



Asamblea General

Distr. general
11 de abril de 2016
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

49º período de sesiones

Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2016

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	2-19	2
A. Suspensión e inhabilitación en la contratación pública.	2-9	2
B. Alianzas público-privadas (APP)	10-19	4
III. Conclusiones	20-22	7



I. Introducción

1. La presente nota se ha preparado para que la Comisión pueda examinar, en su 49º período de sesiones, la posible labor futura en materia de contratación y desarrollo de la infraestructura. Trata de dos esferas en las que podrían elaborarse textos legislativos: la suspensión y la inhabilitación en la contratación pública y la colaboración entre los sectores público y privado.

II. Labor futura propuesta en materia de contratación pública y desarrollo de la infraestructura

A. Suspensión e inhabilitación en la contratación pública

2. En su 48º período de sesiones, la Comisión convino en reconocer la importancia de la suspensión y la inhabilitación para contribuir a la aplicación efectiva de una ley de contratación pública y combatir la corrupción, y se planteó si podría preparar un texto legislativo sobre este tema para respaldar la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública¹.

3. La Comisión señaló que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública² permitía la exclusión de proveedores mediante un procedimiento administrativo de suspensión o inhabilitación, pero no establecía ninguna norma procesal al respecto. También observó que, en la práctica, seguían existiendo diferencias considerables entre los diversos regímenes de suspensión e inhabilitación en lo que se refería a los objetivos, los procedimientos y los resultados³.

4. La Comisión pidió a la Secretaría que le informase en su período de sesiones de 2016 sobre los resultados de la evaluación preliminar de la viabilidad de elaborar un texto armonizado de la CNUDMI sobre este tema, de la medida en que dicho texto aportaría una solución adecuada a los problemas planteados y del grado de demanda que tendría un texto de esa índole⁴.

5. En cuanto a la viabilidad de elaborar un texto armonizado de la CNUDMI sobre la suspensión y la inhabilitación, las divergencias de enfoque comunicadas anteriormente a la Comisión no parecen haber disminuido mucho⁵. Cabe mencionar, como ejemplos de diferencias que han surgido últimamente, las que se plantean con respecto a si un soborno da lugar a una inhabilitación obligatoria, o si un proveedor que manifiestamente ha participado en un soborno puede adoptar medidas para evitar que se le inhabilite, o si una condena por soborno dictada en un Estado es suficiente para inhabilitar a un proveedor en otro Estado; y las diferencias en el

¹ Documento A/70/17, párr. 362.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17)*, párr. 192 y anexo I, publicado en www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

³ A/70/17, párr. 362; véase también el documento A/CN.9/850, párrs. 4 a 12.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

grado de minuciosidad de las normas procesales aplicables, así como en la carga de la prueba y los requisitos probatorios exigidos para imponer una sanción.

6. Sin embargo, hay señales de convergencia en algunos aspectos. En lo que se refiere a los procesos, hay un consenso cada vez mayor en cuanto a las definiciones de las conductas sancionables y los procesos de cumplimiento concebidos en parte para ayudar a identificar esas conductas. En lo que respecta a las consecuencias de las conductas sancionables, se observa cierta tendencia a permitir la inhabilitación cruzada con criterios flexibles (por ejemplo, el criterio de que el reconocimiento de una conducta sancionable en una jurisdicción no determina necesariamente la inhabilitación automática en otra jurisdicción, pero puede dar lugar a ulteriores investigaciones).

7. En vista de esas señales y del consenso en torno a la importancia crucial de la transparencia en el proceso y a la necesidad de que se respeten las garantías procesales al considerar las posibles sanciones y de que los organismos internacionales y las autoridades nacionales cooperen entre sí, parecería que un texto de la CNUDMI podría aportar soluciones idóneas a muchos problemas que han de resolverse para lograr regímenes eficaces de suspensión e inhabilitación. Además, numerosos Estados están solicitando asesoramiento y asistencia con miras al establecimiento de un régimen nacional, y señalan que acogerían con beneplácito un texto de la CNUDMI en el que se recogieran las mejores prácticas internacionales con ese fin.

8. Por lo tanto, cabe concluir que se empieza a observar una convergencia de opiniones en cuanto a los elementos que debería reunir un texto de la CNUDMI sobre suspensión e inhabilitación, y que existe cierta demanda de un texto de esa índole. No obstante, es evidente también que una mayor convergencia en cuanto a los parámetros clave de un régimen de suspensión e inhabilitación propiciaría la viabilidad y el éxito de un texto de la CNUDMI en esta materia. Los foros internacionales en los que se han examinado los regímenes de suspensión e inhabilitación también dan a entender que existe un diálogo que facilita dicha convergencia⁶.

