

**Asamblea General**

Distr. general
29 de abril de 2015
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****48º período de sesiones**

Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015

**Labor prevista y posible labor futura en materia de
contratación pública y desarrollo de la infraestructura****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1	2
II. Labor futura propuesta en materia de contratación pública y desarrollo de la infraestructura	2-40	2
A. La suspensión y la inhabilitación en la contratación pública	2-16	2
B. Colaboración entre los sectores público y privado	17-40	7



I. Introducción

1. La presente nota se ha preparado con objeto de posibilitar el examen de la labor en materia de contratación y desarrollo de la infraestructura que se llevará a cabo en el 48º período de sesiones de la Comisión. Trata de dos posibles sectores de la elaboración de textos legislativos: la suspensión y la inhabilitación en la contratación pública y la colaboración entre los sectores público y privado.

II. Posible labor futura en materia de contratación pública y desarrollo de la infraestructura

A. La suspensión y la inhabilitación en la contratación pública

2. El artículo 9, párrafo 2 f), de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011)¹ permite excluir a un proveedor del procedimiento de adjudicación cuando (entre otras cosas) haya sido “objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo”. En la correspondiente Guía para la Incorporación al Derecho Interno² se observa que la exclusión de los procesos de contratación en el futuro puede ser temporal o permanente³ y normalmente se impone a fin de sancionar actos indebidos o de corrupción, o la falta de ética (por ejemplo, presentar estados contables falsos o engañosos o intentar perturbar el proceso de adjudicación ofreciendo algún incentivo o incurriendo en colusión). Se añade que deberá otorgarse a los presuntos infractores el derecho a las debidas garantías procesales⁴ y que en algunos ordenamientos las faltas de carácter comercial (por ejemplo, el hecho de no celebrar un contrato de adquisiciones o de incumplir las obligaciones contractuales) también pueden dar lugar a sanciones contra el proveedor de que se trate⁵.

3. La Ley Modelo no prevé normas procesales relativas a la exclusión de los proveedores y en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno no se trata más a fondo la cuestión de la suspensión y la inhabilitación. No obstante, se hace hincapié en que un requisito fundamental para que el régimen de la contratación pública sea eficaz es contar con mecanismos para vigilar que se cumplan las normas y, de ser necesario, obligar a cumplirlas. Esos mecanismos comprenden la revisión e impugnación de las decisiones de los funcionarios encargados de la contratación, auditorías e investigaciones, así como sanciones y procedimientos de inhabilitación, que pueden aplicarse con arreglo al artículo 21, relativo a la exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido algún

¹ *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17), anexo I.*

² Puede consultarse en www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

³ La suspensión es una medida temporal, por lo general de hasta un año de duración, en tanto que la inhabilitación redundaría en restricciones de tres años como mínimo. Esta última tiene graves consecuencias, ya que incluso puede apartar del mercado a una empresa el tiempo suficiente como para perder competitividad en determinado sector, pero los sistemas varían en cuanto al uso de la terminología. Véase, también, en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno, el comentario que figura bajo el título “Apoyo administrativo”, párr. 69 (pág. 24).

⁴ Guía para la Incorporación al Derecho Interno, comentario relativo al artículo 9, párr. 2 f).

⁵ Guía para la Incorporación al Derecho Interno, comentario relativo al artículo 17, párr. 12.

incentivo o por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún conflicto de intereses, o a raíz de la infracción del código de conducta previsto en el artículo 26 de la Ley Modelo o del incumplimiento de otras obligaciones previstas en sus disposiciones⁶. En la Guía también se observa que “conviene que todo Estado promulgante cuente, en general, con un régimen eficaz de sanciones contra la corrupción de los funcionarios públicos, incluidos los empleados de las entidades adjudicadoras, así como de los proveedores y contratistas, que también rijan el propio proceso de contratación pública, con miras a fomentar la buena gestión del sistema en su totalidad”⁷. Se ha observado que un requisito básico de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es imponer sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas” cuando se cometa un delito de corrupción⁸.

