CNUDMI COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas

NACIONES UNIDAS

Para obtener más información contacte con la secretaría de la CNUDMI:

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, A-1400 Vienna, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060 Fax: (+43-1) 26060-5813
Sitio web: uncitral.un.org Dirección electrónica: uncitral@un.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas

NACIONES UNIDAS
Viena, 2020

Nota

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
e-ISBN 978-92-1-005754-7

© Naciones Unidas, junio de 2021. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de ningún país, territorio, ciudad o zona, o de sus autoridades, ni sobre el trazado de sus fronteras o límites.

Producción editorial: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Prefacio

Las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa sobre las alianzas público-privadas* fueron elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y aprobadas en su 52º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de julio de 2019)[1]. Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión, participaron intensamente en la labor preparatoria los representantes de otros muchos Estados y de varias organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales. Las Disposiciones Legales Modelo traducen al lenguaje legislativo las orientaciones formuladas en las recomendaciones de la *Guía legislativa*.

Las Disposiciones Legales Modelo tienen como objetivo contribuir al establecimiento de un marco legislativo favorable a las alianzas público-privadas (APP). Las Disposiciones Legales Modelo siguen las correspondientes notas de la *Guía legislativa*, que ofrecen una introducción analítica con referencias a las cuestiones financieras, regulatorias, jurídicas, de políticas y de otra índole que se plantean en torno a este tema. Se aconseja a los usuarios que lean las Disposiciones Legales Modelo junto con la *Guía legislativa*, que proporciona información para una mejor comprensión de las recomendaciones legislativas.

Las Disposiciones Legales Modelo hacen referencia a asuntos que es importante que se traten en la legislación específica en materia de APP. No se adentran en otros ámbitos del derecho que, como se explica en la *Guía legislativa*, también inciden en las APP. Además, para implementar con éxito las APP, suelen ser necesarias varias medidas que van más allá de la creación de un marco legislativo apropiado, como dotarse de estructuras y prácticas administrativas adecuadas, desarrollar capacidad de organización, adquirir conocimientos técnicos, contar con recursos humanos y financieros apropiados y mantener la estabilidad económica.

Las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa* actualizan, amplían y sustituyen dos textos anteriores elaborados por la CNUDMI, a saber, la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, aprobada

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/74/17), cap. III y anexo I.

por la CNUDMI en su 33er período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)[2], y las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada, aprobadas por la CNUDMI en su 36o período de sesiones (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003)[3].

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 372.

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 171.

Índice

Prefacio iii

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019 xi

Introducción e información general sobre las APP 1

A. Introducción 1

1. Organización y alcance de la *Guía* 3

2. Terminología utilizada en la *Guía* 4

B. Información general sobre las APP 9

1. Política sobre inversión privada e infraestructura 9

2. Reestructuración de los sectores de la infraestructura 12

3. Formas de participación del sector privado en proyectos de participación público-privada 16

4. Estructuras y fuentes de financiación para las APP 18

5. Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de participación público-privada 23

I. Marco jurídico e institucional general 27

A. Observaciones generales 27

B. Principios rectores y opciones para la adopción de un marco jurídico de las APP 27

1. Principios rectores generales de un marco jurídico de las APP 28

2. El derecho constitucional y las APP 36

3. Legislación general y sectorial 37

C. Autoridad para establecer alianzas público-privadas 39

1. Organismos autorizados y ámbitos de actividad pertinentes 39

2. Finalidad y alcance de las APP 40

D. Autoridad para regular los servicios de infraestructura 42

1. Competencia sectorial y mandato de los organismos reguladores .. 43

2. Mecanismos institucionales 44

3. Atribuciones de los organismos reguladores 45

4. Composición, personal y presupuesto del organismo regulador ... 46

5. Proceso regulatorio y procedimiento a seguir 47
6. Recurso contra las decisiones del organismo regulador 48
7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos ... 48

II. Planificación y preparación de proyectos 51
A. Observaciones generales 51
B. Evaluación del proyecto y opciones 52
1. Relación entre calidad y precio ("economía y eficiencia") 53
2. Evaluación de las repercusiones fiscales 56
3. Evaluación del bienestar y el impacto social 58
4. Evaluación del impacto ambiental 59
5. Efectos sobre la competencia 61
C. Riesgos del proyecto y distribución de los riesgos 61
1. Descripción general de las principales categorías de riesgo 63
2. Acuerdos contractuales para distribuir y atenuar los riesgos 66
D. Coordinación administrativa 70
1. Coordinación de las medidas preparatorias 70
2. Preparativos para la selección del socio privado 71
3. Disposiciones para facilitar la expedición de licencias y permisos ... 73
E. Respaldo público 74
1. Consideraciones de política relativas al respaldo público 75
2. Formas de respaldo público 76
F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales 86
1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito 86
2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones 88
G. Garantías emitidas por organismos de crédito a la exportación y organismos de promoción de las inversiones 90

III. Adjudicación de contratos 93
A. Observaciones generales 93
1. Procedimientos de adjudicación que abarca la *Guía* 94
2. Objetivos generales de los procedimientos de adjudicación 95

3. Características especiales de los procedimientos de adjudicación para las APP 98
4. Preparativos del proceso de adjudicación 102

B. Preselección de los licitantes 105
1. Convocatoria a participar en el proceso de preselección 106
2. Criterios de preselección 107
3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios de licitantes 109
4. Preselección y preferencias nacionales 110
5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de adjudicación 111
6. Procedimientos de preselección 112

C. Procedimientos para la solicitud de propuestas 112
1. Estructura y etapas del procedimiento 113
2. Contenido de la solicitud de propuestas 117
3. Aclaraciones y modificaciones 125
4. Criterios de evaluación 126
5. Presentación y apertura de las propuestas 129
6. Diálogo con los licitantes 131
7. Negociaciones finales y adjudicación del contrato 132

D. Adjudicación del contrato mediante negociación directa 134
1. Circunstancias que autorizan a recurrir a vías no competitivas . . . 134
2. Medidas para aumentar la transparencia de la adjudicación de contratos mediante negociación directa 135

E. Propuestas no solicitadas 138
1. Consideraciones de política general 138
2. Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas 141

F. Confidencialidad 146

G. Anuncio de la adjudicación del proyecto 146

H. Expediente del proceso de adjudicación de contratos 147

I. Vías de recurso 151

IV. Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada 153

A. Disposiciones generales sobre el contrato de participación público-privada 153

1. Criterios legislativos 153

2. Derecho aplicable al contrato de participación público-privada . . . 154

3. Concertación del contrato de participación público-privada 156

B. Estructura societaria del socio privado 158

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres 161

1. Propiedad de los bienes del proyecto 161

2. Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto 164

3. Servidumbres 166

D. Arreglos financieros 167

1. Obligaciones financieras del socio privado 167

2. Fuentes y métodos de pago 168

E. Garantías reales 178

1. Garantías reales sobre bienes corporales 178

2. Garantías reales sobre bienes incorporales 179

3. Garantías reales sobre los créditos comerciales 180

4. Garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto . . . 182

F. Cesión de derechos por el socio privado 182

G. Traspaso del control de la sociedad del proyecto 183

H. Obras de construcción 185

1. Examen y aprobación de los planes de construcción 186

2. Variación de las condiciones de construcción 186

3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante 188

4. Período de garantía 189

I. Explotación de la infraestructura 190

1. Normas técnicas y de servicio 191

2. Ampliación de los servicios 192

3. Continuidad del servicio 193

4. Igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios 193

5. Interconexión y acceso a redes de infraestructura 194
6. Obligación de informar y obligaciones relacionadas con la transparencia 195
7. Facultades del socio privado para hacer cumplir las normas aplicables 196

J. Arreglos contractuales generales 197
1. Subcontratación 197
2. Responsabilidad frente a los usuarios y terceros 200
3. Garantías de cumplimiento y seguros 201
4. Cambios de circunstancias 207
5. Impedimentos exonerantes 212
6. Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto 215

V. Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada 221
A. Observaciones generales 221
B. Duración del contrato de participación público-privada 221
C. Prórroga del contrato de participación público-privada 223
D. Rescisión 225
1. Rescisión por la autoridad contratante 227
2. Rescisión por el socio privado 233
3. Rescisión por alguna de las partes 235
E. Consecuencias de la extinción por vencimiento del plazo o de la rescisión del contrato de participación público-privada 236
1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto 236
2. Disposiciones financieras en caso de rescisión 239
3. Medidas de liquidación y transición 245

VI. Solución de controversias 253
A. Observaciones generales 253
B. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado 255
1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias 255

2. Métodos comúnmente utilizados para prevenir y resolver controversias 257

C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores 274

D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura 275

VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho 277

A. Observaciones generales 277

B. Otros ámbitos pertinentes del derecho 278

1. Promoción y protección de las inversiones 278

2. Legislación en materia de propiedad 279

3. Garantías reales 280

4. Régimen de la propiedad intelectual 283

5. Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada 286

6. Contratos públicos 286

7. Contratos privados 288

8. Derecho de sociedades 289

9. Derecho tributario y cuestiones tributarias transfronterizas 290

10. Despacho de aduanas y derechos aduaneros 293

11. Reglas y prácticas contables 293

12. Normas de contabilidad y consignación presupuestaria 294

13. Protección del medio ambiente y las APP 295

14. Leyes de protección del consumidor 297

15. Régimen de la insolvencia 298

16. Medidas contra la corrupción 300

17. Leyes y normas laborales 301

18. Participación de las partes interesadas en las APP 301

C. Acuerdos internacionales 302

1. Participación en instituciones financieras internacionales 303

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio . . . 303

3. Acuerdos internacionales sobre sectores concretos 304

Índice 305

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/74/423)]

74/183. Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Alianzas Público-Privadas

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, en la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en la evolución general del comercio internacional,

Recordando también su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, en la que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[1],

Recordando además su resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, en la que aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y su resolución 69/313, de 27 de julio de 2015, en la que hizo suya la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo,

Convencida de que las alianzas público-privadas pueden desempeñar un papel importante en la mejora del suministro de infraestructura y servicios públicos y su gestión racional y en el apoyo a los esfuerzos de los Gobiernos por alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,

[1] Véase también Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146.

Preocupada porque las deficiencias del marco jurídico y la falta de transparencia pueden desalentar la inversión en infraestructura y servicios públicos y generar un mayor riesgo de corrupción y mala administración de los fondos públicos,

Poniendo de relieve la importancia de contar con procedimientos eficientes y transparentes de adjudicación de contratos a las alianzas público-privadas y de facilitar la ejecución de los proyectos mediante normas que aumenten la transparencia, la equidad y la sostenibilidad a largo plazo y eliminen las restricciones indeseables a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura y los servicios públicos,

Recordando la valiosa orientación que la Comisión ha proporcionado a los Estados Miembros con miras al establecimiento de un marco legislativo favorable en ese sentido, por medio de su *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*[2] y las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[3] que la acompañan, y la recomendación de la Asamblea General, en su resolución 58/76, de 9 de diciembre de 2003, de que los Estados tomen debidamente en consideración esos textos al revisar o promulgar legislación relativa a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura pública,

Convencida de que el asesoramiento proporcionado por la Comisión seguirá siendo de ayuda a los Estados, en particular a los países en desarrollo, para la promoción de la buena gobernanza y el establecimiento de marcos legislativos adecuados para los proyectos de las alianzas público-privadas,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado[4] las Disposiciones Legales Modelo sobre las Alianzas Público-Privadas[5] y la *Guía legislativa sobre alianzas público-privadas*;

2. *Solicita* al Secretario General que publique las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa*, incluso por medios electrónicos, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y les dé amplia difusión entre los Gobiernos y las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, las entidades del sector privado y las instituciones académicas pertinentes;

---

[2] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.01.V.4.

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/58/17), anexo I.

[4] *Ibid., septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/74/17), cap. III.

[5] *Ibid.*, anexo I.

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en consideración las Disposiciones Legales Modelo y la *Guía legislativa* cuando revisen o aprueben leyes relacionadas con las alianzas público-privadas, e invita a los Estados que hayan utilizado las Disposiciones Legales Modelo a que informen de ello a la Comisión.

51ª sesión plenaria
18 de diciembre de 2019

Introducción e información general sobre las APP[1]

A. Introducción

1. Las respectivas funciones de los sectores público y privado en el desarrollo de las infraestructuras han evolucionado considerablemente a lo largo del tiempo. Los servicios públicos, como el alumbrado público de gas, la distribución de electricidad, la telefonía, la telegrafía, los ferrocarriles de vapor y los tranvías eléctricos, datan del siglo XIX. El sector privado financió muchos de los primeros proyectos de carreteras o canales, y se registró un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, incluidas las ofertas de bonos internacionales para financiar ferrocarriles u otras obras de infraestructura importantes.

2. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX, la tendencia mundial viró hacia el desarrollo de infraestructuras y otros servicios por el sector público. Con frecuencia las empresas explotadoras de infraestructura se nacionalizaron o fueron objeto de fusiones y adquisiciones para reducir la competencia. En muchos países, la prestación de servicios públicos por empresas privadas requería una licencia o concesión de la administración pública. El grado de apertura de la economía mundial también se retrajo durante ese período. La explotación del sector de la infraestructura siguió estando en manos de empresas privadas solo en un número relativamente reducido de países, a menudo con poca o ninguna competencia. En muchos países, la primacía del sector público en la prestación de servicios de infraestructura quedó consagrada en la Constitución.

3. La tendencia inversa hacia la participación del sector privado y la competencia en los diversos sectores de la infraestructura se inició a comienzos de la década de 1980.

[1] En la sección B se ofrece información general básica sobre las cuestiones que se examinan en la *Guía* desde una perspectiva legislativa. Para obtener información normativa y técnica detallada se recomienda especialmente a los lectores consultar las publicaciones de otras organizaciones internacionales, como las *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, preparadas por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (publicación de la ONUDI, núm. de venta: UNIDO.95.6.S) (en adelante, las *Directrices CET de la ONUDI*); la *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3*, preparada por el Banco Mundial y sus asociados (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2017), y las *Recommendations of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, OCDE, mayo de 2012.

Entre los factores determinantes de esa tendencia se cuentan las importantes innovaciones tecnológicas; el elevado nivel de endeudamiento y las fuertes restricciones presupuestarias que limitan la capacidad del sector público para satisfacer las crecientes necesidades en materia de infraestructura; la expansión de los mercados de capitales internacionales y locales, con el consiguiente mejoramiento del acceso a la financiación privada, y el creciente número de experiencias internacionales satisfactorias en lo que respecta a la participación privada y la oferta competitiva en materia de infraestructura. Muchos países aprobaron nuevas leyes, no solo para regular esas operaciones, sino también para modificar la estructura del mercado y las políticas sobre competencia de los sectores en que se realizaban tales operaciones.

4. El objetivo de la presente *Guía* es ayudar a la creación o la adaptación de un marco jurídico que facilite la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura, obras o servicios públicos mediante alianzas público-privadas (APP) con miras a mejorar la eficiencia y calidad de la infraestructura y los servicios públicos. El asesoramiento que se proporciona en la *Guía* tiene por objeto lograr un equilibrio entre la facilitación de las APP y la protección del interés público. En la *Guía* se examinan ciertas cuestiones fundamentales de interés público que son reconocidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pese a las numerosas diferencias de política y de tratamiento legislativo.

5. Las citadas cuestiones de interés público tienen que ver, por ejemplo, con la continuidad de la prestación de servicios públicos; la sostenibilidad a largo plazo y la asequibilidad de los proyectos; las normas de protección del medio ambiente, sanidad, seguridad y calidad; la equidad de los precios cobrados al público; el trato no discriminatorio de los clientes o usuarios; la divulgación de información completa sobre la explotación de las infraestructuras; la flexibilidad necesaria para responder a los cambios de las condiciones, como la ampliación del servicio para satisfacer el aumento de la demanda y la revisión periódica de las condiciones contractuales; la rendición de cuentas de los responsables de la adopción de decisiones y la supervisión de la ejecución de los proyectos. A su vez, las cuestiones que preocupan fundamentalmente al sector privado suelen ser, entre otras, la estabilidad del entorno jurídico y económico del país anfitrión; la transparencia de las leyes y los reglamentos y la previsibilidad e imparcialidad de su aplicación; la exigibilidad de los derechos de propiedad y las garantías de que la propiedad privada será respetada y no podrá ser vulnerada sino por motivos de interés público y únicamente contra pago de indemnización, y la libertad de las partes para pactar condiciones comerciales que garanticen un rendimiento razonable del capital invertido, proporcional a los riesgos asumidos por los inversionistas privados. La *Guía* no ofrece un conjunto único de soluciones modelo para atender esas preocupaciones, sino que ayuda a los lectores a evaluar los diferentes enfoques posibles y a elegir el más adecuado en el contexto nacional o local.

1. *Organización y alcance de la* Guía

6. La *Guía* brinda asesoramiento y recomendaciones en materia de legislación en forma de notas en las que se analizan las principales cuestiones financieras, regulatorias, legales y de otra índole que se plantean en torno al tema considerado. Las notas van seguidas, según proceda, de disposiciones legislativas modelo, que constituyen ejemplos de la forma en que los legisladores podrían plasmar ese asesoramiento y las recomendaciones de la *Guía* en un texto legislativo. Se aconseja a los usuarios que lean las disposiciones legislativas modelo junto con las notas, que proporcionan información básica para una mejor comprensión.

7. En las disposiciones modelo se tratan cuestiones que deberían abordarse en las leyes que se refieran específicamente a las APP. No se tratan otros ámbitos del derecho que, como se indica en la *Guía*, también tienen repercusiones en las APP. Además, la implementación satisfactoria de las APP normalmente requiere diversas medidas que van más allá del establecimiento de un marco legislativo apropiado, como estructuras y prácticas administrativas adecuadas, capacidad de organización, conocimientos técnicos, recursos humanos y financieros apropiados y estabilidad económica. Si bien algunas de esas cuestiones se mencionan en las notas, no se tratan en las disposiciones modelo.

8. La *Guía* está destinada a las autoridades y los órganos legislativos nacionales, para que la utilicen como obra de consulta al preparar nuevas leyes o revisar la idoneidad de las existentes. Con ese fin, la *Guía* ayuda a determinar qué ámbitos del derecho son los más pertinentes para las APP y examina el contenido de aquellas leyes que contribuirían a atraer capital privado, tanto nacional como extranjero. En la *Guía* se mencionan brevemente otros ámbitos del derecho, por ejemplo, la promoción y protección de las inversiones, el régimen de la propiedad, las garantías reales, las normas y los procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada, el derecho contractual general, el régimen de los contratos públicos, el derecho tributario y las leyes de protección del medio ambiente y protección de los consumidores (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho"), que podrían promulgarse específicamente con respecto a las APP o que deberían tenerse en cuenta al establecer un marco legislativo o reglamentario para las APP. La *Guía* no tiene por finalidad ofrecer asesoramiento para la redacción de acuerdos de implementación de las APP. Sin embargo, en ella sí se tratan algunas cuestiones contractuales (por ejemplo, en el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", y el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada") en la medida en que se refieren a asuntos que tal vez convendría abordar en la legislación.

9. La *Guía* abarca una amplia variedad de acuerdos de participación público-privada, en particular los que entrañan la obligación del socio privado de diseñar,

construir, mantener y explotar obras o sistemas nuevos, o de rehabilitar, modernizar, ampliar, mantener y explotar obras o sistemas que ya existen. Esas obras o sistemas de infraestructura pueden ser explotados por el socio privado para prestar servicios u ofrecer bienes al público, pueden abrirse al uso público bajo el control del socio privado o pueden ser utilizados también por la administración pública para atender sus propias necesidades o como apoyo a la prestación de un servicio público. La *Guía* abarca tanto las APP en que el sector privado recupera su inversión mediante el precio que se cobra al público o a una autoridad pública (o a ambos) por el uso de las obras o sistemas de infraestructura o por los servicios o bienes que generan, como las APP en que solo la autoridad contratante u otro organismo público paga por las obras, los bienes o los servicios ofrecidos en virtud del contrato de participación público-privada. Si bien a veces se coloca en un mismo grupo a las APP y a otras operaciones orientadas a la "privatización" de funciones o bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de las operaciones de "privatización" que no tienen que ver con el desarrollo y la explotación de infraestructura, obras y servicios públicos. Además, en la *Guía* no se abordan los proyectos de explotación de recursos naturales, como los proyectos de extracción de minerales, petróleo o gas en virtud de una "concesión", "licencia" o "permiso" expedido por las autoridades públicas del país anfitrión.

2. *Terminología utilizada en la* Guía

10. En los párrafos que siguen se explican el significado y el uso de ciertas expresiones que aparecen con frecuencia en la *Guía*. En lo que respecta a los términos que no se mencionan a continuación, por ejemplo, los términos de carácter técnico utilizados en textos financieros y de administración de empresas, se recomienda al lector consultar otras fuentes de información sobre el tema, como las *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, preparadas por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)[2].

a) *"Infraestructura pública" y "servicios públicos"*

11. En la presente *Guía*, por "infraestructura pública" se entenderá toda instalación física que, directa o indirectamente, proporcione o albergue servicios esenciales para el público. En diversos sectores pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en ese sentido, que incluyen distintos tipos de obras, equipo o sistemas, como centrales eléctricas y redes de distribución de electricidad (sector de la electricidad); sistemas de comunicación telefónica local y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de las telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de aguas residuales, redes de distribución de agua (sector del agua); instalaciones y equipo de recolección y eliminación de desechos (sector de

[2] Publicación de la ONUDI, núm. de venta: UNIDO.95.6.S, en adelante las *Directrices CET de la ONUDI*.

saneamiento), y obras y sistemas físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, trenes subterráneos, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte). El término "infraestructura" abarca también las obras o sistemas —estén o no abiertos al público y sean o no accesibles para este— que la administración pública u otras autoridades públicas necesiten para sus propias funciones (juzgados, edificios de oficinas) o las obras que alberguen servicios públicos como escuelas, centros de salud o centros penitenciarios.

12. Cada país debe determinar, como cuestión de orden público, qué infraestructuras serán públicas y cuáles serán privadas. En algunos países, por ejemplo, los aeropuertos son propiedad de la administración pública; en otros, estos son de propiedad privada, pero están regulados o sujetos a lo estipulado en un acuerdo concertado con la autoridad pública competente. Los centros médicos y hospitalarios, así como las cárceles y los centros penitenciarios, pueden ser públicos o privados, en función de las preferencias de cada país. Con frecuencia, aunque no siempre, la explotación de la infraestructura del sector eléctrico y de las telecomunicaciones está en manos de entidades privadas, pero la distribución sigue estando a cargo del sector público. En la *Guía* no se expresa opinión alguna sobre el criterio que debe seguir cada país.

13. Los conceptos de infraestructura pública y servicios públicos están muy arraigados en la tradición jurídica de algunos países, y a veces se rigen por un conjunto de normas específicas de derecho público, lo que se conoce como "derecho administrativo" (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 25 a 28). Sin embargo, en otros países, los servicios públicos, si bien están sujetos a una regulación especial, no son considerados intrínsecamente distintos de otros tipos de actividades empresariales. En la presente *Guía*, las expresiones "servicios públicos" y "proveedores de servicios públicos" no deberán interpretarse en el sentido técnico que pueda habérseles asignado en un ordenamiento jurídico determinado.

b) "Alianza público-privada", "(APP)" y expresiones conexas

14. El término "alianza público-privada" (APP) se utiliza en la práctica para referirse a una gran variedad de acuerdos contractuales o empresas conjuntas a través de los cuales el sector público y el sector privado cooperan con un propósito común, y no existe una definición jurídica reconocida internacionalmente que abarque todas las posibles variantes. En la *Guía* se utiliza la expresión APP para referirse específicamente a los acuerdos a largo plazo concertados entre autoridades públicas y entidades privadas que contribuyan a la financiación privada de infraestructuras públicas en el sentido amplio indicado en el párr. 11 *supra*.

15. Las APP no son una nueva categoría especial de contrato público. En realidad, pueden adoptar diversas estructuras contractuales conocidas (contratos de arrendamiento, concesiones, contratos de servicios, contratos llave en mano, contratos de diseño-construcción-financiación-explotación). Los acuerdos de participación público-privada a los que se refiere la *Guía* se pueden dividir en dos grandes categorías. En primer lugar, la *Guía* abarca las APP en que el socio privado explota la infraestructura y cobra un precio al público en virtud de una licencia o "concesión" (véase el párr. 18) otorgada por la administración pública (conocidas también como "APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión"). En segundo lugar, la *Guía* se refiere a las APP en que el socio privado lleva a cabo alguna labor en relación con una obra o instalación (diseño y construcción, reacondicionamiento, ampliación, mantenimiento o gestión y toda otra contribución al respecto) o un sistema de servicios (información o telecomunicaciones, servicios de atención al cliente), pero no cobra ningún derecho directamente al público por su utilización, sino que recibe pagos de la autoridad contratante u otro organismo público ("APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión").

16. Esta última situación se asemeja a lo que en algunos ordenamientos jurídicos se conoce como "alianza para la realización de obras de infraestructura" o "contrato de participación", un mecanismo innovador que permite la contratación de obras o servicios a cambio de pago durante la vigencia del contrato, sin un desembolso inicial de fondos públicos. En virtud de esos acuerdos, el socio privado normalmente se encarga de la financiación y construcción de una obra de infraestructura que, una vez terminada, transfiere a la autoridad contratante o a la entidad que esta designe. Esta modalidad se utiliza fundamentalmente para la construcción de infraestructuras que albergarán un servicio público prestado directamente por la autoridad contratante, en tanto que el socio privado seguirá siendo responsable de la explotación y el mantenimiento de las infraestructuras durante toda la vigencia del acuerdo de participación público-privada. Independientemente del tipo de acuerdo, en la *Guía* generalmente se hace referencia a la autoridad pública que celebra un acuerdo de participación público-privada como la "autoridad contratante" y a la entidad privada que lleva a cabo un proyecto de participación público-privada como el "socio privado". El acuerdo entre la autoridad contratante y el socio privado, en el que se establecen el alcance y las condiciones del proyecto de participación público-privada, se denomina en la *Guía* el "contrato de participación público-privada".

17. Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza a veces el término "sociedad del proyecto" para referirse específicamente a una entidad jurídica independiente creada para llevar a cabo un proyecto de participación público-privada determinado.

c) "Concesión" y expresiones conexas

18. En muchos países, la prestación de un "servicio público" por una entidad distinta de una autoridad pública normalmente requiere un acto de autorización del órgano gubernamental competente. En las leyes nacionales se emplean distintas expresiones para definir esos actos de autorización, y en algunos ordenamientos jurídicos pueden utilizarse diversas expresiones para referirse a los distintos tipos de autorización. Entre los términos comúnmente empleados se cuentan "concesión", "franquicia", "licencia" o "arrendamiento financiero" ("*affermage*" o "contrato de aparcería"). En algunos ordenamientos jurídicos, en particular los de tradición romanista, ciertos tipos de proyectos de infraestructura se clasifican en categorías bien definidas (como "concesión de obras públicas" o "concesión de servicios públicos"). Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza el término "concesión" para referirse en general a este acto de autorización, pero no en el sentido técnico que pueda habérsele atribuido en un ordenamiento jurídico o derecho interno determinado.

19. Cuando el contexto lo requiere, en la *Guía* se utiliza el término "concesionario" para referirse específicamente a una entidad que ejecuta un proyecto de infraestructura con arreglo a una concesión otorgada por una autoridad pública del país anfitrión. En la presente *Guía* no se utilizan otras expresiones que tal vez se empleen en algunos ordenamientos jurídicos para referirse a ciertas formas de acuerdo de participación público-privada, como "acuerdo de concesión" o "contrato de concesión".

d) Referencias a autoridades nacionales

20. En el sentido utilizado en la *Guía*, la expresión "administración pública" comprende las diversas autoridades públicas del país anfitrión a las que se han encomendado funciones ejecutivas o de formulación de políticas en los planos nacional, provincial o local. La expresión "autoridades públicas" se utiliza para referirse, en particular, a entidades del poder ejecutivo o relacionadas con este. Las expresiones "poder legislativo" y "legislador" se utilizan concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país anfitrión.

21. La expresión "autoridad contratante" se emplea generalmente en la *Guía* para referirse a la autoridad pública del país anfitrión a la que incumbe la responsabilidad general del proyecto y en cuyo nombre se adjudica este. Esa autoridad puede ser nacional, provincial o local (véanse los párrs. 71 y 72).

22. La expresión "organismo regulador" se utiliza en la *Guía* para referirse a la autoridad pública a la que se ha conferido la facultad de dictar y hacer cumplir las normas y los reglamentos que rigen el desarrollo y la explotación del proyecto. El organismo regulador puede ser establecido mediante una ley con la finalidad expresa de regular un sector determinado de la infraestructura pública.

e) "Construcción-explotación-traspaso" y expresiones conexas

23. Los diversos tipos de proyectos a que se hace referencia en la presente *Guía* como APP se dividen a veces en varias categorías, en función del tipo de participación del sector privado o del régimen de propiedad de la infraestructura de que se trate, por ejemplo, como se indica a continuación (véase también el análisis de las modalidades de participación del sector privado en las APP en los párrs. 48 a 55):

a) Construcción-explotación-traspaso (CET). Se dice que un proyecto es de CET cuando la autoridad contratante selecciona a un socio privado para que financie y construya una obra o un sistema de infraestructura y confiere a la entidad privada el derecho a mantener o explotar comercialmente dicha infraestructura o sistema durante cierto período, finalizado el cual se transfiere su propiedad a la autoridad contratante;

b) Construcción-traspaso-explotación (CTE). Se dice que un proyecto es de CTE cuando la autoridad contratante selecciona a un socio privado para que planifique, financie, diseñe y construya una obra o un sistema de infraestructura que pasa a ser de propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de su finalización, si bien el socio privado conserva el derecho a mantener y explotar la obra o el sistema de infraestructura durante un período determinado;

c) Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso (CAET) o "construcción-arrendamiento financiero-explotación-traspaso" (CAFET). Se trata de variantes de los proyectos de CET o de CTE en las que, además de las obligaciones y demás condiciones habituales de los proyectos de CET, el socio privado arrienda a la autoridad contratante los bienes físicos en que está situada la infraestructura durante la vigencia del acuerdo y se compromete a mantenerla y explotarla;

d) Construcción-propiedad-explotación-traspaso (CPET). Se trata de proyectos en los que se contrata a un socio privado para que se encargue de la planificación, la financiación, el diseño, la construcción, la explotación y el mantenimiento de una infraestructura determinada, a cambio de lo cual podrá imponer el pago de derechos y otros cargos a los usuarios. En virtud de este acuerdo, la entidad privada es propietaria de la infraestructura y de sus bienes hasta que se traspasen a la autoridad contratante;

e) Construcción-propiedad-explotación (CPE). Esta expresión se refiere a los proyectos en que el socio privado es el propietario permanente de la infraestructura en cuestión y no está obligado a traspasarla a la autoridad contratante.

24. Además de las siglas utilizadas para poner de relieve el régimen de propiedad de que se trata, pueden utilizarse otras para destacar una o varias de las obligaciones del socio privado. En algunos proyectos, las infraestructuras que ya existen se entregan a entidades privadas a efectos de su modernización o reacondicionamiento, explotación y mantenimiento, ya sea en forma permanente o por un período

determinado. Dependiendo de si el socio privado será propietario de la infraestructura en cuestión, los acuerdos correspondientes podrán denominarse acuerdos de "reacondicionamiento-explotación-traspaso" (RET) o "modernización-explotación-traspaso" (MET), en el primer caso, o de "reacondicionamiento-propiedad-explotación" (RPE) o "modernización-propiedad-explotación" (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión "diseño-construcción-financiación-explotación" (DCFE) para subrayar que el socio privado se encargará además de diseñar la infraestructura y de financiar su construcción.

B. Información general sobre las APP

25. En la mayoría de los países que han construido nuevas infraestructuras mediante inversión privada, las APP son un medio importante para responder a las necesidades nacionales en materia de infraestructura. Entre los elementos esenciales de las políticas nacionales cabe citar el nivel de competencia requerido para cada sector de la infraestructura, la forma en que está estructurado el sector y los mecanismos utilizados para velar por el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructuras o servicios públicos. Las políticas nacionales de fomento de la inversión privada en infraestructura suelen estar acompañadas de medidas destinadas a introducir la competencia entre los proveedores de servicios públicos o a impedir el abuso de condiciones monopolísticas cuando la competencia no es factible.

26. Al idear programas destinados a promover la inversión del sector privado en el desarrollo y explotación de la infraestructura y los servicios públicos, varios países han estimado conveniente analizar los supuestos en que se basó el establecimiento de los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones políticas que condujeron a su creación, con miras a:

a) determinar qué actividades conservan aún las características de un monopolio natural; y

b) evaluar la viabilidad y la conveniencia de abrir a la competencia determinados sectores de la infraestructura.

1. Política sobre inversión privada e infraestructura

27. Las medidas que puedan ser necesarias para aplicar una política oficial orientada a promover la competencia en diversos sectores de la infraestructura dependerán esencialmente de la estructura del mercado. Los principales elementos que caracterizan a una estructura de mercado determinada son las barreras económicas, jurídicas, técnicas o de otra índole a la entrada de competidores; el grado de integración vertical u horizontal; el número de empresas que operan en el mercado, y la disponibilidad de productos o servicios sustitutivos.

a) Política de competencia y monopolios

28. El término "monopolio" en sentido estricto se refiere a un mercado con un solo proveedor. Sin embargo, el monopolio puro y la competencia perfecta son los dos extremos del espectro. La mayoría de los mercados de productos básicos o servicios se caracterizan por un grado de competencia que se encuentra entre esos dos extremos. En general, los monopolios pueden clasificarse en monopolios naturales, monopolios legales y monopolios de hecho; cada uno de ellos puede requerir un enfoque normativo diferente:

a) Monopolios naturales. Son actividades económicas que permiten a un solo proveedor abastecer a la totalidad del mercado a un costo inferior al de dos o más proveedores. Esta situación es típica de actividades económicas que entrañan grandes inversiones y costos fijos elevados, pero cuyos costos de producción disminuyen por cada unidad de servicios adicional (por ejemplo, un metro cúbico de agua) para atender un aumento de la demanda. Los monopolios naturales suelen requerir grandes cantidades de inversión fija inicial que hacen difícil que una nueva empresa que no cuente con economías de escala comparables pueda entrar al mercado y ofrecer precios inferiores a los de la entidad titular del monopolio;

b) Monopolios legales. Los monopolios legales se establecen por ley en sectores o actividades que pueden ser o no ser monopolios naturales. Los monopolios de esta última categoría existen únicamente porque se prohíbe la competencia. Las razones que han llevado a muchos países a establecer monopolios legales se han basado generalmente en la consideración de que no es posible atender adecuadamente las necesidades nacionales en materia de infraestructura, tanto en términos de calidad como de cantidad, si se deja la infraestructura al arbitrio del mercado libre;

c) Monopolios de hecho. Los monopolios de este tipo no son necesariamente producto de principios económicos básicos o de disposiciones legales, sino que simplemente pueden deberse a la ausencia de competencia, atribuible, por ejemplo, a la naturaleza integrada de la empresa de infraestructura y a su capacidad para controlar las instalaciones físicas esenciales, excluyendo así a otros proveedores.

29. Los monopolios, aunque a veces se justifican por motivos jurídicos, políticos o sociales, pueden producir efectos económicos negativos. Un proveedor de servicios que opera en condiciones de monopolio normalmente podrá fijar precios superiores a los que cobraría en condiciones competitivas. El exceso de beneficios que se deriva de la ausencia de competencia implica una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores. Se ha comprobado también que los monopolios causan pérdidas netas de bienestar social a la economía porque generan precios inflados a consecuencia de una producción artificialmente baja, una tasa de innovación reducida y esfuerzos insuficientes para reducir los costos de producción. Por otra parte, en particular en los sectores de la infraestructura, puede haber efectos secundarios en otros mercados. (Por ejemplo, la falta de competencia y

eficiencia en el sector de las telecomunicaciones tiene repercusiones negativas que se traducen en un aumento de los costos para la economía en general).

