



Asamblea General

Distr. general
27 de mayo de 2013
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

46° período de sesiones

Viena, 8 a 26 de julio de 2013

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

Informe del coloquio de la CNUDMI sobre la colaboración entre el sector público y el privado (Viena, 2 y 3 de mayo de 2013)

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-5	3
II. Resumen del debate del coloquio.....	6-71	4
A. Necesidad de que la CNUDMI se ocupe de la colaboración público-privada.....	6-35	4
1. Experiencia adquirida en la utilización y regulación de la colaboración público-privada desde 2003.....	6-18	4
a) Utilización de la colaboración público-privada.....	6-9	4
b) Regulación de la colaboración público-privada.....	10-18	4
2. Experiencia en la utilización de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.....	19-22	7
3. Factores particulares que justifican que la CNUDMI se ocupe de la colaboración público-privada.....	23-35	8



B.	Alcance de la posible labor de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada	36-71	12
1.	¿A qué tipo de colaboración público-privada debería dirigirse la labor de la CNUDMI?	37-45	12
2.	Criterios de regulación de la colaboración público-privada	46-55	15
3.	¿Qué forma o formas ha de adoptar la labor de la CNUDMI?	56-64	17
4.	Consideraciones que han de tenerse en cuenta en la organización de la labor de la CNUDMI en la esfera de la colaboración público-privada.	65-71	19
III.	Conclusiones	72-84	21

I. Introducción

1. En su 45º período de sesiones, celebrado en 2012, la Comisión observó que si se seguía examinando la conveniencia y viabilidad de la futura labor en la esfera de la colaboración entre el sector público y el privado ello exigiría que la Secretaría realizase nuevas investigaciones y un estudio detallado. La Comisión convino, por tanto, en que sería útil celebrar un coloquio para determinar el alcance de la labor y los principales temas que convendría tratar. Se pidió a la Secretaría que, a modo de preparativo para el coloquio, definiese los posibles temas de debate utilizando las disposiciones de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada¹ y sirviéndose de los recursos de otros órganos y basándose en las deliberaciones de la Comisión en su 45º período de sesiones. Se preveía que los resultados del coloquio serían presentados a la Comisión para su examen. A ese respecto, se convino también en que sería esencial definir un mandato claro relativo a toda labor futura en ese terreno².
2. Asistieron al coloquio, que se celebró en Viena los días 2 y 3 de mayo de 2013, expertos de organizaciones gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales internacionales, del sector privado y de la comunidad académica. Los debates del coloquio giraron en torno a dos temas principales: a) si era necesaria la labor de la CNUDMI en la esfera de la colaboración público-privada, y b) en caso afirmativo, el alcance de dicha labor.
3. En relación con el primer tema, se examinaron los siguientes puntos: a) experiencia adquirida en la utilización y regulación de la colaboración público-privada desde 2003, último año en que la Comisión se ocupó de la esfera conexas de los proyectos de infraestructura con financiación privada; b) experiencia adquirida en la utilización de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, y c) factores especiales que justifican la labor de la CNUDMI en la esfera de la colaboración público-privada.
4. En relación con el segundo tema se examinaron los siguientes puntos: a) qué tipos de colaboración público-privada deben examinarse en la labor de la CNUDMI; b) qué enfoques se han adoptado para regular dicha colaboración; c) qué forma o formas debe asumir la labor de la CNUDMI; y d) qué consideraciones deben tenerse en cuenta al organizar la labor de la CNUDMI en esta esfera.
5. Por la presente nota se transmiten, para su examen por la Comisión, un resumen del debate y las principales conclusiones alcanzadas en el coloquio.

¹ La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000) y Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003); pueden consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/67/17)*, párr. 120.

II. Resumen del debate del coloquio

A. Necesidad de que la CNUDMI se ocupe de la colaboración público-privada

1. Experiencia adquirida en la utilización y regulación de la colaboración público-privada desde 2003

a) Utilización de la colaboración público-privada

6. Se observó que durante la última década, en particular desde el comienzo de la crisis financiera, había habido un creciente interés en la colaboración público-privada como medio eficiente de movilizar recursos para la prestación de servicios públicos. La colaboración entre los dos sectores se ha hecho popular también en el contexto de la preparación de grandes acontecimientos públicos, por ejemplo, las olimpiadas. La colaboración entre los dos sectores se ha ido utilizando cada vez más y han surgido nuevas formas de colaboración.

7. En muchos países se ha producido un cambio en cuanto a las políticas en que descansa la colaboración entre los dos sectores. En otras épocas, la falta de recursos públicos, o su insuficiencia, para financiar los servicios públicos era la principal fuerza propulsora de la utilización de la colaboración público-privada. Actualmente, se reconoce en general que la financiación por el sector privado no es el único factor que torna atractiva la colaboración entre los dos sectores; en efecto, hay otros factores, como la capacidad del sector privado de responder con soluciones innovadoras, creativas y eficientes a las necesidades públicas.

8. Si bien se consideró en otra época que el concepto de “colaboración entre el sector público y el sector privado” era una expresión normativa que se usaba solamente en los programas de desarrollo o en las proyecciones a largo plazo a nivel nacional, desde 2005 el concepto se ha definido y regulado en varios países.

9. La experiencia adquirida en la colaboración entre los dos sectores ha sido desigual: en algunos casos ha tenido gran éxito; en otros, no tanto, y los ha habido en que fracasó por completo. Las instituciones financieras internacionales y otras entidades han iniciado varios estudios para analizar las causas del fracaso de la colaboración público-privada. La conclusión parece ser que los problemas que dificultan la ejecución de la colaboración entre los dos sectores son muy específicos y dependen del contexto y la experiencia de los países en que se practica esta colaboración.

b) Regulación de la colaboración público-privada

10. En algunos países se necesitan leyes especiales que autoricen la colaboración público-privada, pero no en todos. Recientes estudios de la medida en que se regula la colaboración entre los dos sectores, como, por ejemplo, el estudio de los países en que se realizan operaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), revelaron que existían muchas diferencias tanto en la forma de regular la colaboración como en el alcance de la legislación existente.

11. En varios países se tiende a regular por ley la colaboración público-privada, muchas veces sin el beneficio de experiencia práctica anterior alguna en su utilización. En algunos países, se ha intentado legislar la colaboración público-privada solo a nivel local o municipal, pero no a nivel nacional o federal; en otros, puede existir legislación a ambos niveles. Se consideró que solo en contados casos las iniciativas legislativas habían dado por resultado un marco legislativo coherente y amplio que, lejos de obstaculizar, facilitaba el éxito de la colaboración público-privada. La promulgación de leyes especiales sobre la colaboración público-privada en algunos países ha llevado a contradicciones en el marco legislativo. En algunos países, las leyes promulgadas sobre el tema existen solo en la letra, y no se aplican en la práctica. En otros, la promulgación de una ley sobre la colaboración público-privada ha dado lugar a la aparición de tres o más leyes que regulan las mismas cuestiones (por ejemplo, una ley sobre la contratación pública, otra ley sobre las concesiones y otra sobre la colaboración público-privada) y que pueden llegar a contradecirse mutuamente.

12. Se recordaron los textos existentes sobre la colaboración público-privada a nivel internacional y regional³. Se observó que no todos los Estados los tenían en cuenta al redactar las leyes relativas a la colaboración público-privada.

13. En algunos países, la colaboración se rige por reglamentos o guías y no por leyes. En otros, la colaboración, como tal, no está regulada en absoluto. En estos países, la colaboración puede instituirse y llevarse a cabo dentro del marco jurídico existente, es decir, utilizando una combinación de otras leyes del Estado, por ejemplo, las leyes de contratación pública o sobre concesiones. Se observó que este enfoque no siempre producía los resultados apetecidos si, por ejemplo, los estrictos requisitos de una ley de contratación pública o sobre concesiones se aplicaban a la colaboración público-privada sin las modificaciones necesarias. En particular, la insistencia en el precio como criterio de evaluación dominante, común en el régimen de contrataciones públicas, podría resultar excesiva e inapropiada en el contexto de la colaboración público-privada. Se afirmó también que las limitaciones impuestas a las negociaciones, que solían formar parte del régimen de contratación pública, tampoco dejarían suficiente margen de flexibilidad en el contexto de la colaboración público-privada.