4. Si bien en general se está de acuerdo en la importancia de los procedimientos de suspensión e inhabilitación como elementos de apoyo a la aplicación efectiva de una ley sobre contratación pública y, en particular, para combatir la corrupción⁹, en la práctica existen variaciones considerables entre los diversos regímenes de suspensión e inhabilitación. En realidad, se ha observado que en un país la orientación sobre el tema se encuentra muy fragmentada en múltiples órdenes e instrucciones dictadas por diversas autoridades de supervisión y que hay mucha confusión entre los funcionarios de adquisiciones y los contratistas del gobierno por igual, lo que puede redundar en ineficiencia en la aplicación de las reglamentaciones y en la imposibilidad de obtener los resultados esperados¹⁰.

5. Esa fragmentación se repite en los regímenes nacionales e internacionales en general, como se señaló en un examen mencionado en un coloquio sobre el tema

⁶ Véase también en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno el comentario de la Introducción al Capítulo VIII (Mecanismos de recurso).

⁷ Véase el comentario relativo al artículo 21, párr. 3, en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno.

⁸ En el artículo 30 de la Convención se exige que cada Estado Parte penalice “la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos” y se observa que la suspensión y la inhabilitación son dos de las medidas apropiadas. Véase, además, la publicación titulada “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Guía de Recursos sobre Medidas Estatales para Reforzar la Integridad Empresarial, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013” (núm. de trabajo V. 13-86118) (*The United Nations Convention against Corruption, A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2013*), que figura en http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Resource_Guide_on_State_Measures_for_Strengthening_Corporate_Integrity.pdf.

⁹ Véase, por ejemplo, la declaración formulada en 2014 por el Sr. Jim Yong Kim, Presidente del Banco Mundial (“Los gobiernos de todo el mundo están creando y modernizando los órganos administrativos que pueden atender a las denuncias de irregularidades en la contratación pública o en el uso de fondos de los donantes. Esos órganos son un componente decisivo del movimiento mundial para combatir el fraude y la corrupción.”), que figura en <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/06/25/world-bank-publishes-data-lessons-learned-debarment-cases-2007>.

¹⁰ Verma, Sandeep, *Sending Contractors on a Holiday: Proposed Rules for an Integrated and Seamless Approach in the Ministry of Defence to Debarment and Suspension of Erring Entities* (23 de mayo de 2014), pág.1. Puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2441040> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2441040>.

que se celebró en 2012¹¹. (Los regímenes considerados fueron los de la Unión Europea, el Reino Unido, los Estados Unidos (el sistema federal de adquisiciones) y los bancos multilaterales de desarrollo.) Las variaciones abarcan desde la naturaleza y los objetivos de los procedimientos de suspensión e inhabilitación hasta las sanciones que se aplican. En una reunión reciente del grupo de trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) integrado por profesionales destacados en materia de contratación pública¹², al examinar la aplicación de la recomendación aprobada recientemente por la OCDE sobre el tema¹³, también se observaron diferencias considerables entre los regímenes de la Unión Europea y el Canadá.

6. En lo que respecta a los objetivos de los procedimientos, y si bien todos los regímenes están orientados a disuadir a las personas de cometer infracciones, así como a imponer consecuencias si lo hacen, por lo general puede perseguirse uno de los dos objetivos siguientes: por una parte, puede intentarse proteger al gobierno cliente de los particulares y organizaciones con los que no le convendría hacer negocios, o a los que no convendría confiar fondos públicos, ya sea por su actuación, por su reputación o por ambas cosas; por la otra, el régimen puede concentrarse principalmente en sancionar a los proveedores que cometan dolo.

7. Los regímenes también pueden ser “discrecionales” o “imperativos o punitivos”, lo que mayormente refleja esa diferencia de objetivos. Los que son imperativos exigen imponer sanciones a los proveedores declarados culpables de conductas dolosas, en tanto que los discrecionales no exigen una sanción en particular, sino que facultan al órgano sancionador para que tenga en cuenta el riesgo de incumplimiento que entraña el acto y las consecuencias posibles o probables que tendría para el mercado de la contratación pública la exclusión de un proveedor.