30. A pesar de sus efectos económicos negativos, los monopolios y otras barreras regulatorias a la competencia se han mantenido a veces cuando no se daban las condiciones que favorecen la formación de monopolios naturales. Una de las razones aducidas para conservar los monopolios es que estos pueden utilizarse para promover determinados objetivos de política, como garantizar la prestación de servicios en ciertas regiones o a determinadas categorías de consumidores, a precios bajos o incluso inferiores al precio de costo. Entre los ejemplos de servicios cuyo precio tal vez no cubra los costos se cuentan los servicios vitales de telefonía, agua o electricidad, el transporte a precios reducidos para ciertas categorías de viajeros (por ejemplo, escolares o personas de edad avanzada), así como otros servicios para usuarios de zonas rurales o de bajos ingresos. Un proveedor de servicios monopolísticos logra financiar la prestación de esos servicios mediante "subvenciones cruzadas" internas procedentes de otros servicios rentables prestados en otras regiones o a otras categorías de consumidores.

31. Otra razón citada a veces para conservar los monopolios legales cuando no se dan las condiciones para la existencia de monopolios naturales es la de hacer que el sector resulte más atractivo para los inversionistas privados. Los operadores privados pueden insistir en que se les concedan derechos exclusivos para prestar un servicio determinado a fin de reducir el riesgo comercial de su inversión. Sin embargo, tiene que haber un equilibrio entre ese objetivo y los intereses de los consumidores y la economía en su conjunto. En aquellos países en que se estime necesario conceder derechos exclusivos como incentivo para la inversión privada, tal vez sea aconsejable limitar la competencia, aunque solo en forma temporal (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 21 y 22).

b) Margen para la competencia en diferentes sectores

32. Hasta hace poco, en la mayoría de los sectores de la infraestructura prevalecían las condiciones de monopolio, ya fuera porque el sector era un monopolio natural o porque los obstáculos regulatorios u otras barreras para acceder al mercado u operar en él (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia efectiva. Sin embargo, algunos factores, como los avances tecnológicos y la innovación, la creciente necesidad de financiación de las infraestructuras, los limitados ingresos públicos y la necesidad de desarrollar y explotar las infraestructuras públicas con mayor eficiencia, han ampliado el posible margen para la competencia en los sectores de la infraestructura, lo que ha llevado a los legisladores y reguladores de la mayoría de los países a promover la competencia en varios de esos sectores mediante la aprobación de leyes que prohíben los monopolios y otros obstáculos a la competencia, cambian

la forma en que están organizados los sectores de la infraestructura y establecen un marco regulatorio que fomenta una competencia efectiva. El sector de actividad, el tamaño del mercado y otros factores determinan en qué medida es posible una competencia significativa.

2. Reestructuración de los sectores de la infraestructura

33. En muchos países, el sector privado ha comenzado a participar en el desarrollo de la infraestructura a raíz de la introducción de medidas de reestructuración de algunos sectores. Las medidas legislativas comienzan por lo general con la derogación de las normas que prohíben la participación del sector privado en la infraestructura y la eliminación de los demás obstáculos legales a la competencia que no puedan justificarse por razones de interés público. Sin embargo, cabe señalar que la medida en que un sector determinado puede abrirse a la competencia es una decisión que se toma a la luz de la política económica general del país. Algunos países, en particular los países en desarrollo, pueden tener un interés legítimo en promover el desarrollo de algunos sectores de la industria local y decidir, por lo tanto, no abrir determinados sectores de la infraestructura a la competencia.

34. En las situaciones de monopolio resultantes de prohibiciones legales más que de principios económicos y tecnológicos básicos, la principal medida legislativa necesaria para introducir la competencia es la eliminación de los obstáculos legales existentes. Puede ser necesario reforzar esa medida mediante reglas sobre competencia (como la prohibición de la colusión, los cárteles, la fijación de precios predatorios u otras prácticas comerciales desleales) y mediante supervisión regulatoria (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 37 a 60). En algunas actividades, sin embargo, tal vez no pueda lograrse una competencia efectiva mediante la simple eliminación de los obstáculos legislativos sin adoptar medidas legislativas destinadas a reestructurar el sector de que se trate. En algunos países, los monopolios se han mantenido solo durante el tiempo necesario para facilitar una transición gradual, más ordenada y socialmente aceptable, de una estructura de mercado monopolística a una estructura de mercado competitiva.

a) Desagregación de los sectores de la infraestructura

35. La integración vertical u horizontal[3] de los agentes del mercado, como las empresas del sector de la infraestructura, puede reducir notablemente la competencia en un mercado. Las empresas integradas pueden abusar de su posición en el mercado

[3] La integración vertical es el control común de dos empresas que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción (por ejemplo, un fabricante de equipo eléctrico y una empresa que realiza labores de ingeniería e instala redes eléctricas). La integración horizontal es la fusión de empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción, como dos empresas de transporte.

expulsando a los competidores del mercado o excluyendo de él a otras empresas. Los efectos anticompetitivos de esa situación se agravan con la presencia de elementos monopolísticos en algunos servicios de infraestructura, como la existencia de una única infraestructura ferroviaria o viaria. No obstante, al mismo tiempo, la integración también puede mejorar la eficiencia, de modo que puede fomentar la competencia. Así pues, suele ser necesario hacer un análisis económico en cada caso para establecer si un determinado tipo o nivel de integración es, en conjunto, favorable o perjudicial para la competencia. En cualquier caso, dada la dificultad para que determinados tipos de infraestructura permitan la competencia, en algunos países se ha estimado necesario separar el elemento monopolístico (por ejemplo, la red eléctrica utilizada para suministrar la electricidad) de los elementos competitivos en determinados sectores de la infraestructura (por ejemplo, la producción energética).

36. Sin embargo, los costos y beneficios de esos cambios deben examinarse cuidadosamente. Los costos pueden incluir los relacionados con el cambio en sí (por ejemplo, costos de transacción y de transición, incluidas las pérdidas sufridas por las empresas que pierden beneficios o posiciones protegidas como consecuencia del nuevo sistema) y los resultantes del funcionamiento del nuevo sistema, en particular los costos de coordinación más altos dimanantes, por ejemplo, de la planificación de una red más compleja, la normalización técnica o la reglamentación. Los beneficios, por otra parte, pueden incluir nuevas inversiones, servicios nuevos o mejores, más posibilidades de elección y costos económicos más bajos.

b) Experiencia reciente en los principales sectores de la infraestructura

i) Electricidad

37. Recientemente, se han promulgado en varios países leyes de electricidad que requieren la desagregación del sector eléctrico mediante la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución. En algunos casos, el suministro se distingue además de la distribución, a fin de dejar solo la actividad monopolística (es decir, el transporte de electricidad de uso público a través del cableado) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución no compran ni venden electricidad, sino que solo la transportan a una tarifa regulada. El comercio de electricidad se produce entre los productores o intermediarios, por una parte, y los usuarios, por la otra. En algunos de esos países, la competencia se limita a los grandes usuarios o se está introduciendo gradualmente.

38. En los casos en que los países han optado por abrir a la competencia los sectores de la electricidad y el gas, la nueva legislación aprobada ha organizado la nueva estructura del mercado y establecido la medida en que este se ha de desagregar (lo que a veces incluye el número de proveedores de servicios públicos que se deben crear a partir del monopolio existente) o ha eliminado los obstáculos a la entrada de nuevos proveedores. Las mismas leyes de energía han establecido

también normas específicas sobre competencia, ya sea estructurales (por ejemplo, la prohibición de la propiedad cruzada entre empresas pertenecientes a diferentes segmentos de mercado, como las empresas de producción, transmisión y distribución, o de venta y distribución de gas y electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, normas sobre el acceso de terceros o sobre la prohibición de alianzas o de otros acuerdos colusorios). Para lograr que funcionen los nuevos mercados de la energía se han establecido nuevas instituciones y mecanismos reguladores, como fondos comunes de energía, mecanismos de despacho u organismos reguladores de la energía. Por último, junto con esos cambios, ha sido necesario modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, incluidas las normas que rigen los mercados del petróleo, el gas, el carbón y otras fuentes de energía.

ii) Agua y saneamiento

39. La reforma de la estructura del mercado que se ha introducido más comúnmente en el sector del agua y el saneamiento es la desagregación horizontal. Algunos países han creado varios servicios de abastecimiento de agua donde anteriormente existía uno solo. Esto es una práctica particularmente común, aunque no exclusiva, de los países con redes separadas que no están interconectadas o lo están escasamente. En la práctica se ha comprobado que la desagregación horizontal facilita la comparación del desempeño de los proveedores de servicios.

40. Algunos países han invitado a los inversionistas privados a abastecer de agua a granel a un servicio público o a construir y explotar plantas de tratamiento o de desalinización del agua, por ejemplo. En el marco de esa desagregación vertical, los servicios privados (y las inversiones separadas que requieren) se suministran normalmente por contrato a una empresa de servicio público y no modifican fundamentalmente la naturaleza monopolística de la estructura del mercado, pues las plantas no suelen competir entre sí y, por lo común, no se les permite eludir al servicio público para abastecer a los clientes. Varios países han introducido la competencia en el suministro y transporte de agua a granel; en algunos casos, existen activos mercados de agua. En otras partes, la competencia se limita al agua embotellada o transportada en camiones cisterna, que es más costosa, y a los pozos privados.

iii) Transporte

41. En las medidas de reestructuración adoptadas en diversos países se hace una distinción entre infraestructuras de transporte y servicios de transporte. Las infraestructuras tienen a menudo características de monopolio natural, mientras que los servicios son generalmente competitivos. La competencia en los servicios de transporte debería analizarse no solo dentro de una sola modalidad, sino también entre las distintas modalidades, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y buques suelen competir por los pasajeros y la carga.

42. Con respecto a los ferrocarriles, algunos países han optado por una separación entre la propiedad y la explotación de la infraestructura (por ejemplo, vías férreas, sistemas de señalización y estaciones ferroviarias), por una parte, y los servicios de transporte por ferrocarril (por ejemplo, pasajeros y carga), por la otra. En esos sistemas, la ley no permite que el explotador de la vía férrea explote también los servicios de transporte, cuya explotación está en manos de otras empresas, las cuales compiten con frecuencia entre sí. Otros países han permitido a empresas integradas explotar la infraestructura y los servicios, pero han hecho valer los derechos de acceso de terceros a la infraestructura, derechos que a veces se denominan "derechos de utilización de vía". En esos casos, las empresas de transporte, ya se trate de otra compañía ferroviaria o de una empresa de servicios de transporte, tienen derecho de acceso a la vía férrea en determinadas condiciones y la empresa que controla la vía tiene la obligación de permitir tal acceso.

43. En muchos países, los puertos se administraban hasta hace poco como monopolios del sector público. Al abrir el sector a la participación del sector privado, los legisladores han considerado diferentes modelos. Con arreglo al sistema de puerto arrendador, la autoridad portuaria se encarga de la infraestructura y de la coordinación general de las actividades portuarias; sin embargo, no presta servicios a los buques ni a las mercancías. Con arreglo al sistema de puerto de servicio, una misma entidad se encarga de la infraestructura y los servicios. En el sistema de puerto arrendador puede ser más fácil establecer y mantener la competencia entre los proveedores de servicios (por ejemplo, remolque, estiba y almacenamiento).

44. A veces es necesario modificar también la legislación que rige los aeropuertos para permitir la inversión privada o la competencia entre aeropuertos o dentro de estos. También podría ser necesario examinar detenidamente las vinculaciones entre la explotación del aeropuerto y el control de tráfico aéreo. Dentro de los aeropuertos, muchos países han abierto a la competencia los servicios de asistencia en tierra, abastecimiento de comida y bebida y otros servicios prestados a los aviones, así como los servicios a los pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes y estacionamientos, entre otros. En algunos países se ha confiado a una nueva empresa explotadora la construcción y explotación de una nueva terminal de un aeropuerto existente, creando así una competencia entre terminales. En otros casos se han construido nuevos aeropuertos con arreglo a un proyecto de construcción-explotación-traspaso (CET) y se han traspasado los aeropuertos que ya existían a propietarios privados.

c) Medidas de transición

45. La transición de monopolio a mercado competitivo exige una gestión prudente. Algunos factores políticos, sociales o de otra índole han llevado a algunos países a adoptar un enfoque gradual y escalonado a este respecto. Debido a que la

tecnología y otras fuerzas externas están en constante evolución, algunos países han adoptado reformas sectoriales que pueden acelerarse o ajustarse para tener en cuenta el cambio de circunstancias.

46. Algunos países han estimado que no se debe introducir la competencia de inmediato. En esos casos, la legislación ha previsto derechos de exclusividad temporales, limitado el número de proveedores de servicios públicos o impuesto otras restricciones a la competencia. Esas medidas tienen por objeto dar a la entidad titular del monopolio tiempo suficiente para prepararse para la competencia y ajustar sus precios y, al mismo tiempo, ofrecer al proveedor de servicios públicos incentivos adecuados para la inversión y la expansión de sus servicios. Otros países han adoptado disposiciones que requieren la revisión periódica de esas restricciones (en el momento de examinar los precios, por ejemplo), a fin de determinar si siguen existiendo las condiciones que las justificaban cuando se introdujeron.

47. Otra medida de transición, al menos en algunos países con proveedores de servicios públicos de titularidad estatal, ha sido la reestructuración o privatización del proveedor de los servicios. En la mayoría de los países en que se han privatizado las empresas estatales proveedoras de servicios públicos, la liberalización ha acompañado o precedido en general a las privatizaciones. Algunos países han actuado de otro modo y han privatizado empresas con derechos de exclusividad considerables, con frecuencia para aumentar los beneficios de la privatización. Sin embargo, les ha resultado difícil y a veces muy costoso eliminar, restringir o reducir en una etapa posterior los derechos exclusivos o monopolios que protegían a los proveedores privados o privatizados de servicios públicos.

3. Formas de participación del sector privado en proyectos de participación público-privada

48. Las APP pueden adoptar diversas formas, desde proyectos de infraestructura de propiedad y explotación públicas hasta proyectos plenamente privatizados. La idoneidad de una variante específica para un tipo dado de infraestructura o servicio es una cuestión que deberá considerar la administración pública teniendo en cuenta las necesidades nacionales de desarrollo de infraestructuras y servicios y una evaluación de las formas más eficientes de desarrollar y explotar determinados tipos de infraestructuras y servicios. En un sector determinado puede utilizarse más de una opción.

a) Propiedad y explotación públicas

49. En los casos en que se considere conveniente la propiedad y el control públicos, se puede obtener financiación privada directa y la explotación de las infraestructuras y los servicios con arreglo a principios comerciales creando una entidad jurídica distinta controlada por la administración pública para que sea propietaria del

proyecto y lo explote. Esa entidad puede administrarse como empresa comercial privada independiente, sometida a las mismas normas y principios comerciales que se aplican a las empresas privadas. Algunos países tienen una tradición bien arraigada de explotación de infraestructuras mediante ese tipo de empresas. Abrir el capital de esas empresas a la inversión privada o utilizar la capacidad de esas empresas para emitir bonos u otros valores puede ofrecer una oportunidad para atraer la inversión privada en infraestructuras.

50. Otra forma de lograr la participación privada en las infraestructuras de propiedad y explotación públicas puede ser la negociación de "contratos de servicios", en virtud de los cuales el explotador público contrata con el sector privado actividades concretas de explotación y mantenimiento. La administración pública puede encomendar también una amplia variedad de actividades de explotación y mantenimiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad contratante. En virtud de esa clase de acuerdo, denominado a veces "contrato de gestión", la remuneración del explotador privado puede estar vinculada a su desempeño, generalmente mediante un mecanismo de participación en los beneficios, pero puede también basarse en el pago de una retribución fija, especialmente si las partes tienen dificultades para convenir en un mecanismo de evaluación del desempeño de la empresa explotadora aceptable para ambas.

b) Propiedad pública y explotación privada

51. Otra opción consiste en el traspaso de toda la explotación de las infraestructuras y los servicios públicos a entidades privadas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto período, el derecho a utilizar una infraestructura determinada, prestar los servicios pertinentes y percibir los ingresos generados por esa actividad. La infraestructura puede existir ya o haber sido especialmente construida por la entidad privada de que se trate. Esa combinación de titularidad pública y explotación privada tiene las características esenciales de los acuerdos que en algunos ordenamientos jurídicos se denominan "concesiones de obras públicas" o "concesiones de servicios públicos".

52. En otra forma de APP, la autoridad contratante selecciona a una entidad privada para que explote una infraestructura que ha sido construida por la administración pública o en su nombre, o cuya construcción se ha financiado con fondos públicos. En virtud de ese acuerdo, la empresa explotadora asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho a cobrar por los servicios que presta. En tal caso, la empresa explotadora asume la obligación de pagar a la autoridad contratante una parte de los ingresos generados por la infraestructura, que la autoridad contratante utilizará para amortizar los costos de construcción. Esos acuerdos se denominan en algunos ordenamientos jurídicos "arrendamientos financieros" o "*affermage*" ("contrato de aparcería").

c) Propiedad y explotación privadas

53. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no solo explota la infraestructura, sino que es también propietaria de los bienes relacionados con ella. También en este caso puede haber diferencias sustanciales en la forma en que se tratan esos proyectos en la legislación nacional, por ejemplo, en cuanto a si la autoridad contratante conserva o no el derecho a reclamar la titularidad de la infraestructura o a asumir la responsabilidad de su explotación (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 22 a 28).

54. Cuando una infraestructura se explota en virtud de una licencia pública, la propiedad privada de los bienes físicos (por ejemplo, una red de telecomunicaciones) con frecuencia puede separarse de la licencia para prestar servicios al público (por ejemplo, servicios de telefonía de larga distancia), en el sentido de que la licencia podrá ser retirada por la autoridad pública competente en determinadas circunstancias. Por lo tanto, la propiedad privada de la infraestructura en cuestión no entraña necesariamente un derecho indefinido a prestar el servicio.

55. También existen APP en las que se separa la gestión de la obra de infraestructura de la prestación de servicios al público. Esos tipos de APP se utilizan normalmente para la construcción, ampliación, reacondicionamiento o gestión de infraestructuras utilizadas en sectores no comerciales (es decir, no relacionados con el suministro remunerado de bienes y servicios al público), en relación con actividades públicas menos rentables. En esos acuerdos, la responsabilidad de la prestación del servicio público en sí no se delega en el socio privado, sino que sigue estando en manos de la autoridad contratante o de otra entidad pública. Como el socio privado no cobra una tasa o precio al público por el uso de la infraestructura, la única o principal fuente de remuneración proviene de la autoridad contratante u otra entidad pública.

4. Estructuras y fuentes de financiación para las APP

a) El concepto de financiación en función del proyecto

56. Los proyectos de participación público-privada a gran escala que implican la construcción de nuevas infraestructuras son ejecutados a menudo por sociedades nuevas constituidas expresamente con ese propósito por los promotores del proyecto. Esa entidad nueva, generalmente denominada "sociedad del proyecto", pasa a ser el medio de recaudación de fondos para el proyecto. Debido a que la sociedad del proyecto carece de solvencia acreditada o de un balance establecido en el que los prestamistas puedan confiar, la modalidad de financiación preferida para el desarrollo de nuevas infraestructuras se denomina "financiación en función del proyecto". En una operación de financiación en función del proyecto se concederán

créditos en la medida en que los prestamistas se conformen con recurrir principalmente al flujo de efectivo y a los ingresos del proyecto como fuentes de los fondos con los que se reembolsarán los préstamos concertados por la sociedad del proyecto. O bien no hay más garantías, o bien las que existen cubren únicamente ciertos riesgos limitados. Por esa razón, los activos y los ingresos del proyecto, así como los derechos y las obligaciones que guardan relación con él, se estiman en forma independiente y se separan estrictamente de los activos de los accionistas de la sociedad del proyecto.

57. Se dice que la financiación en función del proyecto se caracteriza también por ser una financiación "sin recurso", debido a que no cabe recurrir a los accionistas de la sociedad del proyecto. En la práctica, sin embargo, los prestamistas rara vez están dispuestos a comprometer las grandes sumas que necesitan los proyectos de infraestructura únicamente sobre la base de los flujos de efectivo o los activos previstos del proyecto. Para reducir el riesgo a que se exponen, los prestamistas pueden incorporar a los documentos del proyecto una serie de acuerdos de garantía secundaria o suplementaria y otros medios de respaldo crediticio aportados por los accionistas de la sociedad del proyecto, la administración pública, los compradores u otros terceros interesados. Esta modalidad se denomina comúnmente "financiación con recurso limitado".

b) Fuentes de financiación de los proyectos de participación público-privada

58. Las fuentes de financiación distintas de la financiación pública tradicional están desempeñando un papel cada vez más importante en el desarrollo de las infraestructuras. En los últimos años, las inversiones en nuevas infraestructuras de varios países han incluido proyectos cuyas fuentes de financiación han sido exclusiva o predominantemente privadas. Los dos tipos principales de financiación son la financiación mediante endeudamiento, que consiste normalmente en préstamos obtenidos en los mercados comerciales, y la inversión en capital social. Sin embargo, hay otras fuentes de financiación.

i) Capital social

59. Son los propios promotores del proyecto u otros inversionistas individuales interesados en adquirir acciones de la sociedad del proyecto los que proporcionan en primer lugar el capital social de las APP. Sin embargo, ese capital generalmente representa solo una parte del costo total de un proyecto de infraestructura. A fin de obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de financiación para satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los promotores de este y otros inversionistas individuales se ven obligados a ofrecer prioridad de pago a los prestamistas y otros proveedores de capital y aceptar, por lo tanto, que su propia inversión solo se recupere una vez que se haya reembolsado la de esos otros proveedores de capital. Por consiguiente, los promotores de los proyectos son los que

normalmente asumen el mayor riesgo financiero. Al mismo tiempo, son los que obtendrán la mayor proporción de los beneficios del proyecto una vez recuperada la inversión inicial. Tanto los prestamistas como la administración pública suelen ver con agrado que los promotores del proyecto inviertan fuertes sumas en capital social, ya que esos fondos ayudarán a reducir la carga del servicio de la deuda sobre el flujo de efectivo de la sociedad del proyecto y servirán de garantía del compromiso de esas empresas con el proyecto.

ii) Préstamos comerciales

60. El capital obtenido en préstamo suele representar la principal fuente de financiación de las APP. Los mercados financieros proporcionan ese tipo de capital fundamentalmente por medio de préstamos concedidos a la sociedad del proyecto por bancos comerciales nacionales o extranjeros, que normalmente utilizan fondos procedentes de depósitos a corto y mediano plazo remunerados por esos bancos a tipos de interés variables. En consecuencia, los préstamos concedidos por los bancos comerciales suelen estar sujetos a tipos de interés variables y, por lo general, tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Sin embargo, si resulta viable y económico, teniendo en cuenta las condiciones de los mercados financieros, los bancos pueden preferir reunir y prestar fondos a mediano y largo plazo a tipos de interés fijos, a fin de evitar exponerse a sí mismos y a la sociedad del proyecto a las fluctuaciones de los tipos de interés durante un largo período y, al mismo tiempo, reducir la necesidad de efectuar operaciones de cobertura de riesgos. Generalmente, los prestamistas otorgan préstamos comerciales a condición de que el pago de esos préstamos tenga prelación sobre el pago de cualquier otra obligación del prestatario. Por lo tanto, se considera que los préstamos comerciales son préstamos "no subordinados" o "privilegiados".

iii) Deuda "subordinada"

61. El tercer tipo de financiación utilizado normalmente para esos proyectos son los préstamos "subordinados", llamados también a veces capital intermedio. Esos préstamos tienen precedencia sobre el capital social dentro del orden de prelación de los pagos, pero están subordinados a los préstamos privilegiados. Esa subordinación puede ser general (es decir, de rango generalmente inferior al de cualquier crédito privilegiado) o específica, en cuyo caso en los acuerdos de préstamo se indica expresamente el tipo de deuda a la que están subordinados. Los préstamos subordinados suelen concederse a tipos de interés fijos, normalmente superiores a los de los créditos privilegiados. Como instrumento adicional para atraer ese capital, o a veces como alternativa a la fijación de tipos de interés más altos, se puede ofrecer a las entidades que conceden préstamos subordinados la posibilidad de participar directamente en las ganancias de capital mediante la emisión de acciones u obligaciones preferentes o convertibles, que a veces dan opción a suscribir acciones de la sociedad del proyecto a precios preferenciales.

iv) Inversionistas institucionales

62. Además de los préstamos subordinados otorgados por los promotores del proyecto o por instituciones financieras públicas, se puede obtener deuda subordinada de empresas de financiación, fondos de inversión, compañías de seguros, planes de inversión colectiva (por ejemplo, fondos mutuos), fondos de pensiones y otros inversionistas denominados "institucionales". Esas instituciones disponen normalmente de grandes sumas para inversiones a largo plazo y pueden constituir una importante fuente de capital adicional para las APP. Los principales motivos para que acepten el riesgo de facilitar capital para proyectos de participación público-privada son la perspectiva de remuneración y el interés en diversificar la inversión.

v) Financiación de los mercados de capitales

63. También se recurre a los mercados de capitales para financiar proyectos de participación público-privada. Se pueden recaudar fondos colocando acciones preferentes, bonos y otros títulos negociables en una bolsa de valores reconocida. Por lo general, la oferta pública de títulos negociables requiere la aprobación de los organismos reguladores y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisdicción que corresponda, como los relativos a la información que debe facilitarse en el folleto de emisión y, en algunas jurisdicciones, la inscripción previa en un registro. Los bonos y otros títulos negociables pueden no tener otra garantía que el crédito general de la entidad emisora o pueden estar garantizados por una hipoteca u otro gravamen sobre un bien determinado.

64. Las empresas de servicios públicos con un historial comercial establecido suelen tener mayor acceso a los mercados de capitales que las empresas especialmente constituidas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carecen de la calificación crediticia requerida. De hecho, varias bolsas de valores exigen que la sociedad emisora cuente ya con un historial acreditado durante un período mínimo antes de que se le permita emitir títulos negociables.

vi) Financiación por instituciones financieras islámicas

65. Otro grupo de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan conforme a normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Uno de los aspectos más destacados de las actividades bancarias realizadas conforme a esas normas es la ausencia de pago de intereses o la imposición de límites estrictos al derecho a cobrar intereses y, por consiguiente, el establecimiento de otras formas de compensación por el dinero prestado, como la participación en los beneficios o la participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las operaciones de sus clientes. Como consecuencia de esas modalidades de funcionamiento, las instituciones financieras islámicas pueden mostrarse más dispuestas que otros bancos comerciales a considerar la posibilidad de participar directa o indirectamente en el capital social de un proyecto.

vii) Financiación por instituciones financieras internacionales

66. Las instituciones financieras internacionales también pueden desempeñar un papel importante como proveedores de préstamos, garantías o capital social a las APP. Varios proyectos han sido cofinanciados por el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o los bancos regionales de desarrollo, que promueven vigorosamente las APP como forma de llevar a cabo esos proyectos.

67. Las instituciones financieras internacionales también pueden desempeñar un papel fundamental en la formación de "consorcios" para la concesión de préstamos al proyecto. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales de préstamos en virtud de los cuales pasan a ser el único "prestamista oficial" de un proyecto, actúan por cuenta propia o por cuenta de los bancos participantes y asumen la responsabilidad de tramitar los desembolsos de los participantes y de recaudar y distribuir posteriormente los pagos del préstamo recibidos del prestatario, ya sea en virtud de acuerdos expresos o sobre la base de otros derechos inherentes a su condición de acreedor privilegiado. Algunas instituciones financieras internacionales pueden proporcionar también capital social o capital intermedio, invirtiendo en fondos de los mercados de capitales especializados en valores emitidos por empresas de explotación de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden ofrecer garantías frente a diversos riesgos políticos, lo que puede facilitar a la sociedad del proyecto la tarea de recaudar fondos en el mercado financiero internacional (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 87 a 98).

viii) Respaldo de los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones

68. Los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden respaldar el proyecto mediante préstamos, garantías o una combinación de ambas cosas. La participación de esos organismos puede presentar una serie de ventajas, como tipos de interés inferiores a los aplicados por los bancos comerciales y préstamos a más largo plazo, a veces a tipos de interés fijos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 99 a 101).

ix) Financiación pública y privada combinadas

69. Además de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras públicas nacionales o multilaterales, en algunos casos se han combinado fondos públicos con capital privado para financiar proyectos de participación público-privada. Esos fondos públicos pueden provenir de ingresos públicos o de deuda soberana. Pueden combinarse con fondos privados como inversión inicial o como pagos a largo plazo, o adoptar la forma de subsidios o garantías oficiales. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por la administración pública, a través de la participación de esta en el capital social de la sociedad del proyecto, reduciendo así la cuantía de capital social y de capital

obtenido en préstamo que habrá de obtenerse de fuentes privadas (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 66 y 67).

5. Principales partes involucradas en la ejecución de proyectos de participación público-privada

70. Las partes en un proyecto de participación público-privada pueden variar considerablemente en función del sector de que se trate, la modalidad de participación del sector privado y los acuerdos que se suscriban para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se describen las partes principales que intervienen en la ejecución de un proyecto típico de participación público-privada que implica la construcción de infraestructuras nuevas y que se lleva a cabo con arreglo a la modalidad de "financiación en función del proyecto".

a) Autoridad contratante y otras autoridades públicas

71. En la ejecución de una APP suelen intervenir varias autoridades públicas del país anfitrión, a nivel nacional, provincial o local. La autoridad contratante es el principal órgano encargado del proyecto dentro de la administración pública. Además, la ejecución del proyecto puede requerir la participación activa (por ejemplo, para expedir licencias o permisos) de otras autoridades, además de la autoridad contratante, situadas en el mismo nivel o en niveles diferentes de la administración pública. Esas autoridades desempeñan una función esencial en la ejecución de las APP.

72. La autoridad contratante u otra autoridad pública suele definir el proyecto con arreglo a sus propias políticas de desarrollo de infraestructuras en el sector de que se trate (véase, en general, el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos") y determina el tipo de participación del sector privado que permitiría explotar con más eficiencia la infraestructura en cuestión (véanse los párrs. 48 a 55 *supra*). A partir de ese momento, la autoridad contratante dirige el proceso que culmina en la adjudicación del contrato al socio privado seleccionado (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos"). Además, durante todo el ciclo del proyecto, la administración pública tal vez tenga que prestar diversas formas de apoyo —legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero— a fin de que la infraestructura se construya satisfactoriamente y se explote en forma adecuada (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 56 a 86). Por último, en algunos proyectos la administración pública puede pasar a ser el propietario definitivo de la infraestructura.

b) La sociedad del proyecto y los promotores del proyecto

73. Las APP suelen ser ejecutadas por una empresa conjunta que comprende empresas de construcción e ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en pasar a ser los principales contratistas o proveedores del proyecto. En la presente

Guía las empresas que participan en esa empresa conjunta se denominan "promotores" del proyecto. Esas empresas tendrán una participación intensiva en el desarrollo del proyecto durante su fase inicial, y su capacidad de cooperar entre sí y lograr la participación de otros socios fiables será esencial para la conclusión de la obra en plazo y en forma. Además, la participación de una empresa con experiencia en la explotación del tipo de infraestructura que se construirá es un factor importante para la viabilidad a largo plazo del proyecto. Cuando los promotores establecen una entidad jurídica independiente, como sucede en la mayoría de los proyectos, pueden participar también en el proyecto otros inversionistas en el capital social (generalmente inversionistas institucionales, bancos de inversiones, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces la administración pública o una empresa pública) que no colaboran en alguna otra forma en él. La administración pública alienta en ocasiones la participación de inversionistas locales cuando se exige que la sociedad del proyecto se constituya con arreglo a las leyes del país anfitrión (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 13 a 20).

c) Prestamistas

74. Los riesgos a que están expuestos los prestamistas cuando se trata de financiación en función del proyecto, tanto si es financiación sin recurso como si es financiación con recurso limitado, son considerablemente superiores a los riesgos de las operaciones convencionales. Ello es aún más cierto cuando el valor de garantía de los bienes físicos de que se trata (por ejemplo, una carretera, un puente o un túnel) es difícilmente realizable, porque no hay un "mercado" en el que esos bienes puedan venderse fácilmente, o cuando estos constituyen un obstáculo para su recuperación o readquisición. Esa circunstancia afecta no solo a las condiciones en que se conceden los préstamos (por ejemplo, el costo normalmente más alto de la financiación en función del proyecto y las numerosas condiciones para la financiación), sino también a la disponibilidad de fondos, una cuestión práctica.

75. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto de participación público-privada, generalmente los préstamos se organizan en forma de préstamos "sindicados", en los que uno o varios bancos asumen la dirección de la negociación de la documentación financiera en nombre de las demás instituciones financieras participantes, principalmente bancos comerciales. Normalmente, los bancos comerciales que se especializan en préstamos a determinados sectores no están dispuestos a asumir riesgos que no conocen (en el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 23 a 45, figura un análisis de los riesgos del proyecto y la asignación de riesgos). Por ejemplo, a los prestamistas a largo plazo tal vez no les interese conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de infraestructuras. Por lo tanto, cuando se trata de proyectos a gran escala generalmente participan diferentes prestamistas en las distintas fases del proyecto. A fin de evitar las controversias que pudieran derivarse de la adopción de medidas

contradictorias por los distintos prestamistas o las controversias entre los prestamistas por el pago de sus préstamos, los prestamistas que conceden préstamos para proyectos de envergadura a veces lo hacen con arreglo a un acuerdo de préstamo común. Cuando se conceden diversos créditos con arreglo a distintos acuerdos de préstamo, los prestamistas habitualmente negocian lo que se denomina un "acuerdo entre acreedores". Por lo general, el acuerdo entre acreedores contiene disposiciones que tratan de cuestiones como el desembolso de los pagos, a prorrata o con arreglo a un orden de prelación; las condiciones necesarias para declarar que ha habido incumplimiento y acelerar el vencimiento de los créditos, y la coordinación de la ejecución de las garantías otorgadas por la sociedad del proyecto. Los elementos principales de la protección jurídica que requieren los prestamistas se examinan también en el capítulo IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", sección E (Garantías reales), subsección 2 (Garantías reales sobre activos intangibles), y en el capítulo VII, "Otros ámbitos del derecho", sección B (Otros ámbitos pertinentes del derecho), subsección 3 (Garantías reales).

d) Instituciones financieras internacionales y organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones

76. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación y de promoción de la inversión tienen problemas generalmente del mismo orden que los demás prestamistas del proyecto. Además, están especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no sean contrarias a determinados objetivos de política de esas instituciones y organismos. Las instituciones financieras internacionales están dando cada vez más importancia a las repercusiones ambientales de los proyectos de infraestructura y a su sostenibilidad a largo plazo. Los métodos y procedimientos aplicados para seleccionar al socio privado también serán examinados detenidamente por las instituciones financieras internacionales que concedan préstamos al proyecto. Muchas instituciones financieras mundiales y regionales y organismos nacionales de financiación del desarrollo han establecido directrices u otros requisitos que rigen la contratación pública con fondos facilitados por ellos, lo que se refleja normalmente en sus acuerdos de préstamo modelo (véase también el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 17; véase también la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública).

e) Aseguradores

77. Por lo general, un proyecto de infraestructura requerirá que se suscriban un seguro de daños que cubra la planta y el equipo, un seguro de responsabilidad civil y un seguro de accidentes laborales. Otros tipos de seguros son el seguro de interrupción de la actividad, el seguro de interrupción de los flujos de efectivo y el seguro de sobrecostos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP; marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 128 y 129). Por lo general, esos

tipos de seguro pueden contratarse en los mercados comerciales, aunque tal vez sea difícil obtener seguros comerciales respecto de ciertos acontecimientos extraordinarios que escapan al control de las partes (por ejemplo, guerras, revueltas, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado de los seguros privados desempeña un papel cada vez más importante en la cobertura de determinados tipos de riesgos políticos, como la denuncia de contrato, el incumplimiento por una autoridad pública de sus obligaciones contractuales o la exigencia injusta de garantías independientes. En algunos países, los aseguradores ofrecen pólizas de seguro globales con el fin de evitar que ciertos riesgos no queden cubiertos debido a discrepancias entre las distintas pólizas de seguro. Además de los aseguradores privados, ciertas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y la Corporación Financiera Internacional, los bancos regionales de desarrollo o los organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones pueden ofrecer garantías frente a los riesgos políticos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 87 a 101).

f) Expertos y asesores independientes

78. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en diversas etapas de las APP. Las empresas con experiencia suelen complementar sus propios conocimientos técnicos contratando los servicios de expertos y asesores externos, como expertos financieros, asesores jurídicos internacionales o firmas de arquitectos o ingenieros consultores. Los bancos mercantiles y de inversión actúan a menudo como asesores de los promotores de proyectos para los acuerdos de financiación y la formulación del proyecto que se ha de ejecutar, actividad que, aunque esencial para la financiación del proyecto, es muy distinta de la financiación en sí. Los expertos independientes pueden asesorar a los prestamistas del proyecto, por ejemplo, evaluando los riesgos de este en el país anfitrión de que se trate. También pueden prestar asistencia a las autoridades públicas en la preparación de estrategias de desarrollo para determinados sectores de la infraestructura y en la formulación de un marco jurídico y regulatorio adecuado. Además, los expertos y asesores independientes pueden prestar asistencia a la autoridad contratante en la preparación de estudios de viabilidad y otros estudios preliminares, la formulación de solicitudes de propuestas o de modelos de condiciones y especificaciones contractuales, la evaluación y comparación de las propuestas o en la negociación del contrato de participación público-privada.

