



Asamblea General

Distr. limitada
11 de junio de 2012
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

45º período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 6 de julio de 2012

Contratación pública y desarrollo de la infraestructura: posible labor futura *

Nota de la Secretaría

I. Labor futura

A. Introducción

1. En los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo I realizados entre 2010 y 2012 se intercambiaron opiniones preliminares sobre posibles temas de una labor futura en relación con la contratación pública, que podrían presentarse oportunamente al examen de la Comisión. En el informe sobre la labor del 21º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/745, párrafos 38 a 41) se señalaron las siguientes cuestiones como posibles temas pertinentes:

a) Abordar aspectos de la contratación pública no mencionados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (aprobada por la Comisión en su 44º período de sesiones celebrado en 2011)¹ como por ejemplo la fase de administración del contrato, la suspensión e inhabilitación, normas sobre cumplimiento por parte de las empresas y cuestiones de sostenibilidad y ecológicas. En un período anterior de sesiones, el Grupo de Trabajo había declarado que la

* Este documento se ha presentado menos de diez semanas antes de la apertura del período de sesiones debido a que fue necesario realizar consultas officiosas sobre la labor de otros órganos en cuestiones conexas antes de finalizarlo.

¹ Se puede consultar en: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.



planificación de la contratación pública también era una faceta pertinente, que en la actualidad no estaba tratada en la Ley Modelo²;

b) Armonizar las disposiciones que rigen los aspectos relacionados con la contratación pública de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, de 2000 y las disposiciones legales modelo, de 2003, con las disposiciones de la Ley Modelo;

c) Consolidar la Guía Legislativa y las disposiciones legales modelo (que en conjunto constituyen los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada);

d) Determinar otros temas que deberían tratarse en un texto moderno de proyectos de infraestructura con financiación privada (como por ejemplo la supervisión, y la promoción de medidas de solución de controversias en el ámbito interno en lugar de recurrir a los órganos internacionales de solución de controversias); y

e) Ampliar el alcance de los actuales instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en cualquier texto futuro para abarcar formas de la financiación privada del desarrollo de infraestructura y transacciones conexas no comprendidas en la actualidad, como por ejemplo una colaboración del sector público con el sector privado que no incluyera el desarrollo de infraestructura, concesiones sobre los recursos naturales y la prestación por el sector privado de servicios que anteriormente prestaba el gobierno.

2. La presente Nota se ocupa sucesivamente de cada uno de estos posibles temas.

B. Información de antecedentes sobre los temas propuestos para una posible labor futura

1. Aspectos no contemplados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

a) Gestión y administración de contratos

3. Como observó el Grupo de Trabajo, hay tres fases principales del ciclo de la contratación pública: 1) la planificación y la preparación del presupuesto antes de comenzar un procedimiento de adquisición, 2) la selección de los proveedores y 3) la gestión y administración del contrato³. Este es un criterio adoptado por otros organismos en la reforma de la contratación pública y por comentaristas, y está reflejado en los Principios anexados a la recomendación formulada por la OCDE sobre el fomento de la integridad en la contratación pública, donde el ciclo de la contratación pública comprende desde la evaluación de las necesidades hasta

² Véase el párr. 138 del documento A/CN.9/718. Los documentos de trabajo e informes de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo I se pueden consultar en: www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/1/Procurement.html.

³ Véase el párr. 31 del documento A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2 que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 13º período de sesiones. Esta fase del ciclo de la contratación pública incluye la gestión, la ejecución y la administración del contrato. De realizarse una labor futura sobre este tema, podría incluirse un examen de la terminología. Esta Nota utilizará el término “gestión del contrato” ya que es el que tiene mayor amplitud.

“la gestión del contrato y el pago final”⁴. El párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, dispone que un sistema de contratación pública deberá garantizar el debido control interno y la gestión de riesgos, requisito que evidentemente no queda limitado a la fase 2⁵.

4. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió que el ámbito de la Ley Modelo no se ampliaría a la fase 3 y solo trataría algunos aspectos de la fase 1. (A este respecto el alcance de la Ley Modelo se asemeja al de muchas legislaciones nacionales y a otras legislaciones internacionales sobre contratación pública). En especial, el Grupo de Trabajo observó que sería más apropiado tratar este tema en las normas presupuestarias (planificación de la contratación pública) y en las normas contractuales (gestión del contrato) que en la legislación sobre contratación pública⁶. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que las tres fases eran parte integrante del ciclo⁷, y que la Guía para su incorporación al derecho interno debería considerarlas en detalle⁸.