9. Por consiguiente, la Comisión puede considerar que la elaboración de textos legislativos de la CNUDMI en esta materia no es factible en la actualidad, pero la evolución hacia una convergencia, como se señaló anteriormente, parece indicar que habría que mantener este tema en el programa de la Comisión.

⁶ Cabe mencionar como ejemplos el tercer coloquio sobre suspensión e inhabilitación celebrado en la sede del Banco Mundial, Washington, el 16 de diciembre de 2015, denominado “Third Suspension and Debarment Colloquium, 2015” (www.worldbank.org/en/events/2015/11/05/third-suspension-and-debarment-colloquium-2015), y el seminario sobre la convergencia en los mercados de contratación transatlánticos celebrado en el King’s College, Universidad de Londres, el 26 de octubre de 2015, titulado “Towards Convergence in Transatlantic Procurement-Markets” (www.kcl.ac.uk/law/newsevents/eventrecords/Towards-Convergence-in-Transatlantic-Procurement-Markets-.aspx).

B. Alianzas público-privadas (APP)

10. La Comisión, en su 48º período de sesiones, a la luz de la importancia de este tema para el desarrollo y en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, decidió mantener en su programa la posibilidad de elaborar un texto legislativo sobre las APP. Se pidió a la Secretaría que diera seguimiento a este tema para avanzar en los preparativos por si acaso la Comisión decidía emprender una labor al respecto, y que presentara un nuevo informe a la Comisión en 2016⁷.

11. Por consiguiente, la Secretaría ha continuado observando las actividades de otros organismos que desarrollan una intensa labor en el ámbito de las APP, principalmente el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, y ha seguido fomentando el uso de los textos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada (PIFP) en la reforma de las APP. En estas actividades, la Secretaría ha continuado recabando opiniones sobre los aspectos en que se considera que los textos sobre los PIFP son eficaces y, en su caso, sobre los aspectos en que pudiera ser necesario actualizar o modificar dichos textos⁸.

12. Estas actividades parecen indicar que habría que señalar a la atención de la Comisión la evolución observada en tres aspectos de las APP.

La contratación en el ámbito de las APP

13. En primer lugar, y tal como se informó durante un coloquio de la CNUDMI sobre las APP celebrado en marzo de 2014⁹, un aspecto al que se presta especial atención es el de la contratación mediante concesión u otro mecanismo de ejecución de proyectos y la elección de la entidad asociada del proyecto. En el coloquio de 2014 se observó que en muchas jurisdicciones las leyes de contratación pública y las leyes en materia de concesión se superponían. Dado que se ha reconocido que la compatibilidad entre las leyes sobre las APP y otras leyes pertinentes es fundamental para el éxito de los proyectos de APP, esa fragmentación es motivo de preocupación¹⁰.

14. Asimismo se reconoció que los procedimientos de licitación tradicionales eran por lo general inadecuados para las APP y para la contratación tradicional (es decir, con financiación pública) de obras de infraestructura complejas. Al elaborar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública¹¹, el Grupo de Trabajo I

⁷ A/70/17, párr. 363.

⁸ La *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* (con recomendaciones legislativas) y las Disposiciones Legales Modelo de la Comisión sobre el mismo tema se pueden consultar en www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

⁹ En relación con los debates de este coloquio, durante el cual se examinaron las deliberaciones mantenidas por la Comisión en un coloquio celebrado en 2013, los resultados de un estudio del mapa legislativo actual en materia de APP, algunas conclusiones preliminares sobre los principales temas que cabría incluir en cualquier texto legislativo que se elabore en el futuro sobre las APP y la forma que podría revestir dicho texto, véase www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014.html.

¹⁰ Véanse los documentos A/CN.9/819, párrs. 77 a 92, y A/CN.9/821, párr. 69.

¹¹ Nota 2 *supra*.

adaptó y actualizó el procedimiento de selección en los textos de la CNUDMI sobre los PIFP para establecer un método de contratación denominado solicitud de propuestas con diálogo, que puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios complejos (como los proyectos de infraestructura)¹². En el coloquio de 2014 se llegó a la conclusión de que la contratación en el contexto de las APP requeriría una interacción de la autoridad pública con los posibles licitantes; que sería fundamental que toda negociación se llevase a cabo con las debidas salvaguardias, y que estas cuestiones estaban contempladas en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública¹³.