79. Además de las entidades privadas, varias organizaciones intergubernamentales (por ejemplo, la ONUDI y las comisiones regionales del Consejo Económico y Social) e instituciones financieras internacionales (por ejemplo, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo) tienen programas especiales que les permiten prestar ese tipo de asistencia técnica directamente a la administración pública o ayudar a esta a encontrar asesores calificados.

I. Marco jurídico e institucional general

A. Observaciones generales

1. Las APP son una de las opciones de que dispone la administración pública para desarrollar la infraestructura o para adquirir las obras o los sistemas necesarios para la prestación de servicios públicos o para uso de una entidad pública. Se necesita un marco jurídico adecuado para atraer la inversión privada hacia los proyectos que la administración pública considere conveniente ejecutar mediante APP. Tanto los países que consideren la posibilidad de aprobar nuevas leyes como los países donde ese marco jurídico ya existe deben velar por que las leyes y los reglamentos pertinentes estén redactados con claridad, respeten los principios fundamentales de la buena gobernanza y el desarrollo sostenible y sean exhaustivos y, al mismo tiempo, lo suficientemente flexibles para responder a los objetivos y políticas de desarrollo de la infraestructura del país y seguir el ritmo de las novedades tecnológicas y de los mercados en los diversos sectores relacionados con la realización de obras de infraestructura. El presente capítulo trata de algunas cuestiones generales que los legisladores nacionales deberían tener en cuenta al establecer o revisar el marco jurídico de las APP con el fin de lograr esos objetivos. En la sección B (párrs. 2 a 28) se examinan los principios rectores y las opciones disponibles para la adopción de un marco jurídico para las APP; la sección C (párrs. 29 a 36) se refiere a la autoridad para llevar a cabo proyectos de APP, y en la sección D (párrs. 37 a 60) se ofrece un panorama general de los arreglos institucionales y de procedimiento para la regulación de los sectores de infraestructura.

B. Principios rectores y opciones para la adopción de un marco jurídico de las APP

2. En la presente sección se examinan los principios rectores generales en los que se debe inspirar el marco jurídico de las APP. Además, se señalan las posibles consecuencias que puede tener el derecho constitucional del país anfitrión para la ejecución de algunos de esos proyectos. Por último, la presente sección se ocupa brevemente de las opciones disponibles respecto del nivel y el tipo de instrumento que tal vez sea necesario promulgar y su ámbito de aplicación.

1. Principios rectores generales de un marco jurídico de las APP

3. En los Objetivos de Desarrollo Sostenible se expresa el compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de, entre otras cosas, "desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos"[1]. El marco jurídico de las APP es uno de los instrumentos normativos que los países pueden utilizar para llevar a cabo su estrategia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos, y debería formularse y aplicarse de tal forma que sea consecuente con la estrategia del país y propicie el logro de sus objetivos.

4. Por lo tanto, al considerar la posibilidad de promulgar leyes y reglamentos para hacer posibles las APP o al examinar la idoneidad del marco jurídico existente, los legisladores y los organismos reguladores nacionales tal vez deseen tener en cuenta algunos principios internacionalmente reconocidos sobre buena gobernanza y desarrollo sostenible. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha reconocido "la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos, generar inversiones y facilitar la actividad empresarial"[2]. Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[3], que goza de adhesión casi universal, los Estados partes se comprometen a formular y aplicar o mantener en vigor "políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas". Estos y otros principios orientados más concretamente a obtener el máximo beneficio de las APP, y que han inspirado la adopción de medidas legislativas en diversos países, se examinan brevemente en los párrafos que siguen.

[1] "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" (resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015), Objetivo 9.1.

[2] "Reconocemos la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos, generar inversiones y facilitar la actividad empresarial, y, a este respecto, encomiamos la labor que realiza la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con objeto de modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional" (Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012).

[3] La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

a) Interés público

5. Debido a que las APP son un medio para aplicar las estrategias y políticas de los países en materia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos, el marco jurídico que las rige debe promover y proteger el interés público. En el contexto de las APP, el interés público se refiere, por una parte, a los intereses de la administración pública como proveedora y reguladora de la infraestructura y los servicios públicos y, por la otra, como comprador, usuario y posible propietario o explotador de las obras o sistemas de infraestructura creados en virtud de una APP o como parte en el contrato de participación público-privada. Los legisladores deben tener debidamente en cuenta cada uno de esos aspectos. Aunque en la *Guía* la atención se centra en la función de la autoridad contratante como parte en el contrato de participación público-privada (la cual se examina extensamente, en particular, en el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", y en el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada"), se presta atención también a la función de la administración pública en su calidad de reguladora de la infraestructura y los servicios públicos (véase, en particular, el presente capítulo, párrs. 37 a 60, así como de administradora y fideicomisaria de los bienes y recursos públicos (véase, en particular, el cap. III, "Adjudicación de contratos").

6. Por otra parte, el interés público en el contexto de las APP se refiere también a los intereses de los ciudadanos y las empresas como usuarios de la infraestructura, como consumidores y usuarios de los servicios o los bienes que esta genera o como beneficiarios de los servicios públicos que se prestan con el apoyo de las obras o sistemas de infraestructura desarrollados en virtud de las APP. Por último, se refiere a las comunidades que podrían verse directamente afectadas por el desarrollo o la ejecución del proyecto, en particular en los grandes proyectos de infraestructura. Desde ese punto de vista, el marco legislativo de las APP debe tener en cuenta el régimen regulatorio específico del sector de infraestructura o de servicios de que se trate y coordinarse con él (véanse, en particular, el presente cap., párrs. 37 a 60, y el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 88 a 106), y también las normas generales sobre protección del consumidor (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 50 y 51).

b) Transparencia

7. Un marco jurídico transparente se caracteriza por contener normas claras y fácilmente accesibles y procedimientos eficientes para su aplicación. La transparencia de las normas y los procedimientos administrativos hace que exista previsibilidad, lo que permite al sector privado estimar los costos y los riesgos de una inversión y, por lo tanto, ofrecer las condiciones más ventajosas. La transparencia de las normas y los procedimientos administrativos también puede fomentar la

apertura mediante disposiciones que exijan la publicación de las resoluciones administrativas y, cuando proceda, impongan la obligación de declarar las razones que les sirven de fundamento, y de divulgar otra información de interés general. La transparencia ayuda además a proteger contra la adopción de medidas o decisiones arbitrarias o indebidas por parte de la autoridad contratante o sus funcionarios y contribuye así a fomentar la confianza en el programa de APP del país.

8. La existencia de normas y procedimientos transparentes ofrece un marco para el ejercicio de la discrecionalidad en la ejecución de proyectos de participación público-privada. Ese marco limita el ejercicio de la discrecionalidad, cuando proceda, y permite que se pueda controlar y, en caso necesario, deducir oposición a ese ejercicio. La transparencia de las normas y los procedimientos administrativos es un elemento esencial para promover la rendición de cuentas por las medidas o decisiones adoptadas por la administración pública, lo que fomenta la integridad y la confianza pública. La transparencia del conjunto de normas y procedimientos administrativos que gobiernan la planificación y ejecución de proyectos de participación público-privada facilitará la evaluación del programa de APP de un país y de los distintos proyectos que comprende y su comparación con los resultados que se desee obtener.

9. Es necesario que las normas y los procedimientos administrativos sean transparentes durante todo el ciclo de vida de los proyectos de participación público-privada, desde su planificación y formulación hasta la explotación de la infraestructura y la prestación de los servicios a los ciudadanos. Un marco jurídico transparente de las APP puede disponer, por ejemplo, la publicación de las decisiones más importantes sobre la ejecución de los proyectos, incluida la justificación de la elección de una APP en un caso concreto a la luz de los resultados del examen y evaluación obligatorios del proyecto por la autoridad contratante (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 1 a 4 y 5 a 22). La transparencia en la adjudicación de los contratos de participación público-privada es particularmente importante, y en relación con ello se destacan en la *Guía* cinco aspectos principales, a saber, la divulgación pública del marco jurídico; la publicación de las oportunidades de proyectos; la elaboración y publicación previas de las principales condiciones del contrato en relación con las cuales se han de evaluar las ofertas; el desarrollo visible del proceso de conformidad con las normas y los procedimientos prescritos, y la existencia de un sistema que permita vigilar que se cumplan las normas aplicables y exigir su cumplimiento si es necesario (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 14 a 16, 27, 75, 76 y 133 a 143). En cuanto a la explotación de la infraestructura, para que esta sea transparente se requiere, entre otras cosas, que la autoridad contratante o el organismo regulador divulgue información específica sobre el socio privado, como estados financieros o informes de ejecución (véanse los párrs. 15 a 49; véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 103 y 104).

c) Equidad, estabilidad y previsibilidad

10. El requisito de que el marco jurídico de las APP sea equitativo, estable y previsible está estrechamente relacionado con el principio de transparencia. Las leyes y los reglamentos son los instrumentos de que se valen los Estados para regular y garantizar la prestación de servicios públicos a sus ciudadanos. Al mismo tiempo, son el medio de que disponen los proveedores de servicios públicos y sus clientes para proteger sus derechos. Un marco jurídico equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces contrapuestos) de la administración pública y de los proveedores de servicios públicos y sus clientes, y procurar lograr un justo equilibrio entre ellos. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a recibir servicios adecuados (tanto en lo que atañe a la calidad como al precio), la responsabilidad de la administración pública de garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios esenciales y su función en la promoción del desarrollo de la infraestructura nacional son solo algunos de los intereses que merecen ser debidamente reconocidos en la ley.

11. La existencia de un marco jurídico estable es especialmente importante para las APP, habida cuenta de que normalmente los proyectos de infraestructura son de duración prolongada. Los socios privados deben poder prever y evaluar los riesgos y los posibles cambios que se produzcan en el ciclo de vida del proyecto a fin de movilizar los recursos necesarios y tomar las medidas que se requieran para mitigar las consecuencias de los riesgos previstos. La autoridad contratante y también el público deberían poder confiar en la continuidad de los servicios y las condiciones en las que estos se prestan. Indudablemente, es necesario que el marco jurídico de las APP pueda adaptarse para atender las necesidades cambiantes (véase el párr. 28; véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 88 a 102). Sin embargo, las modificaciones injustificadas, inoportunas o arbitrarias de las leyes y los reglamentos desestabilizan el desempeño del socio privado, debilitan la confianza mutua que se necesita para que la APP dé buen resultado y, a la larga, ponen en peligro los objetivos y las políticas de la administración pública en materia de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos.

12. La estabilidad del marco jurídico de las APP contribuiría a que las resoluciones administrativas o judiciales que se dictasen sobre la adjudicación y ejecución de proyectos de participación público-privada fueran más previsibles, lo que tendría efectos positivos para todas las partes interesadas. El socio privado, por ejemplo, podría planificar y gestionar el proyecto de manera más eficiente si pudiera basar sus decisiones en el resultado que previsiblemente tendrían los diversos procedimientos administrativos necesarios durante la ejecución del proyecto (permisos de construcción y zonificación, inspecciones técnicas o decisiones sobre regulación). La propia autoridad contratante podría verse afectada por las consecuencias de las decisiones de otras autoridades y también se beneficiaría si el proceso fuera

previsible. También para el público resultaría tranquilizador contar con un sistema que le permitiera prever, por ejemplo, que las decisiones tomadas en relación con las condiciones necesarias para la prestación del servicio público, cuando ese fuera el objeto de una APP, seguirían un patrón previsible, conforme a las leyes y los reglamentos aplicables, en lugar de responder a consideraciones extrínsecas. La existencia de normas racionales y claras es una condición esencial para garantizar la previsibilidad, como también lo son la eficiencia de los procedimientos administrativos y las calificaciones y la capacitación de los responsables de hacer cumplir el marco jurídico.

d) Gestión adecuada, integridad y rendición de cuentas

13. Según el tipo de proyecto o la naturaleza de la obra o el sistema de que se trate, una APP podría entrañar la gestión de bienes públicos, el desembolso de fondos públicos, o ambas cosas. Por consiguiente, es esencial que en las leyes y los reglamentos aplicables se establezcan salvaguardias adecuadas para impedir la mala gestión, la apropiación indebida u otras formas de gestión inadecuada de los fondos o bienes públicos. La mayoría de las disposiciones a tal efecto se encuentran en las leyes y los reglamentos que rigen la propiedad pública, los procedimientos administrativos y los controles presupuestarios y contables y en las leyes penales (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 55 a 57). En todo caso, habida cuenta de la magnitud de algunos proyectos de participación público-privada, la administración pública deberá cerciorarse de que las leyes administrativas y penales pertinentes serán aplicables a las APP y que no se hará uso indebido de las APP para eludir controles. En lo que respecta a las leyes específicas sobre APP o sobre sectores de infraestructura en los que se pueden concertar APP, es importante velar por que las disposiciones sobre la planificación de las APP, la adjudicación de contratos, el contenido de estos y la explotación de la obra o el sistema de infraestructura promuevan las mejores prácticas en materia de gestión de bienes y fondos públicos y no contengan lagunas jurídicas que propicien las conductas indebidas.

14. Estrechamente vinculada a la necesidad de evitar la mala gestión de los fondos o bienes públicos se encuentra la necesidad de velar por la integridad de la adjudicación y la ejecución de los contratos de participación público-privada. También en este caso correspondería normalmente a otros órganos legislativos establecer normas sustantivas que preserven la integridad en forma de disposiciones penales, normas de derecho administrativo y códigos de conducta. Una cuestión fundamental para promover la integridad es la necesidad de evitar los conflictos de intereses durante todas las etapas principales de las APP, desde la planificación y la licitación hasta la finalización de un proyecto. La magnitud de muchos de los proyectos de participación público-privada, su duración, que suele ser prolongada, y la necesidad de una interacción constante entre los funcionarios gubernamentales, los agentes de la autoridad contratante y los empleados o agentes del socio

privado pueden crear innumerables oportunidades de soborno, extorsión y otras prácticas corruptas y fomentarlas. Es esencial velar por que los funcionarios de la autoridad contratante no se beneficien directa ni indirectamente del proyecto ni de su trato con el socio privado. El socio privado tampoco debería ejercer una influencia indebida sobre ningún funcionario involucrado en el diseño, la selección, la ejecución o la regulación de los proyectos. Se deberían establecer salvaguardias apropiadas durante el diseño de los proyectos mediante la realización de estudios independientes (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 22 y 49 a 52), la adjudicación de los contratos mediante procedimientos competitivos (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 85, 86, 92, 103 y 104) y un seguimiento y vigilancia adecuados durante la explotación (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 103 y 104). Además de los daños económicos y financieros, las prácticas corruptas en las APP pueden tener graves consecuencias negativas para el público en general, en particular en los casos en que la APP entraña la prestación de un servicio público o la gestión de una obra de infraestructura utilizada por el público. En efecto, las prácticas corruptas suelen terminar por generar una tolerancia indebida a la relajación de las exigencias en lo que respecta a la seguridad o la calidad, lo que puede ser causa de accidentes o entrañar otros riesgos que pueden causar daños a los bienes o poner en peligro la salud o la vida de los ciudadanos.

15. Para implantar un sistema eficaz para mantener la integridad es indispensable contar con un sistema eficaz de rendición de cuentas. También en este caso se prevé que los mecanismos esenciales se encuentren en otros ámbitos del derecho, en particular el derecho penal y administrativo y las normas que rigen la investigación y el enjuiciamiento de las causas penales (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 55 a 57). Las leyes y los reglamentos que se refieren específicamente a las APP pueden promover la rendición de cuentas estableciendo requisitos apropiados en lo que respecta a la presentación y divulgación de información, así como la posibilidad de que la autoridad contratante u otro órgano público competente realice una auditoría de las cuentas o solicite de algún otro modo al socio privado, conforme a razón, la información pertinente (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 103 y 104).

e) Economía y eficiencia

16. En el marco jurídico y regulatorio, incluidos los procesos presupuestarios y de consignación de créditos, se deberían establecer las condiciones necesarias para que los proyectos de participación público-privada sean económicos y eficientes durante todo su ciclo de vida (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 44 a 46). Se deberá exigir a la autoridad contratante que, antes de proceder a la selección de una entidad asociada del proyecto, lleve a cabo una

planificación y evaluación de la viabilidad del proyecto rigurosas y que examine, en particular, la medida en que la APP optimiza el uso de los recursos para lograr los efectos previstos del proyecto de que se trate (es decir, una prueba de la relación entre calidad y precio). Solo se debe seguir adelante con los proyectos de participación público-privada si esos análisis demuestran, por ejemplo, lo siguiente: *a)* que el proyecto ofrece una relación óptima entre el costo, el tiempo y otros recursos y la calidad del objeto del proyecto; *b)* que, si está estructurado como APP, el proyecto ofrecerá el nivel necesario de servicios a un menor costo en dinero, en tiempo y en otros recursos, sin reducir la calidad de esos servicios, que si hubiera sido otro tipo de proyecto, y *c)* que una APP brindará un nivel de servicios mejor que el requerido o que logrará una mejor rentabilidad de la inversión en el proyecto en relación con el costo en dinero, en tiempo y en otros recursos que si se hubiera optado por otro tipo de proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 6 a 16).

f) Sostenibilidad a largo plazo

17. Son objetivos importantes de la política de desarrollo de la infraestructura de un país velar por la prestación a largo plazo de los servicios públicos, mejorar constantemente la calidad de la infraestructura y lograr la sostenibilidad económica, ambiental y social. Las APP son uno de los instrumentos que puede utilizar el país para aplicar su política y, por lo tanto, las leyes y los reglamentos que se refieren específicamente a las APP deberían contribuir a promover esos objetivos. Para que los proyectos de infraestructura sean sostenibles, en particular cuando se llevan a cabo como APP, es imprescindible que haya una planificación y preparación adecuadas. Entre las medidas positivas, desde una perspectiva de política general, se cuentan la formulación de un plan maestro de desarrollo de la infraestructura, incluidos los servicios públicos, y el establecimiento de sectores, proyectos o tipos de proyecto prioritarios basándose en consideraciones socioeconómicas y teniendo en cuenta las consecuencias financieras, los efectos sobre el desarrollo sostenible y otros factores pertinentes.

18. Para planificar y preparar cada proyecto adecuadamente es preciso hacer una cuidadosa selección del tipo de proyecto en función de la capacidad financiera y de otra índole de la autoridad contratante (es decir, si será un proyecto de contratación y explotación públicas o un tipo determinado de APP). Si los cálculos de las ventajas o los costos que tendría un modelo de APP son poco realistas, es probable que no se cumplan las expectativas de desarrollo de la infraestructura mediante APP, lo que debería evitarse en lo posible mediante una planificación y evaluación cuidadosas de los proyectos en las etapas iniciales (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos ", párrs. 5 a 22). En efecto, una planificación deficiente o una mala concepción de las normas o los procedimientos puede dar lugar a acuerdos contractuales o de regulación inadecuados para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura pública, limitar severamente la eficiencia en

todos los sectores de la infraestructura, reducir la calidad de los servicios y aumentar los costos para la administración pública o los usuarios. Desde un punto de vista legislativo, es importante cerciorarse de que el país anfitrión tenga la capacidad institucional necesaria para llevar a cabo las diversas tareas encomendadas a las autoridades públicas facultadas para concertar APP en todas las etapas de implementación (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 46 a 55). Una de las formas en que la administración pública puede determinar si sus instituciones están preparadas para encargarse de proyectos de participación público-privada es llevar a cabo una evaluación de su capacidad en materia de inversiones públicas, incluido un examen de las instituciones encargadas de la planificación nacional y sectorial, la preparación de presupuestos de inversión, la selección y evaluación preliminar de proyectos y la gestión y supervisión de la ejecución de proyectos, así como un examen de los procedimientos aplicables. Para que los proyectos de participación público-privada sean sostenibles es esencial que todos los recursos institucionales y administrativos de un país sean eficientes, por lo que los países podrían tal vez considerar la posibilidad de utilizar instrumentos adecuados que reflejen las mejores prácticas a fin de evaluar la idoneidad de esos recursos para garantizar la gestión sostenible de los proyectos de participación público-privada[4].

g) Competencia

19. Otra medida para aumentar la sostenibilidad a largo plazo de las APP en el contexto de una política nacional de infraestructura es lograr un justo equilibrio entre la apertura a la competencia y el monopolio de la explotación de la infraestructura y la prestación de servicios públicos. La competencia puede reducir los gastos globales y permite disponer de proveedores de servicios esenciales de respaldo. En ciertos sectores, la competencia también ha contribuido a incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, a que se tengan más en cuenta las necesidades de los clientes y a obtener servicios públicos de mejor calidad, mejorando así el entorno empresarial en todos los sectores de la economía (véase también "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 27 a 44).

20. En lo que respecta a las leyes y los reglamentos directamente relacionados con las APP, la competencia tiene dos dimensiones. Por una parte, el margen para la competencia que existe en el sector o actividad de que se trate es uno de los elementos que la autoridad contratante deberá examinar en la etapa de planificación del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 21 y 22). La evaluación que realice la autoridad contratante servirá de base

[4] El Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, ha elaborado una herramienta de evaluación de la gestión de la inversión pública (PIMA) para ayudar a los países a evaluar la solidez de las prácticas de gestión de la inversión pública (véase https://infrastructuregovern.imf.org/content/PIMA/Home/PimaTool/What-is-PIMA.html, en inglés únicamente).

para determinar si el socio privado tendrá derecho exclusivo a explotar la infraestructura o a proporcionar los servicios pertinentes en relación con la APP, o si el sector o el mercado podrían beneficiarse de la competencia. Por otra parte, la competencia suele ser uno de los elementos estructurales de los sistemas de contratación pública y tiene por objeto lograr un máximo de economía (o la óptima relación entre calidad y precio) para el sector público. La competencia rigurosa entre los posibles inversionistas y las entidades privadas por la adjudicación de un contrato de participación público-privada puede reducir los gastos globales y otras necesidades de recursos, incrementar la productividad de la inversión en infraestructura, aumentar la capacidad de respuesta a las necesidades de los clientes y obtener así una mejor calidad de los servicios públicos. La competencia puede contribuir a obtener la mejor relación entre calidad y precio en las APP y aumentar las probabilidades de lograr el resultado previsto del proyecto de que se trate. La competencia es además uno de los principios que deberían servir de guía a los sistemas de contratación pública, de conformidad con el art. 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Por consiguiente, en la *Guía* se recomienda enérgicamente el uso de procedimientos competitivos para la adjudicación de contratos de participación público-privada (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 1, 2, 17 y 18). El fomento de la participación de posibles inversionistas y de entidades privadas en las APP es un requisito esencial de la competencia por los contratos de participación público-privada. En los procedimientos de contratación que se recomiendan en la *Guía* se reconoce, sin embargo, que, en el contexto de proyectos de infraestructura complejos, la competencia es más eficaz si se limita el número de participantes. Hay dos razones que justifican esa aparente paradoja: en primer lugar, debido a la complejidad técnica, comercial y financiera de la mayoría de los proyectos de participación público-privada, a la autoridad contratante le resultaría excesivamente engorroso, y le exigiría mucho tiempo y recursos, tener que examinar un número posiblemente elevado de propuestas; en segundo lugar, el elevado costo de la participación en el procedimiento desalienta a las entidades privadas de participar a menos que crean tener probabilidades razonables de adjudicarse el contrato definitivo. Por consiguiente, los procedimientos de contratación recomendados en la *Guía* comienzan con un proceso de búsqueda de un número reducido de posibles socios altamente calificados (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 34 a 50).

2. El derecho constitucional y las APP

21. El derecho constitucional de varios países se refiere a la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. En algunos de esos países se enumeran los sectores de infraestructura y servicios que son responsabilidad del Estado, mientras que en otros se encomienda a los legisladores la tarea de determinar cuáles son esos sectores. En algunas constituciones nacionales, la prestación de ciertos servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades

públicas especialmente creadas con ese propósito. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a contratar a entidades privadas para el desarrollo y la explotación de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países se limita la participación de extranjeros en determinados sectores o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

22. Es importante que los países que deseen recurrir a las APP para desarrollar la infraestructura y los servicios públicos constaten si las normas constitucionales vigentes imponen alguna restricción a la ejecución de proyectos con arreglo a esa modalidad. En algunos países, la incertidumbre sobre el fundamento jurídico de las APP puede retrasar o incluso obstaculizar su implementación. El temor de que las APP puedan contravenir las normas constitucionales sobre los monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha dado lugar a controversias judiciales, lo que ha tenido consecuencias negativas para la ejecución de proyectos de participación público-privada.

23. Es importante además examinar las normas constitucionales relativas al régimen de propiedad de la tierra o de las obras de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países se establecen limitaciones a la propiedad privada de la tierra y de ciertos medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la Constitución dispone que todos los tipos de infraestructura, o algunos de ellos, son de propiedad del Estado. Las restricciones de esa índole pueden ser un obstáculo para la ejecución de proyectos que entrañen la explotación privada, o la explotación y la propiedad privadas, de la infraestructura de que se trate (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 22 a 28).

3. Legislación general y sectorial

24. La ley desempeña un papel fundamental en el fomento de la confianza en las APP. El marco jurídico de las APP comprenderá generalmente una ley o un conjunto de leyes principales y reglamentos o decretos secundarios, normas internas y orientaciones basados en las decisiones de política adoptadas por los legisladores y la administración pública. La ley suele entrañar un compromiso político, otorga derechos específicos y puede constituir una importante garantía de la estabilidad del régimen jurídico y reglamentario al establecer las normas generales con arreglo a las cuales se adjudican y ejecutan los proyectos. Las leyes que rigen la adjudicación y ejecución de los proyectos de participación público-privada, incluidas las leyes sectoriales, generalmente se complementan y deberían coordinarse con las leyes y los reglamentos sobre diversas otras cuestiones, entre ellas las obligaciones internacionales del país en materia tributaria o de protección de las inversiones (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 4 a 6).

25. El derecho constitucional o la práctica legislativa de algunos países pueden requerir la aprobación de disposiciones legislativas específicas para cada proyecto. En otros países con una arraigada tradición de adjudicación de concesiones al sector privado para la prestación de servicios públicos, la legislación general faculta a la administración pública para adjudicar al sector privado cualquier actividad llevada a cabo por el sector público cuyo valor económico permita su explotación por entidades privadas. Una legislación general de ese tipo sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a las cuestiones que sean comunes a las APP de diversos sectores de infraestructura.

26. No obstante, por su propia naturaleza, las leyes de carácter general no suelen ser el medio más indicado para regular las necesidades específicas de cada sector. Incluso en los países que ya disponen de legislación general en la que se abordan cuestiones intersectoriales se ha podido constatar que una legislación sectorial suplementaria permite a los legisladores formular normas que tengan en cuenta la estructura del mercado en cada sector (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 28 a 44). Cabe señalar que en muchos países la legislación sectorial fue aprobada en un momento en que gran parte o incluso la totalidad de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Sería aconsejable que los países interesados en promover la inversión privada en infraestructura examinasen la legislación sectorial vigente para determinar si es adecuada para las APP. Los países que consideren la posibilidad de adoptar una ley general sobre las APP tal vez deseen aprovechar esa oportunidad para revisar y modificar, según corresponda, las leyes sectoriales vigentes a fin de velar por que sean compatibles con la ley general sobre las APP o, de lo contrario, indicar claramente cuál de las leyes prevalecerá en caso de conflicto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 5 a 8).

27. La legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco que regule cada sector de infraestructura (véanse los párrs. 40 a 60). La orientación legislativa es particularmente útil en los países que se encuentran en la fase inicial de creación o desarrollo de su propia capacidad reguladora. Esa legislación representa una valiosa garantía de que los reguladores no tendrán facultades discrecionales ilimitadas para ejercer sus funciones, sino que habrán de supeditarse a los parámetros establecidos por la ley. No obstante, por lo general es aconsejable evitar la promulgación de disposiciones legislativas rígidas o excesivamente detalladas para tratar los aspectos contractuales de la implementación de las APP, ya que esas disposiciones, en la mayoría de los casos, no serían adecuadas para la larga duración de esos proyectos (véanse también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 2 a 4, y el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 2 a 6).

28. Muchos países se han valido de leyes para establecer los principios generales de organización de los sectores de infraestructura y el marco de políticas, institucional y regulatorio básico. Sin embargo, tal vez las leyes no sean el mejor medio de establecer requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos para pormenorizar el régimen de aplicación de las disposiciones generales de la legislación nacional sobre las APP. Se ha determinado que es más fácil adaptar los reglamentos a un cambio del entorno, ya sea que el cambio obedezca a la transición a un régimen de mercado, o a factores externos, como el uso de nuevas tecnologías o la evolución de las condiciones económicas o de mercado. Como se destaca anteriormente en la *Guía* (véase el párr. 11 *supra*), la estabilidad del marco jurídico es esencial para promover la confianza en la política de un país relativa a las APP. Los países que optan por limitar la base legislativa a principios generales y valerse de reglamentos para las cuestiones de detalle deben evitar las modificaciones demasiado frecuentes de los reglamentos o las discrepancias entre los reglamentos y las leyes en que se basan, ya que estas suelen ser fuente de incertidumbre y de controversias en materia de APP (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 131 a 134). Sea cual fuere el instrumento utilizado, la claridad y la previsibilidad son indispensables.

C. Autoridad para establecer alianzas público-privadas

29. El establecimiento de APP puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen expresamente al Estado a encomendar el desarrollo de la infraestructura o el suministro de servicios a entidades privadas. La existencia de una autorización legislativa expresa puede ser una medida importante para fomentar la confianza de los posibles inversionistas, nacionales o extranjeros, en una política nacional de promoción de la inversión privada en infraestructura mediante APP.

1. Organismos autorizados y ámbitos de actividad pertinentes

30. En algunos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad de la administración pública de desarrollar la infraestructura o prestar servicios públicos no se puede delegar sin previa autorización legislativa. Para los países que deseen desarrollar la infraestructura o los servicios públicos mediante APP es especialmente importante que la ley establezca claramente la autoridad para conceder a entidades distintas de las autoridades públicas del país anfitrión el derecho a prestar determinados servicios públicos. Una disposición general de esa naturaleza puede ser particularmente importante en los países en que los servicios públicos son monopolios estatales, o si se prevé confiar a entidades privadas la prestación de ciertos servicios

que solían ser gratuitos para el público (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 41 y 42).

31. Si se promulga una ley general, es recomendable además indicar claramente cuáles son las autoridades públicas o los niveles de la administración que tienen competencia para adjudicar proyectos de infraestructura y para actuar como autoridades contratantes. A fin de evitar demoras innecesarias, es particularmente aconsejable tener normas establecidas que permitan determinar cuáles son las personas u oficinas que están facultadas para contraer compromisos por cuenta de la autoridad contratante (y, si procede, de otras autoridades públicas) en las distintas etapas de negociación y para firmar el contrato de participación público-privada. Es útil tener en cuenta la amplitud de las atribuciones que puedan necesitar las autoridades distintas de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. En lo que respecta a los proyectos en los que intervengan oficinas u organismos de diferente nivel administrativo (por ejemplo, de nivel nacional, provincial o local), puesto que no es posible determinar de antemano todas las oficinas y organismos competentes involucrados, podría ser necesario adoptar otras medidas para velar por que haya una coordinación adecuada entre esas entidades (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 46 a 55).

32. Para mayor claridad, conviene indicar en la legislación general los sectores en los que se podrán adjudicar contratos de participación público-privada. Si eso no se estima factible o conveniente, la ley podría especificar las actividades que no pueden ser objeto de un contrato de participación público-privada (por ejemplo, las actividades relacionadas con la defensa o la seguridad nacionales).

2. Finalidad y alcance de las APP

33. Tal vez convenga que la ley defina el carácter y la finalidad de los proyectos para cuya ejecución se pueden establecer APP en el país. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos de conformidad con el alcance de los derechos y obligaciones del socio privado (por ejemplo, "construcción-explotación-traspaso", "construcción-propiedad-explotación", "construcción-traspaso-explotación" y "construcción-traspaso"). Sin embargo, habida cuenta de la gran variedad de fórmulas que pueden entrar en juego en relación con la inversión privada en infraestructura (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 23 y 24), ese criterio no es aconsejable. Otra posibilidad sería que la ley dispusiera en general que se pueden concertar APP para el desarrollo de cualquier tipo o un tipo específico de infraestructura o servicios públicos. La ley podría aclarar que las APP pueden implicar la prestación directa de servicios al público por el socio privado en virtud de una concesión otorgada por la autoridad competente, o la gestión y explotación de una obra de infraestructura utilizada por la autoridad contratante u otro órgano gubernamental para la prestación de servicios públicos o para

albergar sus propias actividades. La ley podría precisar además que la remuneración del socio privado podría consistir en el derecho a cobrar un precio por la utilización de la obra o los locales o por el servicio o los bienes que genera, o en otro tipo de pago o remuneración convenida por las partes. Por último, sería conveniente que la ley aclarara además que las APP se pueden utilizar para la construcción y explotación de una nueva obra o sistema de infraestructura o para el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de obras o sistemas de infraestructura existentes, o solo para la gestión y prestación de un servicio público.

34. Otra cuestión importante es la naturaleza de los derechos conferidos al socio privado, concretamente la cuestión de si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si el socio privado se enfrentará a la competencia de otros proveedores de obras o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica determinada (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio del país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede referirse al derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente determinado (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de una empresa de transmisión y distribución de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una empresa nacional de comunicaciones telefónicas de larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

35. La decisión de conceder o no derechos exclusivos a un determinado proyecto o categoría de proyectos debería adoptarse teniendo en cuenta la política del país anfitrión respecto del sector de que se trate. Como se indicó anteriormente, el alcance de la competencia varía considerablemente de un sector de infraestructura a otro. Si bien algunos sectores, o segmentos de sectores, presentan características de monopolios naturales, en cuyo caso su apertura a la competencia no suele ser una opción económicamente viable, otros sectores de infraestructura se han abierto con éxito a la libre competencia (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 37 a 44).

36. Conviene, por ello, ser flexible en lo relativo a la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las APP exclusivas, tal vez sea preferible que la ley autorice la concesión de derechos exclusivos cuando se considere que obedece a razones de interés público, como en los casos en que se justifica la exclusividad porque garantiza la viabilidad técnica o económica del proyecto. La autoridad contratante debería indicar las razones para la concesión de exclusividad en la evaluación y los estudios que debe llevar a cabo antes de iniciar el procedimiento de selección del socio privado (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 21 y 22). Las leyes sectoriales también pueden regular la cuestión de la exclusividad de manera apropiada para cada sector.

D. Autoridad para regular los servicios de infraestructura

37. Los proyectos de participación público-privada que implican el suministro directo de bienes o servicios al público por el socio privado ("APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión") a menudo se refieren a sectores o actividades que están sujetos a una regulación especial. El régimen de regulación aplicable puede consistir en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones. Ese marco constituye un importante medio de aplicación de la política oficial en el sector de que se trate (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 25 a 47). En función de la estructura institucional del país de que se trate y de la distribución de competencias entre los diferentes niveles de la administración pública, tal vez sea la legislación provincial o local la que rija algunos sectores de infraestructura, en forma exclusiva o paralelamente con la legislación nacional.

38. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia variedad de cuestiones de orden general y sectorial que pueden variar considerablemente en función de la realidad social, política, jurídica y económica de cada país anfitrión. Aunque algunos de los principales problemas en materia de regulación que surgen en un contexto similar en diferentes sectores (véase, por ejemplo, el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 43 a 50 y 91 a 106) se examinan ocasionalmente en la *Guía*, esta no pretende tratar en forma exhaustiva las cuestiones jurídicas o de política que se derivan de la regulación de los diversos sectores de infraestructura. El término "organismos reguladores" se refiere a los mecanismos institucionales necesarios para aplicar y supervisar las normas que rigen las actividades de las empresas explotadoras de infraestructura. Debido a que las normas aplicables a la explotación de obras de infraestructura suelen permitir cierto grado de discrecionalidad, se necesita un órgano que las interprete y aplique, supervise su cumplimiento, imponga sanciones y solucione las controversias que se deriven de su aplicación. Las funciones de regulación concretas y el grado de discrecionalidad que implican se determinarán en las normas en cuestión, las cuales pueden variar considerablemente.

39. La *Guía* parte del supuesto de que un país que decide autorizar la implementación de APP en cualquiera de esos sectores se ha cerciorado de que cuenta con las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y los recursos humanos necesarios para hacerlo. No obstante, como ayuda a los órganos legislativos nacionales que consideren necesario y conveniente establecer organismos reguladores que se encarguen de supervisar la prestación de servicios públicos, en la presente sección se examinan algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que puedan presentarse a ese respecto. El análisis que figura en la presente sección ilustra las distintas opciones que se han utilizado en las medidas legislativas

internas para establecer un marco que regule las APP, pero eso no significa que en la *Guía* se promueva el establecimiento de un modelo o estructura administrativa en particular. Se puede obtener información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros a establecer un marco regulatorio adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

1. Competencia sectorial y mandato de los organismos reguladores

40. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o intersectorial. Los países que han optado por un enfoque sectorial han decidido en muchos casos incluir en un solo marco de regulación a más de un sector o subsector estrechamente vinculados entre sí (por ejemplo, un organismo regulador común del gas y la energía, o de los aeropuertos y las líneas aéreas). Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base intersectorial, en algunos casos con un único organismo regulador para todos los sectores de infraestructura y en otros con un organismo encargado de los servicios públicos (agua corriente, energía, gas, telecomunicaciones) y otro para los medios de transporte. En algunos países, la competencia de los organismos reguladores también puede abarcar varios sectores de una determinada región.

41. Los organismos reguladores a los que se asigna un sector particular suelen fomentar el desarrollo de mayores conocimientos técnicos en ese sector. La regulación por sector puede facilitar la elaboración de normas y prácticas mejor ajustadas a las necesidades del sector en cuestión. No obstante, la decisión entre una regulación por sector y otra transectorial dependerá en parte de la capacidad regulatoria del país. Los países con experiencia y conocimientos técnicos limitados en materia de regulación de infraestructuras pueden estimar preferible reducir el número de estructuras independientes y tratar de conseguir economías de escala.

42. Las leyes por las que se establece un mecanismo de regulación suelen señalar una serie de objetivos generales en los que debería inspirarse la labor de los organismos reguladores, tales como fomentar la competencia, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, estimular la eficiencia del sector o de los proveedores de servicios públicos, velar por su viabilidad financiera, salvaguardar el interés público o el cumplimiento de las obligaciones de los servicios públicos y proteger los derechos de los inversionistas. Fijar uno o dos objetivos dominantes sirve para precisar el mandato de los organismos reguladores y para establecer prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. Asimismo, la claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad al organismo regulador.

2. Mecanismos institucionales

43. Existe una gran variedad de mecanismos institucionales para regular los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a órganos de su administración pública (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer organismos reguladores autónomos, independientes de la administración pública. Algunos países han decidido someter ciertos sectores de la infraestructura a una regulación autónoma e independiente, dejando otros bajo tutela ministerial. A veces, las facultades pueden ser también compartidas entre un organismo regulador autónomo y la administración pública, como ocurre con frecuencia respecto de la concesión de licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar las funciones regulatorias mediante acuerdos institucionales que garanticen la eficiencia del organismo regulador, teniendo en cuenta la tradición política, jurídica y administrativa del país.

44. La eficiencia del régimen regulatorio reside, en la mayoría de los casos, en la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia. Esto requiere, a su vez, que los organismos reguladores sean capaces de adoptar decisiones sin injerencia ni presiones impropias de las empresas explotadoras de infraestructura y los proveedores de servicios públicos. Con ese fin, las disposiciones legislativas de varios países exigen que el proceso de adopción de decisiones sobre regulación sea independiente. Para alcanzar el deseado nivel de independencia, es aconsejable separar las funciones regulatorias de las operativas, eliminando las funciones regulatorias que aún queden en manos de los proveedores de servicios públicos y confiándolas a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. Esa independencia se complementa con medidas para evitar los conflictos de intereses, como prohibir que el personal del organismo regulador ocupe cargos, acepte regalos, celebre contratos o tenga ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales.

45. Esto lleva a una cuestión conexa, que no es sino la necesidad de reducir al mínimo el riesgo de que las decisiones sean adoptadas o influidas por una entidad que sea además propietaria de empresas que operen en el sector regulado, o por un órgano que actúe por motivos más políticos que técnicos. En algunos países se ha juzgado oportuno dotar al organismo regulador de cierta autonomía frente a los órganos de la administración pública. La independencia y la autonomía no deberían considerarse únicamente desde el punto de vista de la ubicación institucional de la función regulatoria, sino también de su autonomía funcional (es decir, la disponibilidad de recursos financieros y humanos suficientes para desempeñar correctamente sus cometidos).

3. Atribuciones de los organismos reguladores

46. Los organismos reguladores pueden gozar de facultades decisorias y de facultades de asesoramiento activo o meramente consultivas, así como de una combinación de unas y otras según cual sea el objeto a regular. En algunos países se dotó inicialmente a los organismos reguladores de facultades limitadas que luego se fueron ampliando a medida que los organismos fueron demostrando su profesionalidad e independencia. En la legislación se especifica a menudo cuáles serán las facultades que competen a la administración pública y cuáles al organismo regulador. Se necesita claridad a este respecto a fin de evitar confusiones o conflictos innecesarios. Los inversionistas, así como los consumidores y demás partes interesadas, deben saber a quién acudir con sus peticiones, solicitudes o reclamaciones.

47. Por ejemplo, en muchos países la selección de los proveedores de servicios públicos es un proceso en el que interviene la administración pública, así como el propio organismo regulador. Si la decisión de adjudicar un proyecto se fundamenta en un criterio general de carácter más político que técnico, como suele suceder en el contexto de la privatización de infraestructura, a menudo la responsabilidad recae, en última instancia, en la administración pública. Ahora bien, si los criterios para la adjudicación son de índole más técnica, como suele suceder en un régimen liberal de adjudicación de licencias de servicios de telecomunicaciones o de generación de energía, muchos países encomiendan estas decisiones a un organismo regulador independiente. En otros casos, la administración pública tal vez haya de obtener el dictamen previo del organismo regulador para poder adjudicar un contrato. Por otra parte, algunos países excluyen toda intervención directa de los organismos reguladores en el proceso de adjudicación por estimar que ello podría afectar al modo en el que después desempeñarán su función regulatoria respecto de la prestación del servicio de que se trate.

48. La competencia del organismo regulador se suele extender a todas las empresas que operan en el sector que tenga encomendado, sin distinción alguna entre las empresas públicas y las privadas. Algunos de los instrumentos o facultades regulatorios tal vez sean únicamente aplicables, a tenor de la ley, a los proveedores de servicios públicos que sean dominantes en el sector. Por ejemplo, puede ocurrir que un organismo regulador esté facultado para supervisar los precios que fija la empresa que presta el servicio público o que domina en el sector, pero que se deje libertad a las nuevas empresas competidoras para establecer sus precios.

49. El organismo regulador suele tener que pronunciarse sobre asuntos que abarcan desde funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas sobre la adjudicación de contratos y las condiciones para la certificación del equipo) hasta la adjudicación efectiva de los contratos; la aprobación de contratos o decisiones propuestos por las entidades reguladas (por ejemplo, un calendario o un contrato de

acceso a la red); la definición y supervisión de una obligación de prestar determinados servicios; la supervisión de los proveedores de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la divulgación, en aras de la transparencia, de información financiera específica sobre el socio privado (por ejemplo, su estructura accionarial o el modelo financiero utilizado como hipótesis de base en el proyecto); la determinación o el ajuste del precio; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; las sanciones, y la solución de controversias.

4. Composición, personal y presupuesto del organismo regulador

50. Al establecer un organismo regulador, algunos países han optado por un organismo unipersonal, mientras que la mayoría ha preferido establecer una comisión reguladora. Una comisión tal vez ofrezca mayores salvaguardias contra influencias y presiones indebidas y pueda limitar el riesgo de que se adopten decisiones regulatorias impremeditadas. En los casos en que el organismo regulador está integrado por una sola persona, es posible que este adopte decisiones con mayor rapidez y que sea más sencillo exigirle que rinda cuentas. Para mejorar la gestión del proceso decisorio de una comisión regulatoria se procura que el número de miembros sea reducido (tres o cinco miembros son las cifras habituales). A fin de evitar empates se intenta que el número de miembros sea impar, aunque el voto de la persona que preside la comisión podría ser decisorio en el supuesto de empate.

51. A fin de que el organismo regulador goce de más autonomía puede ser conveniente que participen en su designación diversas instituciones. En algunos países, el jefe o la jefa del Ejecutivo designa a los miembros del organismo regulador entre los nombres de una lista presentada por el parlamento, mientras que en otros, el poder ejecutivo los designa entre los nombres presentados por el parlamento, o por asociaciones de usuarios u otras entidades, o si los designa directamente, ese nombramiento estará sujeto a la aprobación del parlamento. Para ser miembro de un organismo regulador suelen requerirse ciertas calificaciones profesionales mínimas, así como la ausencia de todo conflicto de intereses que pudiera descalificar a una persona para esa función. Los mandatos de los miembros de un organismo regulador pueden estar escalonados a fin de impedir que todos los miembros sean renovados y nombrados por el mismo gobierno; ese escalonamiento favorece además la continuidad del proceso de adopción de decisiones en materia de regulación. Los mandatos suelen tener una duración fija, pueden ser no renovables y podrán ser revocados antes de que expire el plazo del mandato por cierto número de razones (condena penal, incapacidad mental, grave negligencia o abandono del deber). El organismo regulador habrá de actuar frente a profesionales de larga experiencia en el ejercicio de la contabilidad y la abogacía y todo tipo de expertos que trabajan al servicio de la industria regulada, por lo que conviene dotarlo del mismo nivel

de competencia, experiencia y profesionalidad, ya sea directamente o previendo la contratación de servicios de asesoría externos.

52. Disponer de fuentes de financiación estables es decisivo para que un organismo regulador funcione satisfactoriamente. En muchos países, el presupuesto del organismo regulador se financia con la imposición de una tasa o de algún otro derecho a la industria regulada. Esa tasa puede ser fijada en función del volumen de ventas o de facturación de los proveedores de servicios públicos, o ser cobrada como un derecho pagadero por la adjudicación de la licencia, el contrato u otras autorizaciones. En algunos países, el presupuesto del organismo se complementa en la medida necesaria mediante transferencias de índole presupuestaria aprobadas al efecto cada año, si bien esto puede crear un factor de incertidumbre que reste autonomía al organismo.

5. Proceso regulatorio y procedimiento a seguir

53. El marco regulatorio presupone normalmente ciertas reglas de procedimiento que habrán de ser respetadas en el ejercicio de sus facultades por las instituciones que se encargan de las diversas funciones regulatorias. La credibilidad del proceso regulatorio exige transparencia y objetividad, con independencia de que la facultad regulatoria sea ejercida por un ministerio o departamento gubernamental o por un organismo regulador autónomo. Las normas y los procedimientos deben ser objetivos y claros a fin de garantizar la equidad, imparcialidad y oportunidad de la actuación del organismo regulador. En aras de la transparencia, debe exigirse por ley que esas normas y procedimientos sean publicados. Toda decisión regulatoria debe ser motivada y deberá ser publicada o puesta a disposición de los interesados por algún otro medio adecuado.

54. Algunos países exigen una transparencia incluso mayor al exigir por ley que el organismo regulador publique un informe anual sobre el sector que contenga, por ejemplo, las decisiones adoptadas durante el ejercicio de sus funciones, las controversias suscitadas y la forma en que se resolvieron. Ese informe anual puede contener además las cuentas del organismo regulador y su verificación por un auditor independiente. En muchos países se exige además que ese informe anual sea presentado a una comisión parlamentaria.

55. Las decisiones regulatorias pueden afectar a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses del proveedor del servicio público regulado, sus competidores actuales o potenciales y los usuarios comerciales o no comerciales de ese servicio. En muchos países, el proceso regulatorio prevé la apertura de un procedimiento de consulta previa a la adopción de toda decisión o recomendación importante para el sector considerado. En algunos países, esta consulta se tramita en forma de una audiencia pública y en otros se hace a través de documentos de

encuesta en los que se pide a los grupos interesados que formulen sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y otras partes interesadas, cuya opinión debe recabarse antes de adoptar una decisión o recomendación importante. Para mayor transparencia es posible que se hayan de publicar las observaciones, recomendaciones u opiniones formuladas durante el proceso de consulta.

6. Recurso contra las decisiones del organismo regulador

56. Otro importante elemento del régimen regulatorio del país anfitrión son las vías de recurso de que disponen los proveedores de servicios públicos para solicitar que se revisen las decisiones adoptadas por el organismo regulador. Al igual que en el proceso regulatorio en su totalidad, es esencial que haya un alto nivel de transparencia y de credibilidad. A fin de darle credibilidad, la revisión deberá encomendarse a una entidad que sea independiente del organismo regulador que adoptó la decisión inicial, así como de las autoridades políticas del país anfitrión y de los proveedores de servicios públicos.

57. Los recursos presentados contra las decisiones de los organismos reguladores suelen ser competencia de los tribunales judiciales ordinarios, pero en algunos ordenamientos jurídicos son competencia exclusiva de tribunales especiales que conocen únicamente de cuestiones administrativas y que en algunos países no forman parte del sistema judicial. De albergarse inquietudes sobre las vías de recurso (por ejemplo, sobre las posibles demoras o sobre la capacidad de los tribunales judiciales para dictaminar sobre ciertas cuestiones económicas complejas inherentes a las decisiones regulatorias), cabría encomendar la reconsideración a algún otro órgano, al menos en primera instancia, antes del recurso final ante los tribunales administrativos o judiciales. En algunos países, los recursos son examinados por un órgano de supervisión independiente, intersectorial y de alto nivel. Hay también países en donde los recursos son examinados por jurados formados por personas que ejercen funciones judiciales y académicas específicas. Por lo que respecta a los motivos en que podrá basarse un recurso, en muchos casos existen límites, en particular en lo referente al derecho del órgano de apelación a sustituir la evaluación de los hechos efectuada por el órgano cuya decisión esté siendo recurrida por su propia evaluación discrecional.

7. Solución de controversias entre proveedores de servicios públicos

58. Pueden surgir controversias entre socios privados rivales (por ejemplo, dos empresas operadoras de telefonía móvil) o entre socios privados que prestan servicios en distintos ámbitos del mismo sector de infraestructura. El objeto de esas controversias pueden ser las prácticas comerciales desleales (por ejemplo, precios de *dumping*), las prácticas no competitivas incompatibles con la política del país

en materia de infraestructura (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 25 a 36) o el incumplimiento de determinadas obligaciones de los proveedores de servicios públicos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 91 a 104). En muchos países se ha estimado necesario crear un marco jurídico apropiado para la solución de esas controversias.

59. En primer lugar, las diversas partes podrían no haber convenido contractualmente la vía apropiada para la solución de sus controversias. Aun cuando fuera posible establecer una vía contractual, al país anfitrión podría convenirle que las controversias relativas a ciertas cuestiones (por ejemplo, las condiciones de acceso a una determinada red de infraestructura) sean dirimidas por un órgano específico a fin de que haya coherencia en la aplicación de las reglas pertinentes. Además, determinadas controversias entre proveedores de servicios públicos pueden referirse a cuestiones que, a tenor del derecho interno del país anfitrión, no sean dirimibles mediante arbitraje.

60. El derecho interno prevé a menudo vías de recurso administrativas para la solución de controversias entre proveedores de servicios públicos. Por lo general, estos proveedores pueden presentar una reclamación ante el organismo regulador u otra entidad pública encargada de la aplicación de las reglas presuntamente infringidas (por ejemplo, un órgano gubernamental encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones en materia de competencia), entidad que en algunos países está facultada para dictar una decisión vinculante al respecto. Estas vías de recurso, aun cuando sus decisiones sean vinculantes, no impiden necesariamente que las personas afectadas recurran ante los tribunales, si bien en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales pueden estar facultados únicamente para verificar la legalidad de la decisión (por ejemplo, la observancia de las garantías procesales) pero no para pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

II. Planificación y preparación de proyectos

A. Observaciones generales

1. Las APP son uno de los medios que utiliza la administración pública para desarrollar las obras o los sistemas de infraestructura necesarios para prestar un servicio público o respaldar las funciones de una entidad pública. Si se conciben e implementan de manera adecuada, las APP ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de los fondos y otros recursos públicos que se destinan al desarrollo de la infraestructura o a la prestación de servicios públicos. También hacen posible transferir al sector privado una serie de riesgos que ese sector tal vez pueda controlar o atenuar en forma más eficiente o económica que la administración pública.

2. La medida en que los beneficios previstos se materialicen dependerá de diversos factores. Estos son la idoneidad y estabilidad del marco jurídico y regulatorio general (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 10 a 12), la selección de un socio privado calificado (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 6 a 9), la viabilidad técnica y comercial del proyecto, la solidez de los acuerdos contractuales y su idoneidad durante toda la vida del proyecto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 130 a 144). Si bien algunos de los factores que forman esta ecuación tal vez estén fuera del control de las partes, es requisito previo esencial para el éxito de una APP que haya una etapa de planificación y preparación minuciosa, rigurosa y llevada a cabo en forma profesional, en la que se pongan a prueba las hipótesis de los proyectos y se prevean los riesgos y las contingencias durante todo el ciclo de vida de la APP.

3. Por lo tanto, como se indica en la sección B, el marco jurídico de las APP debería exigir un examen obligatorio de las hipótesis del proyecto y proporcionar los mecanismos necesarios para llevarlo a cabo, a fin de que las autoridades competentes puedan determinar con exactitud si una APP es la opción más adecuada para el desarrollo de la infraestructura o la prestación del servicio de que se trate, en lugar de su contratación, financiación y gestión directas por la administración pública (párrs. 5 a 22). En esos estudios preliminares también se deberían analizar los principales riesgos que presentan las APP, incluidas las soluciones contractuales

comunes para la distribución de los riesgos, y el grado de flexibilidad necesario para distribuir los riesgos de los proyectos de manera eficiente (véase la sección C, párrs. 23 a 45). En la sección D (párrs. 46 a 55) se examinan los aspectos institucionales y administrativos de la preparación y coordinación de los proyectos. En la sección E (párrs. 56 a 86) se enuncian las consideraciones de política que la administración pública tal vez desee tener en cuenta al estudiar el nivel de respaldo público directo que se puede prestar a los proyectos de infraestructura, tales como el grado de interés público en la ejecución de un proyecto determinado y la necesidad de evitar que la administración pública asuma obligaciones excesivas y sin límites claros. Por último, en las secciones F (párrs. 87 a 98) y G (párrs. 99 a 101) se describen las garantías y medidas de apoyo que pueden proporcionar los organismos de crédito a la exportación y los organismos de promoción de las inversiones.

4. En otros capítulos de la presente *Guía* se tratan los aspectos relacionados con el régimen jurídico del país anfitrión que son pertinentes para el crédito y el análisis de los riesgos del proyecto. Se remite al lector, en particular, a los capítulos IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada"; V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada"; VI, "Solución de controversias", y VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho".

B. Evaluación del proyecto y opciones

5. Una medida importante para implementar con éxito las APP es exigir que la autoridad pública competente realice una evaluación preliminar de la conveniencia y la viabilidad del proyecto, incluidos los aspectos económicos y financieros, tales como las ventajas económicas previstas del proyecto, el costo estimado y los posibles ingresos que reportará la explotación de la obra de infraestructura, así como las repercusiones sociales y ambientales del proyecto. En particular, en los estudios que prepare la autoridad contratante se deberá indicar claramente qué resultados se espera obtener del proyecto, justificar suficientemente la inversión, proponer una modalidad de participación del sector privado y describir una solución concreta que permita obtener los resultados requeridos. Esos estudios, si se realizan adecuadamente, no deberían servir solo para fundamentar las decisiones de política relativas al tipo de proyecto de participación público-privada y la estructura de los procedimientos de adjudicación de contratos. En efecto, una etapa exhaustiva de evaluación y planificación del proyecto debería tener en cuenta todo el ciclo de vida del proyecto de participación público-privada y sentar la base para la adopción de decisiones esenciales sobre el diseño y la gestión de los contratos (incluidos mecanismos de seguimiento y modificación de los contratos).

1. Relación entre calidad y precio ("economía y eficiencia")

6. Uno de los principales objetivos de todo sistema de adjudicación de contratos públicos, y una preocupación fundamental de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, por ejemplo, es alcanzar un máximo de economía y eficiencia. En la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública* se observa, a este respecto, que por "economía" (que se suele denominar "mayor valor") se entiende una relación óptima entre el precio y otros factores, como la calidad del objeto de la contratación, relación que se basa en el supuesto de que las necesidades de la entidad pública adquirente quedan realmente atendidas. En la contratación pública se entiende por "eficiencia" una relación proporcional entre el costo de la operación y el tiempo de tramitación administrativa de cada contratación y el valor obtenido. El término "eficiencia" también abarca la idea de que los costos del sistema de adjudicación en su totalidad son proporcionales, asimismo, al valor de todos los contratos adjudicados por medio del sistema. En lo que atañe a los proyectos de participación público-privada, los principios de economía y eficiencia se reflejan en el concepto de "relación entre calidad y precio".

7. La obtención de una buena relación entre calidad y precio es un objetivo fundamental de todos los proyectos de participación público-privada. Algunos de ellos se inscriben en el ámbito de aplicación de la ley general de contratación pública, en particular aquellos en que la autoridad contratante se compromete a efectuar pagos directos al socio privado. Otros tipos de proyectos de participación público-privada, sin embargo, no entrañan el desembolso de fondos públicos para el pago de la entidad asociada del proyecto, y la función de la autoridad contratante, como entidad gestora global del proyecto, puede ser muy diferente de la función de la administración pública en la contratación pública tradicional. Esto significa que el concepto de "relación entre calidad y precio" aplicable en las APP tiene un significado más amplio que en el estricto contexto de la contratación pública.

8. En efecto, en el contexto de las APP, en lugar de centrarse en el precio pagado por las obras realizadas o los servicios prestados por el socio privado, la administración pública debe estar en condiciones de demostrar que la ejecución del proyecto como APP no solo es una opción más económica, sino también más eficiente que, por ejemplo, la ejecución mediante la contratación pública de obras o servicios o la explotación pública de la infraestructura o el sistema de servicios. Una mala concepción o un mal diseño de los proyectos de participación público-privada puede conducir a que estos fracasen, se perturbe la prestación del servicio público, se generen sobrecostos o surja el temor de que el sector privado obtenga beneficios indebidos a costa del interés público. Con miras a asegurar la transparencia y la buena gobernanza, la autoridad contratante debe demostrar que la ejecución del proyecto como APP ofrece la mejor relación entre calidad y precio. Por lo tanto,

la ley debería exigir una evaluación exhaustiva de la relación entre calidad y precio como paso obligatorio en el proceso de aprobación de los proyectos propuestos y como condición previa para que la autoridad contratante inicie los preparativos de selección del socio del proyecto.

9. En general, la prueba debería incluir un análisis cuantitativo y cualitativo de los costos, los beneficios y la calidad del proyecto que demuestre de manera concluyente que la ejecución del proyecto como APP es la mejor opción disponible. Se considerará que un proyecto de participación público-privada ofrece una buena relación entre calidad y precio solo si el resultado de la gestión del proyecto como APP es una mejor calidad a un costo más bajo que si se utilizara cualquier otro método o acuerdo para llevar a cabo el proyecto o lograr un resultado comparable. Incluso podría ser conveniente repetir la prueba después del proceso de licitación, a fin de lograr plena coherencia entre el método de cálculo y los resultados (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 30 y 31).

10. La autoridad contratante podrá utilizar diversos instrumentos para realizar una evaluación de la relación entre calidad y precio. Un mecanismo común y ampliamente utilizado es el denominado "comparador del sector público". Esta prueba consiste en una estimación del costo hipotético de un proyecto del sector público durante todo su ciclo de vida si lo llevara a cabo la administración pública. El comparador del sector público utiliza la descripción de los resultados propuesta y la distribución de los riesgos propuesta como base para comparar la opción de APP con un modelo hipotético de los costos del proyecto si lo llevara a cabo el sector público con arreglo a la modalidad más eficiente de ejecución de proyectos que ofreciera el mismo nivel y calidad de servicios que se espera del sector privado, y teniendo en cuenta los riesgos del proyecto durante su ciclo de vida. El punto de partida es normalmente la mejor estimación de los costos de capital y de los gastos de explotación y mantenimiento mientras dure el proyecto si este es ejecutado por el sector público.

11. La metodología para llevar a cabo una prueba de la relación entre calidad y precio y la matriz exacta de factores que deben tenerse en cuenta pueden variar en función de la naturaleza del proyecto y pueden evolucionar con el tiempo. Si existe una autoridad central con facultades de aprobación, coordinación o asesoramiento (véanse los párrs. 46 y 47), el país anfitrión podría considerar la posibilidad de establecer estructuras especializadas que examinen periódica o sistemáticamente la metodología utilizada y establezcan parámetros apropiados para ello. Cabe señalar, sin embargo, que la utilidad y exactitud de una evaluación de la relación entre calidad y precio depende de que se disponga de comparadores del sector público y de la fiabilidad de estos, que puede ser limitada en los países con poca experiencia en materia de APP o de prácticas avanzadas de gestión y contabilidad públicas, como puede ocurrir en algunos países en desarrollo. Por otra parte, algunas

autoridades públicas podrían no tener la capacidad necesaria para realizar un análisis correcto de la relación entre calidad y precio, pues los datos necesarios para llevar a cabo la evaluación podrían ser insuficientes o estar incompletos. Además, la eficiencia de la entidad pública que se utilizará en la comparación influirá de manera considerable en los costos del proyecto, y la autoridad contratante tal vez no posea los conocimientos necesarios para tener debidamente en cuenta el desempeño del sector público como elemento de un análisis comparativo. Esas posibles limitaciones ponen de relieve la importancia de que la autoridad contratante u otros órganos encargados de la planificación de las APP cuenten con los recursos humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo la evaluación. Sería recomendable además que la administración pública se mantuviera al corriente de las normas y orientaciones internacionales vigentes para evaluar adecuadamente la relación entre calidad y precio[1].

12. La estructura de financiación de la mayoría de los proyectos de participación público-privada hace aún más necesario disponer de una confirmación precisa y realista del informe de fundamentación del proyecto. Anteriormente, la financiación mediante endeudamiento del desarrollo de la infraestructura se efectuaba con créditos de los patrocinadores de los proyectos, de organismos multilaterales y nacionales de crédito a la exportación, de fuentes públicas y de otros terceros. Esas fuentes tradicionales han resultado insuficientes para atender a las crecientes necesidades de capital para infraestructura. De hecho, los proyectos de participación público-privada se han venido financiando cada vez con más frecuencia con arreglo a la denominada financiación en función del proyecto.

13. La financiación en función del proyecto es un método de financiación que procura establecer la capacidad crediticia del socio privado "por sus propios méritos", aun antes de que se haya iniciado la construcción de las obras o de que se hayan generado ingresos, y obtener préstamos sobre la base de ese crédito. Algunos comentaristas han observado que la financiación en función del proyecto puede ser la clave para desbloquear las grandes reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados de capitales para la inversión en infraestructura y servicios.

[1] Para apoyar a las administraciones públicas en las primeras fases de la identificación y selección de proyectos aptos para ser ejecutados bajo la modalidad de APP, la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP) preparó un instrumento en línea titulado *PPP qualitative value-for-money toolkit* que permite a los Gobiernos y a las autoridades públicas seleccionar el proyecto de participación público-privada adecuado, sobre la base de la relación entre calidad y precio. El instrumento se puede consultar en la siguiente dirección: www.unescap.org. Véase también Banco Mundial, 2017, *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3, Section 3.2.4 Assessing Value for Money of the PPP,* Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial; Instituto del Banco Mundial; Servicio de Asesoramiento para Infraestructura Pública y Privada, 2013, *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services,* Banco Mundial, Washington, D.C. © Banco Mundial.

Sin embargo, la financiación en función del proyecto tiene características distintivas y exigentes desde un punto de vista financiero. La principal de ellas es que, dentro de una estructura de financiación en función del proyecto, la posibilidad de que las partes financiadoras puedan amortizar su inversión dependerá principalmente de los activos y el flujo de efectivo del socio privado. Si el proyecto fracasa, no podrán recurrir, o solo podrán hacerlo en forma limitada, a los recursos financieros de una empresa promotora o de un tercero (véase también "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 56 y 57).

14. La metodología financiera de la financiación en función del proyecto requiere una proyección precisa de los costos de capital, los ingresos y costos previstos, los gastos, los impuestos y las deudas del proyecto. Con el fin de prever esas cifras con precisión y certeza, y para crear un modelo financiero del proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras de la hipótesis de base correspondientes a los ingresos, costos y gastos del socio privado durante un largo período, generalmente de 20 años o más, para determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá absorber. Para ese análisis es esencial determinar los riesgos y cuantificarlos. Por ese motivo, la determinación, evaluación, distribución y atenuación de los riesgos son esenciales para la financiación en función del proyecto desde el punto de vista financiero. En efecto, la distribución de los riesgos es la base de toda APP, y antes de redactar un contrato de participación público-privada es indispensable comprender cabalmente los acuerdos de distribución de los riesgos. La aplicación adecuada de los principios de distribución de los riesgos es lo que determina si un proyecto de participación público-privada será capaz de atraer financiación y si será sostenible durante todo su ciclo de vida (en la sección C, párrs. 23 a 45, figura una breve exposición de los riesgos más comunes de las APP y un examen general de la distribución de los riesgos).

2. Evaluación de las repercusiones fiscales

15. Otra razón importante para exigir una confirmación exacta y realista del informe de fundamentación del proyecto como condición precedente para que el proyecto siga adelante como APP es la necesidad de evitar gastos imprevistos para el sector público ("riesgo fiscal"). En muchos países, los proyectos de inversión se han llevado a cabo como APP no por razones de eficiencia, sino para eludir las limitaciones presupuestarias y aplazar el registro de los costos fiscales derivados de la prestación de servicios de infraestructura. De ahí que algunas administraciones públicas terminaran llevando a cabo proyectos que o no se podían financiar dentro de sus recursos presupuestarios, o exponían las finanzas públicas a un riesgo fiscal excesivo en forma de pasivo contingente que no se había estimado con exactitud y no se había tenido debidamente en cuenta. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante o cualquier entidad central responsable en general de la política relacionada con las APP (véase el párr. 47) evalúe en esta primera etapa

los posibles costos y riesgos fiscales derivados de un proyecto de APP propuesto, si esa evaluación no es ya parte integrante de la evaluación obligatoria de la relación entre calidad y precio (véanse los párrs. 6 a 14). Una evaluación minuciosa del riesgo fiscal deberá tener en cuenta una amplia variedad de factores que podrían afectar el balance financiero general del proyecto (véanse los párrafos 23 a 36), así como las opciones para distribuir los riesgos por medio de los derechos y obligaciones convenidos en el contrato (véanse los párrs. 37 a 45). Además, a fin de realizar una estimación cabal de los resultados previstos y las consecuencias presupuestarias del proyecto durante todo su ciclo de vida, en la evaluación se deberían tener en cuenta como mínimo las cuatro variables principales siguientes de los proyectos de participación público-privada:

a) El promotor del proyecto: Los efectos de los principales indicadores fiscales (es decir, el déficit y la deuda) varían según cuál sea la entidad pública responsable en última instancia del proyecto (por ejemplo, autoridades centrales o locales, empresas estatales, etc.);

b) Quién controla el activo: La probabilidad y el alcance del nivel de riesgo fiscal varían en función de la capacidad de control que tenga la administración pública sobre el activo físico relacionado con la APP, ya sea mediante propiedad, arrendamiento, derecho de uso u otros derechos;

c) Quién financia en último término la infraestructura: La estructura de financiación del proyecto (es decir, si la administración pública financia la obra o el sistema de infraestructura con fondos públicos, si el socio privado cobra derechos directamente a los usuarios de la obra o el sistema de infraestructura, o si se combinan ambas modalidades) es crucial para evaluar las consecuencias del proyecto sobre los principales agregados fiscales;

d) Si la administración pública proporciona respaldo adicional al proyecto: La administración pública puede financiar los proyectos de participación público-privada directamente, pero también puede respaldarlos por diversos medios, como garantías, capital social, o beneficios fiscales y aduaneros (véanse los párrs. 56 a 86). La evaluación anticipada de las repercusiones fiscales del respaldo público previsto para un proyecto de participación público-privada, incluido el costo de las medidas de apoyo, como la adquisición forzosa de terrenos para la ejecución del proyecto, será esencial para evitar la exposición a obligaciones sin límites claros y garantizar un compromiso de recursos públicos a largo plazo que promueva la sostenibilidad de la estrategia y las políticas de desarrollo de la infraestructura del país.

16. La administración pública puede valerse de métodos e instrumentos diversos para llevar a cabo esa evaluación. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han elaborado un instrumento analítico para ayudar a los Estados a cuantificar las consecuencias macrofiscales de los proyectos de participación público-privada. Destinado a ser utilizado principalmente por las dependencias de APP de

los ministerios de finanzas, el P-FRAM (modelo de evaluación de los riesgos fiscales vinculados a las APP) utiliza programas informáticos estándar para procesar los datos macroeconómicos y sobre proyectos específicos y generar automáticamente resultados estandarizados, entre otros los siguientes: *a)* flujos de efectivo del proyecto; *b)* cuadros y gráficos fiscales tanto en efectivo como en valores devengados; *c)* análisis de la sostenibilidad de la deuda con y sin el proyecto de participación público-privada; *d)* análisis de sensibilidad de los principales agregados fiscales a los cambios en los parámetros macroeconómicos y propios de los proyectos, y *e)* un resumen de la matriz de riesgos del proyecto[2].

3. Evaluación del bienestar y el impacto social

17. El propósito de la prueba de la relación entre calidad y precio es permitir la adopción de una decisión preliminar fundamentada acerca de si la APP es una opción eficiente y económicamente justificable en comparación con otras formas de ejecución de proyectos mediante contratación pública. El hecho de que un proyecto propuesto no pase la prueba de la relación entre calidad y precio no significa necesariamente que el proyecto en sí no sea viable, pero debería llevar a la autoridad contratante a considerar otras opciones que sean más asequibles que una APP. Asimismo, el hecho de que una propuesta de proyecto demuestre una adecuada relación entre calidad y precio no significa necesariamente que valga la pena continuar con el proyecto como APP. La administración pública debe cerciorarse de que el proyecto satisface sus necesidades y estrategias generales de desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos (véase el cap. I "Marco jurídico e institucional general", párrs. 17 y 18), así como sus políticas económicas y sociales más amplias, teniendo debidamente en cuenta los compromisos contraídos para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible.

