

**Asamblea General**

Distr. general
13 de mayo de 2003
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas
para el Derecho Mercantil Internacional**
36º período de sesiones
Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003*

**Proyecto de suplemento de la Guía Legislativa de la
CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con
Financiación Privada**

Nota de la Secretaría **

**Compilación de observaciones presentadas por gobiernos y
organizaciones internacionales**

Adición

Índice

	<i>Página</i>
II. Compilación de observaciones.....	2
A. Estados.....	2
1. Estados Unidos de América.....	2

* Fechas revisadas.

** La presentación de este suplemento por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se retrasó debido a la recepción tardía de las observaciones iniciales.



II. Compilación de observaciones

A. Estados

1. Estados Unidos de América

[Original: inglés]

1. En los párrafos subsiguientes figuran las observaciones formuladas por el Comité sobre la Financiación de Proyectos de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York en relación con el proyecto de suplemento de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. Este informe ha sido aprobado por la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York.

Observaciones introductorias

2. La finalidad expresa de la Guía Legislativa es “ayudar a la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en la infraestructura pública” (párrafo 4 de la introducción). Hemos destacado expresamente la palabra favorable para hacer hincapié que, como se previó inicialmente, la Guía Legislativa debía recomendar, de manera equilibrada, marcos jurídicos capaces de atraer capitales privados extranjeros hacia los países en desarrollo.

3. En general, el equilibrio buscado se mantiene en el proyecto de suplemento pero, nos parece que, en algunos pasajes, el texto concreto se ha apartado del objetivo de realizar recomendaciones afirmativas para atraer capitales privados extranjeros, y ha pasado a ser una lista de opciones o de medidas que las autoridades públicas del país anfitrión tal vez deseen adoptar, como si se tratase de una cuestión de libre albedrío. En algunos aspectos que se analizarán más abajo, se ha restado firmeza a las recomendaciones que figuran en la Guía Legislativa, que a nuestro entender son susceptibles de atraer capital extranjero, al tiempo que se han agregado algunas otras disposiciones que creemos que no propician dicho objetivo.

4. Las observaciones que formulamos en la Parte I de este memorando se centrarán en las disposiciones del proyecto de suplemento de la Guía Legislativa relativas a la “Construcción y explotación de infraestructuras”, que corresponden a la Parte III del proyecto de suplemento. Esas disposiciones constituyen la parte más importante de la Guía Legislativa, referentes a la financiación. Sin embargo, señalamos que en el preámbulo de la disposición modelo 1, sólo se menciona la atracción de capitales privados extranjeros en el contexto de la transparencia, la equidad, el carácter duradero y la supresión de restricciones contraproducentes para las inversiones privadas extranjeras. Consideramos que cabría mejorar la disposición modelo 1, si el primer “Considerando” se ajustase más a lo dispuesto en la segunda oración del “prefacio” y del párrafo 4 de la introducción de la Guía Legislativa, por lo que recomendamos que se amplíe el texto del primer “considerando” para que su texto final sea el siguiente:

“CONSIDERANDO, que el [Gobierno] [Parlamento] de _____ estima conveniente establecer un marco legislativo favorable a la inversión privada en los proyectos de infraestructura pública, y

CONSIDERANDO, que el [Gobierno] [Parlamento] de_____ estima conveniente promover y facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada que fomenten la transparencia, la equidad y su carácter duradero, al tiempo que supriman las restricciones contraproducentes de la participación del sector privado en la inversión en proyectos de infraestructura, así como en su desarrollo y explotación;”

5. Las observaciones que formulamos en la Parte II de este memorando se refieren a las disposiciones del proyecto de suplemento de la Guía Legislativa relativas a la “Selección del concesionario”, que constituyen la Parte II del proyecto de suplemento.

6. Como respuesta a la pregunta de la Secretaría que figura en su nota al inicio del documento, nos inclinamos por conservar el texto del suplemento como documento separado, porque nos preocupa que el fruto de una combinación de ambos documentos sería un estudio menos coherente y amplio, en lo relativo a los gobiernos anfitriones y a sus asesores, que la Guía Legislativa inicial. Al combinar los dos documentos se podría perder gran parte de la esencia de su contenido. En cualquier caso, la preparación del documento combinado propuesto puede llevar tiempo y habría que prever un período adecuado para su revisión y para la presentación de observaciones.

Observaciones sobre el proyecto de disposiciones legales modelo

Los números de las disposiciones modelo remiten al orden en que figuran en el proyecto de suplemento.

