado de estas y otras funciones y ejemplos prácticos de estructuras de algunos sistemas existentes en [...] de la presente [Guía].

30. En algunos países, el Estado tiene una obligación explícita de garantizar la prestación de servicios a sus ciudadanos y residentes, y puede haber restricciones sobre la medida en que cabe delegar esa obligación en el sector privado, especialmente en lo que respecta a servicios importantes como la salud, la justicia y la policía. Cualquier restricción de ese tipo debe reflejarse con precisión en la ley sobre las APP. En algunos casos, la solución puede ser de carácter contractual, estableciendo por ejemplo entidades públicas creadas especialmente o sociedades instrumentales, en cuyo caso, el marco jurídico general para las APP debería permitir esa posibilidad. Esta situación debe distinguirse de las decisiones de que algunos servicios (como los servicios clínicos en hospitales, o los servicios de guardia en las prisiones) deben mantenerse en el sector público, como cuestión de política o porque las empresas privadas carecen de la capacidad para prestar esos servicios. También en este caso, la legislación que regule las APP debería establecer todas las restricciones pertinentes.

b) Interacción con otros ámbitos del derecho

31. El marco jurídico general para las APP también interactuará con otros ámbitos del marco jurídico del país de que se trate.

32. Se incluirá aquí el Capítulo VII de la *Guía legislativa sobre PIFP* actual, que trata de lo siguiente:

- Promoción y protección de las inversiones
- Régimen de la propiedad

- Garantías reales
- Régimen de la propiedad intelectual
- Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada
- Régimen de los contratos públicos y derecho administrativo
- Derecho contractual privado
- Derecho de sociedades
- Derecho tributario
- Reglas y prácticas contables
- Protección del medio ambiente
- Legislación protectora del consumidor
- Régimen de la insolvencia
- Medidas contra la corrupción
- Acuerdos internacionales
- Participación en instituciones financieras multilaterales
- Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio
- Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

33. Otras cuestiones que se incluirán: la posible superposición con las leyes sobre las APP y otras leyes; las restricciones mediante la función de regulación; las restricciones relacionadas con la propiedad de la tierra; la interacción de los aranceles previstos en otras leyes y el marco jurídico de las APP [en particular, para garantizar la sostenibilidad a largo plazo hay que ocuparse de la necesidad de una ley modelo sobre contratación pública y orientación sobre la coordinación entre el organismo regulador de los aranceles y la entidad pública que permita el proyecto].

c) Legislación para sectores concretos

34. Las disposiciones jurídicas para posibilitar las APP crean un marco con el que proporcionar un tratamiento uniforme de las cuestiones que son comunes a esas alianzas en diferentes sectores de infraestructura, pero normalmente no son adecuadas para satisfacer todas las necesidades particulares de los diferentes sectores. Incluso en los países que han aprobado una ley general que regula las APP y se ocupa de cuestiones intersectoriales, las leyes complementarias para sectores concretos permiten al legislador formular normas que tienen en cuenta la estructura de mercado de cada sector.

35. [Las leyes para sectores concretos deben estar subordinadas expresamente a una ley general que regule las APP, a fin de que cualquier incoherencia se resuelva claramente en favor de la norma de aplicación general.]

36. Las leyes para sectores concretos también pueden establecer un marco para la reglamentación de sectores de infraestructura particulares, lo que permitirá el desarrollo de la capacidad nacional de reglamentación. Las leyes efectivas fijarán parámetros para el ejercicio de la discreción por el organismo regulador, pero no deben restringir innecesariamente la capacidad de las partes en una APP de determinar su relación contractual.

C. Alcance de la competencia jurídica para las APP

37. El alcance del marco jurídico de las APP debe estar claro en cuanto a las autoridades que pueden utilizar la ley para participar en APP y los proyectos que se consideran APP con arreglo a la ley. Las disposiciones habilitantes al efecto exigirán una definición de las APP, y de las partes en los proyectos de APP que se han de celebrar en virtud de la ley; es decir, la autoridad pública y la entidad privada. En la

disposición legal modelo 2 se define el alcance de una ley que regule las APP sobre la base de la presente [Guía], como se explica más detenidamente en los párrafos siguientes.