18. En efecto, la prueba de la relación entre calidad y precio, que es esencial, pone de relieve los parámetros pecuniariamente cuantificables de la buena gobernanza en el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos. A fin de evaluar cabalmente los beneficios —pero también los posibles riesgos— de una APP, la administración pública debería considerar la posibilidad de realizar una evaluación diferente del proyecto. En primer lugar, desde un punto de vista puramente financiero, las autoridades involucradas podrían tal vez calcular los efectos de la disponibilidad de la infraestructura de que se trata, al igual que la rentabilidad fiscal de la inversión, además de la situación del flujo de efectivo. En segundo lugar, dado que los proyectos de participación público-privada son por naturaleza de gran importancia para el público debido a su tamaño y a los servicios que prestan, la autoridad pública debe abordar el impacto social del proyecto durante la fase preparatoria. Se

[2] El P-FRAM (PPP Fiscal Risk Assessment Model) puede consultarse en la siguiente dirección: https://infrastructuregovern.imf.org/content/PIMA/Home/PPPs-and-PFRAM.html.

debe realizar una evaluación para predecir y mitigar las repercusiones negativas y encontrar el modo de aumentar los beneficios para las comunidades locales y la sociedad. Es especialmente importante que la administración pública examine en qué medida el proyecto, sea que se ejecute o no como APP, se ajusta a los Objetivos de Desarrollo Sostenible pertinentes. Se recomienda evaluar en la etapa de planificación del proyecto la sostenibilidad de este y su impacto ambiental, económico y social. Desde el punto de vista de la buena gobernanza y la transparencia, es recomendable además tener en cuenta en esa etapa los intereses de los asociados y partes interesadas no comerciales —posiblemente mediante un mecanismo de consulta adecuado— con el fin de fomentar el apoyo público para el proyecto y de reducir el riesgo de problemas o incluso de litigios en etapas posteriores.

4. Evaluación del impacto ambiental

19. El análisis del bienestar y los efectos sociales de un proyecto debería complementarse con una evaluación exhaustiva de su impacto ambiental. Una evaluación del impacto ambiental debería detectar los riesgos ambientales, integrar cuestiones ambientales en la planificación y el desarrollo del proyecto y promover el desarrollo sostenible. En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se pide expresamente una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, que debe emprenderse "respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente"[3]. Cuando es probable que un proyecto tenga también un "considerable impacto ambiental transfronterizo adverso", se exhorta además a los Estados a "proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados" y a "celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe"[4]. Las evaluaciones del impacto ambiental en relación con proyectos que es probable que tengan un impacto negativo considerable en un contexto transfronterizo, en particular en relación con un recurso compartido, han tenido una aceptación tan amplia entre los Estados que hoy en día podrían considerarse un requisito según el derecho internacional general. Una evaluación del impacto ambiental es un proceso sistemático que busca determinar y evaluar las posibles consecuencias, repercusiones e impacto

[3] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992) (A/CONF/151/26 (vol. I), Anexo I, "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", Principio 17.

[4] *Ibid.*, Principio 19. En algunas regiones, dicha obligación se ha incluido en un marco jurídico basado en un tratado, por ejemplo, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo (Finlandia), 25 de febrero de 1991), negociado bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, pág. 309).

ambiental (y en menor medida también los efectos sociales y económicos) de un proyecto propuesto, de forma que esa información pueda transmitirse a los encargados de adoptar decisiones y otros interesados con el fin de reducir al mínimo, mitigar o eliminar completamente todo posible efecto ambiental adverso que nazca del proyecto de desarrollo propuesto[5]. Los principios de buena gobernanza y transparencia en asuntos ambientales exigen que el proceso de evaluación del impacto ambiental sea abierto e inclusivo, por medio de un mecanismo que garantice el acceso a la información y la participación en el proceso de adopción de decisiones de todos los interesados que puedan verse afectados, de conformidad con las normas internacionales pertinentes[6].

20. La evaluación del impacto ambiental es esencial para garantizar que los proyectos sean sostenibles y no afecten negativamente a las vidas de las personas ni al medio natural (aplicando medidas de mitigación para lograrlo cuando sea necesario). Esa evaluación debería ayudar a tomar conciencia de las consecuencias o los efectos para el medio ambiente de los proyectos propuestos y a determinar vías para mejorar los proyectos, por ejemplo, reduciendo al mínimo los efectos ambientales negativos. A tal fin, la evaluación del impacto ambiental debería examinar y valorar los efectos que el proyecto propuesto podría tener sobre el medio natural, el entorno local y las comunidades locales, así como establecer las medidas necesarias para evitar, reducir o compensar el impacto ambiental tras la ejecución del proyecto. Esas medidas deberían reflejarse en las obligaciones que incumben al socio privado durante las etapas de construcción y explotación (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 85, 91 y 92, respectivamente). Un elemento de la evaluación del impacto ambiental que está adquiriendo cada vez mayor importancia es la valoración de la posible obsolescencia de las instalaciones o de su tecnología y la necesidad de elaborar un plan de desmantelamiento ambientalmente racional e incluir medidas de desmantelamiento en el contrato de participación público-privada (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 68 y 69).

[5] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *An Introduction to Environmental Assessment*, 2015, pág. 23 (http://apps.unep.org/publications/index.php?option=com_pub&task=download&file=011945_en).

[6] Por ejemplo, la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), aprobada en la Cuarta Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" (Aarhus (Dinamarca), 25 de junio de 1998), que se negoció bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, exige a los Estados partes que garanticen los derechos de acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales con miras a contribuir a la protección del derecho de cada persona "de las generaciones presentes y futuras" a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, pág. 447).

5. Efectos sobre la competencia

21. En la etapa de planificación la autoridad contratante deberá considerar, además, hasta qué punto deberá el socio privado obtener derechos exclusivos de explotación de la infraestructura o de prestación del servicio pertinente, o si el socio privado necesitará realmente esa exclusividad como garantía de recuperación de la inversión inicial. Al hacer esa evaluación preliminar se debería tener en cuenta el alcance geográfico de la exclusividad —si esta se concede— y las políticas del país respecto del sector de que se trate (véanse "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 28 a 36, y el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 19, 20 y 24 a 28). La cuestión de la exclusividad desempeñará un papel fundamental en la evaluación de la viabilidad financiera y comercial del proyecto y de sus efectos económicos y sociales. Desde un punto de vista práctico, la exclusividad será una de las principales disposiciones del contrato (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 99 a 102), y también repercutirá en el nivel de respaldo público que pueda necesitar el socio privado (véase la sección E, "Respaldo público", apartado *f)*, "Protección frente a la competencia").

22. La autoridad contratante debería examinar minuciosamente los efectos macroeconómicos y las desventajas que, desde el punto de vista de las políticas, entraña la concesión de derechos exclusivos al socio privado, así como los costos globales en materia de bienestar de la eliminación de la competencia. Dado que es posible que los socios privados tengan gran interés en la exclusividad, el riesgo de colusión y de corrupción en este contexto puede ser especialmente elevado. En las leyes y los reglamentos se podrán establecer parámetros apropiados para la concesión de exclusividad, y en general se deberá exigir a la autoridad contratante que justifique su recomendación favorable a la exclusividad.

C. Riesgos del proyecto y distribución de los riesgos

23. La distribución precisa de los riesgos entre las distintas partes interesadas se decide normalmente después de examinar una serie de factores, como el interés público en el desarrollo de la infraestructura de que se trate y el nivel de riesgo a que se enfrentan el socio privado y otros inversionistas y prestamistas (y la medida de su capacidad y disposición para absorber esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos es fundamental para reducir los costos del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. A la inversa, una distribución inapropiada de los riesgos del proyecto puede comprometer la viabilidad financiera de este o impedir su gestión eficiente, lo que aumenta el costo de los servicios.

24. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de "riesgos del proyecto" se refiere a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la infraestructura por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto.

25. La expresión "distribución de los riesgos" alude a la determinación de cuál de las partes debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto. Ese asunto se suele negociar entre las partes, si bien en los reglamentos, políticas u orientaciones administrativas nacionales a menudo se establecen parámetros para distribuir ciertos riesgos. El acuerdo de las partes a este respecto se refleja después en el contrato de participación público-privada en forma de derechos y obligaciones. Por ejemplo, si el socio privado está obligado a entregar la infraestructura a la autoridad contratante con ciertos elementos de su equipo en buen estado de funcionamiento, el socio privado está asumiendo el riesgo de que el equipo entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever que el socio privado haya de responder por el incumplimiento de una obligación contractual dimanante del contrato de participación público-privada o de la legislación aplicable (por ejemplo, el deber de indemnizar a la autoridad contratante por toda demora en la puesta en marcha de la infraestructura), por ciertas pérdidas (por ejemplo, la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la infraestructura), o por gastos adicionales (por ejemplo, el costo de la reparación o sustitución del equipo defectuoso).

26. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas específicas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Se acostumbra a denominarlas medidas de "atenuación del riesgo". En el anterior ejemplo, el socio privado examinará cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores del equipo y de la tecnología propuesta y podrá exigir de sus proveedores una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. También puede obligarse al proveedor a pagar al socio privado una multa o una indemnización pactada por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo. En algunos casos se puede concertar una serie más o menos compleja de acuerdos contractuales que permitan mitigar las consecuencias de determinado riesgo del proyecto. Por ejemplo, cabe que el socio privado combine las garantías aportadas por el proveedor del equipo con algún seguro comercial que cubra ciertas consecuencias de una interrupción del servicio imputable a algún defecto del equipo.

1. Descripción general de las principales categorías de riesgo

27. A título ilustrativo, en los párrafos siguientes se ofrece una visión general de las principales categorías en que podrían clasificarse los riesgos del proyecto y se dan ejemplos de algunas de las soluciones contractuales utilizadas para distribuirlos o mitigarlos. El lector que desee profundizar en este tema debe consultar otras fuentes de información, como las *Directrices de la ONUDI para proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*[7].

a) Perturbación del proyecto por hechos que están fuera del control de las partes

28. Las partes han de prever el riesgo de que el proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario o imprevisto que esté fuera de su control, sea de índole natural, como los desastres naturales (inundaciones, tormentas o terremotos), sea el resultado de la acción humana, como guerras, disturbios o atentados terroristas. Esos hechos extraordinarios o imprevistos pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o de la explotación de la infraestructura que dé lugar a demoras en la construcción o a pérdidas de ingresos o de otra índole. Ciertos hechos graves pueden dañar físicamente la infraestructura o destruirla de modo irreparable (para un análisis de las consecuencias jurídicas de tales hechos, véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 145 a 154).

b) Perturbación del proyecto por actos adversos de la administración pública ("riesgo político")

29. El socio privado y los prestamistas deben prever el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea perturbada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo de la administración pública o incluso del poder legislativo del país anfitrión. Esos riesgos suelen denominarse "riesgos políticos" y pueden dividirse en tres grandes categorías: riesgos políticos "tradicionales" (por ejemplo, nacionalización de los bienes del socio privado o aumento de la carga fiscal que merme las expectativas del socio privado de amortizar la deuda o recuperar el capital invertido); riesgos "de índole regulatoria" (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia), y riesgos "cuasicomerciales" (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad) (para un análisis de las consecuencias jurídicas de tales actos, véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de

[7] Véase "Introducción e información general sobre proyectos de infraestructura con financiación privada", nota de pie de página 2.

participación público-privada", párrs. 131 a 134). Además de los riesgos políticos imputables al país anfitrión, se ha de considerar también la eventualidad de ciertos riesgos políticos que pueden dimanar de actos de un Estado extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comercial impuestas por las administraciones públicas de los países de origen de los inversionistas.

c) Riesgos de construcción y de explotación

30. Los principales riesgos de la etapa de construcción que deben prever las partes son los siguientes: que la obra no pueda completarse o entregarse en la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); que el costo de la construcción exceda el presupuesto inicial de las obras (riesgo de sobrecosto de la construcción), y que la obra, una vez terminada, no cumpla los parámetros técnicos (riesgo de incumplimiento de los resultados previstos). Durante la fase de explotación, las partes deben prever, a su vez, el riesgo de que la infraestructura no se pueda explotar o mantener con la eficacia requerida para alcanzar la capacidad, los resultados o la eficiencia previstos (riesgo de incumplimiento de los resultados previstos), o que los costos de explotación excedan de lo previsto (riesgo de sobrecosto de explotación). Cabe señalar que los riesgos de las etapas de construcción y de explotación afectarán no solo al sector privado, sino también a la autoridad contratante y a los usuarios del país anfitrión, que pueden verse gravemente afectados por toda interrupción de ciertos servicios o suministros necesarios. Como representante del interés público, la administración pública se preocupará en general por los riesgos para la seguridad de las personas y por los daños ambientales que puede entrañar una mala explotación de la infraestructura.

31. Algunos de estos riesgos pueden ser imputables al socio privado o a sus contratistas o proveedores. Por ejemplo, el sobrecosto de la construcción y la demora en la terminación de la obra pueden ser imputables a prácticas de construcción ineficientes, despilfarros, insuficiencia del presupuesto o falta de coordinación entre los contratistas. El hecho de que la infraestructura no satisfaga los parámetros fijados en cuanto a los resultados previstos puede ser, a su vez, imputable a defectos de diseño, falta de idoneidad de la tecnología o defectos del equipo entregado por los proveedores del socio privado. Los incumplimientos registrados durante la fase de explotación pueden, por su parte, ser imputables a defectos de mantenimiento de la infraestructura o a negligencia en la utilización del equipo mecánico. El sobrecosto de la explotación quizás sea, a su vez, imputable a una gestión inadecuada.

32. Ahora bien, algunos de estos riesgos pueden también ser resultado de determinadas medidas adoptadas por la autoridad contratante, por otras autoridades públicas o incluso por el poder legislativo del país anfitrión. El incumplimiento de los resultados previstos o los sobrecostos pueden ser imputables a la falta de

idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado durante la adjudicación del contrato de participación público-privada. Ciertas demoras y sobrecostos pueden ser también imputables a determinados actos de la autoridad contratante posteriores a la adjudicación del contrato (demoras en la obtención de permisos y autorizaciones, costos adicionales debidos a cambios en las especificaciones dimanantes de una planificación inadecuada, interrupciones ocasionadas por medidas de inspección o demoras en la entrega de los terrenos donde se haya de edificar la infraestructura). Ciertas medidas legislativas o reglamentarias de carácter general, tales como normas de seguridad o laborales más severas, pueden también elevar los costos de construcción o de explotación. Las metas convenidas en materia de producción pudieran no alcanzarse si las autoridades públicas incumplen alguna obligación de entrega de ciertos suministros necesarios (por ejemplo, de electricidad o de gas).

d) Riesgos comerciales

33. Por "riesgos comerciales" se entiende la posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que genera. Toda alteración del precio o de la demanda puede menoscabar gravemente la capacidad del socio privado para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

34. Los riesgos comerciales varían notablemente según el sector y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse mínimos o moderados si el socio privado goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente en virtud de un contrato permanente de compraventa anticipada. Ahora bien, los riesgos comerciales pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen infraestructuras o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en proyectos de carreteras de peaje, ya que estas han de competir con carreteras que no cobran peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de los usuarios a las carreteras exentas de peaje, suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas urbanas que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que resulta aún más difícil prever la utilización de carreteras de peaje nuevas, especialmente las que no se integran en un sistema ya existente de vías de peaje, al no disponerse de ningún punto de referencia relativo al tráfico que sirva de base actuarial para calcular la probabilidad de su utilización.

e) El riesgo cambiario y otros riesgos financieros

35. El riesgo cambiario está vinculado a la posibilidad de que las variaciones de los tipos de cambio alteren el contravalor de los flujos de efectivo del proyecto. Los precios y derechos cobrados a los usuarios o clientes locales serán normalmente abonados en moneda nacional, mientras que el servicio de la deuda y en ocasiones también el equipo o el combustible utilizado habrán de ser abonados en divisas. Ese riesgo puede ser considerable, dado que los tipos de cambio son particularmente inestables en muchos países en desarrollo o países con economías en transición. Además de las fluctuaciones del tipo de cambio, el socio privado tal vez tropiece con una política de control de cambios o un descenso de las reservas de divisas que limiten la disponibilidad local de la moneda extranjera que requiere para el servicio de su deuda o para amortizar la inversión inicial.

36. Otro riesgo a que se expone el socio privado es la posibilidad de que los tipos de interés aumenten, lo que impondría al proyecto costos financieros adicionales. Este riesgo puede ser importante en los proyectos de infraestructura, habida cuenta de las elevadas sumas que se suelen tomar en préstamo y la larga duración de los proyectos, con lo que algunos préstamos se extienden durante un período de varios años. Los préstamos se conceden a menudo a interés fijo (por ejemplo, obligaciones de interés fijo), a fin de reducir el riesgo dimanante de la variabilidad de los tipos de interés. Además, el paquete financiero puede conllevar ciertas salvaguardias contra el riesgo del tipo de interés, por ejemplo, las permutas financieras de tipos de interés o la opción de fijar tipos de interés máximos.

2. Acuerdos contractuales para distribuir y atenuar los riesgos

37. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores para distribuir eficazmente los riesgos del proyecto. Por esta razón, no suele ser aconsejable adoptar disposiciones legales que limiten de manera innecesaria el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto. No obstante, puede ser útil que la administración pública imparta unas orientaciones generales al personal encargado de actuar en nombre de las autoridades contratantes locales, formulando, por ejemplo, unos principios orientadores para la distribución de los riesgos.

38. La orientación práctica impartida en algunos países a las autoridades contratantes suele aludir a ciertos principios generales que deben respetarse en la distribución de los riesgos de un proyecto. Uno de esos principios es el de asignar cada riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y gestionarlo. Otros principios preceptúan que el riesgo sea asignado a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo (por ejemplo, planes de inversión para contrarrestar las pérdidas sufridas en una operación con un beneficio obtenido simultáneamente en otra)

o mayor capacidad para diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, los riesgos suelen distribuirse en función de consideraciones de política (por ejemplo, el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante de resultas de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora de las partes. Además, para distribuir los riesgos del proyecto es importante considerar si la parte a la que se asigna determinado riesgo posee la solvencia financiera requerida para soportar sus consecuencias en caso de que el riesgo se materialice.

39. El socio privado y sus contratistas suelen asumir los riesgos propios de la construcción y explotación de la infraestructura. Por ejemplo, se acostumbra a distribuir los riesgos de terminación de las obras y de sobrecostos, así como otros riesgos propios de la etapa de construcción, al contratista de obras de construcción por medio de un contrato de entrega llave en mano por el que el contratista asume plena responsabilidad por el diseño y la construcción de la infraestructura a tanto alzado, para una determinada fecha y conforme a las especificaciones de funcionamiento estipuladas (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 78). El contratista de obras de construcción estará normalmente obligado a pagar alguna multa o indemnización pactada por toda demora en la terminación de la obra. Además, al contratista se le suele obligar a aportar una garantía de cumplimiento en forma de garantía bancaria o de una fianza. Se suele pedir también a cada uno de los proveedores de equipo que proporcione alguna garantía del buen funcionamiento de su equipo. Las garantías de cumplimiento y de buen funcionamiento dadas por los contratistas y por los proveedores de equipo se complementan a menudo con garantías similares dadas por el socio privado a la autoridad contratante. De igual modo, es frecuente que el socio privado reduzca su propia exposición a los riesgos de explotación concertando un contrato de explotación y mantenimiento con una empresa que se comprometa a alcanzar los resultados convenidos y se haga responsable de toda deficiencia de funcionamiento. En la mayoría de los casos, los arreglos de este tipo suelen ser un requisito esencial para el éxito del proyecto. Los prestamistas buscarán, por su parte, amparo contra las consecuencias de esos riesgos exigiendo que se les ceda el producto del pago de toda fianza depositada en garantía del cumplimiento del contratista. Los acuerdos de préstamo suelen requerir que el producto del pago de las fianzas contractuales sea depositado en una cuenta pignorada en beneficio de los prestamistas (es decir, una cuenta de garantía bloqueada) como salvaguardia contra la apropiación indebida por el socio privado o para evitar que caiga en manos de terceros (por ejemplo, de otros acreedores). Sin embargo, los fondos pagados a título de fianza serán normalmente entregados al socio privado, de ser requeridos para hacer frente a gastos de reparación, explotación o de otra índole.

40. Por otro lado, la autoridad contratante deberá asumir aquellos riesgos que dependan de sus propios actos, como pudiera ser algún defecto de las especificaciones técnicas que haya dado durante el proceso de selección o toda demora

imputable a su impuntualidad en la entrega de los suministros convenidos. Cabe también que la autoridad contratante asuma las consecuencias de toda perturbación imputable a actos de la administración pública, por ejemplo, accediendo a indemnizar al socio privado por toda pérdida de ingresos imputable a alguna medida de control de precios (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 42). Si bien es posible mitigar algunos riesgos políticos mediante un seguro que los cubra, de disponerse de tales seguros para proyectos en el país anfitrión, tal vez no sea posible obtenerlos a un precio aceptable. Por ello, es posible que los inversionistas y prestamistas potenciales acudan a la administración pública para, por ejemplo, obtener alguna garantía de que no se expropiará o nacionalizará el proyecto y de que, de adoptarse esa medida, se indemnizará debidamente al socio privado (véase el párr. 76). Los posibles inversionistas y prestamistas deberán decidir, a la luz de su evaluación del riesgo político del país anfitrión, si participan o no en el proyecto en ausencia de esas garantías o seguridades.

41. La mayor parte de los riesgos del proyecto mencionados en párrafos anteriores caen en mayor o menor medida bajo la esfera de control de una u otra de las partes. Ahora bien, existe una amplia gama de riesgos que dimanan de hechos sobre los que ninguna de las partes tiene control alguno o que son atribuibles a actos de terceros, por lo que será preciso examinar otros principios para la distribución del riesgo.

42. Por ejemplo, es posible que el socio privado crea posible traspasar el riesgo del tipo de interés, junto con el riesgo de inflación, a los clientes o usuarios finales del servicio prestado mediante un aumento de los precios, aunque esto no siempre es posible debido a la situación del mercado o a la imposición de medidas de control de precios. La estructura de precios negociada por el socio privado con la autoridad contratante determinará hasta qué punto el socio privado podrá evitar estos riesgos o si deberá absorber algunos de ellos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 40 a 50).

43. Otra categoría de riesgos que cabe distribuir de una u otra forma son ciertos sucesos ajenos al proyecto que están totalmente fuera del control de las partes, como sería el riesgo de guerra, de disturbios civiles y de desastres naturales. En los proyectos de infraestructura de tipo tradicional efectuados por cuenta del sector público, la entidad pública interesada suele asumir, por ejemplo, el riesgo de que la infraestructura sea destruida por algún desastre natural o eventos similares en la medida en que esos riesgos no sean asegurables. En los proyectos de participación público-privada es posible que la administración pública prefiera que sea el socio privado el que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos a los que pudiera estar expuesto en un determinado país anfitrión, el sector privado no esté dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una única solución aplicable a esta categoría de riesgos y es

frecuente que se concierten arreglos especiales para cada uno de ellos. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que, de producirse algunos de estos sucesos, la parte afectada quedaría exenta de las consecuencias de un incumplimiento del contrato de participación público-privada y prever soluciones contractuales, como sería la prórroga del contrato para compensar por toda demora ocasionada por esos sucesos o incluso alguna forma de pago directo en ciertos supuestos, para paliar algunas de las consecuencias adversas (véanse el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 145 a 154, y el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 9 y 10). Esos acuerdos pueden ser complementados por seguros comerciales que el socio privado deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 128 y 129).

44. Tal vez sea necesario negociar también algún arreglo especial de distribución de los riesgos comerciales. Algunos proyectos de participación público-privada, como los de telecomunicaciones móviles, suelen tener un potencial relativamente alto de recuperación directa del capital invertido y en la mayoría de los casos está previsto que el socio privado lleve a cabo el proyecto sin compartir esos riesgos con la autoridad contratante y sin recibir apoyo de la administración pública. En otros proyectos de infraestructura ejecutados mediante APP, como los del sector eléctrico, el socio privado puede recurrir a acuerdos contractuales con la autoridad contratante o alguna otra entidad pública para reducir su grado de exposición a los riesgos comerciales, negociando, por ejemplo, contratos de compraventa anticipada a largo plazo que garanticen la salida del producto ofrecido a un precio convenido. Los pagos pueden efectuarse mediante el consumo efectivo o la disponibilidad del servicio, o mediante una combinación de elementos de ambas modalidades; la tarifa aplicable suele estar sujeta a cláusulas de revisión de los precios o de indexación que protejan el valor real de los ingresos de todo aumento del costo de explotación de una infraestructura en proceso de envejecimiento (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 58 y 59). Por último, hay ciertos proyectos dependientes de una fuerte inversión de capital con un potencial de recuperación de esta relativamente lento, tales como las redes de suministro de agua y ciertas carreteras de peaje, que el sector privado tal vez se muestre reacio a llevar a cabo sin compartir de algún modo los riesgos con la autoridad contratante, por ejemplo, a través de alguna forma de garantía de ingresos fijos o de un pago convenido en concepto de capacidad de utilización con independencia de su utilización efectiva (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 53 a 57).

45. La distribución de los riesgos finalmente convenida entre la autoridad contratante y el socio privado aparecerá reflejada en los derechos y obligaciones

recíprocos enunciados en el contrato de participación público-privada. Las posibles implicaciones legislativas de ciertas disposiciones que suelen aparecer en acuerdos de proyecto se examinan en otros capítulos de la *Guía* (véanse el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", y el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada"). Las partes negociarán asimismo diversos otros acuerdos para mitigar o redistribuir los riesgos que hayan de asumir (por ejemplo, acuerdos de préstamo, contratos de construcción, suministro de equipo, explotación y mantenimiento, acuerdos directos entre la autoridad contratante y los prestamistas y contratos de compraventa anticipada y de suministro a largo plazo, según los casos).

D. Coordinación administrativa

46. La estructura administrativa del país anfitrión tal vez exija la participación en las APP de varias autoridades públicas, situadas a distintos niveles de la administración. Por ejemplo, la competencia para establecer normas y reglamentos relativos a la actividad de que se trate puede corresponder total o parcialmente a una autoridad pública de un nivel diferente a la que se encarga de prestar el servicio pertinente. También puede ocurrir que la función reguladora y la función operacional correspondan a una sola entidad, pero que la facultad de adjudicar contratos públicos corresponda a una autoridad pública diferente. En el caso de los proyectos en los que hay inversión extranjera, también puede ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan al mandato de un organismo encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

47. La experiencia internacional ha demostrado la conveniencia de encomendar a una dependencia central de la administración del país anfitrión la responsabilidad general de formular políticas y ofrecer orientación práctica sobre las APP. Esa dependencia central también podrá encargarse, además, de coordinar las aportaciones de las principales autoridades públicas con las que deba colaborar el socio privado. Sin embargo, se reconoce que un acuerdo de ese tipo tal vez no sea posible en algunos países debido a su estructura administrativa particular. Cuando no sea factible establecer esa dependencia central, podrían considerarse otras medidas a fin de que haya un nivel adecuado de coordinación entre las diversas autoridades públicas interesadas, como se indica en los párrafos siguientes.

1. Coordinación de las medidas preparatorias

48. Una vez definido el futuro proyecto y tras haber decidido que la APP propuesta es la mejor opción para su ejecución, corresponde a la administración pública establecer la prioridad relativa del proyecto y asignar recursos humanos y de otra índole para su ejecución. En ese momento es conveniente que la autoridad

contratante examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto, con vistas a determinar cuáles son las principales autoridades públicas cuya colaboración será necesaria para la ejecución del proyecto. También es importante en esta etapa considerar qué medidas pueden ser necesarias para que la autoridad contratante y las demás autoridades públicas involucradas cumplan las obligaciones que quepa razonablemente prever en relación con el proyecto. Por ejemplo, la administración pública tal vez tenga que adoptar con antelación disposiciones presupuestarias que permitan a la autoridad contratante o a otras autoridades públicas cumplir compromisos financieros que se extienden a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo para la compra del producto del proyecto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 55 a 59). Además, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica determinadas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véanse los párrs. 77 a 80), lo que puede requerir un tiempo considerable.

2. Preparativos para la selección del socio privado

49. La elección del socio privado más capaz de desarrollar el proyecto conforme a las expectativas de la autoridad contratante es la condición fundamental para el éxito del proyecto. Es por esa razón que la autoridad contratante debe dedicarse lo antes posible a preparar un procedimiento de selección apropiado para lograr ese resultado (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos"). Al igual que la mayoría de las leyes modernas sobre la contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública concede en general a la entidad adjudicadora la flexibilidad necesaria para determinar lo que constituirá una buena relación entre calidad y precio en cada contratación y la forma de llevar a cabo el procedimiento de contratación a fin de lograrlo. En concreto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública otorga a la entidad adjudicadora amplia discrecionalidad para decidir lo que será el objeto del contrato adjudicable, así como para determinar lo que se considerará que responde a las necesidades de la entidad adjudicadora (art. 10), quién puede participar y en qué condiciones (arts. 9, 18 y 49) y los criterios que se aplicarán para seleccionar la oferta ganadora (art. 11). Ese nivel de flexibilidad es recomendable también en lo que respecta a la selección del socio privado para llevar a cabo un proyecto de participación público-privada.

50. La flexibilidad no significa, sin embargo, que la autoridad contratante pueda adoptar libremente esas decisiones en cualquier momento o alterar la naturaleza del procedimiento sin la debida justificación. Por el contrario, es esencial que ya en la etapa de planificación la autoridad contratante escoja y estudie en detalle el procedimiento de selección adecuado de entre los previstos en las leyes generales de contratación pública del país o en leyes específicas sobre las APP (véase el

cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 17 y 18). De hecho, la elección del procedimiento adecuado dependerá de una serie de aspectos prácticos que la autoridad contratante deberá tener en cuenta en conjunto en la etapa de preparación de los proyectos. En efecto, la elección de la modalidad de APP (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párr. 16), los acuerdos sobre régimen de propiedad y mantenimiento previstos para las infraestructuras (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 48 a 55), la modalidad de pago (por ejemplo, el cobro de derechos a los usuarios, pagos de la administración pública o una combinación de ambas modalidades) y otros elementos esenciales del diseño de los proyectos determinarán, por ejemplo, el grado de interés de la autoridad contratante en los aspectos físicos de la obra y, a su vez, podrán influir en la medida en que la autoridad contratante desee controlar los aspectos técnicos mediante la preparación de un conjunto de especificaciones, o en lugar de eso prefiera permitir a los licitantes proponer hasta el final sus propias soluciones para alcanzar el producto previsto. Puede haber diferentes procesos de selección para atender las preferencias de la autoridad contratante (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos").

51. Ya en esa etapa la autoridad contratante deberá además examinar aspectos importantes del proceso de adjudicación de contratos. La autoridad contratante deberá considerar la necesidad o la conveniencia de establecer un proceso de preselección, teniendo en cuenta el nivel de competencia efectivamente disponible en el mercado y la necesidad de que el proceso de selección sea sólido y transparente. La autoridad contratante deberá examinar cuidadosamente los criterios de preselección teniendo en cuenta no solo los resultados que se desea obtener, sino también la naturaleza de la APP prevista. La autoridad contratante también deberá preparar criterios de evaluación apropiados a fin de permitir una clasificación de las propuestas que lleve a la selección del licitante que ofrezca la mejor relación entre calidad y precio. Desde un punto de vista práctico, la autoridad contratante deberá asegurarse de que podrá contar con los servicios de expertos necesarios para evaluar los aspectos técnicos y los aspectos financieros y comerciales de las propuestas.

52. Otro paso indispensable durante el proceso preparatorio es que la autoridad contratante afine las hipótesis sobre distribución de los riesgos que se tienen en cuenta al realizar la prueba de la relación entre calidad y precio y determine las condiciones esenciales del contrato, incluidas las que no son negociables, ya que eso constituirá un elemento central del proceso de selección y una de las bases de comparación de las propuestas que se reciban (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 75 a 79). El tiempo necesario para concluir el contrato de participación público-privada después de seleccionado el socio privado suele ser excesivamente largo, lo que aumenta el costo total del proyecto. La autoridad contratante puede ayudar a abreviarlo y a que las negociaciones finales sean más estructuradas y eficientes utilizando en la mayor medida posible los documentos estándar en los

que, a juzgar por la experiencia y la práctica anteriores, se recogen las condiciones esenciales de los contratos de participación público-privada (adaptadas, por supuesto, a las circunstancias del proyecto).

3. Disposiciones para facilitar la expedición de licencias y permisos

53. La legislación puede ser útil para facilitar la expedición de las licencias y permisos que puedan necesitarse en el curso de un proyecto (como las licencias que exige la normativa cambiaria; las licencias de incorporación del socio privado; las autorizaciones para la contratación de extranjeros; los derechos de registro y de timbre para el uso o la propiedad de terrenos; las licencias de importación de equipo y suministros; las licencias de construcción; las licencias de instalación de cables o tuberías; las licencias para la puesta en servicio de la infraestructura, y la asignación de frecuencias para comunicaciones móviles). Las licencias o permisos necesarios pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a distintos niveles de la administración y su expedición puede llevar un tiempo considerable, especialmente si los órganos o las oficinas encargadas de aprobarlas no estuvieron involucrados inicialmente en el diseño del proyecto ni en la negociación de las condiciones de este. Las demoras de la puesta en funcionamiento de un proyecto de infraestructura debido a la falta de licencias o permisos por motivos no imputables al socio privado probablemente resulten en un aumento del costo del proyecto y del precio que pagan los usuarios.

54. Por lo tanto, es aconsejable prever desde un primer momento todo lo relativo a las licencias y permisos que se necesitan para un proyecto determinado a fin de evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida que podría mejorar la coordinación de la emisión de licencias y permisos sería conferir a un órgano único la facultad de recibir las solicitudes de licencias y permisos, transmitirlas a los organismos competentes y hacer un seguimiento de la emisión de todas las licencias y permisos que se enumeran en la solicitud de propuestas y de las demás licencias que pudieran ser necesarias debido a regulaciones posteriores. La ley también puede autorizar a los organismos competentes a expedir licencias y permisos provisionales y fijar un plazo después de transcurrido el cual se estimará que esas licencias y permisos han sido concedidos a menos que hayan sido rechazados por escrito.

55. No obstante, cabe señalar que la distribución de las facultades administrativas entre diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) suele ser reflejo de los principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración pública central no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias y permisos o de encomendar a un órgano único esa función coordinadora. En esos casos es importante introducir medidas para prevenir las posibles demoras

que podrían resultar de esa distribución de las facultades administrativas, por ejemplo, la concertación de acuerdos entre la autoridad contratante y las demás autoridades públicas interesadas para facilitar los procedimientos relativos a un proyecto determinado, u otras medidas destinadas a asegurar una coordinación adecuada entre las diversas autoridades públicas involucradas y a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública podría considerar la posibilidad de ofrecer alguna garantía de que prestará la mayor asistencia posible al socio privado para la obtención de las licencias que exige el derecho interno, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los licitantes respecto de las licencias que se requieren, así como de los procedimientos y las condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los distintos niveles de gobierno y las diversas autoridades públicas, es necesario velar por la aplicación uniforme de los criterios relativos a la concesión de licencias y a la transparencia del proceso administrativo.

E. Respaldo público

56. En la sección C se muestra la diversidad de enfoques contractuales a los que las partes pueden recurrir para distribuir y mitigar los riesgos del proyecto de participación público-privada. Es posible, no obstante, que esos arreglos no ofrezcan siempre el clima de seguridad requerido por los inversionistas privados para participar en proyectos de participación público-privada. Cabe también que se requiera cierto respaldo público adicional para atraer la inversión privada hacia los proyectos de participación público-privada en el país anfitrión.

57. Ese respaldo público puede revestir diversas formas. Por lo general, cabe calificar de respaldo público toda medida adoptada por la administración pública para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de participación público-privada. Desde esa perspectiva, la existencia de un marco jurídico que faculte a la administración pública para adjudicar contratos de participación público-privada o el establecimiento de una estructura jerárquica clara para negociar contratos de participación público-privada y darles seguimiento (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 29 a 36) pueden constituir medidas de respaldo público importantes para la ejecución de proyectos de infraestructura. Ahora bien, el término "respaldo público" se utiliza en la *Guía* con un sentido más restringido para referirse a ciertas medidas especiales, en su mayoría de índole financiera o económica, que la administración pública podrá adoptar para mejorar las condiciones de ejecución de un determinado proyecto o para facilitar la asunción por el socio privado de ciertos riesgos que superen o excedan el alcance normal de los arreglos contractuales convenidos entre la autoridad contratante y el socio privado para distribuir los riesgos del proyecto. Las medidas de respaldo público que en

ocasiones se otorgan son normalmente parte integrante de programas gubernamentales destinados a atraer la inversión privada hacia proyectos de infraestructura.