5. Los principales objetivos de la fase de gestión del contrato son garantizar el cumplimiento de lo concertado, vale decir que los bienes, la construcción o los servicios objeto del contrato se provean en la cantidad y la calidad estipuladas, al precio y en el plazo convenidos y sin abusos. Estos objetivos persiguen una buena relación calidad precio y evitar abusos en el propio proceso de contratación pública. Hace poco Transparencia Internacional y otros expresaron que esta fase del ciclo de la contratación pública, así como su planificación, están cada vez más expuestos a la corrupción⁹, quizá debido a las reformas para regular la fase de la selección. Entre los abusos que se han observado en la práctica están el robo de activos antes de su utilización, una supervisión deficiente, debida en algunos casos a la complicidad entre el contratista y el funcionario supervisor, falsificación de la contabilidad, mala asignación de gastos, etc.¹⁰.

6. Los requisitos necesarios para garantizar el cumplimiento del contrato varían según la complejidad del caso: desde una simple contratación pública en la que solo se recibe el bien y se realiza el pago, hasta casos complejos con un minucioso

-
- ⁴ *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, de la OCDE, *Definitions*, página 126, disponible en: www.oecd.org/document/25/0,3746,en_2649_34135_42768665_1_1_1_1,00.html.
- ⁵ El párrafo 2 del artículo 9 dice lo siguiente: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Estas medidas abarcarán, entre otras cosas: ... d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno ...”. El texto se puede consultar en: www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/.
- ⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 13 del documento A/CN.9/590 y los párrafos 80 a 82 del documento A/CN.9/595, tomando en consideración los párrafos 36 a 48 del documento A/CN.9/WG.I/WP.42.
- ⁷ *Ibid.*
- ⁸ Véase el párrafo 13 del documento A/CN.9/590.
- ⁹ *Transparency International Handbook, “Curbing Corruption in Public Procurement”*, 2007, disponible en: www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook.
- ¹⁰ “*Principles for Integrity in Public Procurement*”, de la OCDE, *supra*, en la pág. 69, y “*A Guide to best practices for contract administration*”, de la Oficina de Política Federal de Contratación, 1994, que se pueden consultar en: www.gsa.gov/graphics/fas/BestPracticesContractAdministration.pdf.

programa en el que intervienen ingenieros, agrimensores, gerentes de proyectos, auditores y demás.

7. El proyecto de guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno se refiere a la gestión de los contratos de la siguiente manera: “[s]i la fase de gestión del contrato se lleva a cabo de forma deficiente, puede minarse la integridad del proceso de contratación y ponerse en peligro los objetivos de la Ley Modelo, concretamente el trato equitativo, la competencia y la ausencia de corrupción, por ejemplo, si a raíz de las modificaciones del contrato aumenta notablemente el precio final, si se acepta un nivel de calidad por debajo de lo normal, si los pagos tardíos se convierten en práctica habitual, y si la ejecución del contrato se ve interrumpida por controversias. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000) [...] figuran sugerencias detalladas para la administración de contratos en contrataciones complejas que tengan un componente de financiación privada; muchos de los argumentos expuestos en ese instrumento son igualmente aplicables a la gestión de todo tipo de contratos, en particular cuando el contrato se refiera a un proyecto complejo.”¹¹

8. Entre las soluciones aconsejadas tanto en la Guía Legislativa como en otros textos para disminuir los riesgos en la ejecución del contrato están la inclusión de las debidas disposiciones en las condiciones del acuerdo del proyecto (que debería mencionar la propiedad de los activos, acuerdos financieros, garantías reales, asignaciones, estudio y aprobación de planes, cambios en las condiciones del proyecto, facultades de supervisión de la entidad estatal, explotación de la infraestructura y arreglos contractuales generales, como por ejemplo subcontratación, responsabilidades y garantías, cambios en las condiciones, incumplimientos y recursos). La Guía Legislativa también trata de la duración, prórroga y rescisión del acuerdo del proyecto, y de la prevención y el arreglo de controversias. Además se recomienda emplear mecanismos de gestión de proyectos, como por ejemplo cronogramas de ejecución del trabajo, identificación del responsable de cada tarea (como suministro e inspección), dejar en claro la autoridad de cada funcionario público y la estructura jerárquica, así como procedimientos de pago, comunicaciones y sistemas de contabilidad bien definidos¹².

9. Si la Comisión decide que convendría trabajar en este tema, también podría considerar si la regulación debería tener en cuenta el marco jurídico de la gestión del contrato tal como figura en el contrato de adquisición (cuyas condiciones no están reguladas por la Ley Modelo); en tal caso podría ser difícil abordar el tema de la gestión del contrato sin abordar sus condiciones. Muchas entidades de contratación pública estipulan las condiciones contractuales generales de las

¹¹ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, Parte I, Observaciones generales, “Aplicación de los principios de la Ley Modelo en todas las etapas del ciclo de contratación: planificación de la contratación y gestión de los contratos”, párr. 27 del documento A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.1.