15. Las actividades de las organizaciones mencionadas anteriormente comprenden, entre otras cosas, el examen de los aspectos de las APP relacionados con la contratación¹⁴, y la constatación de que numerosos Estados están teniendo en cuenta a las APP al modernizar sus regímenes de contratación. La incorporación de un procedimiento de selección adecuado es vital, y por ello se sugiere que un texto de la CNUDMI que establezca un procedimiento de selección congruente con el método de la solicitud de propuestas con diálogo previsto en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública podría contribuir de manera considerable a mejorar las prácticas en la constitución de APP. En el coloquio de 2014 se consideró que los leves ajustes que convendría introducir en el contexto de las APP (por ejemplo, con el fin de permitir modificar las condiciones del contrato durante el período de ejecución del proyecto) no plantearía problemas de compatibilidad entre la contratación en el marco de proyectos de infraestructura compleja con financiación pública y la contratación en el ámbito de las APP¹⁵.

Condiciones del acuerdo de proyecto

16. El segundo aspecto es el de las condiciones del acuerdo de concesión o de proyecto. Esta cuestión también se examinó en el coloquio de 2014¹⁶, en el que se concluyó que el grado en que la ley establecía el contenido del acuerdo variaba de un Estado a otro, y que las disposiciones legislativas podían aumentar la coherencia y reducir el alcance y la duración de las negociaciones, manteniendo un equilibrio con la flexibilidad en las negociaciones que requiriese el proyecto en cuestión. No obstante, en el coloquio se llegó a la conclusión de que este era un aspecto en

¹² Véanse los artículos 30 y 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, *ibid.* En el coloquio de 2014 se tuvo presente la información según la cual la solicitud de propuestas con diálogo combinaba numerosas características del método de selección establecido en los instrumentos sobre los PIFP, la licitación en dos etapas (de por sí un método ampliamente ensayado y comprobado que utilizaban los bancos multilaterales de desarrollo) y el procedimiento del diálogo competitivo de la Unión Europea, por lo que era en sí misma un método armonizado. Véase además el documento A/CN.9/821, párr. 90.

¹³ Véanse los documentos A/CN.9/820, párrs. 15 a 20, y A/CN.9/821, párrs. 90 a 95.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la labor del Equipo de Especialistas en APP del Comité sobre Innovación, Competitividad y Alianzas Público-Privadas de la CEPE en relación con la elaboración de normas internacionales y el desarrollo de las mejores prácticas en materia de APP, y su proyecto titulado *Charter on Zero Tolerance to Corruption in PPP Procurement*, en www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2015/PPP/TOS-PPP/ECE_CECI_PPP_2015_CRP2.pdf, así como el proyecto denominado *Draft Checklist of Zero Tolerance to Corruption in PPP Certification Elements*, publicado en www.unece.org/ppp/forum2016.html#.

¹⁵ Véanse los documentos A/CN.9/820, párrs. 15 a 20, y A/CN.9/821, párrs. 90 a 95.

¹⁶ Véanse los documentos A/CN.9/820, párrs. 35 a 40, y A/CN.9/821, párrs. 102 a 107.

el que habría que realizar una importante labor adicional para detectar las posibilidades de armonización¹⁷.

17. Desde que se publicaron los textos sobre los PIFP, algunos Estados han aprobado cláusulas modelo para los contratos de las APP¹⁸, pero se considera que difieren mucho unas de otras. En 2015, el Banco Mundial publicó un informe titulado *Report on Recommended PPP Contractual Provisions*¹⁹, en el que se señala que la diversidad de las operaciones de las APP permite concluir que un contrato armonizado en la esfera internacional no es un objetivo realista, pero que, en la práctica, existen determinados problemas jurídicos que se plantean en la gran mayoría de los contratos de las APP, de forma que se podría encontrar una solución común. Los aspectos problemáticos tienen que ver principalmente con los cambios y acontecimientos que pueden producirse en el transcurso del proyecto, el cual, por su propia naturaleza, implica la celebración de contratos de largo plazo, y que abarcan, entre otros, cambios en la legislación, fuerza mayor, refinanciación o rescisión. Estas cuestiones se examinan también en el capítulo IV, sección A, de la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* (en la que figuran orientaciones relativas a las “Disposiciones generales sobre el acuerdo de proyecto”). La labor de las demás organizaciones mencionadas más arriba²⁰ también parece indicar que la experiencia reciente permitiría actualizar las orientaciones del capítulo IV, sección A, para conformarlas a la práctica vigente, y que, en la actualidad, es factible encontrar una solución armonizada.

Controversias posteriores a la adjudicación

18. El tercer aspecto es el de la solución de controversias en las APP, que se trata en el capítulo VI de la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*. En el coloquio de 2014²¹ se sugirió, entre otras cosas, que se

¹⁷ Véase el documento A/CN.9/821, párr. 107.

