



# Asamblea General

Distr. general  
19 de febrero de 2018  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

51<sup>er</sup> período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 13 de julio de 2018

### **Alianzas público-privadas (APP): Propuestas de actualización de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada***

#### **Observaciones del Banco Mundial**

#### **Nota de la Secretaría**

El Banco Mundial presentó a la Secretaría un documento para que fuera examinado en el 51<sup>er</sup> período de sesiones de la Comisión. Dicho documento se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que lo recibió la Secretaría.



El Banco Mundial agradece tener la oportunidad de examinar las propuestas de actualización de la introducción y de los capítulos I, II y III de la *Guía*. Encomiamos a la Secretaría, así como a los expertos que colaboraron con contribuciones, por el proyecto de texto revisado. La versión actualizada de la *Guía* constituirá un aporte importante y oportuno de información esencial para los Gobiernos, los encargados de formular políticas y otras partes interesadas que realizan actividades en el ámbito de las APP. Tras haber examinado las mencionadas propuestas de actualización del texto, el Banco Mundial desea presentar las siguientes observaciones, que se centran en el capítulo III (Adjudicación de contratos).

Capítulo III Adjudicación de contratos	
Párrafo de referencia	Observaciones
15	Podría considerarse también la posibilidad de abordar la cuestión de la transparencia y la publicidad de los contratos que se hayan adjudicado, así como de su ejecución. Existe una tendencia en los países a establecer en la legislación la obligación de publicar esa información y/o de publicar los contratos relativos a proyectos públicos (se podría en algunos casos excluir información confidencial o de propiedad exclusiva).
17	<p>La estructura propuesta según la cual no se selecciona mediante un proceso competitivo al socio privado, pero después se selecciona a un contratista de obras de construcción mediante un procedimiento competitivo no es ideal y no debería considerarse una solución óptima. Si se decide debatir esta cuestión aquí, también deberían discutirse en detalle los problemas que plantea la adopción de ese criterio, de modo que los lectores no supongan que, porque el Banco Mundial quizás lo permita, se trata del criterio óptimo o preferido.</p> <p>Como señaló recientemente el Banco Mundial en relación con el tema de las propuestas no solicitadas (<a href="https://library.pppknowledgelab.org/documents/4580">https://library.pppknowledgelab.org/documents/4580</a>), como contribución a la elaboración de orientaciones, debería analizarse un estudio de caso antes de recomendar ese criterio para determinar si la relación costo-beneficio es positiva o si presenta algún otro tipo de ventaja. El análisis de propuestas no solicitadas mostró que en la práctica se obtenían menos beneficios de lo que se había supuesto originalmente, y que ese enfoque presentaba considerables desventajas si no se gestionaban las propuestas adecuadamente.</p> <p>Hemos encontrado en nuestra experiencia casos en que se recurrió a la subcontratación mediante un procedimiento competitivo y sin embargo ello generó precios elevados de ingeniería, adquisiciones y construcción dado que el concesionario no tenía el incentivo de mantener los precios bajos. Adoptar este criterio también presenta problemas para la sostenibilidad del proyecto en el largo plazo, dado que quienes proponen el proyecto normalmente tendrán socios con quienes trabajan y obligarlos a trabajar con otros quizás no sea sostenible.</p>
23	En las APP, deberían tenerse en cuenta también los costos de todo el ciclo de vida del proyecto. Se recomienda seguir este criterio asimismo en los proyectos de construcción, pero hacerlo es incluso más pertinente cuando los licitantes tienen la libertad de ofrecer una variedad de propuestas técnicas para cumplir con los resultados y la ejecución de algunas de esas propuestas es más onerosa que la de otras.