¹² Véase, por ejemplo, la OCDE, *supra*, en las págs. 70 a 73, la Oficina de Política Federal de Contratación, *supra*, “*Best Practices in Contract Management*”, Dr. Rene G. Rendon (disponible en: www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf, que cita a Gregg A. Garrett, Rene G. Rendon, “*Contract Management: Organizational Assessment Tools*”, National Contract Management Association, 2005).

adquisiciones corrientes, entre ellas las Naciones Unidas¹³ y el Banco Mundial¹⁴, mientras que en el caso de los contratos con especialistas que se pueden adaptar a requisitos especiales son determinadas instituciones quienes los proporcionan, como por ejemplo la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), que ha preparado un conjunto de contratos de construcción¹⁵.

10. Según otra opinión, el ciclo de contratación pública debería considerarse concluido solo “al terminar la vida útil de un bien o al finalizar el contrato de servicios”¹⁶. Este es el criterio que se aplica en algunos países, que incluyen la disposición de activos públicos en sus normas sobre contratación pública¹⁷. Por lo tanto, la Comisión también podría considerar la conveniencia de estudiar las cuestiones relativas a la disposición de activos de propiedad pública (la cuestión de la venta de recursos naturales también se trata más adelante, en el marco del alcance de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada).

b) Planificación de adquisiciones

11. Teniendo en cuenta la importancia de esta fase del ciclo, el Grupo de Trabajo consideró que quizá sería más factible que en la Ley Modelo o la Guía se tratara el tema de la planificación de las adquisiciones en vez de tratar de la gestión del contrato¹⁸. A este respecto recordó que la Ley Modelo trata algunos aspectos de la planificación de las adquisiciones, como por ejemplo la definición de los términos y las condiciones de contratación (entre ellas la declaración de las necesidades y las especificaciones estipuladas en el artículo 10), quiénes pueden participar (artículos 8 y 9), cómo se decidirá el ganador (artículo 11) y la elección del método y de los anuncios de la contratación (Sección II). También promueve la publicación de información sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables (artículo 6, por ejemplo en forma de planes de contratación). La Guía también dispone que “[e]n general, esta práctica [de publicación por adelantado] redundaría en una mejor administración de la contratación, una mejor gestión y una mayor transparencia. Concretamente, con ello se promueve la planificación de la contratación y una mayor disciplina en los procedimientos y se pueden reducir los casos en que, por ejemplo, se recurra sin justificación a métodos concebidos para contrataciones urgentes (si la urgencia es fruto de la falta de planificación) y se dividan los contratos para evitar la aplicación de reglas más estrictas. Esta práctica también puede beneficiar a los proveedores y contratistas al permitirles determinar

¹³ Véase www.un.org/Depts/ptd/conditions.htm.

¹⁴ Con respecto a la adquisición de bienes como ejemplo de tales condiciones, véase: <http://go.worldbank.org/SOTGACP3U0>.

¹⁵ Véase: www.fidic.org/.

¹⁶ “*Review of Civil Procurement in Central Government*”, Peter Gershon, 1999, reproducido en “*Getting value for money from procurement*”, National Audit Office, Reino Unido, disponible en: www.nao.org.uk/Guidance/vfmprocurementguide.pdf.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, la Public Procurement and Disposal Act 2005, de Kenya, la Public Procurement and Disposal of Public Assets Act, 2003, de Uganda, y la Public Procurement Act, 2007, de Nigeria.

¹⁸ Véanse los párrs. 80 a 82 del documento A/CN.9/595.

las necesidades, planificar la asignación de los recursos necesarios y adoptar otras medidas preparatorias para participar en próximas contrataciones.¹⁹”

12. La evaluación de las necesidades y la planificación y preparación del presupuesto en el sentido más amplio no están tratados en la Ley Modelo ni en la Guía. Con respecto a la evaluación de las necesidades, la OCDE afirma que para evitar asimetrías de la información entre el sector privado y la entidad adjudicadora, que pueden favorecer la corrupción, es necesario una investigación de mercado y, quizá, una interacción con el mercado; continúa afirmando que la misma necesidad debería evaluarse en relación con puntos de referencia y objetivos definidos, y que las medidas de transparencia deberían formar parte de este proceso. Por lo que respecta a la planificación y el presupuesto, la OCDE recomienda evaluar la adquisición en relación con las prioridades estratégicas de la organización en cuestión, fijar plazos y estimaciones presupuestarias realistas, preparar un estudio de viabilidad, garantizar la debida división en la adopción de decisiones en el proceso, y prepararse para cumplir con los requisitos de transparencia del propio procedimiento de adjudicación²⁰. Estos puntos se reflejan en la Guía Legislativa²¹.

c) Suspensión e inhabilitación

13. La suspensión e inhabilitación (vale decir la inclusión en una “lista negra”) de proveedores o contratistas son sanciones que puede aplicar la entidad adjudicadora. Según una interpretación, el objetivo de estas sanciones es asegurar que el gobierno solo trate con posibles proveedores o contratistas que cumplen con sus obligaciones legales y contractuales, excluyendo a aquellos que en casos anteriores hayan incumplido esas obligaciones; según otras interpretaciones, el sistema de inhabilitaciones es parte de las sanciones necesarias para respaldar el procedimiento de adjudicación. La inhabilitación impide al proveedor o contratista presentarse a los contratos públicos por un plazo determinado cuando se haya probado deshonestidad u otra conducta ilícita; la suspensión suele significar una exclusión provisional, por ejemplo mientras se investiga una alegación de deshonestidad.