Parte I

7. Disposición modelo 28 (Contenido del contrato de concesión). Cabría mejorar esta disposición agregándole alguna referencia a cada una de las disposiciones modelo que abordan la cuestión del contenido del contrato de concesión. Si no, podrá parecer que algunas disposiciones modelo de importancia están subordinadas a esa disposición.

8. La disposición modelo 34 (Arreglos financieros) omite mencionar algunos pasajes útiles de las recomendaciones legislativas 47 y 48 que, a nuestro juicio, se deberían incluir en la disposición modelo. Las recomendaciones legislativas 46, 47 y 48 establecen que el concesionario podrá cobrar una tarifa o derechos de usuario (46), que la ley deberá prever un mecanismo de revisión periódica y extraordinaria de ajuste de dichas tarifas o de los derechos de usuario (47) y que la autoridad contratante deberá estar facultada para efectuar pagos directos al concesionario, en sustitución o como complemento de las sumas cobradas por sus servicios prestados a los usuarios (48). De estas tres recomendaciones solamente se mantiene la recomendación 46. Pero dado que las recomendaciones 47 y 48 revisten una importancia comercial considerable, deberían reincorporarse al texto.

9. La nota de pie de página 40, relacionada con el párrafo anterior, abre un debate en torno a la manera en que algunos países abordan las cuestiones de los controles de tarifas. Sin embargo, el texto no sugiere ninguna solución óptima para atraer capitales privados extranjeros. Recomendamos que se suprima dicha nota de pie de página.

10. La disposición modelo 35 (Garantías reales), al disponer que se podrán perfectamente prever restricciones en el acuerdo de proyecto, parece diluir, en relación con aspectos importantes, las recomendaciones afirmativas que figuran en la recomendación legislativa 49, incluidas las que giran en torno a la cuestión de si el concesionario debe tener o no derecho a constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto que sean de su propiedad, sobre las acciones de la sociedad participante en el proyecto y sobre los créditos a cobrar, no obstante toda ley que disponga lo contrario (véase la nota de pie de página 41). Este problema se podría resolver con la supresión de la expresión “a reserva de” y de la nota de pie de página 41.

11. Las disposiciones modelo 39 y 40 (Compensación por cambios legislativos concretos, y revisión del acuerdo de concesión) parecen haberse apartado de lo dispuesto por la recomendación legislativa 58, puesto que la disposición modelo 39 restringe las circunstancias en las cuales el concesionario tendrá derecho a compensación por cambios legislativos respecto de las leyes que afecten directamente a la instalación de infraestructura y ya no hace referencia a un cambio en la compensación debido a la evolución de las condiciones económicas o financieras. Nos inclinamos por el modo en que la recomendación 58 trata esta cuestión, pues prevé una mayor flexibilidad en las negociaciones entre las partes.

12. La disposición modelo 42 (Sustitución del concesionario) es de menor utilidad que la recomendación legislativa 50, puesto que en este proyecto la autoridad contratante “podrá”, en vez de “deberá”, acordar con las partes que colaboren en la financiación las normas que regirán la sustitución del concesionario. Esa es una cuestión que reviste importancia para los prestamistas de estos proyectos. Somos partidarios de que se restablezca el texto anterior.

13. La disposición modelo 45 (Rescisión del contrato de concesión por el concesionario) parece restringir los derechos del concesionario a rescindir el contrato por actos u omisiones de la autoridad contratante tales como los actos u omisiones a los que se hace referencia, en general, en los párrafos h) e i) de la disposición modelo 28. En cambio, el párrafo b) de la recomendación legislativa 64, permitía, adecuadamente, la rescisión del contrato por parte del concesionario por órdenes o actos de la autoridad contratante, o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas. Debería restablecerse dicho texto.

14. La disposición modelo 48 (Liquidación y medidas de traspaso), al suprimir la disposición relativa a la compensación, resta fuerza a la recomendación legislativa 66, que establecía criterios para determinar la compensación al concesionario por los bienes cedidos cuando expire el plazo del acuerdo de proyecto o cuando éste se rescinda. A nuestro juicio, cabría mejorar esta disposición modelo si se restableciese aquella disposición.

Parte II

15. La disposición modelo 6 (Finalidad de la preselección y procedimiento) podría mejorarse si en el apartado b) del párrafo 3 se agregasen las palabras “o explotarse” a continuación de la frase “... que deba construirse o renovarse”.