14. En algunos países, a falta de un marco jurídico específico sobre la colaboración público-privada, se han adoptado normas para regularla sobre la base de cada proyecto en particular; en tales casos, la colaboración puede quedar sujeta a un largo y engorroso trámite de autorizaciones por los órganos legislativos o las autoridades municipales y necesitar la aprobación previa por el gobierno de los estudios de viabilidad.

15. Se citó el caso de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), donde se había emprendido una iniciativa regional para preparar una ley modelo sobre la colaboración público-privada.

16. Las leyes que regulan la colaboración varían en su alcance y grado de detalle. Algunas leyes contienen una definición de la expresión “colaboración público-privada”, en tanto que otras no la definen. Se observó la tendencia a incluir en estas leyes una amplia gama de arreglos mediante los cuales el sector privado puede participar en la

³ Véase también A/CN.9/782, sección II.B.4.

prestación de servicios públicos. Algunas leyes son sumamente detalladas y regulan diversos aspectos de la colaboración (con el riesgo, según se dijo, de incurrir en una regulación excesiva), en tanto que otras son muy generales y pueden omitir la regulación de importantes cuestiones. La mayoría de las leyes regulan las relaciones contractuales emanadas de la colaboración entre los dos sectores y disponen la creación de una dependencia para la colaboración público-privada con funciones diversas. La experiencia adquirida en algunos países en la colaboración público-privada y la función desempeñada por los acreedores en el proceso han llevado a la introducción de ajustes en el marco legislativo existente con miras a dar mayor flexibilidad a las leyes y lograr que los proyectos ejecutados en virtud de esa colaboración sean “financiables”⁴. El proyecto de ley modelo que se examina actualmente en la Asamblea Interparlamentaria de la CEI abarca los acuerdos de participación en la producción y en los ingresos.

17. Otra tendencia que se ha observado ha sido la de incluir la colaboración público-privada entre los temas de negociación para adherirse al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio⁵. Si la colaboración público-privada forma parte de los compromisos contraídos por un país en virtud de este Acuerdo, les serán aplicables los principios del trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida.

18. Se examinó detenidamente la relación entre la calidad de la regulación de la colaboración público-privada y la calidad de la ejecución. Se observó que en algunos países se había llevado a cabo con éxito la colaboración sin la existencia de un marco legislativo específico. En otros países, donde la colaboración fracasó, uno de los factores contribuyentes podría haber sido la falta de un marco jurídico apropiado. Al mismo tiempo, en ciertos casos la colaboración había fracasado en países que contaban con un marco jurídico adecuado, aplicable a la cooperación público-privada. La falta de experiencia práctica en la aplicación de la colaboración público-privada podría haber sido una de las causas del fracaso en esos casos. Se reconoció que podía haber muchos factores que contribuían al éxito o el fracaso de la colaboración, incluidos la voluntad política y el interés del país huésped en un proyecto dado, y la capacidad y calidad de la aportación de todas las partes interesadas al proyecto. Si bien resultaba difícil demostrar la existencia de un vínculo causal directo entre la calidad del marco jurídico aplicable a la colaboración y su éxito o fracaso, era indiscutible que un marco jurídico inadecuado creaba barreras al establecimiento y la utilización con éxito de la colaboración público-privada.

⁴ Este término se utiliza para describir los proyectos que son aceptables a los inversionistas institucionales y que, por tanto, tienden a atraer la participación de contratistas.

⁵ El Acuerdo plurilateral sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio, negociado paralelamente a la Ronda Uruguay de 1994, entró en vigor el 1 de enero de 1996. El 15 de diciembre de 2011, los negociadores llegaron a un acuerdo sobre los resultados de la nueva negociación del Acuerdo sobre Contratación Pública. Esta decisión política fue confirmada, el 30 de marzo de 2012, mediante la aprobación oficial de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el artículo XXIV:7 del Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA/113). Pueden consultarse ambos textos en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

2. Experiencia en la utilización de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

19. Según algunos participantes, ninguno de los instrumentos jurídicos existentes a nivel nacional, regional o internacional, incluidos los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, podía considerarse de hecho un prototipo o modelo al que pudieran recurrir los Estados para basar su reforma legal de la colaboración público-privada. Otros participantes consideraron que los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada podían tomarse como modelo, y proporcionaron ejemplos de leyes sobre la colaboración público-privada en los países de la CEI, Europa oriental, África septentrional, China y Mongolia, que se habían inspirado en esos instrumentos. El BERD informó que los había utilizado para evaluar la legislación relativa a la colaboración público-privada en 34 países en que tenía operaciones, y los consideró una útil herramienta de referencia. Se destacó, en particular, la utilidad de esos instrumentos porque se ocupaban de temas que trascendían la mera selección del operador de un proyecto, etapa relativamente simple en que se aplicaban los principales principios de una política de contratación pública racional. Se subrayó que no todos los Estados ni todas las instituciones o particulares que utilizaban los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada reconocían este hecho.

20. Algunos oradores señalaron que, pese a que algunos Estados y organizaciones los habían usado como punto de referencia para las reformas legislativas, los instrumentos de la CNUDMI no eran muy conocidos. Habían demostrado ser, sí, una fuente útil de información, pero principalmente para expertos y miembros de la comunidad académica de países e instituciones que tenían amplia experiencia en la colaboración público-privada. En otros casos, especialmente en el de países con poca o ninguna experiencia en ese campo, resultaban excesivamente complejos y no reflejaban las necesidades y realidades inmediatas sobre el terreno, de modo que habían resultado de utilidad limitada para legisladores y reguladores. Los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no reflejaban las características regionales, las características peculiares de la colaboración público-privada en diversas esferas (agua, salud, red vial, etc.) ni permitían a los países hacer una transición gradual de formas simples de colaboración a otras más complejas. Más bien tendían a apabullar al lector con conceptos complejos, sin tener en cuenta que este podía no comprender todavía incluso conceptos simples en el contexto de la colaboración público-privada como, por ejemplo, qué es lo que constituyen medidas de respaldo público y qué cabe considerar riesgos que corren las partes en contraposición a responsabilidades u obligaciones.

21. Algunos oradores expresaron su preocupación por el hecho de que, si bien los instrumentos de la CNUDMI abordaban la mayoría de los tipos de colaboración público-privada y de proyectos de infraestructura con financiación privada, no trataban de otras formas de colaboración que se habían generalizado después de 2003 (por ejemplo, la formación de asociaciones y alianzas). Otros consideraron, en cambio, que los instrumentos de la CNUDMI podían solo parecer no estar al día a ese respecto pero habían sido preparados deliberadamente con un alcance limitado y con la atención centrada principalmente en el desarrollo de la infraestructura. Algunos proyectos habían sido excluidos del estudio deliberadamente (como las

concesiones para la explotación de petróleo y gas y los proyectos de colaboración institucional entre el sector público y el privado). También había sido una decisión fundamentada la de abordar en los instrumentos solo los problemas básicos de los proyectos de infraestructura con financiación privada y orientar a los Estados promulgantes en cuanto a las demás esferas del derecho en que sería necesario introducir reformas para que el marco jurídico resultara aplicable a esos proyectos de manera consecuyente y completa.