14. La Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que las entidades de contratación pública u órganos similares deben considerar las políticas y procedimientos de inhabilitación²² como una faceta del cumplimiento de las disposiciones de su artículo 9 sobre contratación pública y gestión de la hacienda pública.

15. El artículo 21 de la Ley Modelo se refiere a la exclusión de un proveedor o contratista del procedimiento de contratación por haber ofrecido o intentado ofrecer algún incentivo, por gozar de alguna ventaja competitiva desleal o adolecer de algún

¹⁹ Véase el párr. 26 de la Parte I, Observaciones generales, “Aplicación de los principios de la Ley Modelo en todas las etapas del ciclo de contratación: planificación de la contratación y gestión de los contratos” del proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno.

²⁰ “*Principles for Integrity in Public Procurement*”, de la OCDE, *supra*, págs. 55 a 57.

²¹ Véase, por ejemplo, la parte A.4, Preparativos de los procedimientos de selección, Capítulo II, Selección del concesionario, de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

²² Véase en la pág. 79, II.7, Prevención de la utilización indebida de los procedimientos que regulan las entidades privadas; el texto de la Guía se puede consultar en: www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf.

conflicto de intereses; contiene una lista exhaustiva de motivos para excluir obligatoriamente del procedimiento de contratación a un proveedor o contratista, más por motivos de abuso que por información sobre sus calificaciones o por el contenido en sí de la presentación. No menciona la exclusión de un proveedor o contratista de futuros contratos, vale decir la inhabilitación, a diferencia de muchos otros sistemas, incluidos los de los bancos multilaterales de desarrollo.

16. A nivel regional e internacional, existen ejemplos de sistemas de inhabilitación. El sistema del Banco Mundial se basa en un proceso administrativo realizado por su Comité de Sanciones. Los bancos multilaterales de desarrollo también han concertado un acuerdo, el Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions (en vigor desde julio de 2011)²³. El artículo 45 de la Directiva 2004 de la Unión Europea sobre contratos públicos y el artículo 39 de la Directiva 2009 de la Unión Europea sobre contratación pública en los ámbitos de defensa y seguridad son la base para la inhabilitación o exclusión obligatoria de los contratos públicos de empresas condenadas por corrupción, fraude, blanqueo de capitales o participación en organizaciones delictivas.

17. Los ordenamientos jurídicos nacionales de todas las regiones regulan la inhabilitación, aunque no todos lo hacen con una legislación de fondo sobre contratación pública. Como ejemplos de la regulación de la inhabilitación en cada una de las regiones, véanse: Argentina (artículo 28 del decreto núm. 1023/01); Estados Unidos (Federal Acquisition Regulation Subpart 9.4—Debarment, Suspension, and Ineligibility); República Checa (decreto del Gobierno de la República Checa de fecha 25 de octubre de 2006 núm. 1199), Nigeria (artículo 6 1) e) de la Ley de Contratación Pública 2007); y Singapur, donde la facultad de aplicar la inhabilitación surge de la ley de prevención de la corrupción y es ejercida por el Comité Permanente de Inhabilitación²⁴.

18. De considerar la Comisión que la CNUDMI debería ocuparse del tema de la inhabilitación y cuestiones conexas, tal vez desee dar una orientación sobre el posible alcance de esa labor, como por ejemplo tratar cuestiones relacionadas con los requisitos del proceso debidos, asegurar la regularidad en la aplicación, garantizar proporcionalidad y equidad, considerar la inhabilitación obligatoria y la discrecional, si la facultad de aplicar la inhabilitación debería estar centralizada, la transparencia, los plazos (y la forma de solicitar la rehabilitación)²⁵, y la propia rectificación de la causa de la inhabilitación²⁶.

²³ Para más detalles, véase: <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>.

²⁴ Véanse la *Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific: Anti-corruption policies in Asia and the Pacific: Thematic review on provisions and practices to curb corruption in public procurement, Self-assessment report Singapore*, del Banco Asiático de Desarrollo y la OCDE, que se pueden consultar en: www.oecd.org/dataoecd/53/54/35054589.pdf.

²⁵ Véase, por ejemplo, “*Recommendations for the Development and Implementation of an effective Debarment System in the EU*”, 2006, de Transparencia Internacional, disponible en: www.eib.org/attachments/strategies/TI_EU_debarment_recommendations.pdf.