8. Esa cuestión adquiere particular importancia cuando la sanción entraña la exclusión durante un período prolongado (se puso el ejemplo de un lapso mínimo de 10 años), lo que muy probablemente hará que un proveedor que hasta entonces haya tenido una relación comercial importante con el gobierno cese sus negocios. Si la exclusión no es imperativa, pueden darse otras soluciones, entre ellas el “examen de conciencia” del infractor y la rectificación del acto (“*self-cleaning*”) (el hecho de aceptar la culpabilidad y de tomar medidas para actuar debidamente en el futuro). En algunos regímenes se dispone la exclusión imperativa por conductas más graves, pero se concede discrecionalidad para sancionar faltas más leves. Otras consecuencias pueden ser las sanciones civiles y las condenas penales.

9. La carga de la prueba para establecer que hubo dolo abarca desde pruebas “suficientes” o la preponderancia de la prueba, según lo determine el órgano sancionador, hasta el requisito de que haya una condena penal anterior. La carga de la prueba para intentar que se revoquen decisiones de suspensión o inhabilitación mediante recursos de apelación también puede ser relativamente escasa o sumamente gravosa.

¹¹ Coloquio sobre un enfoque integrado en materia de suspensión e inhabilitación (*Colloquium on suspension and debarment: towards an integrative approach?*). Figura en http://globalforumljd.org/events/2012/100912_suspension.htm.

¹² Celebrada en la sede de la OCDE, en Francia, los días 27 y 28 de abril de 2015.

¹³ Recomendación C(2015)2 del Consejo, de 18 de febrero de 2015.

10. Esa variedad de prácticas tiene otras consecuencias, habida cuenta de la importancia cada vez mayor que se otorga a la “inhabilitación cruzada”, es decir, a la posibilidad de excluir a un proveedor suspendido o inhabilitado por un país o sistema de adquisiciones de otros países o sistemas. Esa cuestión ha entrañado grandes esfuerzos de coordinación entre los bancos multilaterales de desarrollo, si bien mucho queda por hacer para que los regímenes nacionales y los “internacionales” actúen de consuno eficazmente. En el coloquio mencionado se observó que una norma en virtud de la cual la inhabilitación decretada por un país o régimen surtiera efecto automáticamente para inhabilitar al proveedor en cuestión en todos ellos sería demasiado rígida y también sería impracticable, aunque se destacó la necesidad de aplicar un criterio uniforme. La financiación de la infraestructura y el desarrollo a escala internacional exige la contratación de proveedores que puedan actuar en muchos países, razón por la cual, tanto a nivel normativo como en la práctica, se viene haciendo cada vez más hincapié en la contratación transfronteriza.

11. En cuanto a las debidas garantías procesales, la UNODC ha observado que la gravedad de la inhabilitación es de tal envergadura, especialmente en el caso de particulares y pequeñas empresas, que es “fundamental establecer normas de conducta claras y garantías procesales a fin de prevenir abusos”¹⁴. Los Estados han señalado su deseo de aplicar normas apropiadas en su ordenamiento jurídico a fin de prestar el debido apoyo a su ley sobre la contratación pública y demás normas pertinentes, así como de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

12. No obstante, es obvio que no existe ninguna norma armonizada que sirva de fuente, por lo que algunos Estados han señalado la necesidad de disponer de un régimen transnacional uniforme. Por ejemplo, en el nuevo marco propuesto para el sistema de adquisiciones del Banco Mundial se considerará la posibilidad de que, en las adquisiciones que este financie, el país prestatario utilice su propio régimen de contratación (en vez de exigir que se use el del Banco) y, entre otras cosas, aplique (según proceda) la lista de empresas inhabilitadas del Banco¹⁵. La convergencia de los sistemas, además de respaldar el cumplimiento uniforme de los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶, también es necesaria para evitar la fragmentación dentro de un mismo régimen, es decir, que se apliquen diferentes normas de conducta y sanciones (cuando las adquisiciones se financian desde el exterior), y entre regímenes que hayan de actuar de consuno. En

¹⁴ Guía de Recursos sobre Medidas Estatales para Reforzar la Integridad Empresarial, pág. 26; véase la nota 8 anterior.

¹⁵ Véase la publicación titulada “Adquisiciones en proyectos de inversión financiados por el Banco Mundial. Fase II: Desarrollo de la propuesta del nuevo marco de adquisiciones”, párr. 44, que figura en https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/procurement-policy-review-consultationsopenconsultationtemplate/materials/code_and_ac_paper_v2_spa_0.pdf.