¹⁸ Cabe mencionar como ejemplos las publicaciones del Tesoro de Su Majestad (Reino Unido) tituladas *Standardisation of PFI Contracts*, versión 4 (marzo de 2007), que se puede consultar en http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_standardised_contracts.htm, y *Standardisation of PF2 Contracts*, de 2012, que figura en www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf; un formulario tipo de acuerdo de proyecto denominado *Standard Form Public Private Partnership (PPP) Project Agreement*, de octubre de 2013, de la Unidad Nacional de Infraestructura de Nueva Zelandia, que se puede consultar en www.infrastructure.govt.nz/publications/draftpppstandardcontract; y una guía sobre los contratos de las APP titulada *Les Contrats de Partenariat: Guide Méthodologique*, Francia, 2011, que figura en www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/GuideContratPartenariat.pdf.

¹⁹ La edición de 2015 se puede consultar en <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, y se prevé que en la edición de 2016 se propongan otras formas posibles de redactar los contratos además de las recomendadas en el informe de 2015, para reconocer que los distintos tipos de sistemas jurídicos, en particular los de derecho anglosajón y los de tradición romanista, pueden requerir diferentes tipos de disposiciones.

²⁰ Por ejemplo, la labor realizada por el European PPP Expertise Centre, que ha publicado una guía titulada *Guide to Guidance*, que puede consultarse en <http://www.eib.org/epec/g2g/>, y otro material que figura en www.eib.org/epec/library/, en los que se examinan, entre otras cosas, las cuestiones planteadas.

²¹ Véanse los documentos A/CN.9/820, párrs. 41 a 51, y A/CN.9/821, párrs. 108 a 113.

actualizaran las orientaciones para que recogieran el uso cada vez mayor de mecanismos destinados a evitar controversias y de métodos de solución relativamente informales, como las juntas de controversias²², y para que proporcionaran orientación sobre las controversias entre los accionistas, los prestamistas, los asociados en el consorcio comercial, los organismos reguladores y los explotadores y contratistas y subcontratistas (es decir, además de la orientación sobre las controversias entre la autoridad pública y la entidad asociada del proyecto)²³.

19. La adopción de normas armonizadas para el proceso de solución de controversias puede contribuir a la estabilidad de la relación contractual y facilitar la concertación del acuerdo de proyecto. Además, puesto que en algunas controversias planteadas en el marco de las APP pueden participar organismos reguladores o autoridades públicas y cabe la posibilidad de que se ejerzan facultades discrecionales para dirimir las, un marco legislativo o reglamentario adecuado para este tipo de controversias debería reducir también los riesgos vinculados a los proyectos en cuestión. En el coloquio de 2014 se estimó que sería viable, también en este aspecto, acordar soluciones legislativas para los problemas pendientes²⁴. De las publicaciones mencionadas en el párrafo anterior que se refieren a las disposiciones contractuales también se desprende que los contratos modernos de las APP suelen contener cláusulas sobre prevención y solución de controversias, lo que demuestra que existe un consenso cada vez mayor sobre los métodos, tanto de prevención como de solución de controversias, que deberían preverse en un texto legislativo.

III. Conclusiones

20. En 2015, la Comisión, si bien reconoció la importancia de las APP, expresó su preocupación por el hecho de que el alcance del posible texto legislativo que se estaba considerando elaborar pudiera superar los recursos de la CNUDMI²⁵.

21. En lo que respecta a la suspensión y la inhabilitación en la contratación pública, la Comisión tal vez desee confirmar que la Secretaría debería mantenerse atenta a las novedades e informar periódicamente a la Comisión.

22. A la luz de la situación relativa a las APP descrita anteriormente, la Comisión tal vez desee plantearse si un enfoque modular de la elaboración de textos legislativos sobre las APP podría permitirle atender a la necesidad de actualizar algunos aspectos de los textos relativos a los PIFP, teniendo presentes las restricciones que imponía la escasez de recursos de la CNUDMI. De ser así, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de elaborar textos legislativos sobre los aspectos antes mencionados de las APP en forma secuencial.

²² Este fue el tema de una sesión celebrada durante la Semana de Derecho, Justicia y Desarrollo organizada por el Banco Mundial en 2013; véase <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Dispute%20Resolution%20Board%20Foundation%20-%20Dispute%20Boards%20in%20PPP%20Transactions%20by%20Kurt%20Dettman.pdf>.

²³ Véase el documento A/CN.9/821, párr. 112.

²⁴ Véase el documento A/CN.9/821, párr. 113.

²⁵ A/70/17, párr. 363.