²⁶ Un procedimiento que permite la participación de un proveedor que, de otra forma, hubiera quedado excluido de la contratación por la existencia de condenas por peculado o algunos otros delitos, con la justificación de que ha adoptado medidas para remediar las consecuencias de sus actos.

d) Normas sobre cumplimiento de las empresas

19. La Ley Modelo regula los actos del gobierno y de la entidad adjudicadora, pero no los de los proveedores o contratistas, aparte de prever sanciones para los actos concretamente prohibidos en su artículo 21. Se sugirió al Grupo de Trabajo, basándose en nuevos criterios que se están estudiando en un país, que también deberían establecerse normas aplicables al proveedor o al contratista. Esto tendría por objeto hacer conocer al proveedor que puede ser procesado por fraude o corrupción en la contratación, y alentarle a aplicar medidas preventivas bien definidas (que reflejen las obligaciones de la entidad adjudicadora y la amplitud del artículo 21 de la Ley Modelo citado *supra*). Si bien el Grupo de Trabajo no consideró conveniente ampliar el alcance de la Ley Modelo de esta forma, la Comisión tal vez desee estudiar esta cuestión, posiblemente en el marco de la inhibición y de la propia rectificación (véase *supra*) para garantizar el cumplimiento de las normas por parte de la empresa subcontratista.

e) Cuestiones de sostenibilidad y ecológicas

20. Se ha señalado que “la cuestión de las contrataciones sostenibles es un tema de los programas nacionales e internacionales. Esto figuraba en la recomendación de la Cumbre para la Tierra celebrada en Johannesburgo, según la cual ‘las autoridades competentes de todos los niveles deberían promover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente’”²⁷. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, por ejemplo, se asocia a diversas organizaciones, tales como el Banco Mundial, el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, la Liga de los Estados Árabes y el Consejo Internacional para las Iniciativas Medio-Ambientales, así como a gobiernos nacionales, para promover la contratación pública sostenible²⁸.

21. El Grupo de Trabajo no aceptó la sugerencia de incluir “la contratación pública sostenible” como objetivo de la Ley Modelo²⁹. Sí señaló, sin embargo, que posiblemente fuera conveniente tratarlo en el futuro dada la creciente atención que se prestaba a este tema³⁰.

22. El proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno trata el tema de la siguiente manera: “[I]a Comisión ha constatado que no existe una definición establecida del concepto de contratación sostenible, pero que se considera en general que incluye un enfoque de la política de contratación en el largo plazo, el cual se traduce en la consideración de todos los efectos de la contratación en la sociedad y la situación ecológica del Estado promulgante (por ejemplo procurando el cálculo de los costes a lo largo del ciclo de vida útil, de los costes de eliminación y de los efectos ambientales). En este aspecto, cabe considerar que la sostenibilidad en la contratación es en gran medida la aplicación de la práctica óptima contemplada en la Ley Modelo. Por esta razón, la sostenibilidad no se enumera por

²⁷ Cita de “*Sustainable procurement – making it happen*”, Gobierno del Reino Unido, disponible en: www.idea.gov.uk/idk/aio/69979.

²⁸ Para más detalles, véase www.unep.fr/scp/procurement/.

²⁹ La sugerencia se presentó en consultas celebradas entre períodos de sesiones – véase el párr. 32 a) del documento A/CN.9/WG.I/WP.71.

³⁰ Párr. 142 del documento A/CN.9/713.

separado como objetivo en el Preámbulo, sino que se considera un elemento de los procesos previstos en la Ley Modelo. El término contratación sostenible puede también emplearse como expresión general que denota la voluntad de promover políticas sociales, económicas y ecológicas por medio de la contratación, por ejemplo, en lo relativo a factores “sociales”: condiciones de empleo, inclusión social, no discriminación; factores “éticos”: derechos humanos, trabajo infantil, trabajo forzoso, o de promover la contratación ecológica o verde. La flexibilidad de la Ley Modelo para facilitar así la ejecución de políticas socioeconómicas es tema que se trata detalladamente en [el comentario a los artículos 8 a 11]”³¹.

23. Tal vez la Comisión desee considerar si sería necesario ampliar la labor legislativa en esta esfera, o si la Ley Modelo ya contiene los mecanismos necesarios, complementados por los mencionados comentarios en la Guía para la incorporación al derecho interno; en este último caso podría adoptar medidas para acercar los criterios de la Ley Modelo a los organismos que actúan en esta esfera.

2. Armonizar las disposiciones relacionadas con la contratación contenidas en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada y los métodos pertinentes de contratación que figuran en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública

24. El Grupo de Trabajo ha tomado nota de la importancia de que concuerden la Ley Modelo y los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada³². En la Guía Legislativa se indica que la forma de elegir al concesionario se basa en “las características del principal método de contratación pública de servicios” que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios³³. La Ley Modelo (2011) ya no contiene ese método de contratación, sino un método aplicable cuando el objeto del contrato adjudicable es complejo, denominado “Solicitud de propuestas con diálogo” (artículo 49), que incluye algunas de las características de la elección del concesionario en virtud de las recomendaciones y comentarios contenidos en la Guía Legislativa, incluido el proceso de preselección. Características comunes de este proceso de selección y del artículo 49 de la Ley Modelo incluyen una publicación inicial abierta, un proceso de preselección, el contenido prescrito para las invitaciones a participar, las normas técnicas mínimas y criterios de evaluación previamente indicados. De todas formas, las disposiciones del artículo 49 y las Recomendaciones no son idénticas; las primeras son más detalladas e imponen requisitos adicionales (por ejemplo, con respecto a los criterios de evaluación). La Comisión tal vez desee actualizar la Guía Legislativa en lo que respecta a la selección del concesionario para que concuerde con las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo.