22. En respuesta a las inquietudes suscitadas por la complejidad de los instrumentos de la CNUDMI, se explicó que era la complejidad de los proyectos lo que obligaba a ocuparse de cuestiones complejas. La falta de capacidad en algunos países para emprender la colaboración público-privada no debería significar que la calidad de los textos de la CNUDMI se vea comprometida al adoptar un enfoque excesivamente simplista en el tratamiento de cuestiones que no son simples; y tampoco debería rebajarse el carácter de dichos instrumentos al de documentos simplemente educativos. Los instrumentos de la CNUDMI deben reflejar las mejores prácticas en la regulación de la colaboración público-privada. También se señaló que las quejas relativas a la complejidad podían ser válidas en cuanto a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada pero no en cuanto a las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. La primera es, por cierto, larga y compleja, pero ello se justifica porque la Guía es un instrumento analítico que explica diversas opciones y las consecuencias de cada una. Las Disposiciones Legales Modelo, en cambio, son un texto corto y simple, que proporciona orientación a los Estados en cuanto a las disposiciones básicas que deben incluirse en la legislación sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada.

3. Factores particulares que justifican que la CNUDMI se ocupe de la colaboración público-privada

23. Como se desprende del debate resumido en la sección 1, son cada vez más los Estados que han empezado a regular la colaboración público-privada y están apareciendo más definiciones de este concepto. Actualmente existe una considerable confusión en cuanto a la terminología, el ámbito de aplicación apropiado de un régimen de colaboración público-privada, su contenido y la interacción con otras esferas jurídicas, los aspectos políticos y las consideraciones normativas (comercio, gobernanza y empleo). Las leyes deficientes dan por resultado proyectos deficientes, sobre todo porque llevan a costos excesivos de las operaciones debido a la necesidad de preparar y negociar complejos contratos que deben colmar las lagunas y salvar las contradicciones del marco jurídico existente. Esto no favorece la utilización eficiente de los recursos públicos, privados o de la asistencia al desarrollo. Las reformas institucionales que han acompañado a las iniciativas legislativas han vuelto el problema aún más complejo pues han llevado a la proliferación de las instituciones estatales que se ocupan de cuestiones relacionadas con la colaboración público-privada. Se observó que este problema no existía antes de 2003, cuando solo había unas pocas instituciones nacionales encargadas de los problemas de la colaboración público-privada, tales como las dependencias de colaboración público-privada (designación común de las entidades encargadas de las cuestiones normativas y prácticas de esa colaboración).

24. Se opinó que la comunidad internacional, es decir, las instituciones internacionales, regionales y subregionales, no había logrado orientar a los Estados en cuanto a las reformas legislativas o institucionales necesarias en esta esfera. La situación se caracterizaba por la falta de coordinación entre las actividades de establecimiento de normas, prestación de asistencia técnica y creación de capacidad, con resultados contradictorios y la confusión consiguiente. Era urgente, por tanto, según los participantes que habían planteado la cuestión, que todas las organizaciones que elaboraban leyes modelo sobre la colaboración público-privada o directrices sobre la forma de preparar y aplicar un régimen nacional de colaboración público-privada adoptaran un enfoque integrado.

25. Por consiguiente, se instó a la CNUDMI a que abordara todas esas dificultades que enfrentaban los Estados cuando preparase una ley coherente sobre la cooperación público-privada. En vista de su mandato de coordinar las actividades de diversas organizaciones de preparación de textos jurídicos en la esfera del derecho mercantil internacional, la CNUDMI podía garantizar que la comunidad internacional, inspirada en un modelo de la CNUDMI, empezara a hablar con una sola voz. La situación actual era la contraria y los instrumentos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada no bastaban para remediarla. Los oradores consideraron que ese era el momento oportuno para analizar cuáles eran las causas de la situación y cómo remediarla.

26. Con el tiempo, se ha ido recurriendo cada vez más a la colaboración público-privada, en las formas y los contextos más diversos, y lo más probable es que se siga utilizando en un ámbito de contextos y formas cada vez más amplio. Un estudio de la legislación relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada y a la colaboración público-privada en todo el mundo reveló que las leyes sobre la colaboración contenían algunos elementos ausentes en las leyes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada, incluidos los instrumentos de la CNUDMI, debido a las características distintivas de los proyectos de colaboración público-privada que no estaban relacionados con la infraestructura. Se sostuvo, por consiguiente, que el alcance de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada debía ampliarse regulando algunos o todos los tipos de colaboración público-privada que por el momento habían quedado a un lado.

27. Dado que la colaboración público-privada ha demostrado ser de suma eficacia en ciertas circunstancias pero contraproducente en otras, se consideró que un análisis de la experiencia adquirida en su aplicación contribuiría a determinar qué factores habían contribuido al éxito y cuáles al fracaso. Por consiguiente, habría que prever garantías contra los abusos y los errores más comunes. Habría que agregar algunas garantías omitidas en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada y otras que sí existían en dichos instrumentos habría que reformularlas o revisarlas a fin de reflejar la realidad.

28. Se señaló, a este respecto, que los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada carecían actualmente de algunas importantes garantías y disposiciones, por ejemplo, disposiciones sociales y otras medidas para promover la responsabilidad social y los proyectos en favor de los pobres. Como se sugirió en el Congreso de la CNUDMI titulado "Derecho

moderno para un comercio globalizado” (Viena, 9 a 12 de julio de 2007)⁶, las disposiciones encaminadas a anticipar y minimizar las controversias entre la autoridad contratante y el operador de un proyecto debían formularse de manera que se mantuviesen relaciones satisfactorias entre las partes contratantes básicas en la colaboración público-privada. Estos mecanismos preventivos pueden incluir la celebración de reuniones periódicas, avisos de alerta sobre posibles cambios en la legislación y reglamentos y el establecimiento de comisiones permanentes en distintos sectores, listas para intervenir en caso de litigio.

29. Algunas garantías incluidas en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no se han utilizado en medida suficiente. Por ejemplo, las destinadas a asegurar la transparencia y la rendición de cuentas deberían ser aplicables no solo en la etapa de la selección del operador del proyecto sino en todo el proyecto. Se destacó, en particular, la necesidad de hacer pública la información acerca del movimiento de recursos del Estado al operador del proyecto y viceversa. Deberían robustecerse las medidas contra la corrupción desalentando, por ejemplo, las reuniones individuales privadas y fomentando en cambio el uso de los medios públicos y las formas modernas de comunicación para dejar una constancia más transparente de las operaciones.

30. Se agregó que otra esfera que debía desarrollarse en los instrumentos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada era el de la solución eficaz de las controversias. Los instrumentos de la CNUDMI no abordan de manera detallada la complejidad de los mecanismos de solución de controversias que suelen intervenir en los proyectos de colaboración público-privada ni el papel de importancia crítica que desempeña la elección de la ley aplicable y del foro para la solución eficaz de las controversias. Hay distintos conjuntos de acuerdos que pueden referirse a diversas normas de arbitraje y leyes aplicables, así como los foros donde han de resolverse las controversias. Debería explicarse la interacción entre estos distintos elementos.

31. También se expresó la opinión de que las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI y las disposiciones pertinentes de la Guía sobre la solución de controversias podrían tratar de encontrar un equilibrio más justo entre los diversos foros para la solución de controversias, por ejemplo, el arbitraje internacional en contraposición a los mecanismos nacionales de solución de controversias. La solución de controversias mediante el arbitraje internacional no ha dado buenos resultados en muchos casos, sobre todo en lo relativo a la ejecución de sentencias arbitrales internacionales. Y ello, a pesar de las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York)⁷, que son vinculantes para la gran mayoría de los Estados. La proliferación de los foros, los casos y las sentencias de arbitraje internacional, junto con la proliferación de los tratados de inversión, han complicado la solución de controversias mediante el arbitraje internacional. Es posible que en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada haga falta hacer mayor

⁶ Véase *Proceedings of the Congress*, capítulo V; puede consultarse en www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739. También puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (visitado en mayo de 2013).

hincapié en la importancia de disponer de mecanismos nacionales eficaces de solución de controversias, así como en la necesidad de crear capacidad local para tal fin.