1. Proyectos de APP que deben incluirse

38. Las recomendaciones que figuran en la presente [Guía] se aplican a las APP para la construcción, el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización o la ampliación y la explotación de obras y sistemas de infraestructura pública y la prestación de servicios en relación con ellos, mediante una relación contractual (es decir, con obligaciones contractuales definidas, riesgos compartidos y en la que el pago se basa en el desempeño, como se explica con mayor detalle más adelante). Si bien no es necesario que la infraestructura sea de carácter físico y puede comprender, por ejemplo, los sistemas de comunicaciones, el alcance de las disposiciones de la presente [Guía] no abarca otras formas de alianza entre los sectores público y privado en las que el Gobierno no tiene interés en la prestación de servicios, las concesiones para el petróleo y el gas, la minería o la infraestructura, o los arreglos contractuales como las alianzas de proyectos o la externalización. No obstante, muchas de las recomendaciones sobre la gobernanza son transferibles a esos otros proyectos y a proyectos de sectores concretos.

39. La naturaleza de la participación privada incluye la inversión en infraestructuras públicas. Las cuestiones de la titularidad de la infraestructura y la naturaleza del interés público en esa infraestructura se examinan en [remisión; abarcará el interés público directo e indirecto]. La naturaleza de los servicios que se prestarán, incluida la responsabilidad de la autoridad pública por la prestación de esos servicios, se examina en [remisión].

40. La disposición legal modelo 2 limita el alcance de los proyectos de APP del marco jurídico a los proyectos basados en infraestructura, conforme a lo descrito. Los Gobiernos que deseen ampliar el alcance de la ley que regule las APP tal vez deseen ampliar también el alcance del marco jurídico en consecuencia y revisar los términos “con respecto a cualquier obra o sistema de infraestructura” cuando promulguen esa disposición.

2. Definición de APP

41. Una disposición habilitante para la concertación de proyectos de APP exige una definición de los proyectos abarcados. Las APP pueden describirse como arreglos contractuales mutuamente beneficiosos, en los que las entidades públicas y privadas asociadas aportan recursos (entre otros, el suministro de financiación privada, conocimientos profesionales y de otro tipo, conocimientos especializados y competencias, por una parte, y la concesión de derechos, como derechos sobre la tierra y a la explotación en exclusiva de infraestructura, por la otra).

42. Los arreglos contractuales suelen incluir:

a) Obligaciones para la entidad privada de diseñar, financiar, construir o rehabilitar infraestructura, mantener y explotar la infraestructura en cuestión y proporcionar servicios definidos durante un período determinado;

b) Obligaciones para la autoridad pública de facilitar el acceso a los bienes y derechos y los permisos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones de la parte privada;

c) La distribución de los riesgos entre las partes (por ejemplo, los riesgos con respecto a la financiación y la construcción, y los riesgos relacionados con garantizar la accesibilidad de la infraestructura y los servicios conexos o la demanda al respecto, entre otros); y

d) Un mecanismo de pago basado en criterios de desempeño en la prestación de servicios y, en algunos casos, la explotación o la calidad satisfactorias de la infraestructura, corriendo la remuneración a cargo de la autoridad pública o los

usuarios finales (o una combinación de ambos). Cuando el mecanismo de pago consiste en el derecho a cobrar un precio por utilizar las instalaciones o locales o por los servicios o bienes que generan, la APP es una concesión; en otros casos, es una APP financiada públicamente. Las APP pueden estar financiadas solo públicamente, o ser solo concesiones o incluir una combinación de ambos mecanismos de pago. Un análisis sobre esos tipos de proyectos figura en [remisión — incluirá comentarios sobre la frecuencia relativa de esos tipos].

43. Se recomienda que se permita que las APP se concierten únicamente de conformidad con las disposiciones de la ley que las regule, que deberá incluir:

a) Un proceso de planificación y preparación establecido en la ley que regula las APP, y en otras leyes pertinentes, lo que incluye evaluaciones de los efectos sociales, económicos y de otro tipo del proyecto propuesto, y evaluaciones comparativas de los mecanismos disponibles para la ejecución de proyectos;

b) Un proceso de planificación contractual que se ocupe de los arreglos contractuales establecidos en el párrafo anterior, disponga el control y la titularidad de la infraestructura a lo largo de la vida de la APP, e incluya condiciones comerciales que equilibren adecuadamente los intereses de ambas partes, teniendo en cuenta la duración prevista del contrato, el tiempo necesario para que la entidad privada amortice todos los costos y obtenga un beneficio razonable, un mecanismo de ajuste para los cambios de circunstancias y [otros];

c) Un método de contratación por defecto que sea competitivo, con exenciones limitadas establecidas en la ley; y

d) Disposiciones para la terminación del contrato al vencimiento del plazo, como que la infraestructura se transfiera en buenas condiciones de explotación a la autoridad pública, generalmente sin indemnización (a menos que se disponga otra cosa en el contrato).