³¹ Véanse los párrs. 34 a 44 de las Observaciones Generales del Proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno, *supra*.

³² Párr. 142 del documento A/CN.9/713.

³³ Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

3. Disposiciones adicionales para un texto moderno de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

a) Supervisión

25. La combinación de un procedimiento obligatorio y el requisito de llevar un expediente de cada proceso de adjudicación (en virtud del artículo 25 de la Ley Modelo) tiene por objeto facilitar la supervisión del proceso de contratación. La recomendación 38 de la Guía Legislativa establece que debería llevarse un expediente equivalente del procedimiento de selección. La Guía Legislativa también se refiere a la supervisión reglamentaria del procedimiento de selección, la aprobación del contrato, la supervisión de las obligaciones y del cumplimiento de las condiciones del contrato, las condiciones de la licencia, etc., sanciones y la solución de controversias³⁴. Con respecto a la explotación de la infraestructura, la Guía Legislativa establece que la autoridad contratante o un organismo regulador independiente pueden ejercer la correspondiente función de vigilancia, especialmente cuando se hayan contemplado normas legales para la prestación de los servicios públicos y sus posibles cambios (que pueden afectar la viabilidad del proyecto).

26. Según la Guía Legislativa, “el examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de obras de infraestructura excedería [su ámbito]”³⁵. Ante la posibilidad de que sobrevengan cambios regulatorios y de que se utilicen determinados mecanismos contractuales, como por ejemplo las cláusulas de estabilización con las que se suele hacer frente a ellos (y que han recibido muchos comentarios negativos)³⁶, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de estudiar en más detalle las cuestiones relacionadas con la supervisión.

b) Promover medidas nacionales de solución de controversias

27. En el congreso que la CNUDMI celebró en 2007, sobre el tema “Derecho moderno para un comercio globalizado” se la instó a que determinara: a) los elementos necesarios para un régimen nacional sólido de prevención y solución de controversias entre la entidad reguladora y la ejecutora en el marco de la concesión; y b) las prácticas óptimas pertinentes. Se dijo que el objetivo de trabajar sobre este tema era reaccionar ante la incapacidad observada en los países de solucionar debidamente las controversias derivadas de la regulación de sectores de la economía cada vez más privatizados, que anteriormente se consideraban dominio exclusivo del Estado, y la consiguiente falta de incentivos para la inversión privada en esos sectores. Si bien el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

³⁴ Véanse los párrs. 30 a 53 del capítulo I, Marco legal e institucional general.

³⁵ Véase el párr. 80 de la Sección I, Explotación de la infraestructura, del capítulo IV, Construcción y explotación de infraestructuras.

³⁶ Véase, por ejemplo, “*Stabilization Clauses and Human Rights: A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*”, 2008, que se puede consultar en: [www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) y “*Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts*”, de R. Howse, 2011, disponible en: www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/.

Inversiones (CIADI) podría intervenir en algunos de estos casos, se consideró que era importante promover la participación local en el Estado en cuestión.

28. Se sugirió que la CNUDMI elaborara un sistema nacional de prevención y arreglo de controversias, tomando como base las disposiciones sobre solución de controversias del capítulo VI de la Guía Legislativa y buscando un foro adecuado. Un texto futuro en esta esfera podría incluir disposiciones sobre acuerdos y normas para un intercambio constante de información entre la entidad reguladora y la explotadora; sistemas de alerta temprana cuando surge un problema, posiblemente un marco permanente (similar a la junta de revisión de contratos u otro mecanismo permanente para solicitar una pericia independiente) que permita afrontar los problemas desde un comienzo, garantizando la aplicación rigurosa de las disposiciones por parte de la entidad reguladora y el cumplimiento de buena fe por parte de la entidad explotadora. Además de estas disposiciones, se recomendó que el mecanismo de solución de controversias (que incluiría la selección de los integrantes del órgano competente y garantizaría la idoneidad) y la correspondiente administración fueran, y mostraran ser, independientes de la política en general y de las políticas a corto plazo del gobierno en particular³⁷.

4. Consolidar los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

29. En 2001, la Comisión solicitó a la Secretaría que fusionara a su debido tiempo el texto de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en una sola publicación y que, al hacerlo, conservara las recomendaciones legislativas de la Guía Legislativa para que sirvieran de base a las disposiciones legales modelo que en ese momento se estaban elaborando³⁸. De decidir la Comisión emprender este ejercicio de fusión, puede que también decida asegurarse de que todos los temas tratados en la Guía Legislativa queden reflejados en sus recomendaciones y en sus disposiciones legales modelo (el comentario en la Guía Legislativa tiene más amplitud que las recomendaciones y las disposiciones legales modelo).