32. Se recomendó que, de efectuarse este cambio de orientación, se hiciera sin comprometer el entorno propicio para el arbitraje internacional. En particular, debería permitirse por ley a la autoridad contratante convenir en el arbitraje internacional en virtud de un contrato de colaboración público-privada; en muchos ordenamientos jurídicos, este enfoque actualmente no es posible aunque el marco jurídico pueda permitir, en general, el arbitraje internacional. Se instó a la CNUDMI a que, en toda labor futura sobre la colaboración público-privada, se ocupara también de otros obstáculos que se oponen a la solución eficaz de las controversias planteadas en la colaboración público-privada: a) la experiencia, las técnicas y los conocimientos necesarios del poder judicial para conocer de cuestiones complejas de colaboración público-privada; b) deficiencias de los sistemas judiciales; c) falta de independencia; d) accesibilidad (los procedimientos pueden discriminar contra los inversionistas extranjeros en contraposición a las entidades nacionales); y e) renuencia a nivel nacional (por toda una serie de razones) a ejecutar las sentencias arbitrales internacionales pese a las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en virtud de la Convención de Nueva York y otros tratados multilaterales y bilaterales. Se señaló que también debían tratarse con mayor detalle las cuestiones relacionadas con los actos soberanos y las inmunidades soberanas, pues había habido casos de abuso, en que se habían hecho objeciones y excepciones invocando la inmunidad soberana.

33. Se afirmó que las propuestas no solicitadas representaban otra esfera en que hacía falta una orientación más concreta de la CNUDMI. Los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada permitían la consideración de propuestas no solicitadas con prudencia y a reserva de ciertas garantías de transparencia, pero se consideró que en la práctica esta esfera adolecía de deficiencias y se prestaba al abuso, especialmente en los países sin garantías institucionales y de transparencia. Se propuso que se fortalecieran considerablemente las disposiciones en la materia recurriendo a la experiencia positiva adquirida desde 2003 en la regulación de las propuestas no solicitadas en todo el mundo. El criterio principal consistía en mantener la competencia, pero protegiendo al mismo tiempo los derechos de propiedad intelectual y fomentando la creatividad y la innovación. Sin embargo, se advirtió contra la regulación detallada de este tema controvertido. Todo texto reglamentario sobre el tema debería ir acompañado, inevitablemente, de extensas notas explicativas. Se observó también que el concepto mismo de propuesta no solicitada dependía de la definición de la colaboración público-privada: en efecto, cuando el centro de atención en esta definición se orienta hacia la prestación de servicios públicos, la probabilidad y justificación para aceptar propuestas no solicitadas es mínima puesto que el sector privado no puede definir mejor que el sector público lo que el público necesita. Se agregó que el concepto de propuestas no solicitadas no debía confundirse, empero, con otros conceptos afines, como el de las propuestas del sector privado.

34. Algunos participantes consideraron que otras disposiciones de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, en particular la distribución de los riesgos, las garantías públicas y las medidas de respaldo público debían refinarse un poco más pues en la práctica existía considerable confusión respecto de esas cuestiones. Se consideró que algunas otras

disposiciones de los instrumentos de la CNUDMI transmitían mensajes incorrectos o creaban una impresión falsa, por lo cual sería necesario volver a formularlas.

35. Otros factores que, según algunos participantes, podían afectar toda decisión de la CNUDMI de emprender actividades en esta esfera, incluían los acontecimientos en la escena internacional, como, por ejemplo, la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)⁸. Este instrumento contiene disposiciones pertinentes para la colaboración público-privada. La evolución de la propia CNUDMI, en particular las nuevas normas legislativas en las esferas de la contratación pública, el régimen de la insolvencia y las garantías reales, puede exigir la revisión de algunas disposiciones de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

B. Alcance de la posible labor de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada

36. Como se explica con mayor detalle en las secciones que siguen, no hubo desacuerdo entre los oradores en cuanto a que, en vista de los hechos mencionados, la CNUDMI debía proporcionar orientación en materia de colaboración público-privada, que se necesitaba urgentemente. Las opiniones variaban en cuanto a la forma que debía asumir dicha orientación; por ejemplo, una ley modelo o una guía legislativa ampliada y revisada, recomendaciones legislativas y disposiciones modelo. Si bien la idea de una ley modelo tuvo fuerte apoyo, algunos oradores no estaban convencidos de que la formulación de una ley modelo fuera conveniente o viable. Distintas consideraciones, incluido el tiempo que la CNUDMI dedicaría a su labor en materia de colaboración público-privada, de emprenderla, influiría en la decisión definitiva de la Comisión sobre la medida y forma de cualquier labor prevista en esta esfera.

1. ¿A qué tipo de colaboración público-privada debería dirigirse la labor de la CNUDMI?

37. Hubo consenso en que sería esencial llegar a una noción común de la colaboración público-privada para definir con exactitud el alcance de la labor. No hubo desacuerdo en cuanto a la idea de que dicha colaboración debía mantenerse flexible a fin de abarcar todas las formas posibles de participación del sector privado en la prestación de servicios públicos. Este enfoque llevaría a un concepto genérico, que, a su vez, podría dividirse en subcategorías, más que a una definición estricta de la colaboración público-privada.

38. Para tal fin, la CNUDMI tendría que determinar qué características tenían en común los tipos de colaboración público-privada que la Comisión habría de regular, y qué los diferenciaba de formas afines de actividades público-privadas que no quedarían comprendidas dentro de los límites de la labor emprendida. Se afirmó que la presencia de infraestructura física no debía considerarse un componente indispensable de los tipos de colaboración público-privada que habría de regular la CNUDMI. Se expresaron diversas opiniones en cuanto a si la futura labor de

⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349. También se puede consultar en www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

la CNUDMI en esta esfera debía abarcar la formación de asociaciones y alianzas, las formas institucionales de colaboración público-privada y los contratos de arrendamiento a largo plazo, los contratos de arrendamiento y de gestión, así como las concesiones para la explotación de recursos naturales.

39. El coloquio examinó de manera preliminar las características más distintivas de la colaboración público-privada que debía regular la CNUDMI, comparándolas, en particular, con el régimen de contratación pública y las concesiones para la explotación de recursos naturales.

40. En un proyecto de contratación pública -se observó- se presume que el gobierno financiará el proyecto desde el principio. Independientemente de que el pago al proveedor o contratista se haga al principio o al final del proyecto o en cuotas, la operación tiene consecuencias inmediatas para el presupuesto público; el aumento de la deuda pública resulta claramente visible. En el contexto de la colaboración público-privada, generalmente se supone que ha de ser el sector privado, no el público, el encargado de financiar el proyecto desde un comienzo, si bien las fuentes de financiación del proyecto en etapas posteriores de su ejecución pueden variar. Se señaló que los efectos de la colaboración público-privada en los procesos de preparación del presupuesto público eran menos claros; esta era una de las esferas, precisamente, en que, según los expertos, la CNUDMI debía proporcionar orientación, teniendo en cuenta los ciclos presupuestarios a corto plazo de muchos países, que no se prestan para el carácter a largo plazo de la colaboración público-privada. Se consideró que la distribución de los riesgos era otra característica que diferenciaba la colaboración público-privada de la contratación pública: los riesgos de ejecución en la contratación pública recaen principalmente en el sector público, a diferencia de la colaboración público-privada, en que los riesgos de los proyectos se distribuyen entre el sector privado y el público. Se expresaron dudas, empero, de que dicho sistema de distribución estricta de los riesgos fuera válido para todos los casos de contratación pública y de colaboración público-privada.

41. La mayoría de las concesiones para la explotación de recursos naturales, se explicó, supone el aprovechamiento del patrimonio público o de bienes públicos, más que la prestación de servicios públicos, con el resultado de que las concesiones ejercen una influencia menos directa en el público que la colaboración público-privada. Se sostuvo que esta característica de las concesiones no debía justificar que se las eximiese de los principios rectores de la contratación: competencia, transparencia y responsabilidad, especialmente porque el patrimonio público debía explotarse en beneficio de todos y existían ejemplos de concesiones (por ejemplo, la explotación de recursos hídricos) que entrañaban o afectaban a la prestación de servicios públicos. Otra característica distintiva de dichas concesiones, por lo menos en el sector de la minería, se afirmó, es que no presuponen la intervención permanente de las autoridades públicas en la ejecución del proyecto; estas participan generalmente en la distribución de las utilidades y otros tipos de arreglos auxiliares.