44. Si bien algunas de las características anteriores se aplicarían también a la contratación pública de la infraestructura, es evidente que las APP no son una mera contratación tradicional pero tampoco un mecanismo de privatización. La interacción entre las leyes sobre las APP y otras leyes en un país se examina en [remisión]

45. Es obvio que la definición de una APP no puede incluir todos esos elementos descriptivos. Se recomienda que se incluyan en la definición los elementos constitutivos de una APP establecidos en la disposición legal modelo 2, que se refieren a las medidas necesarias para concertar y operar una APP en virtud de la ley.

3. Poderes requeridos para concertar APP

46. Los posibles inversores, las partes privadas, los inversores y otras entidades no participarán en proyectos de APP a menos que estén seguros de que están tratando con personas que están autorizadas a participar en APP y entablar los procedimientos para concertarlas. La expresión “participar en APP” se refiere a todo el ciclo de vida de la APP.

47. Por consiguiente, se recomienda que el marco jurídico de las APP establezca una competencia general para que cualquier autoridad pública pueda participar en una APP, a fin de evitar las dificultades prácticas de mantener un sistema de lista positiva o negativa actualizadas. La disposición legal modelo 2 incluye la opción de que los países excluyan sectores o entidades concretos si así lo desean. En algunos sistemas, esa competencia puede existir fuera del marco jurídico de las APP, en cuyo caso la disposición, cuando se promulgue, debería incluir la remisión apropiada.

48. El proceso para concertar una APP y operar el proyecto implica la celebración de negociaciones a fin de establecer las condiciones, celebrar el contrato de APP, y modificar el contrato de APP y los contratos conexos cuando se necesiten modificaciones. Igualmente, si alguna de estas funciones existe fuera del marco jurídico de las APP, lo que puede ser el caso cuando algunas funciones residen en un organismo central, serán necesarias las remisiones apropiadas, a menos que el marco

jurídico de las APP haya de complementar la posición general (en cuyo caso puede ser necesaria una disposición adicional).

49. Es evidente que es necesaria una definición de “autoridad pública” a los efectos de la ley que regula las APP. La definición debe redactarse de modo que refleje la estructura gubernamental del país de que se trate y si se permitirá o no a las autoridades centrales, las autoridades subcentrales y otras autoridades participar en APP. Si se adopta el enfoque de una lista positiva, es necesario atender a que sea exhaustiva, y el grado de centralización de un país debe reflejarse adecuadamente cuando las APP se limitan a las autoridades centrales.

50. La definición de una autoridad pública en la disposición legal modelo 2 se refiere a las autoridades a cualquier nivel del gobierno, a menos que se incluyan los términos entre corchetes, en cuyo caso, pueden participar en APP las autoridades del gobierno central (o las autoridades nacionales en los sistemas federales), pero quedarán excluidas las autoridades provinciales, locales u otras autoridades subcentrales del Gobierno.

51. Además, la definición de la autoridad pública puede ampliarse a determinadas entidades o empresas estatales que no se consideren parte del gobierno, si un país desea autorizar a esos organismos a participar en APP. Entre las consideraciones pertinentes desde esta perspectiva cabe señalar:

a) [Si el Gobierno proporciona fondos públicos importantes a la entidad, o una garantía u otro aval para asegurar el pago o contribuye a las obligaciones de la entidad en virtud del contrato de APP;

b) Si la entidad es administrada o controlada por el Gobierno o si el Gobierno participa en la gestión o el control de la entidad;

c) Si el Gobierno concede a la entidad una licencia exclusiva, un monopolio o un cuasimonopolio para sus operaciones;

d) Si la entidad es responsable ante el Gobierno o el tesoro público respecto de su rentabilidad; y

e) Si la entidad participa en proyectos en colaboración con un donante internacional.]

[Fuente: Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública]

[Se completará con respecto a si participarán en las APP empresas estatales o entidades similares y los posibles conflictos de intereses en las APP verticales]

Disposición legal modelo 2

[Una autoridad pública [del [Gobierno nacional]] [salvo [puede incluirse una lista de excepciones]] podrá concertar una alianza público-privada con respecto a cualquier obra o sistema de infraestructura de este Estado de conformidad con las disposiciones de la presente ley.]