5. Ampliar el ámbito de los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada para incluir formas de financiación privada para el desarrollo de infraestructura y transacciones conexas no comprendidas actualmente en dichos instrumentos

30. La colaboración del sector público con el sector privado se ha convertido en una forma reconocida de concretar el desarrollo de la infraestructura. Hay muchas definiciones a ese respecto pero, como lo ha explicado el Banco Mundial, “esta expresión ha adquirido un significado muy amplio, pero su característica fundamental es la existencia de un enfoque de la provisión de infraestructura con un estilo de ‘colaboración’, en vez de la relación más distante que se da con el ‘proveedor’... . O bien cada parte asume la responsabilidad por un elemento de la

³⁷ Véanse las págs. 351 a 363 de las actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado con ocasión del 40º período de sesiones de la Comisión, Viena, 9 a 12 de Julio de 2007, disponibles en inglés en: www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

³⁸ En su 35º período de sesiones; véase párr. 171 del documento A/58/17.

empresa total y trabajan en colaboración, o ambas partes son corresponsables por cada elemento ... Una colaboración del sector público con el sector privado implica compartir los riesgos, la responsabilidad y la recompensa, y se recurre a ella cuando existe una buena relación calidad precio que beneficia a los contribuyentes”³⁹. Por lo tanto se puede considerar que esta expresión tiene una connotación más amplia que los meros instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada ya que las contribuciones del sector privado pueden no ser financieras. Pese a ello, se entiende que ambos mecanismos son generalmente equivalentes.

31. Según otra opinión, las definiciones de la colaboración del sector público con el sector privado incluyen otras formas de prestación de servicios por parte del gobierno, como por ejemplo la contratación externa y la venta de activos o empresas estatales a tal fin. Según un informe, “la colaboración del sector público con el sector privado ha evolucionado e incluye la contratación de activos sociales o servicios no básicos conexos de infraestructura. Esa colaboración se ha extendido a los sectores de la vivienda, salud, infraestructura correccional, energía, agua y tratamiento de desechos”⁴⁰. Una característica fundamental es la prestación por terceros de servicios que anteriormente se consideraban servicios públicos; la Guía Legislativa no se ocupa de la prestación de esos servicios más que como parte del desarrollo de la infraestructura.

32. La Guía Legislativa afirma en su introducción que “presta atención especial a los proyectos de infraestructura que conlleven una obligación, por parte de los inversionistas seleccionados, de realizar obras de construcción, reparación o ampliación a cambio del derecho a percibir una remuneración, sea del público o de alguna autoridad pública, por la utilización de la obra de infraestructura o por los servicios prestados. Aunque esos proyectos se agrupan a veces con otras operaciones de “privatización” de funciones o de bienes públicos, la Guía no se ocupa de este tipo de operaciones de “privatización” si no guardan relación con el desarrollo y explotación de una infraestructura pública. Además, tampoco se ocupa de los proyectos para explotar recursos naturales, como los de minería, petróleo o gas en virtud de alguna “concesión”, “licencia” o “permiso” dados por las autoridades públicas del país de acogida”⁴¹. Se ha señalado que ese tipo de operaciones puede incluir la transferencia al sector privado de tierras comunales o recursos naturales, y hay informes de que se ha hecho caso omiso de los derechos sobre esas tierras, de consecuencias ecológicas negativas y de falta de transparencia⁴². Los informes también señalan un aumento considerable en los proyectos que implican la cesión de tierras y otros recursos naturales⁴³.

³⁹ Banco Mundial, 2003. Véase, también, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

⁴⁰ Hacienda de Nueva Gales del Sur (2009): “*New South Wales Public-Private Partnerships – An Evolution, cited in Public-Private Partnerships, Literature Review – Draft*”, de G. Palmer, Aid Delivery Methods Programme, 2009 (se puede consultar en inglés en: http://www.dpwg-igd.org/cms/upload/pdf/PublicPrivatePartnership__Lit__Review.doc).

⁴¹ Véase el párr. 8 de la Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

⁴² Véase la Uniform Law Review, NS – Vol. XVII 2012, “*Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures*”, de C. Nicholas, y las diversas fuentes allí citadas.

⁴³ Véase, por ejemplo, S. Haralambous, H. Liversage y M. Romano, “*The Growing Demand for Land Risks and Opportunities for Smallholder Farmers*”, un documento de debate preparado

33. Se ha señalado que muchas de las recomendaciones de la Guía Legislativa se podrían aplicar a esas operaciones no incluidas; tanto es así que el documento de la OCDE, “Basic Elements of a Law on Concession Agreements”, elaborado en colaboración con la Bolsa de Valores de Estambul y expertos regionales, se ocupa de todo tipo de concesiones⁴⁴. Dada la creciente importancia de las operaciones pertinentes, la Comisión tal vez desee examinar la posibilidad de ampliar el ámbito de la Guía Legislativa para incluirlas. Tal vez desee también tener en cuenta el ámbito previsto en la propuesta de directiva de la Comisión Europea relativa a la adjudicación de contratos de concesión⁴⁵.