42. Algunos participantes señalaron las siguientes características distintivas de la colaboración público-privada: a) la participación a largo plazo del sector privado en la prestación de servicios públicos; b) el carácter de la colaboración público-privada puede estar sujeto a modificaciones y ajustes con el paso del tiempo; c) las consideraciones del ciclo vital del proyecto, que debe funcionar de manera sostenible

y sostenida, son las de mayor importancia (en particular por la necesidad de proporcionar servicios al público sin interrupción); d) la primacía de la autoridad pública, que sigue siendo responsable de la prestación de los servicios públicos durante toda la ejecución del proyecto y posteriormente; e) la oportunidad de que el sector privado introduzca innovaciones y aporte ideas originales; y f) distintos sistemas de pago de financiación del proyecto al sector privado por los servicios prestados.

43. Algunos oradores dijeron que las características más distintivas de la colaboración público-privada eran la participación a largo plazo del sector privado en la prestación de servicios públicos y el hecho de que el gobierno se mantuviera responsable ante el público de la prestación de servicios públicos. Se afirmó que esas características tenían consecuencias a corto y a largo plazo en la estructura, la formación y las cláusulas del contrato y la ejecución del proyecto. Puesto que, en última instancia, los beneficiarios de la colaboración público-privada son las personas, y puesto que el interés público es más importante en este tipo de colaboración público-privada que en otros tipos, el régimen de regulación de la colaboración público-privada debería limitar la libertad de las partes en cuanto a las condiciones estipuladas. Así, por ejemplo, todo contrato debe ofrecer las garantías necesarias en caso de rescisión, a fin de asegurar la continuidad de los servicios públicos. El régimen también debería tener en cuenta cuestiones delicadas como la no discriminación en la prestación de los servicios públicos y una participación equitativa en las utilidades. Otros participantes señalaron que algunos tipos de contratación pública también suponían la prestación a largo plazo de servicios públicos por el sector privado; la contratación pública no debía reducirse simplemente a las adquisiciones hechas al proveedor como resultado de la introducción de la colaboración público-privada.

44. Por lo que se refiere a las concesiones de explotación minera en particular, se expresó la firme opinión de que la CNUDMI no debía prever la regulación de un sector tan decididamente político e internacionalmente delicado, que, en gran medida, se regula solo (la actividad minera está regulada por los códigos de minería y en algunos países estas actividades pueden estar sujetas a regímenes especiales aprobados por el órgano legislativo). También se señaló que, a diferencia de la colaboración público-privada que debería regular la CNUDMI, estas concesiones para la explotación de recursos naturales no tenían una influencia directa en las necesidades inmediatas del público.

45. Se invitó a la CNUDMI a que examinara la colaboración público-privada con la participación de empresas de propiedad estatal y junto con nuevas formas de colaboración público-privada vinculadas a los pagos por disponibilidad o los proyectos de infraestructura financiados con capital privado. Se señaló asimismo que la CNUDMI tendría que prestar mayor atención a la colaboración público-privada transfronteriza en vista de su aparición en algunas subregiones y la probabilidad de que se hiciera más común, en particular en el contexto de la integración económica subregional y regional. Pueden presentarse problemas privativos de este tipo de colaboración: ley aplicable, conflictos de leyes, institución supranacional, aplicación extraterritorial de las normas, etc.

2. Criterios de regulación de la colaboración público-privada

46. Se propuso que la CNUDMI apuntara a formular principios generales de regulación de los elementos comunes de la colaboración público-privada. No debía escogerse un modelo único de colaboración para la regulación sino que debía abordarse una amplia gama de actividades de colaboración público-privada. Se afirmó que era esencial limitar de este modo un texto de la CNUDMI a un alto nivel de marco genérico, adaptable a las circunstancias locales, si se quería que la labor de la CNUDMI en la materia resultara viable y útil; en caso contrario, el proyecto resultaría demasiado prolongado y complejo para satisfacer la urgente necesidad de una norma más general de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada. Se dijo, además, que la regulación de elementos concretos de todos los tipos de esta colaboración sería inútil puesto que, en última instancia, serían definidos por la cultura local y las necesidades de cada proyecto.

47. Se afirmó que el objetivo de toda regulación sería permitir y facilitar distintas formas de colaboración público-privada para la prestación de mejores servicios públicos y el desarrollo sostenible.

48. Los participantes estuvieron de acuerdo en que la labor debía definir sus propios límites, observando que no todos los problemas son susceptibles de solución jurídica. Por ejemplo, la CNUDMI no debía tratar de regular las cuestiones de política en que descansa la utilización de la colaboración público-privada o cuestiones inseparables del derecho constitucional (por ejemplo, la primacía de la propiedad colectiva sobre la propiedad privada). La CNUDMI debería centrar la atención en categorías de cuestiones que exigen una solución legislativa, por ejemplo, la distribución de facultades y riesgos, y los obstáculos jurídicos, es decir, la autoridad y facultad para participar en la colaboración público-privada, y las contradicciones de las políticas y leyes sobre la colaboración público-privada con otras ramas afines del derecho (insolvencia, tributación), así como en las normas y garantías básicas que examinarán los inversionistas para asegurarse de que el proyecto sea financiable (es decir, derechos de intervención, transparencia y otros sólidos principios de la contratación, garantías contra la expropiación).

49. Al regular la colaboración público-privada debería centrarse la atención en la necesidad de dar viabilidad a los proyectos apropiados y de reducir el costo de las operaciones, que en algunos casos puede minimizarse o evitarse gracias a un marco jurídico adecuado. Por ejemplo, la inclusión en las leyes o los reglamentos de los principios básicos relativos a las tarifas podría obviar la necesidad de realizar prolongadas negociaciones con las autoridades locales.

50. Se instó a que se tratara de encontrar el equilibrio justo entre el rigor académico y las soluciones pragmáticas. Debían encararse los aspectos prácticos de, por ejemplo, cómo ha de mantenerse responsable el sector público ante la población y comprometido durante toda la ejecución del proyecto, al igual que las tendencias tales como las nuevas formas de urbanización, la lucha contra el fraude y la gestión de los identificadores. Con respecto a esta última cuestión, se sugirió que la CNUDMI considerase la posibilidad de establecer un registro mundial de transparencia, que permitiría examinar el historial de cada empresa en la ejecución de actividades de colaboración público-privada en todo el mundo, para beneficio de los gobiernos, que podrían consultar el registro. Se expresó inquietud por el hecho de que el riesgo de fraude comercial en los países en desarrollo fuera muy real,

por lo cual se hacía necesario proporcionar instrumentos para que la comunidad internacional combatiera la delincuencia económica de este tipo a nivel internacional.

51. También se alentó a la CNUDMI a que indicase con claridad qué aspectos deberían tratarse en la legislación primaria y cuáles en los reglamentos y directrices, a fin de garantizar un nivel adecuado de previsibilidad y seguridad del marco jurídico aplicable a la colaboración público-privada. Este enfoque garantizaría también que el marco jurídico básico relativo a la colaboración público-privada no dependiera de un gobierno o de un ministro, y, por consiguiente, ningún cambio de gobierno tendría un efecto directo en la formación y ejecución de la colaboración público-privada. Actualmente, existen estos riesgos en algunos países debido a que en ellos cuestiones fundamentales que afectan a la colaboración público-privada se relegan a reglamentos o directrices. Sin embargo, esto no significa que todos los problemas fundamentales deban tratarse en una sola ley; en efecto, se observó que las leyes relativas a las aduanas, la tributación, la protección de las inversiones, los derechos sobre las tierras, el régimen de la insolvencia, los intereses de la seguridad y demás también eran pertinentes.