1. Consideraciones de política relativas al respaldo público

58. En la práctica, la decisión de respaldar la ejecución de un proyecto dependerá del interés económico o social que la administración pública considere que pueda tener el proyecto y de que ese interés sirva para justificar el respaldo público adicional que se vaya a otorgar. La administración pública tal vez juzgue que el sector privado no puede por sí solo financiar determinados proyectos a un costo aceptable. Es posible que también estime que determinados proyectos no se llevarán a cabo si no se mitigan algunos de sus riesgos mediante medidas de apoyo. En efecto, que los inversionistas y prestamistas privados estén dispuestos a comprometerse en proyectos a largo plazo en determinado país dependerá no solo de su evaluación de los riesgos específicos del proyecto, sino también de la confianza que les inspiren las condiciones que el país anfitrión ofrezca para la inversión en general y más concretamente para la inversión en el sector de infraestructuras. Los inversionistas privados acostumbran a otorgar particular importancia a determinados factores, como el régimen económico del país anfitrión y el grado de desarrollo de su mercado, así como el mayor o menor éxito que haya tenido el país en años recientes en la puesta en marcha de proyectos de participación público-privada.

59. Por tales razones, varios países han adoptado un enfoque flexible para abordar la cuestión del respaldo público. En algunos países se han promulgado disposiciones legislativas que adaptan el nivel y el tipo de respaldo otorgable a las necesidades concretas de los diversos sectores de infraestructura. En otros países se ha optado por facultar a la administración pública del país anfitrión para otorgar ciertos tipos de garantías o seguridades o para no hacerlo cuando a su leal saber y entender las circunstancias del caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, la administración pública del país anfitrión deberá velar por que el nivel y el tipo de respaldo otorgado a un proyecto no la obliguen a contraer obligaciones sin límites claros, ya que, de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto, podría encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

60. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas adecuadas para la presupuestación de las medidas de respaldo público o la estimación del costo total de otras formas de respaldo público. Por ejemplo, las garantías de préstamo otorgadas por las autoridades públicas suelen ser menos costosas que las otorgadas por prestamistas comerciales. La diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por el socio privado) supone un costo para la administración pública y una subvención para el socio privado. Por lo tanto, la administración

pública que prevea ofrecer algún tipo de respaldo público a una APP debería estudiar detenidamente las consecuencias fiscales generales que ello tendría, a fin de evitar el riesgo de asumir un pasivo contingente imprevisto (véanse los párrs. 15 y 16 *supra*). Por ejemplo, las garantías de préstamo no suelen anotarse como gasto, salvo que sea reclamado el pago de la garantía. Al no consignarse el monto efectivo de la subvención pública otorgada, se da la impresión errónea de que el costo de la obligación contraída en virtud de la garantía de préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, cabe la posibilidad de que el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas por la administración pública no sea evidente, lo que les resta transparencia con respecto a otras formas de respaldo público directo. Por todas estas razones, los países que deseen establecer programas de respaldo público para los proyectos de participación público-privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de apoyo, como exenciones fiscales, préstamos y garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas, que tengan en cuenta el valor actual de los futuros costos o de las futuras pérdidas de ingresos.

2. Formas de respaldo público

61. La posibilidad de obtener respaldo público directo, ya sea en forma de garantías financieras, préstamos públicos o garantías de ingresos, puede ser un factor importante para la estructuración financiera del proyecto. En los párrafos siguientes se describen brevemente ciertas formas de respaldo público autorizadas por el derecho interno de algunos países y se examinan las consecuencias legislativas que pueden tener en el país anfitrión, sin preconizar el empleo de ninguna de ellas en particular.

62. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, es aconsejable que el poder legislativo estudie la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo. De estimarse aconsejable ofrecer respaldo público, es importante que el poder legislativo tenga presentes las obligaciones que el país anfitrión haya contraído en virtud de acuerdos internacionales en materia de integración económica regional o liberalización del comercio que pudieran restringir el margen de las autoridades públicas de los Estados contratantes para aportar su respaldo financiero o de otra índole a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una administración pública prevea respaldar la ejecución de un proyecto de infraestructura, deberá hacérselo saber a todos los licitantes potenciales en el momento oportuno durante el proceso de selección (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 76, apartados *c)* e *i)*).

a) Préstamos públicos y garantías públicas de préstamo

63. En algunos casos se autoriza por ley a la administración pública a otorgar al socio privado préstamos sin interés o a un interés bajo para reducir el costo financiero del proyecto. Según las reglas de contabilidad aplicables, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas del socio privado, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales y contables. Además, los préstamos públicos subordinados pueden ayudar a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar los préstamos privilegiados concedidos por bancos comerciales sin competir con esos préstamos para su reembolso. Cabe la posibilidad de que los préstamos públicos se ofrezcan de manera general a todos los socios privados que trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional al socio privado en el supuesto de que se materialicen ciertos riesgos. Además, el importe total de ese préstamo puede estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del costo total del proyecto.

64. Además de esos préstamos públicos, el derecho interno de algunos países faculta a la autoridad contratante o a otras entidades públicas del país anfitrión a otorgar garantías de préstamo para el reembolso de préstamos tomados por el socio privado. Las garantías de préstamo están destinadas a proteger a los prestamistas (y, en algunos casos, también a los inversionistas que financian el proyecto) contra todo incumplimiento del socio privado. Las garantías de préstamo no suponen un desembolso inmediato de fondos públicos, por lo que pueden resultar más atractivas para la administración pública que un préstamo directo. Ahora bien, esas garantías de préstamo pueden entrañar una responsabilidad eventual importante, con lo que la administración pública puede quedar expuesta a un riesgo considerable, especialmente en el supuesto de que se declare la insolvencia total del socio privado. Ciertamente, de poco le serviría a la administración pública el poderse subrogar como titular en los derechos de los prestamistas contra un socio privado declarado insolvente.

65. Así pues, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (véase el párr. 60), tal vez sea aconsejable introducir ciertas disposiciones que limiten la exposición de la administración pública a los riesgos que suponen las garantías de préstamo. El régimen aplicable a las garantías de préstamo puede prever un tope máximo, tal vez expresado en forma de suma fija o, de requerirse mayor flexibilidad, en forma de porcentaje de la inversión total en determinado proyecto. Otra medida para limitar el pasivo contingente de la entidad garante puede ser la de definir las circunstancias en las que sean otorgables ese tipo de garantías, habida cuenta de los tipos de riesgos del proyecto que la administración pública esté dispuesta a compartir. Por ejemplo, si la administración pública solo desea cubrir los riesgos de perturbación temporal del

proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas podrían limitarse al supuesto de que el socio privado se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos imprevistos, contemplados en el acuerdo, que estén fuera del control del socio privado. Si la administración pública desea otorgar mayor protección a los prestamistas, las garantías podrían cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente del socio privado para reembolsar sus préstamos de resultas de esos hechos previstos en el acuerdo. No obstante, en tales casos sería aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro socio privado adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento del socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 162 a 165). La reclamación del pago de las garantías públicas deberá subordinarse en esos casos a que los prestamistas hayan agotado todos los recursos previstos en el contrato de participación público-privada, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías de préstamo concedidas por la administración pública que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de incumplimiento por el socio privado son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación en función del proyecto.

b) Participación en el capital social

66. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital del socio privado. La participación de la administración pública en el capital social puede contribuir a obtener una relación más favorable entre el capital social y el capital adeudado al complementar el capital aportado por los patrocinadores del proyecto, especialmente cuando el socio privado no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras importantes, como los fondos de inversión. La inversión de la administración pública en el capital social también puede ayudar a cumplir los requisitos legales del país anfitrión relativos a la composición del capital social de las sociedades locales. El derecho de sociedades de algunos ordenamientos jurídicos, o la legislación especial relativa a los proyectos de infraestructura, exige una participación porcentual determinada de inversionistas locales en toda sociedad fundada en el país. Ahora bien, tal vez no sea siempre posible obtener la participación local requerida en condiciones aceptables. Los inversionistas locales tal vez no estén interesados o carezcan de recursos financieros para invertir en grandes proyectos de infraestructura y tal vez no deseen asumir determinados riesgos del proyecto, quizás por no estar familiarizados con ellos.

67. La participación pública puede entrañar ciertos riesgos que convendría que la administración pública tuviera presentes. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una garantía implícita de la administración pública dada a todas las partes, o incluso a terceros, de que esta respaldará plenamente el proyecto o incluso lo asumirá a costo del erario público si el socio privado se declara insolvente. De no desearse ofrecer esa garantía implícita, convendría aclarar mediante las disposiciones necesarias los límites de la participación pública en el proyecto.

c) Subvenciones

68. En algunos países se recurre a la subvención de las tarifas para complementar los ingresos del socio privado cuando la rentabilidad del proyecto desciende por debajo de cierto nivel mínimo. Los servicios prestados por el socio privado pueden no ser rentables en algunas zonas por razón de la baja demanda o de los elevados gastos de explotación de la zona o por obligarse al socio privado a prestar sus servicios a ciertos sectores de la población a un precio reducido. En esos casos, la legislación de algunos países faculta a la administración pública para subvencionar al socio privado con miras a que pueda prestar sus servicios a un precio inferior.

69. Esas subvenciones suelen revestir la forma de pagos directos al socio privado, ya sea mediante el pago de una suma a tanto alzado o mediante pagos calculados expresamente para complementar los ingresos del socio privado. En este segundo supuesto, la administración pública deberá asegurarse de que dispone de mecanismos adecuados para verificar la exactitud de los pagos de subvención efectuados al socio privado, mediante, por ejemplo, cláusulas de auditoría o de publicación de datos financieros estipuladas en el acuerdo de proyecto. Una alternativa a las subvenciones directas podría ser la de permitir que el socio privado subvencione sus actividades menos rentables con los ingresos reportados por otras más rentables. Esto puede hacerse combinando en el mismo contrato de participación público-privada zonas de explotación o actividades más rentables con otras menos rentables, o concediendo al socio privado la explotación comercial de alguna actividad auxiliar más rentable (véanse los párrs. 84 a 86).

70. Ahora bien, es importante que el poder legislativo examine las repercusiones prácticas de las subvenciones al socio privado y los posibles obstáculos jurídicos a su concesión. Por ejemplo, esas subvenciones falsean la libertad de competencia y en muchos países las leyes sobre competencia prohíben la concesión de subvenciones o de otras formas de ayuda financiera directa que no estén expresamente autorizadas en la legislación. Puede ocurrir también que las subvenciones vayan en contra de las obligaciones internacionales que tenga el país anfitrión en virtud de acuerdos internacionales de integración económica regional o de liberalización del comercio.

d) Garantías estatales

71. En los proyectos de participación público-privada se utiliza a veces el término "garantías estatales" para referirse a cualquiera de los dos tipos de garantía otorgada por la administración pública del país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el contrato de participación público-privada. La segunda categoría se refiere a las garantías dadas al socio privado de que la administración pública no obstaculizará el ejercicio de ciertos derechos estipulados en el contrato de participación público-privada o que estén reconocidos en la legislación del país, por ejemplo, su derecho a repatriar los beneficios al concluir el proyecto. Cualquiera que sea la forma de estas garantías, es importante que la administración pública y el poder legislativo ponderen debidamente la capacidad de la administración pública para evaluar y gestionar eficientemente su propia exposición a los riesgos del proyecto y para definir el nivel aceptable de responsabilidad directa o contingente que podrá asumir.

i) Garantías de cumplimiento de lo acordado por la autoridad contratante

72. Las garantías de cumplimiento del contrato se pueden otorgar en supuestos en los que la autoridad contratante sea una entidad jurídica autónoma cuya actuación contractual no comprometa directamente a la administración pública. Esas garantías pueden otorgarse en nombre de la administración pública o de una institución financiera pública del país anfitrión. También pueden adoptar la forma de garantías emitidas por instituciones financieras internacionales con el respaldo de una contragarantía pública (véanse los párrs. 88 a 92). Las garantías otorgadas por la administración pública pueden ser un medio adecuado para amparar al socio privado contra las consecuencias del incumplimiento por la autoridad contratante o por alguna otra autoridad pública de alguna obligación expresamente asumida en el contrato de participación público-privada. Cabe citar como modalidades más usuales de este tipo de garantías las siguientes:

a) Garantías del contrato de compraventa anticipada. En virtud de ese tipo de contrato, la administración pública se compromete a pagar los bienes y servicios suministrados por el socio privado a entidades públicas. En el sector eléctrico suelen utilizarse garantías de pago respecto de las obligaciones de pago dimanantes de acuerdos de compraventa anticipada (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 58 y 59). Estas garantías pueden ser particularmente importantes cuando el principal o único cliente del socio privado sea un monopolio público. La seguridad que se ofrece al socio privado y a los prestamistas será aún mayor si ha sido suscrita por alguna institución financiera internacional;

b) Garantías de suministro. Es posible que se le den además al socio privado garantías de suministro para ampararlo de las consecuencias del incumplimiento por una entidad pública de su obligación de suministrar ciertos bienes o servicios que

sean requeridos para el funcionamiento de la infraestructura (combustible, electricidad o agua, por ejemplo) o para garantizar el pago de toda indemnización que deba abonar la autoridad contratante en virtud del acuerdo de suministro;

c) Garantías generales. Estas garantías tienen por objeto proteger al socio privado de todo incumplimiento por parte de la autoridad contratante, y no del incumplimiento de alguna obligación expresamente señalada. Aun cuando estas garantías generales de cumplimiento no sean muy frecuentes, se dan casos en los que el socio privado y los prestamistas las consideran un requisito indispensable para emprender la ejecución del proyecto. Cabe citar como ejemplo el caso de una autoridad contratante que contraiga responsabilidades de una magnitud superior a la solvencia que se le conoce, como puede suceder cuando un municipio o alguna otra entidad local autónoma adjudican un contrato importante de participación público-privada. Las garantías otorgadas por la administración pública pueden ser convenientes para garantizar una prestación específica, por ejemplo, cuando la administración pública del país anfitrión se compromete a suplir a una entidad contratante en el cumplimiento de determinadas prestaciones (por ejemplo, la entrega de un lugar adecuado para la eliminación de subproductos).

73. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías estatales para amparar al socio privado de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías estatales suelen desempeñar una función compensatoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de las medidas previstas en el contrato contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 156 y 157). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de medidas para diversos supuestos de incumplimiento, por ejemplo, el pago de una suma convenida por incumplimiento y el alza de la tarifa cobrable o la prórroga del contrato en el supuesto de demoras adicionales en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición de la administración pública y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, es aconsejable prever medidas que alienten a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del contrato de participación público-privada o a esforzarse por controlar las causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante en el supuesto de un incumplimiento por la autoridad contratante o la creación de mecanismos de control interno que hagan responder a la autoridad contratante o a sus agentes de todo incumplimiento por negligencia injustificable o descuido de las obligaciones que les incumben en virtud del contrato de participación público-privada que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía estatal.

ii) Garantías contra ciertos actos adversos de la administración pública

74. A diferencia de las garantías de cumplimiento, que protegen al socio privado de las consecuencias de algún incumplimiento por parte de la autoridad contratante, las garantías aquí examinadas protegen contra los actos de otras autoridades del país anfitrión que sean contrarios a los derechos del socio privado o que dificulten notablemente por algún otro concepto la puesta en práctica del contrato de participación público-privada. Esas garantías suelen denominarse "garantías contra riesgos políticos".

75. Uno de los tipos de garantía previstos en el derecho interno son las denominadas garantías cambiarias, que suelen cumplir tres funciones: garantizar la convertibilidad de las ganancias internas a una divisa extranjera, garantizar la disponibilidad de la divisa requerida y garantizar la transferibilidad al extranjero de las sumas así convertidas. Las garantías cambiarias son habituales en los proyectos de participación público-privada cuya realización obligue a contraer una deuda importante en moneda extranjera, especialmente en países cuya moneda no sea libremente convertible. Asimismo, en algunas leyes se prevé que esas garantías puedan estar respaldadas por garantías bancarias emitidas a favor del socio privado. Normalmente, una garantía cambiaria no tiene la finalidad de proteger al socio privado y a los prestamistas de los riesgos de fluctuaciones monetarias o de devaluaciones derivadas de la situación del mercado, que se consideran riesgos comerciales ordinarios. No obstante, en la práctica, la administración pública ha accedido a veces a ayudar al socio privado cuando este se ha visto en la imposibilidad de amortizar sus deudas en moneda extranjera a causa de una fuerte devaluación de la moneda del país.

76. Otro tipo importante de garantías son las que protegen a la sociedad del proyecto y a sus accionistas contra la eventualidad de una expropiación sin la debida indemnización. Estas garantías suelen proteger contra la confiscación de los bienes del socio privado en el país anfitrión y contra la eventualidad de que el socio privado sea nacionalizado, es decir, de que su capital social sea confiscado. Este tipo de garantía suele estar prevista en la legislación relativa a inversiones extranjeras directas y en los tratados bilaterales de protección de las inversiones (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 4 a 6).

e) Exenciones fiscales y aduaneras

77. Otro método por el que la administración pública del país anfitrión puede respaldar la ejecución de proyectos de participación público-privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera. La legislación nacional sobre inversiones extranjeras directas prevé a menudo regímenes fiscales especiales para alentar la inversión extranjera y en algunos países se ha considerado útil hacer expresamente extensivo ese régimen fiscal a las empresas extranjeras que

participan en proyectos de participación público-privada (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 35 a 40).

78. Las ventajas o exenciones fiscales suelen incluir alguna exención del impuesto sobre la renta o sobre los beneficios, o del impuesto patrimonial sobre la infraestructura, así como exenciones del impuesto sobre la renta dimanante de los intereses pagaderos por concepto de préstamos y de otras obligaciones financieras asumidas por el socio privado. En algunas leyes se faculta a la autoridad competente para eximir a todas las operaciones relacionadas con proyectos de participación público-privada del pago del impuesto del timbre o cargas similares. En algunos casos, la ley prevé algún régimen fiscal preferente, mientras que en otros dispone que el socio privado gozará de los mismos beneficios fiscales normalmente otorgados a las inversiones extranjeras. A veces, la ventaja fiscal adopta la forma de un tipo impositivo favorable, complementada por una exención fiscal durante los años iniciales del proyecto que se irá suprimiendo gradualmente. Esas exenciones y ventajas a veces son aplicables a los contratistas al servicio del socio privado, especialmente si se trata de contratistas extranjeros.

79. Otras medidas fiscales que se utilizan a veces para promover los proyectos de participación público-privada son las exenciones de ciertas medidas de retención fiscal que se otorgan a los prestamistas extranjeros del proyecto. Conforme a muchos ordenamientos jurídicos, todo interés, comisión y derecho pagaderos por el capital adeudado o tomado en préstamo que haya de abonar directa o indirectamente una sociedad constituida en el país, o que sean deducibles a efectos fiscales de los ingresos obtenidos en el país, serán tenidos por ingresos locales para fines fiscales. Por ello, tanto los prestamistas locales como los extranjeros de proyectos de infraestructura pueden estar sujetos al pago del impuesto sobre la renta en el país anfitrión, que el socio privado estaría obligado a retener o deducir de todo pago efectuado a los prestamistas extranjeros, dada su condición de no residentes en el país anfitrión. En la negociación entre el socio privado y los prestamistas se suele tener en cuenta la cuantía abonable en el país anfitrión por los prestamistas a título de impuesto sobre la renta, lo que por lo general acarrea un costo financiero adicional para el proyecto. En algunos países, los órganos competentes están facultados para eximir de esas prácticas de retención fiscal a todo pago a no residentes que remunere actividades que promuevan o favorezcan el desarrollo económico o tecnológico del país anfitrión o que se consideren por algún otro motivo actividades de interés público.

80. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo destinado al socio privado mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican normalmente al pago de derechos de importación sobre equipo, maquinaria, accesorios, materias primas y materiales importados al país para llevar a cabo estudios preliminares y para el diseño, la

construcción y la explotación del proyecto de infraestructura. En el supuesto de que el socio privado desee transferir o vender ese equipo importado en el mercado interno, suele ser necesario obtener la aprobación al respecto de la autoridad contratante y se habrán de pagar los correspondientes derechos de importación, impuestos sobre las ventas o demás impuestos que hayan de abonarse con arreglo a las leyes del país. A veces, la administración pública estará facultada legalmente bien para conceder una exención de derechos de aduana, bien para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

f) Protección frente a la competencia

81. Otra forma de respaldo público puede ser la promesa otorgada de que no se desarrollará ningún proyecto de infraestructura competidora durante cierto período o que ninguna entidad de la administración pública competirá con el socio privado, ni directamente ni a través de otro socio privado. Una promesa de este tipo sirve para garantizar que no se anularán durante la vida del proyecto los derechos de exclusividad otorgados al socio privado (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 19 y 20). Tal vez el socio privado y los prestamistas consideren esa protección frente a la competencia como una condición esencial para participar en el desarrollo de la infraestructura en el país anfitrión. En algunas leyes nacionales se dispone que la administración pública no facilitará ni respaldará la ejecución de un proyecto paralelo que pudiera competir con el socio privado. En algunos casos, la administración pública se compromete por ley a no modificar las condiciones de esa exclusividad en detrimento del socio privado sin el consentimiento de este.

82. Este tipo de disposiciones puede tener por finalidad fomentar la confianza de los patrocinadores y prestamistas del proyecto en que se respetarán los supuestos básicos con arreglo a los cuales se adjudicó el proyecto. Ahora bien, es posible que esas promesas vayan en contra de las obligaciones internacionales del país anfitrión en virtud de acuerdos de integración económica y regional y de liberalización del comercio. Además, pueden limitar la capacidad de la administración pública para responder al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede, ya que el interés público puede exigir que se garantice la disponibilidad de dicho servicio para diversas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes involucradas. Por ejemplo, el precio requerido para que la explotación de una carretera de peaje sea rentable puede superar la capacidad de pago del sector de usuarios con menos ingresos. Por ello, es probable que la autoridad contratante desee mantener abierta una carretera sin peaje como posible alternativa de la nueva carretera de peaje. Ahora bien, si la autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por el socio privado, con la consiguiente merma de sus ingresos. Lo mismo

sucedería si la administración pública decidiera abrir el mercado de servicios telefónicos a larga distancia a la competencia comercial a fin de ampliar la oferta y de reducir el costo de los servicios de telecomunicación (para un breve análisis de los problemas relacionados con la competencia, véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 28 a 32). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente los ingresos previstos por el socio privado.

83. Por lo general, puede resultar ventajoso facultar a la administración pública para que, cuando proceda, ofrezca al socio privado garantías de que sus derechos de exclusividad no se verán afectados indebidamente por una alteración subsiguiente de la política pública sin una compensación adecuada. Ahora bien, tal vez no sea aconsejable aprobar disposiciones legales que eliminen la posibilidad de que la política pública en ese sector pueda cambiar, por ejemplo, con miras a abrirlo a la competencia o a construir una infraestructura paralela. Las eventuales consecuencias de ese cambio de política para el socio privado deben ser resueltas por las partes en cláusulas contractuales relativas al cambio de las circunstancias (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 130 a 144). Es particularmente aconsejable que la autoridad contratante esté debidamente facultada para negociar con el socio privado la indemnización por el perjuicio o pérdida que pueda ocasionarle todo proyecto de infraestructura competidora que emprenda ulteriormente la autoridad contratante o por toda otra medida equiparable adoptada por la administración pública que menoscabe los derechos exclusivos concedidos al socio privado.

g) Fuentes de ingresos auxiliares

84. Una forma adicional de apoyo para la ejecución de proyectos de participación público-privada es permitir al socio privado diversificar sus inversiones mediante la prestación de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. En algunos casos, cabría utilizar también esas fuentes adicionales de ingresos como subvención que se otorga al socio privado en el marco de una política de reducción o control del precio cobrado por el servicio principal prestado. Si esas actividades auxiliares son lo bastante rentables, contribuirán a reforzar la viabilidad financiera del proyecto principal: el derecho a cobrar peaje sobre un puente existente puede, por ejemplo, servir de incentivo para la construcción de un nuevo puente de peaje. Ahora bien, no se debe poner demasiado énfasis en la importancia relativa de esas fuentes auxiliares de ingresos.

85. A fin de que el socio privado pueda emprender esas actividades auxiliares, tal vez sea necesario promulgar leyes que faculten a la administración pública para otorgar al socio privado el derecho a utilizar terrenos de propiedad de la autoridad contratante para los fines de esas actividades (por ejemplo, terrenos adyacentes a una carretera para la construcción de zonas de servicios) o el derecho a cobrar por

la utilización de una obra construida por la autoridad contratante. De considerarse necesario controlar el desarrollo o la eventual expansión de esas actividades auxiliares, convendría disponer que el socio privado deberá someter a la aprobación de la autoridad contratante toda ampliación importante de las instalaciones que utilice para esas actividades auxiliares.

86. En algunos ordenamientos jurídicos, ciertos tipos de fuentes auxiliares de ingresos ofrecidas por la administración pública pueden ser consideradas como una concesión independiente de la concesión principal, por lo que es aconsejable revisar las posibles limitaciones de la libertad del socio privado para concertar contratos de explotación de infraestructuras auxiliares (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 109 y 110).

F. Garantías emitidas por instituciones financieras internacionales

87. Además de las garantías directamente ofrecidas por la administración pública del país anfitrión, tal vez se ofrezcan garantías de instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y los bancos de desarrollo regionales. Esas garantías suelen amparar al socio privado contra ciertos riesgos políticos, pero en algunas circunstancias pueden ofrecer también protección contra el incumplimiento del acuerdo de proyecto, por ejemplo, cuando el socio privado suspende el servicio de su deuda como resultado del incumplimiento de una obligación por parte de la autoridad contratante.

1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito

88. Además de sus préstamos a los Estados y las entidades públicas de los países, las instituciones multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regionales, han creado programas para otorgar préstamos al sector privado. A veces actúan también como garantes de los préstamos comerciales otorgados a proyectos tanto del sector público como del sector privado. En la mayoría de los casos se exige que las garantías emitidas por estas instituciones estén a su vez respaldadas por una contragarantía de la administración pública del país anfitrión.

89. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados no estén dispuestos a asumir o que les sea difícil evaluar. Por ejemplo, las garantías otorgadas por el Banco Mundial sirven normalmente de

cobertura contra determinados riesgos (garantías de riesgo parcial) o contra todos los riesgos crediticios de una determinada etapa del período de financiación (garantías de crédito parcial), como puede verse brevemente descrito a continuación. La mayor parte de los bancos de desarrollo regionales ofrecen garantías en condiciones similares a las del Banco Mundial.

a) Garantías de riesgo parcial

90. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de obligaciones contractuales por un Estado o de determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías aseguran el servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por el Estado o sus organismos. La cobertura ofrecida puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la modificación del marco regulatorio, incluidos los precios convenidos; la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una empresa privada de energía eléctrica; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada a una empresa por un servicio público o el agua comprada a granel por una distribuidora pública local; la falta de indemnización por demoras o interrupciones del proyecto imputables a medidas adoptadas por la administración pública o a sucesos políticos; las demoras en los procedimientos, y las modificaciones adversas de las leyes o los reglamentos de control de cambios.

91. Cuando las instituciones multilaterales de crédito participan en la financiación de un proyecto, a veces prestan respaldo en forma de una renuncia a proceder judicialmente contra el socio privado por todo incumplimiento que sea imputable a la materialización de un riesgo político. Por ejemplo, una institución multilateral de crédito que haya recibido del socio privado una garantía de la terminación del proyecto tal vez consienta en no exigir su ejecución si el incumplimiento es imputable a la materialización de un riesgo político.

b) Garantías de crédito parcial

92. Las garantías de crédito parcial se otorgan a prestatarios del sector privado con una contragarantía pública. Están concebidas para garantizar la parte de la financiación cuya fecha de vencimiento sea posterior al plazo de reembolso normal de los préstamos otorgados por prestamistas privados. Esas garantías suelen ser otorgadas a proyectos en los que participa el sector privado cuya viabilidad financiera dependa de la disponibilidad de fondos a largo plazo. Una garantía de crédito parcial suele prorrogar el vencimiento de los préstamos y cubre todos los supuestos de impago correspondientes a la porción designada del plazo total previsto para el servicio de la deuda.

2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

93. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) ofrece seguros a largo plazo contra riesgos políticos para toda inversión nueva procedente de alguno de sus países miembros y destinada a cualquiera de sus países miembros en desarrollo que no sea el propio país de origen de la inversión. También estarían cubiertas por estos seguros las nuevas inversiones por concepto de expansión, modernización o reestructuración financiera de proyectos ya existentes, así como toda adquisición que entrañe la privatización de una empresa estatal. Entre las formas de inversión extranjera cubiertas por estos seguros figuran las inversiones en el capital social, los préstamos de accionistas y las garantías de préstamo emitidas por accionistas, siempre que la duración de esos préstamos o garantías sea de al menos tres años. Los préstamos otorgados a prestatarios no relacionados con el proyecto son también asegurables, con tal de que se asegure al mismo tiempo una inversión en el capital social del proyecto. Otras formas de inversión asegurables son las operaciones de asistencia técnica, los contratos de gestión y los acuerdos de franquicia y licencia, siempre que duren al menos tres años y que la remuneración del inversionista esté vinculada a los resultados de la explotación del proyecto. El OMGI asegura contra los siguientes riesgos: restricciones a la transferencia de divisas, expropiación, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles e incumplimiento de obligaciones financieras.

a) Restricciones a la transferencia

94. La finalidad de las garantías relativas a la transferencia de divisas que otorga el OMGI es similar a la de las garantías cambiarias oficiales otorgadas por la administración pública del país anfitrión (véase el párr. 75). Esta garantía protege contra las pérdidas de un inversionista ocasionadas por la imposibilidad de convertir moneda local (capital, intereses, capital principal, beneficios, derechos de patente y otros fondos) a moneda extranjera para su transferencia fuera del país anfitrión. La cobertura de estas garantías asegura contra toda demora excesiva en la adquisición de divisas ocasionada por la intervención o la falta de intervención de la administración pública del país anfitrión, contra las modificaciones adversas en las leyes o los reglamentos de control de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión y transferencia de la moneda local. La devaluación de la moneda no está cubierta. Al acusar recibo de la moneda local bloqueada de un inversionista, el OMGI pagará la indemnización convenida en la moneda especificada en el contrato de garantía.

b) Expropiación

95. Esta garantía protege contra las pérdidas de la inversión asegurada que resulte de las medidas adoptadas por la administración pública del país anfitrión que priven

al inversionista de la propiedad, del control o de otros derechos sobre la inversión asegurada o los restringa. La cobertura de esta garantía se extiende no solo a las medidas de nacionalización y confiscación inmediata, sino también a otras formas de expropiación progresiva consistentes en una serie de medidas cuyo efecto sea a la larga expropiatorio. La cobertura se otorga con carácter limitado para las medidas de expropiación parcial (por ejemplo, la confiscación de fondos o de activos tangibles). No están cubiertas las medidas que la administración pública del país anfitrión adopte de buena fe y sin carácter discriminatorio en el ejercicio de sus facultades regulatorias legítimas. En el supuesto de expropiación total de la inversión en el capital social, el OMGI pagará el valor contable neto de la inversión asegurada. En el supuesto de expropiación de fondos, el OMGI pagará la porción asegurada de los fondos bloqueados. Respecto de los préstamos y de las garantías de préstamo, el OMGI pagará el capital principal no amortizado del préstamo y los intereses devengados y no abonados. La indemnización será pagada al ceder el inversionista al OMGI su participación en la inversión expropiada (por ejemplo, sus acciones o participación en el capital social y la parte que le corresponda en un acuerdo de préstamo).

c) Incumplimiento de contrato

96. Esta garantía protege contra el incumplimiento o el rechazo por la administración pública del país anfitrión de un contrato con el inversionista. En el supuesto de presunto incumplimiento o de rechazo del contrato, el inversionista deberá poder acudir a algún mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato subyacente (por ejemplo, arbitraje) a fin de recibir una indemnización. Si transcurrido un plazo determinado el inversionista no ha sido indemnizado o si no funciona el procedimiento previsto para la solución de la controversia por razón de las medidas adoptadas por la administración pública del país anfitrión, el OMGI abonará la indemnización.

d) Guerra y disturbios civiles

97. Esta garantía protege contra toda pérdida atribuible al daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista, así como a su destrucción o desaparición, a raíz de acciones de guerra políticamente motivadas o de disturbios civiles en el país anfitrión, incluidos los actos perpetrados en el marco de una revolución, insurrección o golpe de Estado, así como los actos de sabotaje y terrorismo. Respecto de las inversiones en capital social, el OMGI pagará la parte de esos activos que corresponda al inversionista, abonando sea su valor contable, sea su costo de sustitución, sea su costo de reparación, según cuál de estas soluciones suponga un menor desembolso. Respecto de los préstamos y garantías de crédito, el OMGI abonará la parte asegurada del capital principal y de los intereses no abonados de resultas del daño ocasionado a los activos del proyecto por las acciones de guerra o los disturbios civiles. Esta cobertura de los daños de guerra o de disturbios civiles se extiende además a los acontecimientos que, durante el período de un año, ocasionen una

interrupción de alguna operación del proyecto que sea esencial para su viabilidad financiera global. Este tipo de pagos por interrupción del negocio se harán efectivos cuando se dictamine que la inversión constituye una pérdida total. En ese momento, el OMGI abonará el valor contable de la inversión total en el capital social que haya sido asegurada.

e) Incumplimiento de obligaciones financieras

98. Esta garantía protege contra las pérdidas que se producen cuando las entidades soberanas y subsoberanas, así como las empresas estatales, no cumplen con un pago al vencimiento establecido en virtud de una obligación financiera de pago incondicional o una garantía relativa a una inversión admisible. Los beneficiarios directos son los prestamistas comerciales que ofrecen préstamos a las entidades del sector público que participan en las inversiones en desarrollo. Los inversionistas pueden reclamar esta cobertura únicamente si la obligación financiera de pago es incondicional y no está sujeta a excepciones o defensas de ningún tipo, es decir, no se prevén motivos por los que una empresa soberana, subsoberana o estatal podría oponerse jurídicamente al hecho de que la obligación sea exigible y pagadera. Otra ventaja de la cobertura del incumplimiento de las obligaciones financieras que ofrece el OMGI es que no se exige que el inversionista obtenga un laudo arbitral para que pueda reclamar una indemnización.

G. Garantías emitidas por organismos de crédito a la exportación y organismos de promoción de las inversiones

99. Es posible obtener seguros contra ciertos riesgos políticos, comerciales y financieros, así como préstamos directos, de organismos de crédito a la exportación y de promoción de las inversiones. Algunos países han establecido este tipo de organismos de crédito a la exportación y de promoción de las inversiones para facilitar la exportación de bienes o servicios procedentes del país. Los organismos de crédito a la exportación actúan en nombre de la administración pública del país que provee de bienes y servicios al proyecto. La mayoría de estos organismos son miembros de la Unión de Seguros y de Créditos Internacionales (Unión de Berna), cuyos objetivos principales son promover la cooperación internacional y crear un clima favorable para la inversión; elaborar y mantener unos principios sólidos relativos a los seguros de crédito a la exportación, e introducir y mantener cierta disciplina en las condiciones del crédito otorgado al comercio internacional.