16. Cabría mejorar la disposición modelo 8 (Participación de los consorcios) si no se impidiera teóricamente que un miembro de un grupo de ofertantes, que hubiera perdido la licitación, pasara a formar parte de otro grupo de ofertantes, siempre que dicha participación fuese revelada a todas las partes y que resultara por lo demás aceptable, y con tal de que ningún ofertante participase, al mismo tiempo, en más de un grupo de ofertantes. Por ejemplo, puede darse el caso de que un ofertante se haya comprometido a participar en un determinado grupo, pero al no poder éste obtener la financiación necesaria, el ofertante desee participar en otro grupo de ofertantes. Esta participación podría beneficiar a todas las partes interesadas. Consideramos que esta recomendación se ajusta a la recomendación legislativa 16, dándole un mayor alcance que resulta beneficioso.

17. A nuestro entender, el párrafo 2 a), b) y c) de la disposición modelo 12, (Garantías de las ofertas) ha incrementado en comparación con el párrafo 62 del capítulo III de la Guía Legislativa, los recursos recomendados con que cuenta la autoridad contratante respecto de la pérdida de la garantía de la oferta. El párrafo 62 solamente establece que es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen las condiciones de la garantía de oferta. A nuestro juicio, las disposiciones ampliadas de la disposición modelo en relación con la pérdida de la garantía de oferta no han sido objeto de un correcto análisis. Por ejemplo, ahora existe una disposición que permite la caducidad de la garantía ofrecida por un ofertante si éste no entabla las negociaciones finales (apartado 2 b)) o si no formula una mejor oferta definitiva (apartado 2 c)). Consideramos que es totalmente correcto que el ofertante pierda su garantía si decide retirarse de un acuerdo que ya ha sido aceptado (cuestión abordada por los apartados d) y e)), pero si el ofertante no desea formular una “mejor oferta definitiva”, no debería estar obligado a hacerlo, con el riesgo de perder la garantía de oferta, ni a entablar “negociaciones finales”. A nuestro entender, estas normas carecen de un nivel suficiente de objetividad en el contexto de las negociaciones de estos proyectos, que generalmente son largas y complicadas, y pueden tener efectos contraproducentes en la disposición de los ofertantes a presentar sus propuestas.

18. La disposición modelo 17 (Negociaciones finales), en su última frase, va más allá de lo previsto en la recomendación legislativa 27 (pero en el párrafo 84 de la Guía Legislativa una disposición similar figura) y no es, a nuestro juicio, aconsejable. No alcanzamos a comprender cabalmente el motivo por el cual una autoridad contratante debería abstenerse de reanudar las conversaciones con un ofertante que ya hubiera sido rechazado anteriormente. Puede ocurrir que el ofertante presente propuestas que la autoridad contratante haya considerado (al principio) “impracticables en el mercado”. Pero, por diversos motivos, puede llegar a saberse que la autoridad contratante no puede concluir las negociaciones con otro ofertante, y tal vez desee reentablar conversaciones con ofertantes anteriormente rechazados. Repetimos una vez más que, debido a la naturaleza compleja y al largo tiempo que requieren las negociaciones de estos proyectos, es conveniente, a nuestro juicio, contar con disposiciones más flexibles.

19. La disposición modelo 24 (Confidencialidad de las negociaciones) va más allá de lo previsto en la recomendación legislativa 36, al establecer que todas las “comunicaciones” con los ofertantes serán confidenciales. Este problema se podría resolver de forma adecuada, si al final de la segunda oración se insertaran las palabras “con las excepciones apropiadas”.

20. La disposición modelo 28 (Contenido del contrato de concesión) también debería, a nuestro juicio, tratar: 1) las vías de ejecución disponibles si algún usuario público de la infraestructura no paga los bienes o servicios prestados; 2) la distribución de riesgos por los vicios no declarados de las infraestructuras que deban ser rehabilitadas; y 3) la distribución de riesgos por las condiciones medioambientales no declaradas respecto de las infraestructuras que deban ser explotadas o renovadas por el concesionario. Los profesionales en la materia han señalado la importancia que revisten estas cuestiones.

Conclusión

21. La Guía Legislativa y su suplemento serán de utilidad para las autoridades públicas nacionales y sus asesores para atraer capitales privados extranjeros para los proyectos de infraestructura. Si fuese posible ampliar la labor sobre el tema, estimamos que sería de gran utilidad centrar la atención en los sectores o tipos de infraestructuras para que las recomendaciones abordaran el fondo de las cuestiones y no fueran de carácter tan procesal y formalista.