52. Por consiguiente, el marco jurídico de la colaboración público-privada debía estar en condiciones de interactuar con otras leyes aplicables al proyecto. En particular, se observó que habría que tratar de lograr cierto grado de armonización entre las leyes de contratación pública y las de colaboración público-privada, haciendo las remisiones necesarias, puesto que ciertas disposiciones podrían resultar igualmente aplicables en los marcos de la contratación pública y la colaboración público-privada. Entre los ejemplos mencionados figuraban los problemas con que tropieza un órgano independiente y los recursos disponibles para los inversionistas damnificados. Un texto de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada tendría valor añadido en la medida en que regulase características específicas de la colaboración público-privada que exigen un mayor margen de flexibilidad que la permitida normalmente en la legislación relativa a la contratación pública, con lo cual se evitaría crear desincentivos y obstáculos a la colaboración público-privada.

53. Se insistió en que la CNUDMI no podría evitar ocuparse de la cuestión de las reformas institucionales a fin de encarar la realidad: las instituciones que tienen por fin prestar apoyo a la colaboración público-privada deberían ser compatibles y coherentes; debería evitarse la tendencia a crear nuevas entidades burocráticas, pues ello agregaría un nivel innecesario de complejidad. A este respecto, se observó que sería conveniente el establecimiento de estructuras más flexibles (por ejemplo, una junta consultiva sobre cuestiones normativas con una composición precisa, concebida para reflejar el sector en que se emprende la colaboración público-privada).

54. Se agregó que la CNUDMI debería promover un enfoque gradual de introducción de la colaboración público-privada en los países carentes de experiencia en la materia (de tipos simples de colaboración a otros más complejos), y debería ofrecer opciones a Estados con distintos niveles de capacidad. Se observó que aun en casos en que se cuenta con un sólido marco jurídico, no se recurre a la colaboración público-privada si la sociedad y las autoridades públicas no están listas para hacerlo.

55. Se agregó que debían abordarse los problemas de terminología y que cualquier texto futuro debería redactarse en términos simples para asistir al lector.

3. ¿Qué forma o formas ha de adoptar la labor de la CNUDMI?

56. Muchos oradores expresaron su preferencia por una ley modelo en la forma de un texto de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada, especialmente teniendo en cuenta todos los hechos mencionados. Sin embargo, se reconoció que el carácter del contrato social en los Estados era muy diferente y, por consiguiente, también lo eran las necesidades en cuanto a la regulación de la colaboración público-privada. En consecuencia, no todos los países necesitarían o desearían promulgar una ley sobre la colaboración público-privada. En los casos en que exista la necesidad y la voluntad de hacerlo, una ley modelo de la CNUDMI proporcionaría a los Estados un prototipo aceptado internacionalmente, de fácil uso y acceso, para la promulgación de una ley nacional sobre la colaboración público-privada. Se afirmó que, sin ese modelo, se corría un grave riesgo de que los Estados adoptasen leyes mal concebidas. Disponiendo en cambio de un modelo, los Estados estarían en condiciones de prestar atención a las particularidades locales y efectuar en el modelo los ajustes necesarios. De este modo, una ley modelo de la CNUDMI proporcionaría el grado necesario de confianza a los encargados de formular políticas y los legisladores de que toda ley formulada sobre la base del modelo de la CNUDMI reflejaría las mejores prácticas internacionales. Esto, a su vez, enviaría una señal positiva al sector privado en cuanto a la solidez y estabilidad del marco jurídico local aplicable a la colaboración público-privada.

57. Se sugirió que una ley modelo debería tener las siguientes características: no debería ser demasiado complicada; debería ser flexible; debería incluir las mejores prácticas respecto de las cuales existiese consenso internacional, pero las cuestiones controvertidas o discutidas no deberían incluirse, en cambio, en sus disposiciones; debería abarcar todas las disposiciones básicas aplicables a todos los tipos de colaboración público-privada regulados por la ley modelo y debería contener remisiones a otras ramas del derecho en caso necesario; la ley debería definir las principales expresiones relacionadas con la colaboración público-privada utilizadas en la ley; la ley debería tratar de las obligaciones de las partes en la colaboración público-privada, las obligaciones y medidas de respaldo público, los mecanismos de supervisión, incluida la participación de la sociedad civil, la indemnización en caso de rescisión, el arbitraje internacional y los derechos de intervención. También debería exigir que el contrato de colaboración público-privada previese estas cuestiones si la propia ley no prescribía una solución concreta al respecto. La ley debería indicar claramente qué disposiciones de cumplimiento obligatorio han de redactarse individualmente para cada proyecto, determinando cuáles son los requisitos mínimos aplicables a cada una. Las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, que tratan de muchos de los puntos mencionados, deberían servir de base a dicha ley modelo.

58. Otras opciones que se consideraron para una posible labor de la CNUDMI en esta esfera fueron las de actualizar, revisar y ampliar el alcance de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Se recordó que cuando se prepararon esos instrumentos, los gobiernos expresaron cierta reserva en cuanto a la labor en esferas que no eran de competencia básica de la CNUDMI (problemas de relaciones bilaterales, cuestiones políticamente delicadas, instituciones nacionales). Se planteó la cuestión de si los gobiernos se mostrarían menos renuentes a hacerlo en la actualidad. Por esta razón, una ley

modelo que exigiese un alto grado de especificidad, amplitud y armonización en estas esferas no era una opción que pudiera contemplarse.

59. Se sugirió, además, que la complejidad del tema y la necesidad de retener la mayor flexibilidad posible a fin de no desalentar las innovaciones en la colaboración público-privada, aconsejaban proporcionar una orientación analítica más general, como la contenida en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. Según se observó, en ella se indican los obstáculos jurídicos a este tipo de proyecto, se explican las consecuencias de tales obstáculos si los Estados no los encaran y se señalan otros obstáculos, fuera de los jurídicos, que también han de superarse. Con esta información analítica, la Guía ofrece a los encargados de formular políticas y a los legisladores distintas opciones frente a la reforma legislativa e institucional.

60. En respuesta, los partidarios de la preparación de una ley modelo consideraron que la actualización, revisión y ampliación del alcance de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no producirían los resultados apetecidos, es decir, la preparación de un modelo de fácil uso para los legisladores. Se consideró esencial que la CNUDMI preparase un modelo internacional de ese tipo que, a su vez, debería ir acompañado de materiales complementarios, como observaciones sobre las disposiciones de la ley modelo, orientación sobre cuestiones concretas que generan la mayoría de las dificultades en la ejecución práctica de la colaboración público-privada y documentos normativos.

61. Algunos participantes expresaron la convicción de que la ley modelo no podría proporcionar una solución única a todos los problemas de la colaboración público-privada que debería abarcar una ley modelo. Por consiguiente, se subrayó que, si bien el texto de la ley podría ser útil, sería absolutamente necesario acompañarlo de una guía (como la proporcionada, por ejemplo, en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública⁹), a fin no solo de dotar a los encargados de aplicar la ley de los medios necesarios para hacerlo sino también para explicarles las posibles desviaciones del modelo o las distintas opciones contenidas en este. Una orientación explicativa de ese tipo comprendería también el examen de cualquier cuestión controvertida respecto de la cual no se hubiera llegado a un consenso.