¹⁶ El Grupo de Examen de la Aplicación (un grupo de trabajo de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) viene examinando, entre otras cosas, propuestas “para determinar los problemas y las buenas prácticas y examinar las necesidades de asistencia técnica para asegurar la aplicación eficaz de la Convención”, propuestas estas que analizará en su sexta sesión, que se celebrará en Viena los días 25 y 26 de junio de 2015. Véase también <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/1-5June2015/V1501969s.pdf>

consecuencia, se sostiene que un texto legislativo que facilite mecanismos y salvaguardias adecuados para aplicar procedimientos de suspensión e inhabilitación serviría de ayuda en ese sentido. En el Capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se han previsto opciones como las que deberían formularse y esas disposiciones están resultando útiles en la práctica.

13. Al respecto, se han tenido en cuenta las declaraciones de la Comisión en lo que concierne al momento apropiado para encomendar un mandato legislativo. La primera duda es si los procedimientos de suspensión e inhabilitación se prestarían a la armonización y la elaboración consensuada de un texto legislativo. Se sostiene que las variaciones existentes, según la información de que se dispone, están relacionadas más estrechamente con la índole del régimen, es decir, si este es mayormente punitivo o si es discrecional, y con las consecuencias conexas, es decir, surgen en el contexto de la aplicación y utilización de las normas procesales. Al parecer no se discuten los principios básicos de las normas, a saber, que deben reflejar los compromisos de la Convención, entre otras cosas, que las sanciones aplicables a los abusos cometidos en el contexto de la contratación pública sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.

14. Por consiguiente, la Comisión puede considerar que se está creando consenso en torno a la elaboración de un texto legislativo, pero que aún quedan por decidir el alcance del futuro texto y las cuestiones normativas que serían objeto de deliberación. Habida cuenta de la importancia que tiene la inhabilitación cruzada para la contratación pública, la Comisión tal vez también opine que un texto legislativo sobre ese tema fortalecería el derecho mercantil internacional en ese sector¹⁷.

15. Sin embargo, la Comisión también hizo hincapié en que no debería emprenderse la elaboración de leyes si con eso se duplicara la labor de otros órganos encargados de la reforma de la ley y que, antes de remitir un tema a un grupo de trabajo, había que realizar una labor preparatoria para determinar esferas de posible duplicación¹⁸. Al respecto, las consultas iniciales indican que la elaboración de una norma de la CNUDMI en ese ámbito no duplicaría las actividades en curso de ningún otro órgano pertinente encargado de la reforma de la ley, sino que, en realidad, las complementaría.

16. Por lo tanto, se recomienda que la Comisión autorice a la Secretaría a estudiar la posibilidad de que se elabore un texto legislativo sobre el tema. Una parte de la labor preparatoria sería sostener consultas con los interesados pertinentes, entre ellos, especialmente, el Banco Mundial y demás bancos multilaterales de desarrollo, la UNODC y los Estados, a efectos de poner a prueba las hipótesis y conclusiones mencionadas anteriormente y de evitar la duplicación de esfuerzos. Las instituciones mencionadas indicaron que acogerían de buen grado y participarían en un proyecto encaminado a formular normas y estándares internacionales en la materia, especialmente en forma de texto legislativo que pudiera aplicarse con flexibilidad.

¹⁷ A/68/17, párrs. 303 y 304.

¹⁸ *Ibid.*

B. Colaboración entre los sectores público y privado

a) Antecedentes y actividades realizadas desde el período de sesiones de 2014 de la Comisión

17. En su 47º período de sesiones la Comisión examinó el informe de un coloquio celebrado en marzo de 2014 en el que se concluyó que los textos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada gozaban de muy buena reputación, pero que se utilizaban muy poco y debían ser actualizados. En consecuencia, en esa oportunidad se recomendó a la Comisión que encomendara un mandato para la elaboración de una ley modelo sobre las alianzas entre los sectores público y privado y la correspondiente guía para su incorporación al derecho interno (y estableciera el alcance de la labor prevista¹⁹). En ese período de sesiones, las opiniones de los Estados miembros sobre las recomendaciones estuvieron divididas: algunos las apoyaron y otros no.