36	Si bien <i>Development Business</i> es una forma posible de comunicar los procedimientos de preselección, no es la mejor manera de atraer licitantes internacionales. Las partes que consulten <i>Development Business</i> serán en general contratistas de obras de construcción, y no necesariamente los licitantes de concesiones ni los licitantes de APP que la autoridad contratante desea atraer. Las publicaciones especializadas del sector, las conferencias, los sitios web de embajadas y los periódicos internacionales son mucho más eficaces para difundir esa información.
42	<p>En general, la responsabilidad solidaria no constituye un requisito adecuado para las APP ni para los proyectos similares dado que se trata de arreglos de largo plazo y los miembros de un consorcio, en particular el constructor, querrán flexibilidad para dejar de participar en el proyecto una vez transcurrido un período de tiempo razonable. En el caso de un miembro del consorcio, las garantías relativas a la construcción beneficiarán a la sociedad instrumental y/o al empleador durante ese período de tiempo (en general diez años). Una posibilidad es que los miembros del consorcio sean solidariamente responsables hasta tanto constituyan una sociedad instrumental y la doten de capital y esa sociedad instrumental firme el acuerdo de participación público-privada.</p> <p>No es claro por qué la autoridad contratante exigiría la constitución de una sociedad instrumental como alternativa a la responsabilidad solidaria una vez adjudicado el contrato. Los socios en una empresa conjunta probablemente adopten el criterio de constituir una sociedad instrumental dado que se trata de un mecanismo que da un acceso limitado a sus balances (de ahí la dificultad de imponer responsabilidad solidaria a cada miembro), para contar con una estructura de financiación de proyectos, y quizás por razones impositivas y (para los inversionistas extranjeros) para repatriar ganancias en concepto de dividendos. Quizás los Gobiernos vean la ventaja de utilizar una sociedad instrumental para aquellos contratos de largo plazo en que la financiación privada sea considerable a fin de asegurarse que la parte contratante no tiene otras actividades ni deudas de largo plazo (es decir, que tiene una buena situación financiera) y/o asegurarse de que la sociedad contratante se encuentra constituida en la jurisdicción del proyecto (si la sociedad que es el principal miembro del consorcio no está constituida en esa jurisdicción).</p>
53 a 68	En cuanto a la “mejor oferta final”, es necesario velar por que la misma información se comparta con cada uno de los licitantes, para asegurar que las reglas de juego sean uniformes, algo que puede ser difícil de lograr en la práctica, incluso en países que están familiarizados con el proceso de realización de la mejor oferta final. En los países menos adelantados, debe ejercerse especial cautela. En general, el diálogo competitivo puede ser difícil para los países menos adelantados, en los que entablar una negociación directa de las distintas etapas podría percibirse como una conducta incorrecta o como corrupción.
66 en adelante	Debería hacerse referencia en algún lugar a la creación de un centro de datos (virtual o de otro tipo) y a las reuniones previas a las licitaciones. Es probable que sea necesario compartir mucha información con los licitantes.
74 y 95	A fin de limitar en la mayor medida posible las condiciones de negociación una vez seleccionado el licitante preferido, se considera buena práctica incluir, junto con la solicitud de propuestas, un acuerdo de participación público-privada completo que admita muy pocas modificaciones y solo de cláusulas no esenciales.

83	<p>En la evaluación se debería examinar a los financistas, el nivel de diligencia debida aplicado, su grado de compromiso y la distancia y el tiempo que falta que transcurra para el cierre financiero.</p> <p>La transparencia debería permitir mayores niveles de rendición de cuentas pública para que la participación comunitaria sea mejor, y se reduzcan los abusos en los procesos de adquisiciones y de implementación.</p>
100	<p>El proceso por el que se permite a la autoridad contratante obviar procesos competitivos debe ser objeto de examen y aprobación por un órgano de vigilancia, posiblemente una oficina ejecutiva, una oficina de gabinete o un órgano de un nivel similarmente elevado encargado de revisar el proyecto propuesto y justificar la negociación directa, ya se trate de propuestas no solicitadas o no.</p> <p>En relación con el punto d): de permitirse esta posibilidad, el texto pertinente deberá redactarse con cuidado, dado que este supuesto ha sido utilizado como excusa en numerosos proyectos para justificar la existencia de un solo proveedor, cuando en realidad hay muy pocas circunstancias en que es verdaderamente necesario utilizar una tecnología exclusiva.</p>
124	<p>Se ha demostrado que algunos mecanismos, como el método de contratación pública denominado en inglés “<i>Swiss challenge</i>”, no son competitivos. Un informe reciente del Servicio de Asesoramiento para Infraestructura Pública y Privada (PPIAF) y el Banco Mundial muestra que son pocos los casos en que los licitantes, a excepción del promotor del proyecto, hacen propuestas competitivas, dado que existe la percepción de que las reglas de juego no son uniformes y que el proyecto probablemente sea adjudicado a su promotor.</p>
126	<p>Si bien los promotores del proyecto siempre tendrán interés en destacar los aspectos innovadores de un proyecto, rara vez ocurre que un proyecto es verdaderamente innovador, por lo que este criterio debería aplicarse con cautela.</p>