62. Se sugirió la posibilidad de actualizar la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada al mismo tiempo que se preparaba un ley modelo, de modo que el texto actualizado resultante pudiera constituir la base para la redacción de una guía para su incorporación en el derecho interno que explicaría las disposiciones de la ley modelo y proporcionaría una orientación técnica más detallada a los ministerios y otros departamentos de gobierno que recurran a la colaboración público-privada. El criterio con que se redactaría una guía de este tipo, se insistió, debería considerarse cuidadosamente desde el punto de vista de los usuarios finales a quienes estaba dirigido el texto, a fin de evitar ciertos errores que contenía la Guía actual. Si bien la guía tendría que ser específica y detallada, debería estar redactada en términos simples y fáciles de

⁹ Aprobada por la Comisión en su 45º período de sesiones, celebrado en 2012. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/67/17)*, párr. 46. Puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html

comprender por sus destinatarios. Habría que evitar los términos complejos e incluir ejemplos y explicaciones ilustrativas, así como diversas formas de presentar, de manera accesible, lo que, cabía prever, sería un material voluminoso (es decir, que la guía podría dividirse en secciones e ir acompañada de anexos que describieran, por ejemplo, características específicas de la colaboración público-privada en cada sector). También se sugirió la posibilidad de preparar un glosario de términos relacionados con la colaboración público-privada. Podría incluirse en la guía, asimismo, un conjunto de cláusulas contractuales esenciales, similares a las normas y los procedimientos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), en un anexo o de otro modo, que podrían resultar de utilidad para las partes contratantes, pues podrían incorporarlas por remisión en su contrato de colaboración público-privada, ahorrándose la necesidad de negociarlas. Este conjunto de cláusulas podría utilizarse también como lista de verificación de las disposiciones básicas que deberían incluirse en el contrato.

63. Se sostuvo, en apoyo de la labor sobre una ley modelo y su guía para la incorporación en el derecho interno y otros materiales complementarios, que el paso de las disposiciones legales modelo y la guía legislativa existentes a una ley modelo con la guía para su incorporación al derecho interno representaría una enorme ayuda para los Estados promulgantes. Se reconoció que las dos opciones proporcionaban solamente una orientación no vinculante puesto que los Estados no estaban obligados a promulgar sus leyes sobre la base de los modelos de la CNUDMI y podían ajustar estos modelos a las circunstancias locales que considerasen apropiadas. Si bien la diferencia podría, en definitiva, residir solamente en los nombres de los instrumentos y las formas de presentarlos, no en su fondo o carácter, la forma representaría una considerable ventaja en la medida en que un modelo fácil de usar se tendría más en cuenta y su uso estaría más generalizado entre los encargados de formular políticas, legisladores y proveedores de asistencia.

64. En respuesta a la pregunta de por qué no se había preparado una ley modelo en 2003, se explicó que en esa época no había consenso sobre la definición de la colaboración público-privada y que no había gran demanda de una ley modelo puesto que la colaboración público-privada se consideraba un concepto normativo que no debía regularse por ley. Como ya se explicó en el capítulo II.A, estos factores cambiaron después de 2003.

4. Consideraciones que han de tenerse en cuenta en la organización de la labor de la CNUDMI en la esfera de la colaboración público-privada

65. Se afirmó que si se iba a realizar trabajo alguno en relación con la colaboración público-privada, sería esencial determinar qué prácticas de regulación de la colaboración público-privada eran las mejores o suficientemente buenas a fin de impartir un asesoramiento imparcial. La CNUDMI podría tropezar con dificultades a este respecto, dados los intereses creados y las instituciones que los representan, incluidos algunos consultores e instituciones financieras del sector privado. Por ejemplo, en los casos en que los asesores de los gobiernos para las reformas legislativas y proveedores de servicios de asistencia técnica y de creación de capacidad sean, al mismo tiempo, financiadores de la colaboración público-privada u operadores de proyectos, se plantearán inevitablemente conflictos de interés. Sería de igual importancia determinar cuáles son las prácticas

deficientes, muchas de las cuales han sido adoptadas repetidamente por los consultores y asesores internacionales de los gobiernos.

66. Se alentó a la CNUDMI a aprovechar la considerable información sobre la colaboración público-privada acumulada por diversas instituciones, consistente en bases de datos sobre contratos, leyes de colaboración público-privada y otras leyes afines en todo el mundo; estudios de actividades de colaboración público-privada y los resultados de la evaluación del marco jurídico de la colaboración público-privada en varios países; y bases de datos sobre expertos, asesores, especialistas y coordinadores locales en materia de colaboración público-privada. También se destacaron las herramientas que permiten localizar los resultados de diversas operaciones de colaboración público-privada, el volumen de las inversiones, los aspectos de energía renovable y datos sobre las actividades de colaboración público-privada desglosados por sector.

67. Si bien también deberían consultarse, en cualquier posible labor de la CNUDMI en esta esfera, otros instrumentos internacionales y regionales que regulan diversos aspectos de la colaboración público-privada, se alentó a la Comisión a que no tratara de lograr la armonización entre todos esos instrumentos en vista de su alcance, orientación y finalidad diversos. La CNUDMI debería adoptar, en cambio, un espíritu crítico al examinar los distintos textos desde la perspectiva de su utilidad para la labor (es decir, si habría algún valor añadido en utilizarlos como base para su labor o simplemente para fines de consulta). Se señaló que la labor de la CNUDMI en esta esfera podría requerir que esos otros instrumentos fueran actualizados o revisados.

68. Se insistió en la importancia de tener presentes los límites de lo que puede alcanzarse en un plazo razonable, teniendo en cuenta la complejidad de los problemas que se pretende abordar. Las opiniones variaban en cuanto al volumen de trabajo requerido. Algunos consideraron que la preparación de una ley modelo o de una guía ampliada no llevaría mucho tiempo, puesto que la mayoría de los problemas ya habían sido tratados en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, en tanto que otros opinaron que todavía quedaba mucho por hacer en cuanto a la actualización de los textos a fin de preparar una ley modelo. Si bien era cierto que el dar mayor claridad a los elementos básicos ya tratados en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no llevaría mucho tiempo, la adición de elementos nuevos y la necesidad de precisar mejor el alcance y la terminología exigirían un trabajo considerable. También se señaló que la preparación de un instrumento simple y breve -que debería ser el objetivo de la labor de la CNUDMI en esta esfera- era considerablemente más difícil que preparar un instrumento voluminoso y complejo. Se hizo hincapié en que la actual Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada debería reestructurarse y volver a redactarse en términos simples si se quería que fuera de utilidad para sus destinatarios.

69. Se subrayó que sería un foro intergubernamental (la Comisión y sus grupos de trabajo) el que se encargaría de elaborar cualquier texto que hubiera de preparar la CNUDMI. Los estudios y proyectos preliminares a cargo de la Secretaría serían esenciales para acelerar la labor del órgano intergubernamental. Sería necesario contar con la participación de expertos en la labor preparatoria de la Secretaría

y asignar tiempo suficiente para esa labor si se quería elaborar estudios y proyectos de calidad adecuada.

70. Se observó también que las deliberaciones deberían ser lo más inclusivas y amplias posible para lograr una representación equilibrada de las opiniones y los intereses diversos y, por tanto, un resultado satisfactorio (sería necesaria, además de la participación de los Estados Miembros y Estados observadores, la de asociaciones profesionales, medios académicos y organizaciones de la sociedad civil). Debía velarse por el mantenimiento de una estrecha cooperación entre la CNUDMI y las instituciones internacionales y regionales que trabajaban en la esfera de la colaboración público-privada. El proceso de preparación de los textos permitiría a los especialistas locales y los expertos internacionales intercambiar ideas, conocimientos y experiencias a fin de llegar a un consenso sobre qué era lo que constituía las mejores prácticas internacionalmente aceptadas en la regulación de la colaboración público-privada.

71. Hubo acuerdo en que cualquier labor ulterior de la CNUDMI en esta esfera y los resultados que derivasen de esa labor serían de importancia para las actividades de asistencia técnica y de creación de capacidad local de la CNUDMI y otras entidades.

III. Conclusiones

72. Hubo acuerdo en que la colaboración público-privada se utilizaba cada vez más en todo el mundo, no solo como medio de movilización de recursos del sector privado para satisfacer necesidades públicas, sino también como medio de prestar mejores servicios al público, aprovechando la creatividad, las fuerzas innovadoras, los conocimientos especializados y la ventajas competitivas del sector privado. Se consideró que la colaboración público-privada constituía un mecanismo esencial para lograr el desarrollo sostenido y sostenible y contribuir a la mitigación de la pobreza, puesto que representaba una actividad conjunta del sector público y el privado, que, para tener éxito, debía tener en cuenta numerosas consideraciones, incluido el efecto directo del proyecto en los usuarios finales, los ciudadanos.