34. La Comisión recordará que según la Guía Legislativa un proyecto exitoso de infraestructura debería “lograr un equilibrio entre, por una parte, el deseo de facilitar y alentar la participación privada en proyectos [pertinentes] y, por otra, los diversos intereses públicos del país de acogida”⁴⁶. La Comisión podría considerar que esos elementos y el debido equilibrio entre ellos requerirá un esclarecimiento adicional de ampliarse el ámbito de la Guía para incluir los temas mencionados *supra* que actualmente no figuran en ella. A este respecto puede ser necesario poner especial cuidado en determinar el correspondiente interés público y las preocupaciones en materia de interés público: como se ha señalado, “cualquier juicio sobre el ‘valor’ asignado a los resultados de una política pública”⁴⁷, probablemente sea subjetivo.

35. En este contexto, la Comisión tal vez desee tomar nota de que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) está analizando la posibilidad de emprender una labor futura en esferas conexas: con el FIDA y la FAO sobre el tema de la agricultura por contrato y, en forma más general, directrices internacionales en materia de contratos de inversión en tierras, teniendo especialmente en cuenta los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

6. Cuestiones adicionales

36. La Comisión tal vez considere que habría que ampliar más la breve descripción de algunas de las cuestiones que se acaban de tratar a fin de establecer el mandato apropiado para cualquier trabajo futuro; de ser así, tal vez desee pedir a la Secretaría que realice un estudio más minucioso de las normas y la práctica pertinentes y que analice la viabilidad y conveniencia de la labor de la Comisión en

para la mesa redonda organizada con ocasión del 32º período de sesiones del Consejo de Gobernadores del FIDA, el 18 de febrero de 2009, que se puede consultar en: <http://www.ifad.org/events/gc/32/roundtables/2.pdf> y Rachel Nalepa, “*The Global Land Rush: Implications for Food, Fuel, and the Future of Development*”, Pardee Papers, núm. 13, mayo de 2010, disponible en: http://www.bu.edu/pardee/files/2011/08/PP13_GlobalLandRush.pdf.

⁴⁴ *Ibid.*, en la pág. 3. El texto de “*Basic Elements of a Law on Concession Agreement*”, de la OCDE, se puede consultar en: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf>.

⁴⁵ Se puede consultar el texto en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:es:PDF>.

⁴⁶ Véase el párr. 8 de la Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

⁴⁷ Véase la pág. 2 de “From PFI to PPP: Is risk understood?” [2000] de Illidge, R. y Cicmil, S. Se puede consultar en: www1.uwe.ac.uk/bl/bbs/trr.

las esferas en cuestión. Tal vez desee también considerar si la realización de un coloquio ayudaría a establecer el ámbito adecuado de una labor futura.

37. La Comisión tal vez desee también evaluar la forma y el alcance adecuados de un futuro texto en esta materia. Y tal vez desee considerar en qué medida se podrían regular las cuestiones identificadas *supra*; podría considerar que algunas de ellas se tratarían mejor mediante directrices relativas a las mejores prácticas. A este respecto el Grupo de Trabajo, en su 21º período de sesiones, consideró que algunos temas de importancia para la contratación pública y las actividades conexas excedían el ámbito de un texto legal y guía de políticas, como en la Guía para la incorporación al derecho interno, incluso con respecto a la aplicación y utilización de los textos en cuestión (véanse, por ejemplo, las cuestiones examinadas en los párrafos 6 a 9, 12, 17 y 34 *supra*). Por lo tanto el Grupo de Trabajo ha pensado en documentos adicionales para apoyar la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, incluido un glosario de los términos en la Ley Modelo y en la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña⁴⁸.

38. La Comisión tal vez desee examinar también la forma en que se podría recolectar y difundir más información con respecto al cumplimiento, aplicación, interpretación y utilización de la Ley Modelo. Con respecto a la interpretación, la Ley Modelo de 1994 rara vez se aplicaba sin adecuarla a las circunstancias locales, y se espera que ocurra lo mismo con la Ley Modelo de 2011. Por eso la utilización de la Jurisprudencia de los Tribunales sobre Textos de la CNUDMI como instrumento puede aportar poco.

39. En el campo de la insolvencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, de 2011 y la Guía Práctica de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza, de 2009, dan apoyo a la Ley Modelo en cuestión: la similitud de enfoques y el fomento de contribuciones mediante el sitio web de la CNUDMI y consultas con expertos pueden servir de apoyo a la Ley Modelo sobre Contratación Pública.

⁴⁸ Véase el párr. 36 del documento A/CN.9/745.