Definiciones conexas

[Una alianza público-privada sobre infraestructura es un arreglo contractual entre una autoridad pública y una entidad privada para la construcción, el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización o la ampliación y la explotación de obras y sistemas de infraestructura en los que la autoridad pública tiene un interés, y la prestación de servicios en relación con ellos, en virtud del cual la remuneración suministrada a la entidad privada se basa en el desempeño de las obligaciones contraídas por esa entidad privada.]

[Una autoridad pública es cualquier departamento, organismo, órgano u otra dependencia, o cualquier subdivisión o multiplicidad de ellos [del [Gobierno nacional]]]

[Una entidad privada es una persona jurídica organizada de conformidad con las leyes de este o de otro Estado.]

[*Diversas fuentes*]

Exclusividad

52. Otra cuestión importante se refiere a la naturaleza de los derechos conferidos a la entidad privada asociada, en particular si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si la entidad privada asociada hará frente a la competencia de otros proveedores de obras o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica determinada o abarcar todo el territorio del país; puede referirse al derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto o a un grupo limitado de clientes. [*Se revisarán los ejemplos*]

53. La decisión de conceder o no derechos en exclusiva a un determinado proyecto o categoría de proyectos debe adoptarse teniendo en cuenta el alcance de la competencia y si existe un monopolio natural.

54. Por lo tanto, es conveniente ocuparse de la cuestión de la exclusividad de manera flexible.

55. [*Se completará. Algunos expertos recomiendan una disposición por defecto en favor de la exclusividad, pero otros consideran que la exclusividad no es esencial, y está subordinada a la prioridad de política de prestar los mejores servicios a los usuarios. También se examinará la ubicación.*]

56. [*Reflejando el enfoque general de la exclusividad, la orientación se ocupará de si la ley o norma o los contratos individuales o una combinación de ellos pueden restringir la exclusividad o no; el contexto transfronterizo; la forma de vincular los derechos de rescisión y la indemnización y exclusividad; la rescisión solo puede hacerse en interés público; la naturaleza de la exclusividad (geográfica, sectorial, etc.); el alcance de la competencia en diferentes sectores; la viabilidad técnica o comercial de un proyecto sin exclusividad.*]

57. [*También se completará en cuanto a si el contrato o los principios jurídicos subyacentes deberían permitir la adaptación del servicio en beneficio de los usuarios, sin equivaler a una renegociación; si la exclusividad debe ceder ante cláusulas o disposiciones que traten de pacta sunt servanda frente a rebus sic stantibus, es decir, que equivalgan al restablecimiento de un equilibrio económico.*]

[Disposición legal modelo 3]

Una alianza público-privada concederá a una entidad privada un derecho exclusivo de explotar obras y sistemas de infraestructura en todo este Estado o en una subdivisión definida de él [salvo...].

D. El marco institucional de las APP

58. [*La presente sección tratará del marco institucional general para las APP, incluida la necesidad de que las instituciones creen un entorno atractivo, previsible y transparente; los vínculos entre la planificación de las APP y la planificación para el desarrollo de la infraestructura en una economía; la publicación de orientación práctica y sobre políticas acerca de cuestiones como posibles proyectos, planes y prioridades de la infraestructura, eliminación de obstáculos, por ejemplo, consultas sobre la utilización del suelo, procedimientos y documentos estándar; la difusión de las mejores prácticas y la creación de capacidad.*]

59. *En la presente sección se incluirán explicaciones de funciones y criterios para la adopción de decisiones, utilizando ejemplos de soluciones comunes, ofreciendo sugerencias pero no requisitos obligatorios, reflejando la amplia variación en las autoridades y las dependencias encargadas de las APP y otros órganos en la práctica.*

Por ejemplo, un Ministerio de Finanzas probablemente tendrá competencia general en materia de adopción de decisiones, dará su aprobación y establecerá normas y verificará el cumplimiento; los ministerios sectoriales se ocuparán de cuestiones sectoriales y otras cuestiones técnicas.

60. *La presente sección también tratará de cuestiones de gobernanza en las instituciones, como la forma de evitar los conflictos de intereses, la coordinación administrativa y las jerarquías.*

61. *Las orientaciones existentes sobre las licencias y los permisos y sobre los reguladores sectoriales del presente Capítulo de la Guía Legislativa sobre PFIP se incorporarán en un nuevo Capítulo II, en el que se examinarán los principios y procedimientos que regulan la planificación y la ejecución de proyectos individuales].*