100. Si bien esta forma de respaldo difiere de un país a otro, los organismos de crédito a la exportación ofrecen normalmente dos tipos de cobertura:

a) Seguros de crédito a la exportación. En el contexto de la financiación de proyectos de participación público-privada, la finalidad básica de los seguros de crédito a la exportación es garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se permite al comprador extranjero aplazar su pago de los bienes o servicios exportados. Los seguros de crédito a la exportación pueden adoptar la forma de seguro de "crédito de proveedores" o de seguro de "crédito de compradores". En el caso del crédito de proveedores, el exportador y el importador convienen en ciertas condiciones comerciales que permiten el pago diferido de la mercancía mediante títulos negociables (por ejemplo, letras de cambio o pagarés) emitidos por el comprador. Una vez comprobada su solvencia, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la exportación de su país de origen. En la modalidad de crédito de compradores, la obligación de pago del comprador será financiada por el banco del exportador, que será, a su vez, asegurado por un organismo de crédito a la exportación. Los créditos a la exportación suelen ser clasificados en créditos a corto plazo (con un plazo de reembolso normalmente inferior a dos años), créditos a mediano plazo (de dos a cinco años) y créditos a largo plazo (de cinco años o más). El respaldo oficial de los organismos de crédito a la exportación suele adoptar la forma de cobertura pura o neta, que significa que el seguro o la garantía será otorgado al exportador o a la institución crediticia sin respaldo financiero alguno, pero puede adoptar también la forma de respaldo financiero, que se entiende como referido a los créditos directos otorgados al comprador extranjero, a la refinanciación y a toda forma de cobertura financiera contra las fluctuaciones de los tipos de interés;

b) Seguros de inversión. Los organismos de crédito a la exportación tal vez ofrezcan la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos políticos y comerciales ya sea directamente al prestatario o al exportador. Los riesgos políticos y comerciales habitualmente cubiertos son los siguientes: guerra, insurrección o revolución; expropiación, nacionalización o confiscación de bienes; no convertibilidad de la moneda, y carencia de divisas. Los seguros de inversión otorgados por los organismos de crédito a la exportación suelen proteger de los riesgos previstos a los inversionistas en un socio privado establecido en el extranjero, pero no al socio en sí. La cobertura del seguro de inversión tiende a abarcar una amplia gama de riesgos políticos. Los organismos de crédito a la exportación dispuestos a asegurar contra tales riesgos suelen exigir que les sea facilitada información precisa sobre el ordenamiento jurídico del país anfitrión.

101. Las condiciones en que los organismos de crédito a la exportación de la mayoría de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero tanto a las operaciones de crédito de proveedores como a las operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al Acuerdo de la OCDE sobre Directrices para los Créditos a la Exportación con Respaldo Público (denominado en ocasiones "Consenso de la OCDE"). La finalidad principal de este acuerdo es proporcionar un marco

institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal mediante el respaldo público a los créditos a la exportación. A fin de evitar subvenciones perturbadoras del mercado, el Arreglo regula las condiciones de los seguros, garantías o préstamos directos con respaldo público.

III. Adjudicación de contratos

A. Observaciones generales

1. El presente capítulo trata de los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de contratos de participación público-privada. En consonancia con lo que aconsejan las organizaciones internacionales, como la ONUDI[1] y el Banco Mundial[2], en la *Guía* se expresa una clara y decidida preferencia por el uso de procedimientos de adjudicación competitivos, que son ampliamente reconocidos como los más adecuados para promover la economía, la eficiencia y la transparencia, entre otros principios generales que deberían guiar las leyes y los reglamentos que rigen las APP (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 3 a 20). Esto concuerda además con lo establecido en el artículo 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias "para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción". En la *Guía* se reconoce, sin embargo, que en circunstancias excepcionales podrán adjudicarse contratos sin recurrir a procedimientos competitivos en consideración de los aspectos específicos del proyecto, pero con sujeción a las salvaguardias recomendadas en el presente documento (véanse los párrs. 99 a 131).

2. Los procedimientos de adjudicación recomendados en el presente capítulo reúnen algunas de las características de la solicitud de propuestas con diálogo prevista en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública[3]. Además de la solicitud de propuestas con diálogo, la Ley Modelo prevé otros métodos de contratación, como la licitación en dos etapas (art. 48) o la negociación competitiva (art. 51), que también pueden utilizarse para la adjudicación de contratos de participación público-privada, en función de las características

[1] *Directrices para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)*, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, págs. 103 y ss. (publicación de la ONUDI, núm. de venta UNIDO.95.6.S).

[2] *Public-Private Partnerships Reference Guide — Version 3*, Banco Mundial y asociados, págs. 160 y ss. (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2017).

[3] Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011).

de los proyectos y de la evaluación que realice la autoridad contratante durante la etapa de planificación (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 49 a 52). Cuando corresponde, el presente capítulo remite al lector a esas y a varias otras disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública que son útiles para complementar los procedimientos de adjudicación que aquí se describen. Al elegir el método de adjudicación de contratos más apropiado y adoptar una decisión sobre su estructura y sobre la forma de aplicarlo en la práctica, la autoridad contratante debería tener en cuenta también los principios generales de las leyes y los reglamentos que rigen las APP y los objetivos que deberá alcanzar un proceso adecuado de adjudicación de contratos de participación público-privada (véanse los párrs. 5 a 16).

1. *Procedimientos de adjudicación que abarca la* Guía

3. Los proyectos de participación público-privada permiten a la autoridad contratante agrupar varias actividades que de otro modo habría contratado por separado (a saber, el diseño, la construcción, la explotación y el mantenimiento, y también la financiación y la gestión general de la obra de infraestructura o el servicio durante todo su ciclo de vida). El objetivo general es redistribuir los riesgos entre los sectores público y privado de tal forma que sea un incentivo para mejorar el suministro de obras de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos. Sin embargo, aun si se trata de proyectos que han de ser financiados en su totalidad por el sector privado, y la financiación reembolsada con los derechos por el uso u otros pagos que efectúen los usuarios, la administración pública es la responsable en último término de la calidad y el costo de la infraestructura y los servicios. Por lo tanto, salvo algunas cuestiones que son propias de las APP y que, por consiguiente, no suelen estar reglamentadas en los procedimientos de contratación pública, la mayor parte del proceso de selección del socio privado debería ajustarse a los principios y las mejores prácticas pertinentes de la contratación pública y coexistir con ellos.

4. En el presente capítulo se tratan principalmente los procedimientos de adjudicación que se prestan para ser utilizados en proyectos de infraestructura que entrañan la obligación, por parte del socio privado seleccionado, de encargarse de la financiación, diseño y construcción física, reparación o ampliación de la obra de infraestructura de que se trate con miras a su posterior explotación privada y a la prestación de servicios al público por parte del socio privado. Los procedimientos de adjudicación que se examinan en el presente capítulo pueden servir también para la adjudicación de contratos de participación público-privada en virtud de los cuales la obra de infraestructura que se pretende construir o reacondicionar será utilizada por la autoridad contratante u otra entidad pública para atender sus propias necesidades, o para albergar servicios públicos, pero la explotación y el mantenimiento corresponderán al socio privado. El presente capítulo no trata específicamente

de otros métodos de selección de proveedores de servicios públicos mediante la concesión de licencias o procedimientos similares, ni de simple enajenación de bienes del Estado o empresas estatales a través de aumentos de capital o de ofertas de acciones.

2. Objetivos generales de los procedimientos de adjudicación

5. Para la adjudicación de los contratos de participación público-privada, la autoridad contratante puede o bien recurrir a métodos y procedimientos ya previstos en las leyes del país anfitrión, o bien introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. La ley del país puede especificar y regular el método más apropiado para seleccionar al socio privado de la APP a fin de que el proceso sea transparente. En todos los casos, es importante velar por que esos procedimientos propicien en general el logro de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan brevemente a continuación.

a) Economía y eficiencia

6. En relación con los proyectos de participación público-privada, por "economía" se entiende la selección de un socio privado que tenga la capacidad de ejecutar obras y prestar servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso, o que presente la mejor oferta comercial. La experiencia demuestra que una de las mejores formas de lograr esa economía es fomentando la competencia entre los licitantes. La competencia los incentiva a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede alentarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con ese fin.

7. Cabe señalar, sin embargo, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de licitantes en un proceso de adjudicación de contratos determinado. Puede incluso haber motivos por los que la autoridad contratante desee limitar los licitantes a un número controlable si se trata de proyectos de gran magnitud (véanse los párrs. 19, 34 y 35). Siempre que existan los procedimientos apropiados, la autoridad contratante podrá obtener las ventajas que obtendría de una verdadera competencia, aun cuando la base competitiva sea limitada.

8. Generalmente, se puede promover la economía a través de la participación de empresas extranjeras en el proceso de adjudicación. La participación extranjera no solo puede ampliar la base competitiva, sino que también puede tener como consecuencia la adquisición por la autoridad contratante de tecnologías no disponibles en el país. La participación extranjera en el proceso de adjudicación tal vez sea necesaria si el país carece de los conocimientos técnicos del tipo que la autoridad contratante necesita. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deberán velar por que sus leyes y procedimientos aplicables propicien esa participación.

9. Por "eficiencia" se entiende la selección de un socio privado dentro de un plazo razonable, utilizando un mínimo de trámites administrativos y a un costo asequible tanto para la autoridad contratante como para los licitantes. Además de las pérdidas directas que ocasione a la autoridad contratante la ineficiencia de los procedimientos de adjudicación (debido, por ejemplo, a demoras o a elevados costos administrativos), los procedimientos excesivamente costosos o engorrosos pueden provocar un aumento de los costos generales del proyecto, o incluso inducir a empresas competentes a abstenerse por completo de participar en el proceso de adjudicación de contratos, lo que pondría en peligro el objetivo último de atraer a los mejores operadores económicos posibles para el proyecto.

b) Promoción de la integridad del proceso de adjudicación y de la confianza en él

10. Otro objetivo importante de las normas que rigen la selección del socio privado es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Por lo tanto, todo sistema de selección adecuado normalmente contendrá disposiciones que tengan por objeto asegurar a los licitantes un trato equitativo, reducir o desalentar los abusos deliberados o involuntarios del proceso de adjudicación de contratos por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él y velar por que las decisiones sobre la selección se adopten con arreglo a criterios apropiados.

11. La promoción de la integridad del proceso de adjudicación de contratos ayudará a fomentar la confianza pública en dicho proceso y en el sector público en general. Con frecuencia, los licitantes se abstendrán de invertir tiempo y dinero en cantidades a veces sustanciales para participar en el proceso de adjudicación a menos que tengan la seguridad de que recibirán un trato equitativo y de que existe una probabilidad razonable de que sus propuestas u ofertas sean aceptadas. Es probable que los que participen en el proceso de adjudicación a pesar de no tener esa seguridad sobrevaloren el costo del proyecto para cubrir el aumento de los riesgos y de los gastos de participación. Si se procura que el proceso de adjudicación se lleve a cabo de manera apropiada, se puede reducir o eliminar esa tendencia y lograr condiciones más favorables para la autoridad contratante.

12. Con el fin de prevenir la corrupción de los funcionarios públicos, incluidos los empleados de las autoridades contratantes, el país anfitrión deberá disponer de un sistema eficaz de sanciones, incluidas sanciones penales, como la inhabilitación o la exclusión del proceso de adjudicación, que sean aplicables a los funcionarios encargados del proceso de adjudicación y a los licitantes que participen en él por los actos ilícitos que cometan. Los conflictos de intereses también deberán evitarse, por ejemplo, exigiendo que los funcionarios de la autoridad contratante o cada uno de los miembros de la comisión de evaluación, o el evaluador único, señalen en una declaración al iniciarse el proceso que no tienen conflictos de intereses. Los

funcionarios y sus cónyuges, parientes o asociados no podrán poseer títulos de deuda ni acciones en una empresa participante en un proceso de adjudicación, ni podrán aceptar desempeñar el cargo de director o empleado de esa empresa. Además, de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (art. 21), la ley que rige los procesos de adjudicación debería obligar a la autoridad contratante a rechazar toda oferta o propuesta presentada por una parte que conceda o acuerde conceder, directa o indirectamente, a una persona que sea o haya sido funcionario o empleado de la autoridad contratante o de otra autoridad pública, alguna recompensa, una oferta de empleo o cualquier otro servicio u objeto de valor, a título de incentivo, para influir en algún acto o decisión de la autoridad contratante o en el procedimiento seguido por esta en relación con el proceso de adjudicación. La obligación se aplicará en cualquier momento del proceso de adjudicación y no se limitará al período de licitación. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas convocadas a participar en el proceso de adjudicación se comprometan a abstenerse de influir indebidamente en las decisiones de los funcionarios públicos que participen en ese proceso o de distorsionar en alguna otra forma el libre juego de la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (a saber, el llamado "convenio de integridad"). Igualmente, la práctica de algunos países en materia de contratación pública exige que los licitantes garanticen que ningún funcionario de la entidad adjudicadora ha recibido ni recibirá del licitante beneficio directo ni indirecto alguno derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una cláusula esencial del contrato.

13. La confianza de los inversionistas se puede fomentar además mediante disposiciones adecuadas que protejan el carácter confidencial de la información patentada que presenten durante el proceso de adjudicación. Ello debería incluir garantías suficientes de que la autoridad contratante tratará las solicitudes de precalificación o de preselección, así como las propuestas que se reciban, de manera que impida la revelación de su contenido a sus competidores o a cualquier persona no autorizada; de que toda conversación o negociación tendrá carácter confidencial, y de que la información comercial o de otra índole que los licitantes incluyan en sus propuestas no se dará a conocer a sus competidores.

c) Transparencia de las leyes y los procedimientos

14. La transparencia de las leyes y los procedimientos, en particular las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas con valor de precedente vinculante, que rigen la adjudicación del contrato al socio privado contribuirá a la consecución de varios de los objetivos de política mencionados. Son leyes transparentes aquellas en que las normas y los procedimientos que la autoridad contratante y los licitantes deben seguir se dan a conocer íntegramente, no son demasiado complejos y se

presentan de manera sistemática y comprensible. Son procedimientos transparentes los que permiten a los licitantes comprobar qué procedimientos ha seguido la autoridad contratante y qué criterios han guiado sus decisiones. La publicación por parte de la autoridad pública de las oportunidades que se ofrecerán en el futuro cercano es otro medio de lograr transparencia, pues ayuda a los posibles licitantes a saber cuál será el objeto de la contratación y cómo se deberá proceder.

15. Una de las formas más importantes de promover una actuación transparente y responsable es disponer que la autoridad contratante tenga la obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (véanse los párrs. 134 a 141). Un expediente en el que se resuma la información principal sobre el proceso facilita el ejercicio del derecho de recurso de los licitantes que se hayan visto perjudicados. De ese modo se contribuirá también a que, en la medida de lo posible, las normas que rigen el proceso de adjudicación operen de modo tal que controlen su propia aplicación y aseguren su propio cumplimiento. Además, la existencia en la ley de disposiciones que obliguen al mantenimiento de expedientes facilitará la labor de las autoridades públicas que ejercen funciones de auditoría o control y promoverá la rendición de cuentas por las autoridades contratantes al público en general acerca de la adjudicación de contratos de infraestructura. De hecho, cada vez más legislaciones nacionales exigen que se publiquen los contratos adjudicados en aras de la transparencia y la rendición de cuentas (véase el párr. 109). La obligación de revelar información por parte de las autoridades contratantes o reguladoras no ha de limitarse a las cláusulas principales del contrato de participación público-privada, sino que también puede abarcar ciertos elementos esenciales de la ejecución del contrato, como la cuantía de los pagos realizados por entidades de la administración pública al socio privado o una evaluación del desempeño del socio privado en función de parámetros de referencia contractuales o normativos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 52, 103 y 104).

16. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la disponibilidad de vías de recurso administrativas y judiciales contra las decisiones de las autoridades involucradas en el proceso de adjudicación (véanse los párrs. 142 y 143).

3. Características especiales de los procedimientos de adjudicación para las APP

17. Los sistemas modernos de contratación pública ofrecen a las autoridades públicas una amplia variedad de métodos de contratación y mayor libertad para decidir cuál es el procedimiento que puede satisfacer mejor sus necesidades. El carácter formal y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos de adjudicación competitivos generalmente ofrecen condiciones óptimas para la

competencia, transparencia y eficiencia. Ese es el motivo por el que la utilización de procedimientos de adjudicación competitivos para APP ha sido recomendada por la ONUDI, que ha formulado orientaciones prácticas detalladas sobre la forma de estructurar esos procedimientos[4]. Las políticas de contratación del Banco Mundial también propugnan el uso de procedimientos de adjudicación competitivos a nivel nacional, cuando existan disposiciones apropiadas a ese respecto en la legislación del país. Un socio privado seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial generalmente tendrá libertad para seguir sus propios procedimientos de adjudicación de los contratos que sean necesarios para ejecutar el proyecto.

18. Cabe señalar, sin embargo, que hasta el momento no existe ningún modelo legislativo internacional concebido específicamente para los procedimientos de adjudicación competitivos para APP. Las leyes nacionales sobre procedimientos de adjudicación para la contratación pública de servicios redactadas recientemente pueden aplicarse a las APP o pueden contener disposiciones específicas aplicables a estas. En los proyectos de pequeña envergadura, o cuando los requisitos de la autoridad contratante son tan claros que es posible formular las especificaciones y los criterios de evaluación sin necesidad de entablar consultas o diálogos con los posibles licitantes, cabe la posibilidad de utilizar los procedimientos que en general se siguen en las licitaciones públicas. No obstante, en la mayoría de los casos es aconsejable que la administración pública considere la posibilidad de revisar la idoneidad de los procedimientos vigentes para la selección del socio privado de un proyecto de participación público-privada, teniendo en cuenta las cuestiones que se presentan específicamente en el caso de las APP y que se examinan brevemente a continuación.

a) Número de licitantes que se convocará

19. La adjudicación de proyectos de participación público-privada suele entrañar procedimientos complejos, prolongados y costosos, y la mera magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura reduce la probabilidad de obtener propuestas de un elevado número de licitantes que estén debidamente calificados. De hecho, los licitantes competentes tal vez sean renuentes a participar en licitaciones de proyectos de alto valor si el número de licitantes es demasiado grande y si corren el riesgo de tener que competir contra propuestas poco realistas o presentadas por licitantes no calificados. Por lo tanto, no suele ser aconsejable convocar una licitación abierta para la adjudicación de la mayoría de los contratos de participación público-privada sin que exista una etapa de preselección.

[4] Véanse las *Directrices CET de la ONUDI*.

b) Definición de los requisitos del proyecto

20. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, la autoridad contratante suele asumir la función de *maître d'ouvrage* o empleador, en tanto que el contratista seleccionado es el encargado de ejecutar las obras. En los procedimientos de contratación se hace hincapié en cuál ha de ser la aportación del contratista; es decir, la autoridad contratante establece claramente lo que se deberá construir, en qué forma y de qué modo. Por lo tanto, es frecuente que las convocatorias a licitación para obras de construcción vayan acompañadas de especificaciones técnicas extensas y muy detalladas sobre el tipo de obras y servicios que se han de contratar. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de obra de infraestructura que se deberá construir y de que esta se pueda explotar eficientemente.

21. Sin embargo, en muchos proyectos de participación público-privada, la autoridad contratante puede prever una distribución diferente de las responsabilidades entre el sector público y el sector privado. En esos casos, tras haber establecido una necesidad determinada, la autoridad contratante tal vez prefiera dejar en manos del sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma podrá establecer (por ejemplo, requisitos reglamentarios de ejecución o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido ensayadas previamente y de que cumplen debidamente normas de seguridad y de otra índole internacionalmente aceptables). Así, en el proceso de adjudicación utilizado por la autoridad contratante se podrá poner más énfasis en el producto previsto del proyecto (es decir, los servicios o bienes que se han de proporcionar) que en los detalles técnicos de las obras que se han de realizar o en los medios que se utilizarán para prestar esos servicios (véanse los párrs. 70 a 72).

c) Criterios de evaluación

22. Si se trata de proyectos que serán financiados y explotados por las autoridades públicas y que serán de su propiedad, generalmente los bienes, las obras de construcción o los servicios se pagan con cargo a los fondos disponibles en virtud de las asignaciones presupuestarias aprobadas. Al estar los fondos generalmente asegurados, el principal objetivo de la entidad adjudicadora es obtener el máximo rendimiento de los fondos que gasta. Por lo tanto, en esos tipos de contratación, el factor decisivo para elegir la oferta ganadora entre las distintas propuestas que sean aceptables desde el punto de vista técnico y que respondan a las necesidades del proyecto (es decir, aquellas que hayan superado los requisitos de calidad y los requisitos técnicos) suele ser el precio global propuesto para las obras de construcción, que se calcula sobre la base del costo de estas y de otros gastos que deberá efectuar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

23. A su vez, se prevé que muchas de las APP puedan autofinanciarse, y que los gastos de construcción y explotación se recuperen con los ingresos del propio proyecto, aunque algunos proyectos ("APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión") pueden entrañar un pago específico por parte de la autoridad contratante (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 15 y 16). Por lo tanto, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios o la autoridad pública deberán tenerse en cuenta varios otros factores vinculados a la capacidad del posible socio privado para hacer frente a determinados riesgos del proyecto que el sector público no está dispuesto a asumir (principalmente —pero no solo— en relación con la tecnología o el sector de que se trata). Por ejemplo, la autoridad contratante deberá examinar detenidamente la viabilidad financiera y comercial de los proyectos presentados por los licitantes en el marco de la evaluación preliminar realizada por la autoridad pública, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los licitantes, la fiabilidad de las soluciones técnicas utilizadas y su adaptabilidad al contexto local. Es importante que lo haga aun cuando el proyecto no entrañe garantías ni pagos de la administración pública, ya que los proyectos inacabados o los proyectos con grandes sobrecostos o cuyos costos de mantenimiento sean superiores a los previstos suelen repercutir negativamente en la disponibilidad general de los servicios necesarios y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular criterios de calificación y evaluación que asignen la debida importancia a la necesidad de asegurar la prestación ininterrumpida del servicio público de que se trate y, en su caso, el acceso universal a este. Además, dada la duración generalmente prolongada de los contratos de participación público-privada, la autoridad contratante deberá cerciorarse de que los arreglos propuestos para la etapa de explotación sean sólidos y aceptables y evaluará cuidadosamente los elementos de las propuestas que se refieran a los servicios (véase el párr. 72). De conformidad con las buenas prácticas que se siguen en los proyectos de construcción de gran envergadura, entre los criterios de evaluación deberán tenerse en cuenta también los costos de todo el ciclo de vida. Ello reviste incluso mayor importancia en los proyectos de participación público-privada en que los licitantes tienen la libertad de ofrecer varias propuestas técnicas para alcanzar los resultados previstos, ya que llevar a la práctica algunas de esas propuestas puede resultar mucho más costoso, en comparación con otras.

d) Negociaciones con los licitantes

24. Las leyes y los reglamentos que rigen el procedimiento de licitación para la adquisición de bienes y servicios generalmente prohíben las negociaciones entre la autoridad contratante y los contratistas respecto de las propuestas que estos hayan presentado. La razón de que se establezca una prohibición tan estricta, que también está contemplada en el artículo 44 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es que las negociaciones se podrían convertir en una "subasta", en la que la propuesta presentada por un contratista se utilizaría para

presionar a otro contratista para que ofreciera un precio inferior o presentara una propuesta más favorable en algún otro sentido. Debido a esa estricta prohibición, normalmente se pide a los contratistas seleccionados para proporcionar bienes o prestar servicios con arreglo a los procedimientos de contratación tradicionales que firmen los documentos contractuales estándar que les son presentados durante el proceso de contratación.

25. La situación es diferente en el caso de la adjudicación de contratos de participación público-privada. Debido a la complejidad y la larga duración de esos proyectos, es poco probable que la autoridad contratante esté en condiciones de determinar de antemano cuáles serían los requisitos técnicos y de otra índole necesarios para llevar a cabo el proyecto sin examinar con los licitantes calificados las necesidades y las diversas opciones disponibles para satisfacerlas. Esta es la razón por la que en la *Guía* se recomienda el uso de un procedimiento de adjudicación como la solicitud de propuestas con diálogo prevista en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en el que se establece una estructura transparente para las negociaciones entre la autoridad contratante y los licitantes en una etapa del proceso que no implique modificar la base sobre la que se hubiera llevado a cabo la competencia (véanse los párrs. 95 a 98; en relación con la importancia de una buena planificación y preparación de los proyectos para aclarar el alcance de las negociaciones en la etapa de selección, véase también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 52, y en lo que respecta a la necesidad de preservar la base de la adjudicación durante la ejecución del contrato, véase el capítulo IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 140 a 144).

4. Preparativos del proceso de adjudicación

26. La adjudicación de contratos de participación público-privada es, en la mayoría de los casos, un procedimiento complejo que exige una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas involucradas. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal suficiente para llevar a cabo el tipo de proceso de adjudicación elegido, la administración pública contribuye de manera esencial a fomentar la confianza en dicho proceso. Además, generalmente se considera que la participación de una dependencia o una oficina encargada de las APP a nivel nacional o local es una buena práctica que permite simplificar la preparación del proceso de adjudicación.

a) Información anticipada sobre proyectos de participación público-privada próximamente adjudicables

27. Los países que incluyan los proyectos de participación público-privada en sus planes de infraestructura a mediano y largo plazo, como se les alienta a hacer en la *Guía* (véase el cap. II. "Planificación y preparación de proyectos", párr. 17),

tal vez deseen publicar información sobre los procesos de selección previstos o posibles para los proyectos de participación público-privada que tengan previsto adjudicar en los próximos meses o años, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El objetivo de esa notificación anticipada es informar al mayor número de proveedores y contratistas acerca de las oportunidades de contratación, evaluar su interés en participar y planificar su participación con antelación. La publicación de esa información también puede tener efectos positivos en el contexto más amplio de la gobernanza, en particular en la apertura del proceso de contratación a la revisión por parte del público en general y a la participación de la sociedad civil y la comunidad local. En la práctica, publicar esos avisos por adelantado puede servir, por ejemplo, para determinar si el mercado tiene capacidad para responder a las necesidades de la autoridad contratante antes de que se inicie el proceso de selección. Ese tipo de estudio de mercado puede resultar útil en el caso de mercados en rápida evolución (por ejemplo, en el sector de la información y las telecomunicaciones), pues permite al sector público determinar si recientemente han surgido soluciones innovadoras o si se prevé que eso ocurra. Las respuestas a esos avisos publicados por adelantado pueden revelar que no es ni factible ni conveniente llevar a cabo el proyecto en la forma prevista por la autoridad pública. Sobre la base de los datos reunidos, la autoridad contratante podrá adoptar una decisión más fundamentada con respecto al método de selección que sería más apropiado para adjudicar el futuro contrato. Esos avisos que se publican por adelantado no se deben confundir con las convocatorias de expresiones de interés que se publican normalmente junto con los llamados a presentación de propuestas (véase la sección C, párrs. 51 a 64), ya que la publicación de esas convocatorias no obliga a la autoridad contratante a solicitar propuestas a todos aquellos que hayan expresado interés.

b) Nombramiento del comité de adjudicación

28. Una medida preparatoria importante es la designación del comité que se encargará de evaluar las propuestas y formular una recomendación a la autoridad contratante sobre la adjudicación del contrato. El nombramiento de miembros calificados e imparciales para que integren el comité de adjudicación no es solo un requisito necesario para la evaluación eficiente de las propuestas, sino que puede fomentar aún más la confianza de los licitantes en el proceso de adjudicación.

29. Otra medida preparatoria importante es el nombramiento de asesores independientes que prestarán asistencia a la autoridad contratante en los procedimientos de adjudicación. La autoridad contratante tal vez necesite, en esta primera etapa, contratar los servicios de expertos o asesores independientes para que la ayuden a establecer criterios de calificación y evaluación apropiados, definir indicadores de desempeño (y, de ser necesario, las especificaciones del proyecto) y preparar la documentación que se hará llegar a los licitantes. También pueden

contratarse asesores y servicios de consultoría para que ayuden a la autoridad contratante a evaluar las propuestas y a redactar y negociar el acuerdo sobre el proyecto. Los consultores y los asesores también aportan una gran variedad de conocimientos técnicos de los que tal vez no siempre disponga la administración pública de la autoridad contratante y que pueden resultar de gran ayuda, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones y sobre los requisitos técnicos del contrato), asesoramiento ambiental (por ejemplo, evaluación ambiental y requisitos de explotación) o asesoramiento jurídico y financiero (por ejemplo, sobre las proyecciones financieras, el examen de las fuentes de financiación, la evaluación de la relación adecuada entre deuda y recursos propios y la redacción de los documentos contractuales y de información financiera).

c) Estudios de viabilidad y otros estudios

30. Como se indicó anteriormente (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 21), una de las primeras medidas que deberá adoptar la administración pública en relación con una propuesta de proyecto de infraestructura es llevar a cabo una evaluación preliminar de su viabilidad en que se analicen, entre otros, los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas que se prevé reportará el proyecto y el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura, así como sus efectos sociales y su impacto ambiental. La opción de realizar la obra de infraestructura como proyecto de participación público-privada presupone una conclusión favorable acerca de la viabilidad técnica y financiera de ejecutar el proyecto en esa forma, con exclusión de cualquier otro método de contratación. En algunos países se ha considerado conveniente disponer que haya cierta participación pública en la evaluación preliminar de los efectos sociales y el impacto ambiental del proyecto y de las diversas opciones disponibles para reducirlos al mínimo.

31. Antes de iniciar el proceso que conduce a la selección de un socio privado, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, en la mayoría de los casos, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países se aconseja a las autoridades contratantes que formulen proyectos modelo con fines de referencia (en los que normalmente se incluirá una estimación de la inversión de capital y de los gastos de explotación y mantenimiento) antes de llamar al sector privado a presentar propuestas. La finalidad de esos proyectos modelo es demostrar la viabilidad de la explotación comercial de la infraestructura y la asequibilidad del proyecto en lo que respecta a su costo total de inversión y a su costo para el público. Además, los proyectos modelo serán de utilidad a la autoridad contratante como instrumentos de comparación y evaluación de las propuestas. La confianza de los licitantes aumentará si tienen constancia de que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los supuestos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como la función que se prevé que desempeñe el sector privado.

d) Preparación de la documentación

32. El proceso de selección para la adjudicación de contratos de participación público-privada normalmente exige la preparación de una extensa documentación, a saber, una descripción del proyecto, los documentos de preselección, el llamado a presentación de propuestas, las instrucciones para la preparación de las propuestas y un borrador del contrato de participación público-privada. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante es una importante garantía de que el proceso de adjudicación será eficiente y transparente. También en este caso se ha calificado en general de muy positiva la labor que desempeñan en el proceso las dependencias encargadas de las APP, pues reúnen para publicación documentos claros y concisos que están en consonancia con la práctica de los licitantes.

33. La documentación normalizada preparada en términos suficientemente precisos puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre los licitantes y los futuros prestamistas e inversionistas. También puede servir para que se traten de manera coherente los problemas que son comunes a la mayoría de los proyectos relacionados con un sector determinado. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que determinado proyecto plantee cuestiones no previstas al elaborar el documento modelo o de que el proyecto requiera soluciones que difieran de las cláusulas modelo. Se debe prestar especial atención a la necesidad de lograr un equilibrio adecuado entre el nivel de uniformidad que se desea para un tipo particular de acuerdo sobre el proyecto y la flexibilidad que pueda ser necesaria para encontrar soluciones para cada proyecto concreto.

B. Preselección de los licitantes

34. Habida cuenta de la naturaleza técnica que tiene la mayoría de los proyectos de participación público-privada y de la complejidad de muchos de ellos, la autoridad contratante debe llamar a presentar propuestas únicamente a los licitantes que cumplan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública tradicional, el proceso de precalificación puede consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, como pruebas adecuadas de la capacidad técnica o la experiencia previa que se requiere para el tipo de contratación de que se trate, a fin de que todos los licitantes que cumplan los criterios de precalificación sean admitidos automáticamente a la etapa de licitación. El proceso de preselección para proyectos de contratación o de participación público-privada complejos puede, a su vez, incluir elementos de comparación y selección, lo que puede ocurrir, por ejemplo, si la autoridad contratante asigna una puntuación a los licitantes preseleccionados.

35. En las orientaciones prácticas sobre los procedimientos de adjudicación emitidas por algunos países se alienta a las autoridades contratantes nacionales a limitar el número de propuestas al mínimo necesario para que pueda considerarse que ha habido competencia (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala cuantitativa de calificación basada en criterios de conformidad técnicos, de gestión, financieros, ambientales, éticos y de otra índole, como la ausencia de inhabilitaciones anteriores y de antecedentes de corrupción, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Se ha comprobado que los criterios de preselección cuantitativos son más transparentes y más fácilmente aplicables que los criterios cualitativos, que entrañan el uso de un puntaje basado en méritos. Sin embargo, al idear un sistema de calificación cuantitativa, es importante que no se limite innecesariamente la discrecionalidad de la autoridad contratante al evaluar las calificaciones de los licitantes. Además, la autoridad contratante tal vez deba tener en cuenta el hecho de que las directrices sobre contratación pública de algunas instituciones financieras multilaterales pueden restringir el uso de procesos de preselección a fin de limitar el número de licitantes a un número predeterminado. En todo caso, si se va a utilizar un sistema de calificación, esa circunstancia deberá indicarse claramente en los documentos de preselección. En algunos proyectos de pequeña envergadura y menos complejos, a la autoridad contratante puede resultarle difícil hacer una selección inicial de los posibles licitantes mediante un sistema de puntuación cuantitativo debido al gran número de proveedores o contratistas que poseen en esencia las mismas calificaciones y que, por lo tanto, cumplirían los requisitos para participar en la licitación. En esas situaciones tan competitivas, la autoridad contratante tendría dificultades para formular criterios de licitación y diseñar métodos para la calificación de los licitantes que garantizaran un proceso de adjudicación eficiente. En algunos países, las autoridades contratantes intentan lograr ese resultado eligiendo a los proveedores o contratistas mediante un proceso aleatorio, por ejemplo, haciendo un sorteo entre los proveedores o contratistas precalificados incluidos en una lista de proveedores. Por su parte, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se prevén listas de proveedores, ya que se consideró que las disposiciones, sumamente flexibles, del capítulo VII de la Ley Modelo sobre los acuerdos marco ofrecían las mismas ventajas que esas listas sin que hubiera que correr los graves riesgos planteados en materia de transparencia y competencia.

1. Convocatoria a participar en el proceso de preselección

36. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable publicar la convocatoria a participar en el proceso de preselección de modo que llegue a un público lo suficientemente amplio para que la competencia sea real. Las leyes de muchos países establecen el medio de difusión, normalmente el boletín oficial u otro medio oficial, en el que se ha de publicar la convocatoria al proceso de preselección. La publicación en forma electrónica de la convocatoria a través de portales especializados, entre ellos el sitio web de la dependencia encargada de las APP, si

la hubiera, es otro medio eficaz utilizado ampliamente para difundir la convocatoria al proceso de precalificación. Con vistas a fomentar la participación de empresas extranjeras y maximizar la competencia, la autoridad contratante tal vez podría dar difusión internacional a la convocatoria al proceso de preselección, por ejemplo, en publicaciones especializadas del sector, conferencias, sitios web de las administraciones públicas y periódicos internacionales, a fin de que tengan amplio acceso a ella los licitantes internacionales interesados. Otro medio que puede utilizarse es la publicación *Development Business*[5] de las Naciones Unidas.

37. Los documentos de preselección deben contener información suficiente para que los licitantes puedan determinar si las obras y los servicios que entraña el proyecto son del tipo de obras y servicios que ellos pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, información sobre la forma en que pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria al procedimiento de preselección, además de indicar la obra de infraestructura que se ha de construir o renovar, debe contener información sobre otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que ha de prestar el socio privado, los acuerdos sobre financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente mediante derechos o peajes pagados por los usuarios, o si se aportarán fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y un resumen de las principales cláusulas, si ya se conocen, del acuerdo sobre el proyecto que se ha de celebrar como resultado del proceso de preselección (distribución de los riesgos).

2. Criterios de preselección

38. Además, en la convocatoria al proceso de preselección deberá figurar información general similar a la que normalmente se presenta en los documentos de preselección con arreglo a las normas generales de contratación pública[6].