18. Si bien se reconoció que las alianzas público-privadas revestían gran importancia para los Estados miembros (particularmente los países en desarrollo) y la comunidad de donantes²⁰, tras deliberar, la Comisión declinó la propuesta de encomendar el mandato solicitado, aun cuando se reservó la posibilidad de seguir estudiando la cuestión más adelante, si se llegaba a disponer de más recursos para los grupos de trabajo. Los dos factores más importantes que tuvo en cuenta la Comisión fueron a) que, si bien en el Coloquio de 2014 se había delineado el alcance de un proyecto para elaborar un texto legislativo sobre la colaboración entre los sectores público y privado, esa labor sería considerable y prolongada, y b) que cabría utilizar los textos existentes de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada para armonizar y modernizar las leyes de los países en la materia. De todos modos, la Comisión no aceptó las conclusiones del Coloquio, que también había recomendado la preparación de una ley modelo sobre la colaboración entre los sectores público y privado²¹.

19. La Comisión también autorizó a la Secretaría a que emprendiera una labor preparatoria limitada con objeto de a) seguir adelante con los preparativos del texto legislativo pertinente, a nivel interno y recurriendo a consultas officiosas, a fin de que un grupo de trabajo pudiera estudiar el asunto si se le encomendaba el mandato correspondiente, y b) ayudarla a determinar si habría que proceder o no a una labor

¹⁹ A/CN.9/821, párrs. 120 y 121.

²⁰ Se informó a la Comisión de que en el Coloquio “se reafirmaron las posibilidades que ofrecen las alianzas público-privadas de contribuir enormemente al desarrollo económico y social sostenible, y en particular la de colmar una gran laguna en la financiación de infraestructuras señalada por numerosos estudios empíricos y observadores. Se consideró que la necesidad consiguiente era más imperiosa en los países en desarrollo, y que las asociaciones con pequeños agentes privados (como las pequeñas y medianas empresas) en el marco de las alianzas público-privadas (APP) podían contribuir también al desarrollo local y regional. Se reconoció que las experiencias obtenidas con algunas APP deficientes y fallidas subrayaban la necesidad de un modelo legislativo eficaz que pudieran utilizar los Estados para desarrollar las mejores prácticas y normas que permitieran concertar asociaciones eficaces y efectivas entre los sectores público y privado” (A/CN.9/807, párr. 13 g)).

²¹ A/69/17, párr. 255 c).

legislativa en la materia, aspecto que volvería a examinar en su 48º período de sesiones²².

20. En consecuencia, la Secretaría emprendió consultas virtuales y telefónicas limitadas con expertos y representantes de los Estados y de organizaciones donantes y órganos encargados de la reforma jurídica, principalmente el Banco Mundial y los bancos multilaterales de desarrollo, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y la OCDE. En esta parte de la presente nota figuran las conclusiones de esas consultas sobre los dos asuntos mencionados anteriormente, que se presentan conjuntamente para poner de manifiesto la estrecha vinculación que existe entre ellos.

21. Por consiguiente, la Secretaría solicitó a los expertos y demás participantes a) que proporcionaran información de sus países o regiones acerca de actividades que pudieran coadyuvar a la reforma de los textos relativos a los proyectos de infraestructura con financiación privada, y b) que examinaran las disposiciones de esos textos teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el período de sesiones de 2014 de la Comisión.

22. Los participantes facilitaron información importante acerca de las alianzas establecidas entre los sectores público y privado en diversas regiones, en particular en África, la región de Europa y América del Norte y del Sur. De esa información se desprende que hay una mayor convergencia en las cuestiones normativas, pero en algunas regiones existen diferencias principalmente en cuanto a la forma que adopta la colaboración entre los dos sectores, a saber, si principalmente se establecen concesiones (en lugar de alianzas de remuneración pública). Las alianzas que constituyen concesiones son remuneradas, en principio, por conducto de terceros, en tanto que en las otras la remuneración es más segura y proviene, en su mayor parte, del sector público, de manera que el perfil de riesgo comercial varía de unas a otras. No obstante, se convino en que existen muchas similitudes en cuanto a la planificación, la preparación y la contratación de ambas clases de alianzas, si bien los regímenes institucionales, contractuales y jurídicos presentan algunas diferencias en la práctica. En consecuencia, se consideró viable determinar los elementos básicos comunes a ambas, de manera que la revisión del texto legislativo pudiese comprender elementos pertinentes para toda modalidad de colaboración entre los sectores público y privado.