73. También se consideró que la colaboración público-privada sería ventajosa debido a la mayor eficiencia del sector privado, en comparación con el sector público, en el desarrollo y la ejecución de proyectos.

74. Se reconoció que la colaboración público-privada se había convertido en un concepto jurídico y había pasado a ser objeto de legislación en muchos países pero que, en vista de que el marco jurídico para regular esa actividad era inadecuado, la colaboración público-privada había fracasado en muchos casos. Un marco jurídico adecuado no resolvería todos los problemas, pero ofrecería un sistema con arreglo al cual podría emprenderse la colaboración público-privada. Sin embargo, establecer un marco jurídico adecuado no era una tarea fácil en vista de los complejos e intrincados problemas que debían resolverse.

75. Los esfuerzos nacionales encaminados a establecer un marco de este tipo se beneficiarían si se les prestara apoyo internacional en la forma de un modelo fácil de usar, que actualmente no existe. Los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no pueden desempeñar esa

función -pese a reconocerse que su contenido es excelente- debido a su alcance limitado y su volumen y complejidad, que los hacen útiles para los expertos y especialistas internacionales pero no para los encargados de formular políticas, los legisladores o los reguladores a nivel local. Además, la multiplicidad de directrices internacionales sobre la colaboración público-privada, no todas ellas coherentes, hacen aún más difícil la tarea de quienes procuran lograr la reforma jurídica.

76. Hubo acuerdo unánime en que, en vista de la evolución de la regulación de la colaboración público-privada y la experiencia en el uso de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada descritas en el capítulo II.A, la CNUDMI debería evaluar sus instrumentos sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada para determinar cómo asegurarse de que sigan reflejando las mejores prácticas en la regulación de la colaboración público-privada. La opinión preponderante fue que el momento también era oportuno para que la CNUDMI procurase proporcionar a la comunidad internacional una ley modelo sobre la colaboración público-privada, acompañada de una guía detallada para su incorporación al derecho interno.

77. Esta tarea está de acuerdo con el mandato general de la CNUDMI y la función de la Comisión de determinar cuáles son las mejores prácticas en la regulación de una actividad comercial particular y preparar textos jurídicos que las reflejen de manera apropiada.

78. Las consideraciones relativas al tiempo que debería dedicarse al proyecto y al hecho de que no sería posible alcanzar la armonización en todos los aspectos de la colaboración público-privada, afectarán el alcance del proyecto. Si bien es cierto que la labor en esta esfera podría considerarse de carácter urgente y que, por tanto, debería realizarse lo antes posible, la magnitud de la empresa, si ha de ampliarse y precisarse el alcance de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, no puede subestimarse.

79. La futura labor se basará en esos instrumentos de la CNUDMI y en los trabajos ya hechos, en particular porque muchas de las inquietudes sobre la experiencia en la práctica de la regulación y ejecución de la colaboración público-privada expresadas en el coloquio ya han sido encaradas en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Queda por decidir si la orientación que contienen es suficientemente precisa y completa.

80. Debería difundirse la información sobre el contenido de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada para permitir la realización de un análisis crítico de ese tipo. El objetivo debería consistir en el reconocimiento de las lagunas y necesidades de mejora en estos instrumentos, las razones de las lagunas existentes (si se deben a una decisión deliberada, o a novedades o a la experiencia adquirida en la utilización de los instrumentos) y qué mejoras pueden hacerse, cómo y dentro de qué plazos, y qué lagunas subsistirían de todos modos y por qué. Se considera que un análisis exhaustivo de ese tipo es esencial para poder adoptar una decisión bien fundada sobre el alcance de la posible futura labor de la CNUDMI en la materia y el tiempo que podría exigir.

81. Se convino en que, en caso de considerarse que no había todavía consenso para elaborar una ley modelo con un número limitado de opciones para los Estados promulgantes, seguiría siendo de considerable valor para la comunidad internacional

que continuara la labor con los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en su forma actual.

82. La CNUDMI debería considerar la importancia, no solo del resultado alcanzado en última instancia con su labor en esta esfera, sino del proceso mismo que llevaría a ese resultado. No debe subestimarse el valor de la labor sugerida en párrafos anteriores en cuanto a la difusión de información sobre los instrumentos de la CNUDMI como herramientas de asistencia técnica y de creación de capacidad local. Estas actividades contribuirían también al cumplimiento de otro mandato de la CNUDMI: la coordinación de la labor de las organizaciones que desarrollan actividades en la esfera del derecho mercantil internacional y el fomento de la cooperación entre ellas. Es necesaria una estrecha coordinación y cooperación de las distintas instituciones y personas que participan en actividades legislativas, de asistencia técnica y de creación de capacidad en la esfera de la colaboración público-privada para poner fin a la tendencia actual a formular normas contradictorias, proporcionar asesoramiento poco consecuente y repetir los errores de prácticas equivocadas. Si bien será difícil o imposible de lograr la armonización por la CNUDMI de todos los textos existentes que proporcionan orientación sobre la colaboración público-privada, al preparar un patrón en esta esfera la CNUDMI alentaría a la comunidad internacional a empezar a hablar con una sola voz sobre las cuestiones de la colaboración público-privada.

83. A fin de velar por que el texto resultante sea universalmente aplicable en el contexto de las muchas entidades que son partes en la colaboración público-privada, la participación en las deliberaciones de un órgano intergubernamental debería ser lo más inclusiva posible y no deberían escatimarse esfuerzos para lograrlo.

84. Se consideró que sería útil que todo mandato para la labor futura en la esfera de la colaboración público-privada persiguiera los siguientes fines:

a) Formular un texto jurídico sobre la colaboración público-privada, consistente en una ley modelo (o, si eso no fuera posible, disposiciones legales modelo) acompañada de directrices normativas y prácticas;

b) Dejar suficiente margen para la flexibilidad, la innovación y la creatividad, lo cual facilitará la consecución del desarrollo sostenible y de los objetivos socioeconómicos conexos;

c) Extraer y condensar las mejores prácticas de los textos existentes y las actividades de colaboración público-privada, indicando las lagunas de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, revisando los elementos que hayan perdido actualidad e incluyendo cuestiones que anteriormente no se prestaban a la regulación pero que ahora pueden regularse en vista de la maduración del mercado;

d) Abordar las disposiciones básicas aplicables a las formas más comunes de colaboración público-privada y considerar si se necesita una labor ulterior sobre otras formas de colaboración (como la formación de asociaciones y alianzas) o sectores específicos del mercado y si conviene excluir alguna forma de colaboración público-privada del alcance del texto jurídico sobre este tipo de colaboración;

e) Abarcar todo el ciclo vital de las actividades de colaboración público-privada, incluida la planificación y gestión de los proyectos;

f) Determinar si existen obligaciones internacionales importantes que puedan afectar la regulación nacional de la colaboración público-privada (por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción);

g) Analizar la medida en que procedimientos clave para garantizar la transparencia y la competencia, según se declara en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública¹⁰, deberían aplicarse a los procedimientos de la colaboración público-privada, a fin de promover los valores básicos del uso óptimo de los recursos y la eliminación de los abusos; y

h) Lograr el justo equilibrio entre el rigor analítico y el análisis empírico, por un lado, y un enfoque pragmático, por el otro, a fin de lograr la publicación oportuna de un texto de la CNUDMI sobre la colaboración público-privada que sea de utilidad práctica para los legisladores en países con distintos niveles de capacidad y experiencia en la materia.

¹⁰ *Ibid.*, Sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento número 17 (A/66/17), anexo I.
También puede consultarse en
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.