23. De esa manera, también podría prestarse la debida atención a los demás requisitos necesarios para establecer alianzas público-privadas que constituyan concesiones (las cuales difieren más de los sistemas modernos para la contratación pública de grandes proyectos de infraestructura y de las alianzas de remuneración pública). Se estuvo de acuerdo en que ese criterio estaría en consonancia con el aplicado en los textos existentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada y serviría para poner en práctica la noción de “APP básicas” examinada en el Coloquio de 2014²³. Sin embargo, los expertos también señalan que ha aumentado el número de alianzas de remuneración pública (que eran menos comunes que las basadas en concesiones en el período durante el cual se elaboraron los textos sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada), razón por la cual un nuevo texto reflejaría el hecho de que, habida cuenta de las consecuencias

²² *Ibid.*, párr. 260.

²³ A/CN.9/821, párr. 27.

presupuestarias de esas alianzas, habría que hacer más comentarios sobre la selección de los proyectos y las bases de referencia en relación con el uso óptimo de los recursos.

24. Además, quedaba sobreentendido que era necesario simplificar algunas partes de los textos existentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada y que podría darse una formulación legislativa a algunas de las orientaciones a fin de tener en cuenta la evolución del mercado. Si bien podrían (y, a juicio de los expertos, deberían) incluirse las alianzas institucionales, sería más difícil abordar otros criterios innovadores como las alianzas de proyectos, por lo cual no se recomendaba que se incluyeran.

25. Los participantes también examinaron los textos en su totalidad para determinar los que debían unificarse, modificarse, volverse a redactar o suprimirse, y los nuevos textos o disposiciones que se necesitarían. También se tuvieron en cuenta en esa oportunidad las conclusiones de los Coloquios de 2013 y 2014. Se pueden solicitar a la Secretaría los cuadros con las conclusiones relativas a cada una de las partes de la Guía Legislativa y cada una de las recomendaciones legislativas y Disposiciones Legales Modelo²⁴. A continuación se ofrece un breve resumen de las conclusiones.

26. En “Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”: modificar la formulación a fin de recoger criterios modernos sobre los conceptos de interés público fundamental, bases de referencia en relación con el uso óptimo de los recursos, sostenibilidad y otras cuestiones terminológicas y definiciones, y distinguir las alianzas en que la entidad asociada del proyecto se encarga de prestar servicios públicos completos o parciales, de modo que se tenga en cuenta el alcance de las alianzas básicas y la práctica actual.

27. En “Información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”: simplificar el texto y suprimir el examen innecesario, y explicar las diferencias entre las dos clases de alianzas (como se observó anteriormente), actualizar el texto dando ejemplos recientes apropiados y remitirse como corresponde a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

28. En “Otros ámbitos pertinentes del derecho”: únicamente introducir modificaciones menores para simplificar el texto.

29. En “Marco legal e institucional general”: revisar el texto para equilibrar mejor los intereses públicos y privados, respaldar la capacidad de parte de las autoridades públicas, abordar las medidas preparatorias y la selección de proyectos, ampliar el alcance de los mecanismos institucionales necesarios y los aspectos de gobernanza de las instituciones pertinentes (entre ellas, por ejemplo, las autoridades reguladoras de la libre competencia, así como las unidades y comités de alianzas público-privadas, que son muy comunes en los Estados en que existen esas alianzas y, como se observó en el Coloquio, deben estar previstos en un nuevo texto legislativo)²⁵.

30. En “Riesgos de los proyectos y respaldo público”: hacer un examen más articulado de tres aspectos económicos de los proyectos, así como de determinados

²⁴ Actualmente se dispone de ejemplares de los cuadros, que ocupan unas 50 páginas, en inglés únicamente. Estos se harán traducir en una fecha futura, conforme a lo que decida la Comisión.

²⁵ A/CN.9/821, párrs. 35 a 40.

riesgos y de la posibilidad de compartirlos, ampliar el examen sobre los vínculos entre la distribución de riesgos, el establecimiento de garantías, el uso óptimo de los recursos y las ventajas económicas globales del proyecto y formular recomendaciones sobre la transparencia del sector público.

31. En “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”: prever formas contractuales, limitaciones de la libertad contractual y requisitos contractuales mínimos (con una posible ampliación del alcance del acuerdo de proyecto); hacer un examen más a fondo de los arreglos y responsabilidades contractuales y de la renegociación, refinanciación y modificación de los contratos en el curso del proyecto (incluso con respecto a las especificaciones del contrato), y aclarar que el acuerdo de proyecto puede hacerse extensivo a un grupo de documentos²⁶. Por otra parte, deberían aclararse más el alcance de la actividad del concesionario, los diferentes conceptos de propiedad (y de adquisición de la propiedad) del emplazamiento del proyecto, las tarifas o tasas y las garantías para complementarlas y mitigar los riesgos políticos (algunas de las cuales pueden ser negociables y otras pueden ser consideradas garantías legales mínimas). En lo que respecta a la explotación de la infraestructura, se debe impartir más información sobre las normas y las obligaciones de la parte encargada del proyecto, la ejecución de las instrucciones de la autoridad pública y los plazos adecuados para las concesiones. Se recomienda actuar con más transparencia en lo que respecta a hacer públicas las condiciones principales de los documentos del proyecto.

32. En “Duración, prórroga y resolución del contrato de concesión”: prever plazos para los proyectos y cuestiones relacionadas con las inversiones y la materialización de los riesgos, y revisar el texto para lograr una mayor vinculación entre las modificaciones y la resolución.

33. En “Solución de controversias”: dar orientación más práctica, formular recomendaciones más articuladas sobre el empleo del arbitraje y los casos en que la presentación ante una junta de arbitraje puede ser una medida inicial obligatoria, prever el arbitraje de emergencia y ampliar la orientación sobre las ventajas relativas de los foros nacionales o internacionales para la solución de controversias y la necesidad de garantizar la independencia del foro, sobre la elección de la ley aplicable y sobre las controversias entre los accionistas, los prestamistas, los asociados en el consorcio comercial, los organismos reguladores y los explotadores y contratistas y subcontratistas, así como entre la autoridad pública y la entidad asociada del proyecto.

34. En los cuadros se muestra en qué sectores pueden formularse nuevas recomendaciones legislativas o disposiciones y en cuáles se debería actualizar o revisar la orientación existente, y puede apreciarse que, si bien en la práctica la experiencia con las alianzas público-privadas varía, hay un conjunto uniforme de sugerencias que pueden agruparse en una revisión de la Guía Legislativa con

²⁶ Las opiniones diferían en cuanto a la posibilidad de suprimir alguna parte del texto existente por ser innecesaria.

recomendaciones legislativas y disposiciones modelo, unificando y presentando conjuntamente los tres elementos²⁷.

35. Tras llevar a cabo ese examen, los expertos consideran que no se necesita una labor extensa para lograr ese objetivo y que, con la supervisión limitada de la Secretaría, los trabajos podrían llevar alrededor de un año. Se consideró que un proyecto para elaborar una Ley Modelo completa exigiría muchos más recursos y, habida cuenta de la incertidumbre expresada en el Coloquio respecto de la viabilidad del proyecto²⁸, los expertos y los participantes consideran que incorporar disposiciones legales modelo o recomendaciones legislativas en el texto revisado de la Guía Legislativa entrañaría, en esta etapa, tener en cuenta, por una parte, la necesidad de ofrecer un texto de fácil utilización y, por la otra, las actuales limitaciones de recursos. Además, los expertos y los participantes reconocen que la necesidad de disponer de ese texto revisado de la CNUDMI a corto plazo es mayor que la de disponer de una Ley Modelo y una Guía para su Incorporación al Derecho Interno a más largo plazo.

b) Recomendaciones

36. Durante las consultas, varios Estados miembros (tanto países desarrollados como países en desarrollo), miembros de la comunidad de donantes y algunas organizaciones regionales indicaron que acogerían con agrado y utilizarían un texto legislativo moderno relativo a la colaboración entre los sectores público y privado. La Secretaría recibió una declaración oficial de un país en desarrollo en apoyo de la elaboración de legislación en la materia. No obstante, algunos Estados se muestran renuentes a comprometer recursos para la preparación del texto en un grupo de trabajo. Se dieron diversas razones, de las cuales las más importantes fueron: las limitaciones presupuestarias del sector público, la falta de experiencia que posibilite una participación suficiente y las presiones impuestas a los recursos humanos de que disponen los Estados para que se concentren en proyectos nacionales de alianzas público-privadas, en lugar de hacerlo en la elaboración de normas internacionales. Por otra parte, los expertos que actúan en ese ámbito y las organizaciones de donantes están dispuestos a ofrecer servicios voluntarios en apoyo de la labor de la CNUDMI en esa esfera y a hacer una revisión de la Guía Legislativa como la indicada anteriormente.

37. Partiendo del convencimiento de que sería viable elaborar un texto legislativo en esa esfera, la Secretaría analizó la orientación impartida recientemente por la Comisión con respecto a determinar si un proyecto de esa índole reportaría beneficios y, de ser así, la forma que podría adoptar.

38. La Comisión ha hecho hincapié periódicamente en la importancia de preparar los textos legislativos mediante negociaciones oficiales en el marco de un grupo de trabajo, ya que el carácter transparente, multilingüe e inclusivo del proceso de negociación oficial contribuye a la aplicabilidad y aceptación universales de esos

²⁷ Los aspectos de las alianzas relacionados con la contratación no se examinan por separado, ya que existe consenso en el sentido de que ese aspecto se armonizará con las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, como se convino en el Coloquio de 2014 (véase A/CN.9/821, párrs. 90 a 95).

²⁸ A/CN.9/821, párr. 122.

textos²⁹. La Comisión también ha concluido que el equilibrio entre las negociaciones oficiales y la elaboración de textos mediante estudios de la Secretaría, la asistencia de expertos externos y coloquios (“métodos de trabajo officiosos”) debería determinarse a la luz de la índole del tema en cuestión³⁰.

39. Teniendo en cuenta las conclusiones sobre el carácter y alcance de la labor mencionada en el apartado a) anterior, y el probable compromiso de los Estados miembros con respecto a un proyecto de elaboración de un texto legislativo sobre la colaboración entre los sectores público y privado, la Comisión tal vez desee estudiar la manera de encomendar un mandato para que se revisen los textos sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por ejemplo, puede ser conveniente contar con un mecanismo para sostener deliberaciones amplias sobre las cuestiones durante el proceso de elaboración, a fin de promover la participación general y el apoyo de las organizaciones regionales, entre ellas, de ser posible, los bancos multilaterales de desarrollo. El objetivo de ese mecanismo debería ser lograr que se tuviese en cuenta la experiencia de todas las regiones y mitigar las consecuencias de algunas de las otras preocupaciones expresadas anteriormente por la Comisión sobre los métodos de trabajo officiosos.

40. Una manera de establecer un equilibrio apropiado podría ser presentar proyectos de revisión de la Guía Legislativa actual en uno o más coloquios, conforme a lo previsto anteriormente por la Comisión (A/CN.9/807, párrs. 48 y 49). Al respecto, esta tal vez recuerde que puede organizar coloquios utilizando su tiempo de reuniones (lo que comprende servicios de traducción), siempre y cuando todavía disponga de tiempo asignado. Además, cabe prever que todo proyecto de texto que se elabore se someterá al examen y posible aprobación por parte de la Comisión.

²⁹ A/68/17, párr. 300, tomando nota de las cuestiones enunciadas en el documento A/CN.9/774, párrs. 15 a 17.

³⁰ La Comisión también expresó preocupación acerca de algunos aspectos de los métodos officiosos, entre otras cosas, ante la posibilidad de que las deliberaciones fuesen menos transparentes, multilingües e inclusivas y de que estuviesen dominadas por grupos especializados y ciertos intereses (A/68/17, párr. 301). Véase también el documento A/72/16, párr. 43, mencionado en A/CN.9/774, párr. 36; véanse, además, los documentos A/CN.9/752, párrs. 35 y 37 a 40, y A/CN.9/807, párrs. 19 y 33.