39. Por lo general, se debería pedir a los licitantes que demuestren que poseen las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios materiales, y la capacidad de gestión, la fiabilidad y la experiencia que se requieren para ejecutar el proyecto. Otros criterios especialmente pertinentes en el ámbito de las APP podrían ser la capacidad de los licitantes de gestionar los aspectos financieros del proyecto y su experiencia previa en la explotación de obras de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión regulatoria (por ejemplo, indicadores de calidad de su desempeño anterior, tamaño y tipo de los proyectos anteriormente ejecutados por los licitantes); el nivel de experiencia del personal esencial que intervendrá en el proyecto; una capacidad de organización suficiente (lo que incluye niveles mínimos de

[5] https://devbusiness.un.org/.

[6] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, arts. 7, 8 y 10.

equipo de construcción, explotación y mantenimiento), y la capacidad de subvenir a las necesidades de financiación de las etapas de ingeniería, construcción y explotación del proyecto (demostrada, por ejemplo, por pruebas de la capacidad del licitante de aportar una cantidad suficiente de capital social al proyecto y por la certificación otorgada por bancos de prestigio acerca de la solvencia financiera del licitante). En consonancia con los compromisos políticos de alto nivel o las obligaciones dimanantes de tratados que hayan contraído en materia de desarrollo sostenible, buena gobernanza, transparencia y ética empresarial, las autoridades contratantes a menudo exigen que los licitantes demuestren que cumplen ciertas normas éticas reconocidas (certificación ambiental, ausencia de antecedentes de corrupción, declaraciones sobre política laboral). Los requisitos relativos a las calificaciones deben abarcar todas las etapas de un proyecto de infraestructura, a saber, la gestión financiera, la ingeniería, la construcción, la explotación y el mantenimiento, según proceda. Además, debe exigirse a los licitantes que demuestren que cumplen los demás criterios de calificación normalmente aplicables conforme a las leyes generales del país en materia de contratación pública[7]. Los criterios de preselección deben ser justificables objetivamente y adecuados al objeto del contrato de participación público-privada. Además, no deben utilizarse de forma discriminatoria para excluir automáticamente a posibles licitantes de ciertas jurisdicciones.

40. Un aspecto importante que la autoridad contratante debe tener en cuenta es la relación entre la adjudicación de un proyecto determinado y la política pública que se aplica en el sector pertinente (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 28 a 32). Si se desea que haya competencia, a la administración pública tal vez le interese cerciorarse de que el mercado o el sector pertinente no esté dominado por una sola empresa. Para aplicar esa política y evitar que el mercado esté dominado por licitantes a los que ya se haya adjudicado un contrato de participación público-privada en un sector determinado de la economía, la autoridad contratante tal vez desee incluir en los documentos de preselección nuevas disposiciones sobre las APP que limiten la participación de esos licitantes o impidan que se les adjudique un nuevo contrato. A efectos de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que, si la autoridad contratante se reserva el derecho a rechazar una propuesta por esos motivos u otros similares, se deberá notificar debidamente esa circunstancia en la convocatoria al proceso de preselección.

[7] Por ejemplo, tener capacidad jurídica para celebrar el contrato de participación público-privada; no ser insolvente, ni haber quebrado, ni estar su negocio bajo la administración de un síndico o de un tribunal o en proceso de liquidación, ni haberse suspendido su actividad comercial o haberse abierto procedimiento alguno contra la empresa por alguna de las causas que anteceden; haber cumplido sus obligaciones fiscales y efectuado sus pagos a la seguridad social de ese Estado; no haber sido condenados, ni ellos ni su personal directivo o gestor, por algún delito imputable a su conducta profesional o a alguna declaración falsa o engañosa acerca de su idoneidad para cumplir algún contrato adjudicable dentro de un número determinado de años anteriores a la apertura del proceso de selección, ni haber tampoco sido objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 9, párr. 2).

41. Los requisitos de calificación deberán aplicarse por igual a todos los licitantes. La autoridad contratante no debería imponer ningún criterio, requisito o procedimiento relativo a las calificaciones de los licitantes que no haya sido especificado en los documentos de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales, técnicas y ambientales de los consorcios de licitantes, la autoridad contratante deberá tener en cuenta la especialización de cada miembro del consorcio y determinar si las calificaciones de los miembros en su conjunto son suficientes para satisfacer las necesidades del proyecto en todas sus etapas.

3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios de licitantes

42. Habida cuenta de que la mayoría de los proyectos de infraestructura son proyectos a gran escala, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de adjudicación mediante consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por lo tanto, la información que se exige a los miembros de los consorcios de licitantes debe referirse tanto al consorcio en su conjunto como a sus distintos participantes. A efectos de facilitar el contacto con la autoridad contratante puede ser conveniente que en los documentos de preselección se pida que cada consorcio designe a uno de sus miembros coordinador de todas las comunicaciones con la autoridad contratante. Por lo general, es aconsejable que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios de licitantes presenten una declaración jurada por la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, serán responsables solidariamente de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio en el contrato de participación público-privada, al menos hasta que los miembros del consorcio constituyan y capitalicen la sociedad del proyecto, como sociedad instrumental, y esa sociedad del proyecto celebre el contrato de participación público-privada con la autoridad contratante. En efecto, los miembros de un consorcio de licitantes no suelen estar dispuestos a emprender el proyecto en su propio nombre. También cabe la posibilidad de que la propia autoridad contratante prefiera que el proyecto lo ejecute una persona jurídica con sede en el país anfitrión y establecida especialmente para ese fin, sin estar, de ese modo, limitada por obligaciones preexistentes o actividades paralelas. Esa es la razón por la que, en la práctica, la autoridad contratante suele reservarse el derecho a exigir en una etapa posterior que los miembros del consorcio seleccionado establezcan una persona jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 13 y 14).

43. También es conveniente que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus empresas matrices. Puede suceder que una de ellas, directamente o a través de empresas subsidiarias, se una a más de un consorcio para presentar propuestas respecto del mismo proyecto. Esa situación no debe permitirse, ya que comporta el riesgo de que se filtre información o de

que haya colusión entre los consorcios competidores, lo que debilita la credibilidad del proceso de adjudicación. Por consiguiente, es aconsejable que en la convocatoria al proceso de preselección se especifique que cada miembro de un consorcio calificado podrá participar, directamente o mediante filiales, en una sola oferta relativa al proyecto. El incumplimiento de esa norma conllevaría la descalificación del consorcio y de cada una de las empresas que lo integran, salvo situaciones excepcionales en que se podría autorizar la participación en múltiples consorcios, por ejemplo, porque el proyecto en cuestión requiere conocimientos técnicos o un método o tecnología patentados que solo una o unas pocas empresas poseen.

4. Preselección y preferencias nacionales

44. Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferente para las entidades locales o conceden un trato especial a los licitantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o a emplear mano de obra local. Ese trato especial o preferente se establece a veces como requisito fundamental de calificación (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio de licitantes) o como condición para participar en el proceso de adjudicación (por ejemplo, nombramiento de un socio local para dirigir el consorcio). El trato preferente otorgado a las entidades nacionales, o incluso la exclusión total de las entidades extranjeras, se justifica a veces también por tratarse de sectores estratégicos y delicados, como los de defensa y seguridad nacionales. La autoridad contratante deberá revelar esas limitaciones de los criterios de admisibilidad desde el inicio del proceso, hacerlas constar en el expediente del proceso de adjudicación y dar a conocer las razones que las motivaron a toda persona que lo solicite, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

45. Las preferencias nacionales pueden dar origen a diversos problemas. En primer lugar, su uso no está permitido según las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y podría ser incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados mediante acuerdos de comercio internacional o de integración económica o facilitación del comercio regional. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es importante poner en la balanza las ventajas que se prevé obtener y la desventaja que conllevaría privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener mejores opciones para satisfacer las necesidades nacionales de infraestructura. También es importante evitar un aislamiento total respecto de la competencia extranjera a fin de no perpetuar la inferioridad de los niveles de economía, eficiencia y competitividad de los sectores correspondientes de la industria nacional. Esta es la razón por la cual muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales y, al mismo tiempo, aprovechar la competencia internacional, no contemplan una exclusión general de la participación extranjera ni imponen requisitos de calificación que restrinjan dicha participación. Las preferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación

especiales que establecen márgenes de preferencia para los licitantes nacionales o los licitantes que ofrezcan la contratación de suministros, servicios y productos en el mercado local. El método del margen de preferencia, que se expone en el artículo 11, párrafo 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, es más transparente que los criterios de calificación o evaluación subjetivos. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los licitantes locales que tienen la capacidad de aproximarse a los niveles de competitividad internacionales, sin que ello signifique excluir sin más a la competencia extranjera. Por otra parte, se ha observado que la obligación de emplear elementos locales puede dar origen a una reducción de la responsabilidad de los licitantes con respecto a la calidad o incluso al producto final del proyecto. Cuando se prevean preferencias nacionales, se deberán anunciar por adelantado, preferiblemente en la convocatoria al proceso de preselección.

5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de adjudicación

46. De conformidad con los artículos 38 y 49, párrafo 4, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, el precio cobrado por los documentos que se utilizan en el proceso de preselección no deberá exceder el costo de su distribución a los licitantes. Habida cuenta del alto costo de los estudios preliminares y los trabajos preparatorios, como la elaboración del llamado a presentación de propuestas, los contratos estándar y otros documentos de licitación pertinentes, en la práctica internacional no es raro que una autoridad contratante solicite al menos la recuperación parcial de esos costos mediante el cobro de un importe en concepto de "gastos de preparación" fijado a un nivel superior al del simple costo de la impresión de los documentos de licitación. La autoridad contratante debería tratar de fijar ese importe en consonancia con proyectos similares, teniendo presentes las prácticas y las expectativas del mercado. El cobro de ese importe no debería ser en ningún caso otra forma más de limitar el número de licitantes. Esa práctica es ineficaz y aumenta el costo de la participación en el proceso de precalificación, que ya de por sí es considerable. Los elevados costos de la preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y el riesgo relativamente alto de que un procedimiento de adjudicación no culmine en la adjudicación del contrato puede disuadir a algunas empresas de sumarse a un consorcio para presentar una propuesta, en particular si no están familiarizadas con los procedimientos de adjudicación que se aplican en el país anfitrión.

47. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever medidas para indemnizar a los licitantes precalificados si el proyecto no sigue adelante por razones ajenas a ellos o para contribuir a sufragar los gastos en que hayan incurrido con posterioridad a la etapa de preselección, cuando lo justifiquen la complejidad del proyecto y la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de

la competencia. Cuando se prevea tal contribución o indemnización, se debería notificar debidamente a los posibles licitantes en las etapas iniciales del proceso, preferiblemente en la convocatoria al proceso de preselección.

6. Procedimientos de preselección

48. La autoridad contratante deberá responder a toda petición de aclaración de los documentos de preselección que reciba de un consorcio de licitantes con una antelación razonable antes de que venza el plazo fijado para la presentación de las solicitudes de preselección, a fin de que los licitantes puedan presentarlas a tiempo. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros licitantes deberá comunicarse, sin indicar el origen de la solicitud, a todos los licitantes a quienes la autoridad contratante haya enviado los documentos de preselección.

49. Una vez concluida la etapa de preselección, la autoridad contratante suele confeccionar una lista final de los licitantes preseleccionados a los que posteriormente se llamará a presentar propuestas. Un problema de orden práctico al que se enfrentan a veces las autoridades contratantes son las propuestas de modificación de la composición de los consorcios de licitantes durante el proceso de adjudicación. Desde el punto de vista de la autoridad contratante, por lo general es aconsejable actuar con prudencia respecto de las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios de licitantes una vez concluida la etapa de preselección. Todo cambio que se introduzca en la composición de los consorcios de licitantes puede alterar sustancialmente las razones en que se basó la autoridad contratante para incluirlos en la lista final y puede dar lugar a dudas acerca de la integridad del proceso de adjudicación. Por regla general, solo se debe permitir a los licitantes preseleccionados participar en la etapa de adjudicación, a menos que el nuevo miembro de un consorcio cumpla los criterios de preselección prácticamente en la misma medida que el miembro saliente del consorcio.

50. Si bien los criterios utilizados para preseleccionar a los licitantes no se deben ponderar nuevamente en la etapa de evaluación, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho a exigir, en cualquier etapa del proceso de adjudicación, que los licitantes vuelvan a demostrar sus calificaciones con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlos.

C. Procedimientos para la solicitud de propuestas

51. En la presente sección se examinan los procedimientos para solicitar propuestas de los licitantes preseleccionados. Como se señaló anteriormente, están compuestos de los mismos elementos principales que los métodos de contratación previstos en

la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con algunas adaptaciones necesarias para responder a las necesidades de las autoridades contratantes.

1. Estructura y etapas del procedimiento

52. Después de preseleccionar a los licitantes, es aconsejable que la autoridad contratante revise su primer estudio de viabilidad y los requisitos definidos en relación con el resultado y el desempeño y considere si es preciso examinar esos requisitos a la luz de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta etapa, la autoridad contratante deberá haber determinado ya si se usará un proceso en una única etapa o en dos etapas para solicitar las propuestas o si sería más eficiente utilizar una solicitud de propuestas con diálogo.

a) Proceso en una única etapa

53. La elección del procedimiento para solicitar propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de la exactitud con que la autoridad contratante pueda determinar los requisitos técnicos y de si se utilizarán indicadores de resultados (o indicadores de cumplimiento) para seleccionar al socio privado. Si es a la vez factible y conveniente que la autoridad contratante defina los indicadores de cumplimiento o las especificaciones del proyecto con el grado de precisión o finalidad necesario, el proceso de adjudicación podrá estructurarse en una sola etapa. En ese caso, una vez concluida la preselección de los licitantes, la autoridad contratante procederá directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse los párrs. 65 a 79). El contrato se adjudicará al licitante que haya presentado la mejor propuesta atendiendo a lo siguiente: *a)* los criterios distintos del precio que se especifiquen en la solicitud de propuestas, y *b)* el precio (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 47, párr. 10). Se puede agregar cierta flexibilidad al proceso (por ejemplo, en el caso de que la autoridad contratante deba considerar y negociar los aspectos financieros de las propuestas solo después de evaluar sus características técnicas, de calidad y de desempeño), permitiendo una última ronda de negociaciones consecutivas con los licitantes que presenten propuestas declaradas conformes, en el orden de la puntuación obtenida (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 50).

54. La licitación en una única etapa puede ser apropiada para proyectos relativamente sencillos y de pequeña escala si la autoridad contratante posee conocimientos técnicos suficientes y no prevé que el sector privado aporte soluciones, tecnología o conocimientos especializados innovadores. En la mayoría de los proyectos de participación público-privada, sin embargo, tal vez no sea posible que la autoridad contratante formule las especificaciones del proyecto o los indicadores de desempeño con el grado de detalle y precisión suficiente para que las propuestas se puedan formular, evaluar y comparar uniformemente sobre la base de esas especificaciones e indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad

contratante no ha determinado el tipo de aporte técnico y material que sería adecuado para el proyecto de que se trate (por ejemplo, el tipo de material de construcción que se ha de utilizar en un puente). Cuanto más grande el proyecto, mayor su complejidad y menores las probabilidades de que el proceso de adjudicación en una sola etapa sea adecuado o que el resultado sea satisfactorio. En esos casos tal vez sea poco conveniente, desde el punto de vista de la obtención de la mejor relación entre calidad y precio, que la autoridad contratante proceda sobre la base de las especificaciones o los indicadores que haya elaborado sin haber conversado previamente con los licitantes acerca de las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrece. Por consiguiente, en la mayoría de los casos, la autoridad contratante considera necesario establecer una interacción con los proveedores o contratistas por los siguientes motivos: *a)* para definir mejor sus necesidades y presentarlas en una descripción común (licitación en dos etapas), o *b)* para definir sus necesidades e invitar a que se presenten propuestas que respondan a ellas (solicitud de propuestas con diálogo).

b) Proceso en dos etapas

55. Cuando el proceso de adjudicación se divide en dos etapas[8], en la solicitud inicial de propuestas normalmente se pide a los licitantes que presenten propuestas basadas en las especificaciones relativas a los resultados y otras características del proyecto, así como con las cláusulas contractuales propuestas. El llamado a licitación dejará margen para que los licitantes presenten sus propias soluciones para satisfacer la necesidad indicada de conformidad con los niveles de servicio definidos. Las propuestas presentadas en esta etapa generalmente ofrecerán soluciones basadas en un diseño conceptual o en indicadores de desempeño, pero no se referirán a elementos financieros, como el precio o el nivel de remuneración previstos. Las propuestas no serán consideradas vinculantes y la autoridad contratante no deberá solicitar compromisos en relación con los precios en esta etapa[9].

56. En la medida en que la autoridad contratante ya conozca las cláusulas contractuales, estas deberán incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de un borrador del contrato de participación público-privada. Es importante conocer ciertas cláusulas contractuales, como la distribución de los riesgos prevista por la autoridad contratante, a fin de que los licitantes formulen sus propuestas y analicen la "comerciabilidad" del proyecto con los posibles prestamistas (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 26). La respuesta inicial a las cláusulas contractuales, en particular la distribución de los riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a esta a reevaluar la viabilidad del proyecto

[8] En el art. 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establecen los procedimientos para la licitación en dos etapas.

[9] Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 209.

tal como fue concebido inicialmente. Sin embargo, es importante distinguir entre el procedimiento de solicitud de propuestas y la negociación del contrato definitivo, una vez adjudicado el proyecto. El objetivo de esta etapa inicial es permitir a la autoridad contratante formular posteriormente sus necesidades de manera que el concurso definitivo se base en un conjunto único de parámetros. La convocatoria a presentar propuestas iniciales en esta etapa no debe dar lugar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

57. La autoridad contratante podrá entonces convocar una reunión de licitantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación que la acompaña. En esta primera etapa, la autoridad contratante podrá entablar conversaciones con cualquiera de los licitantes acerca de cualquier aspecto de su propuesta. La autoridad contratante deberá obrar de modo que no se revele el contenido de esas propuestas a los licitantes competidores o a cualquier otra persona que no esté expresamente autorizada para obtener esa información. Las conversaciones deberán ser confidenciales y ninguna de las partes deberá revelar a terceros información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

58. Con posterioridad a las conversaciones, la autoridad contratante deberá examinar y, dentro de los límites permitidos por la ley, revisar los aspectos técnicos, de calidad o de ejecución de las especificaciones iniciales del proyecto. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad contratante no deberá modificar el objeto del proyecto, pero podrá suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas, de calidad o de desempeño del proyecto enunciadas inicialmente en la solicitud de propuestas. En esta etapa, la autoridad contratante podrá también suprimir o modificar cualquier criterio previsto inicialmente para el examen o la evaluación de las propuestas y añadir un nuevo criterio, si es necesario como resultado de los cambios introducidos en las características técnicas, de calidad o de desempeño del proyecto. Toda supresión, modificación o adición se deberá comunicar a los licitantes en la convocatoria a presentar propuestas definitivas. Se debe permitir a los licitantes que no deseen presentar una propuesta definitiva retirarse del proceso de adjudicación sin que pierdan ninguna de las garantías que se les haya solicitado aportar.

c) Solicitud de propuestas con diálogo

59. Otro procedimiento que puede utilizar la autoridad contratante para seleccionar al socio privado de un proyecto de participación público-privada es la solicitud de propuestas con diálogo[10]. Se trata de un procedimiento concebido para contratar productos o servicios relativamente complejos y, en general, se utiliza

[10] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 49.

cuando se buscan soluciones innovadoras para problemas técnicos como el ahorro de energía, la contratación sostenible o las necesidades de infraestructura. En esos casos puede haber diferentes soluciones técnicas en función del material utilizado o de la fuente de energía elegida (eólica, solar o de combustibles fósiles).

60. Desde el punto de vista del procedimiento, la solicitud de propuestas con diálogo es similar a la licitación en dos etapas, aunque tiene varios rasgos que la distinguen. Este método permite que la autoridad contratante examine con los posibles proveedores o contratistas, de nuevo en el marco de un proceso transparente y estructurado, las características técnicas, de calidad y de desempeño y los aspectos financieros de las necesidades de la autoridad contratante. El proceso culmina con la solicitud de la "mejor oferta final" para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, pero no existe un solo conjunto común de especificaciones técnicas además de los requisitos técnicos mínimos declarados. Las mejores ofertas finales pueden aportar diversas soluciones técnicas para satisfacer esas necesidades; en ese sentido, los proveedores y contratistas son los encargados de concebir las soluciones técnicas. La autoridad contratante examina esas soluciones a fin de determinar si se ajustan a sus necesidades; el procedimiento de evaluación por concurso en igualdad de condiciones es más complejo que el de la licitación en dos etapas.

61. En resumen, el objetivo es permitir que los proveedores o contratistas, mediante el diálogo con la autoridad contratante, entiendan las necesidades expuestas por esta en la solicitud de propuestas. El diálogo, que puede llevarse a cabo en varias etapas, consistirá en una interacción entre la autoridad contratante y los proveedores o contratistas en relación con las características técnicas, de calidad y de desempeño de sus propuestas y los aspectos financieros de estas. El diálogo puede comprender un análisis de las consecuencias financieras de determinadas soluciones técnicas, entre ellas el precio o la escala de precios. No obstante, como en la licitación en dos etapas, no comprenderá negociaciones vinculantes para ninguno de los participantes. Al concluir la etapa del diálogo, los proveedores y los contratistas deberán presentar su mejor oferta final con objeto de satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Las mejores ofertas finales de los diferentes proveedores o contratistas podrán ser similares en algunos aspectos, y notablemente distintas en otros, en particular en lo que respecta a las soluciones técnicas propuestas. Por lo tanto, el método da a la autoridad contratante la oportunidad de comparar diferentes soluciones técnicas para cubrir sus necesidades.

62. Los métodos basados en esa clase de diálogo han arrojado resultados favorables para la autoridad contratante en lo que respecta a la contratación de productos o servicios relativamente complejos, en que el costo de no entablar un diálogo con los proveedores o contratistas es elevado, en tanto que hacerlo reporta ventajas económicas evidentes. Además de los usos habituales descritos anteriormente, esos métodos pueden ser apropiados, por ejemplo, para la contratación de

obras de arquitectura o de construcción, en las que puede haber numerosas soluciones que se ajusten a las necesidades de la autoridad contratante y en que el diálogo sea el único medio para evaluar las aptitudes personales y los conocimientos especializados del proveedor o contratista. La complejidad mencionada no tiene por qué ser de índole técnica; así, por ejemplo, en los proyectos de infraestructura, los diversos lugares y tipos de obras pueden ser las principales variables. En esos casos, el método ha permitido a la autoridad contratante encontrar y obtener la mejor solución para sus necesidades de contratación.

63. El procedimiento en sí consta de dos etapas. En la primera etapa, la autoridad contratante emite una convocatoria en la que describe sus necesidades en forma de instrucciones que sirven de guía a los proveedores o contratistas para preparar sus propuestas. Las necesidades pueden expresarse desde un punto de vista funcional o de ejecución o en relación con los resultados esperados, pero deben contener los requisitos técnicos mínimos del objeto del contrato. A diferencia de la licitación en dos etapas, no está previsto que la autoridad contratante realice una descripción técnica completa del objeto del contrato.

64. En este método, la autoridad contratante debe exponer sus necesidades, enunciando los requisitos técnicos mínimos, y debe entender las soluciones técnicas propuestas y evaluarlas, comparando unas con otras, lo que podría exigir que los funcionarios encargados de la contratación tengan una capacidad que no es necesaria en otros métodos de contratación pública, en particular con objeto de evitar que se recurra a este método para no tener que preparar de manera adecuada el proceso de adjudicación. También existe el riesgo de que la tarea de definir las necesidades de contratación se transfiera a los proveedores y contratistas, o al mercado. Aun cuando sean los proveedores o contratistas, y no la autoridad contratante, los que formulen propuestas que se ajusten a las necesidades de esta, no deberían ser ellos mismos los principales encargados de definir esas necesidades. Por lo general, es esencial garantizar que todos los licitantes reciben la misma información en cada etapa del diálogo, que se deje la debida constancia documental de todo el proceso y que este esté respaldado por las salvaguardias adecuadas para evitar abusos y conductas indebidas.

2. Contenido de la solicitud de propuestas

65. La autoridad contratante debería invitar a los licitantes a presentar propuestas con respecto a las especificaciones, los indicadores de desempeño y las condiciones contractuales del proyecto. En general, la solicitud de propuestas debería contener toda la información que sea necesaria para que los licitantes puedan presentar propuestas que atiendan a las necesidades de la autoridad contratante y que esta pueda comparar de manera objetiva y equitativa. El contenido y el nivel de detalle de la información proporcionada a los licitantes en esta etapa variarán en función del tipo

de proyecto de participación público-privada previsto y de la naturaleza del proceso de adjudicación que utilice la autoridad contratante. Posiblemente la información sea menos detallada y normalmente menos centrada en los aspectos técnicos en los casos en que la autoridad contratante haya recurrido al procedimiento de solicitud de propuestas con diálogo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Sin embargo, si la autoridad contratante ha preferido recurrir a un procedimiento en dos etapas, ya habrá emitido anteriormente una convocatoria inicial a presentar ofertas menos detalladas en las que no figurará el precio, y habrá entablado conversaciones con los licitantes cuyas ofertas no hayan sido rechazadas. Por lo tanto, en esta etapa, la autoridad contratante habrá preparado un conjunto más extenso de condiciones contractuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 48, párrafos 2 y 3, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública[11].

a) Información general para los licitantes

66. La información general para los licitantes deberá abarcar, según proceda, la información que normalmente se incluye en el pliego de condiciones o los llamados a presentación de propuestas para la contratación de bienes, obras y servicios[12]. Es especialmente importante dar a conocer los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta ganadora, así como la ponderación relativa o el orden de importancia de esos criterios (véanse los párrs. 82 a 87). Las plataformas electrónicas que permiten cargar documentos e información y compartirlos con los licitantes pueden ser particularmente útiles a fin de aumentar la eficiencia y agilizar el proceso, teniendo en cuenta la gran cantidad de información que los licitantes suelen necesitar. Las reuniones previas a las licitaciones que están abiertas a la participación de todos los licitantes interesados también resultan útiles para resolver de forma transparente las dudas que puedan tener.

[11] "2. En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales en las que figurarán sus propuestas, pero no el precio. En el pliego de condiciones se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de funcionamiento del objeto del contrato adjudicable, así como acerca de las condiciones contractuales de su suministro y, cuando proceda, acerca de la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas exigibles de los proveedores o contratistas.

3. La entidad adjudicadora podrá entablar, en la primera etapa, conversaciones con todo proveedor o contratista, cuya oferta inicial no haya sido rechazada a tenor de lo dispuesto en la presente Ley, acerca de cualquier aspecto de su respectiva oferta inicial. Cuando la entidad adjudicadora entable conversaciones con algún concursante, ofrecerá por igual a cualquier otro concursante la oportunidad de entablar ese mismo tipo de conversaciones".

[12] Por ejemplo, las instrucciones para preparar y presentar propuestas, en particular la manera, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las propuestas y el plazo de validez de las propuestas y todo requisito relativo a las garantías de las propuestas; las modalidades según las cuales los licitantes podrán pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas, y una indicación acerca de si la autoridad contratante se propone convocar, en esta etapa, una reunión de licitantes; el lugar, la fecha y la hora en que se procederá a la apertura de las propuestas y los procedimientos que se han de seguir para la apertura y el examen de las propuestas; la forma en que se evaluarán las propuestas; los requisitos mínimos que las propuestas deben cumplir para ser consideradas conformes (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 47, párr. 2, y art. 49, párr. 2).

i) Información sobre los estudios de viabilidad

67. Es aconsejable incluir, en la información general facilitada a los licitantes, instrucciones para la preparación de los estudios de viabilidad que posiblemente deban presentar con las propuestas. Esos estudios de viabilidad no deberán sustituir a los estudios sobre la relación entre calidad y precio y sobre el riesgo financiero, ni a otros estudios de viabilidad y de evaluación del impacto que la autoridad contratante deba realizar antes de obtener la aprobación para el proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 22). El estudio de viabilidad de los propios licitantes normalmente abarcará, por ejemplo, los aspectos siguientes:

a) Viabilidad comercial. Especialmente en los proyectos con financiación sin recurso o con financiación con recurso limitado, es esencial definir los motivos por los que se necesitan los resultados del proyecto y evaluar y proyectar esas necesidades durante el período de vida útil propuesto del proyecto, en particular la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico de las carreteras) y la fijación de precios (por ejemplo, peajes). A fin de facilitar el examen de la autoridad contratante, los licitantes deberían describir, además, los supuestos utilizados para justificar la viabilidad comercial de la propuesta;

b) Diseño técnico y viabilidad funcional. Los licitantes deberán demostrar que la tecnología que proponen, incluidos el equipo y los procesos, es apropiada teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ambientales, la probabilidad de alcanzar el grado de desempeño previsto y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En el estudio deberán definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, una vez construida, y proporcionar información sobre el desarrollo tecnológico previsto;

c) Viabilidad financiera. Los licitantes deberán indicar las fuentes de financiación propuestas para las etapas de construcción y explotación, entre otras, el capital obtenido en préstamo y la inversión en el capital social. Aunque en la mayoría de los casos los acuerdos de préstamo y demás acuerdos de financiación no se concretan sino después de firmado el contrato de participación público-privada, se deberá exigir a los licitantes que presenten prueba suficiente de la intención de los prestamistas de proporcionar la financiación especificada. En algunos países se exige asimismo a los licitantes que indiquen la tasa interna de rentabilidad financiera prevista en relación con el costo efectivo del capital correspondiente a los acuerdos de financiación propuestos. Esa información tiene por objeto permitir que la autoridad contratante determine si los precios o derechos que se propone cobrar el socio privado son razonables y asequibles y si es posible que aumenten posteriormente;

d) Impacto ambiental. Este estudio debería determinar los posibles efectos negativos o adversos del proyecto en el medio ambiente, e indicar las medidas

correctivas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales aplicables. El estudio debería tener en cuenta, según proceda, las normas ambientales pertinentes de las instituciones financieras internacionales y de las autoridades nacionales, provinciales y locales.

ii) Información sobre la garantía de la oferta

68. Es aconsejable que en la solicitud de propuestas se indiquen los requisitos que establezca la autoridad contratante con respecto al emisor y a la índole, la forma, la cuantía y otras condiciones principales de la garantía de la oferta que los licitantes deban proporcionar a fin de cubrir las pérdidas que puedan derivarse de la retirada de las propuestas o del hecho de que el licitante seleccionado no llegue a formalizar un contrato de participación público-privada. A fin de que todos los licitantes reciban un trato equitativo, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del licitante que presenta la propuesta no deben referirse a otra conducta que no sea la retirada o modificación de la propuesta después de vencido el plazo para su presentación, o antes del plazo, si así se indica en la solicitud de propuestas; el hecho de no lograr el cierre financiero; el hecho de no firmar el contrato de participación público-privada si la autoridad contratante lo solicita, y el hecho de no proporcionar la garantía necesaria de cumplimiento del contrato de participación público-privada después de que la propuesta haya sido aceptada o de no cumplir cualquier otra condición especificada en la solicitud de propuestas antes de firmar el contrato. Se deben prever salvaguardias a fin de que el requisito de proporcionar una garantía de la oferta se imponga solo en forma equitativa y para los fines previstos[13]. La necesidad de exigir una garantía de la oferta y las condiciones que esta habrá de cumplir se deberán considerar teniendo en cuenta el proceso de adjudicación escogido y, cuando sea necesario, adaptarlas a las necesidades de este. Por ejemplo, no procede exigir una garantía de la oferta cuando se trate de una solicitud de propuestas con diálogo, ya que la garantía no ofrecería una solución viable en lo que respecta a lograr una participación suficiente en el diálogo u obligar a los proveedores o contratistas con respecto a la modificación de sus propuestas durante la etapa de diálogo (a diferencia de lo que ocurre en la etapa del procedimiento en que se presenta la mejor oferta final)[14].

[13] En el art. 17, párr. 2, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se prevén ciertas salvaguardias importantes, entre otras, que la autoridad contratante no reclamará suma alguna en concepto de garantía de la oferta y devolverá o hará devolver el título de la garantía tan pronto como se produzca una de las siguientes circunstancias: *a)* la expiración de la garantía de oferta; *b)* la entrada en vigor del acuerdo sobre el proyecto y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si la solicitud de propuestas lo exige; *c)* la terminación del proceso de selección sin que haya entrado en vigor el acuerdo sobre el proyecto; *d)* la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para presentar propuestas, a menos que la solicitud de propuestas disponga que esa retirada no será admisible.

[14] Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 113, párr. 5.

iii) Calificación de los licitantes

69. En los pocos casos en que no se haya preseleccionado a los licitantes antes de llamar a presentar propuestas o en que la autoridad contratante se haya reservado el derecho a exigir que los licitantes demuestren una vez más sus calificaciones, en la solicitud de propuestas se deberá especificar la información que deberán proporcionar los licitantes para corroborar sus calificaciones (véanse los párrs. 38 a 41).

b) Especificaciones del proyecto e indicadores de desempeño

70. El tipo de proyecto de participación público-privada, el régimen de propiedad de la infraestructura y la distribución prevista de los riesgos y responsabilidades entre los sectores público y privado determinarán si la autoridad contratante tiene interés en controlar los insumos y las especificaciones técnicas de las obras que el socio privado llevará a cabo, o si prefiere dejar que los licitantes propongan sus propias soluciones para atender las necesidades de la autoridad contratante en la mejor forma posible. Esto, a su vez, influirá en la decisión de la autoridad contratante acerca de si llevará a cabo una licitación en dos etapas con el fin de llegar a un conjunto común de condiciones y de características técnicas, de calidad o de desempeño que habrán de servir de base a los licitantes para presentar sus propuestas definitivas, o si dará a los licitantes mayor libertad para elaborar sus propias soluciones. Lo ideal sería que la autoridad contratante examinara detenidamente esas opciones durante los preparativos de la licitación (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 49 a 52), ya que son esenciales para determinar cuál es el equilibrio adecuado entre los elementos sobre insumos y sobre productos en la descripción del proyecto.

71. Por lo general, es aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes las necesidades a largo plazo del proyecto y que formule sus especificaciones de una manera que le permita obtener información suficiente para seleccionar al licitante que ofrezca los servicios de mejor calidad en las mejores condiciones económicas.

72. Por lo tanto, la autoridad contratante tal vez estime conveniente formular las especificaciones del proyecto de manera que definan adecuadamente los resultados y el desempeño requeridos sin indicar con demasiado detalle la forma en que se han de lograr. Las especificaciones del proyecto y los indicadores del desempeño suelen comprender los elementos siguientes:

a) Descripción del proyecto y del resultado previsto. Si los servicios requieren cierto tipo de edificios, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la autoridad contratante tal vez prefiera limitarse a proporcionar, a título ilustrativo, ciertas indicaciones generales de planificación para la división del emplazamiento en zonas de utilización, en lugar de planos que indiquen la localización y el tamaño de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de

construcción. Sin embargo, cuando a juicio de la autoridad contratante sea esencial que los licitantes proporcionen especificaciones técnicas detalladas, en la solicitud de propuestas se debe incluir, como mínimo, la siguiente información: una descripción de las obras que se han de realizar y los servicios que se han de suministrar, acompañada de especificaciones técnicas, planos, dibujos y diseños; un calendario de ejecución de las obras y prestación de los servicios, y los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la obra;

b) *Normas mínimas de diseño y desempeño aplicables, entre ellas las normas ambientales apropiadas*. Las normas de desempeño se suelen formular en función de la cantidad y calidad deseadas de los resultados de la infraestructura. Las propuestas que se aparten de las normas de desempeño pertinentes deberán considerarse no conformes;

c) *La calidad de los servicios*. Si se trata de proyectos que entrañan la prestación de servicios públicos, los indicadores de desempeño deberán incluir una descripción de los servicios que se habrán de prestar y las normas de calidad en la materia que utilizará la autoridad contratante para evaluar las propuestas. Cuando proceda, deberá hacerse referencia a las obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos en cuanto a la ampliación y la continuidad del servicio a fin de satisfacer la demanda de la comunidad o el territorio abarcados, de garantizar a los usuarios la disponibilidad sin discriminación de los servicios y de conceder el acceso sin discriminación de otros proveedores de servicios a toda red de infraestructura pública explotada por el socio privado, con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, "Implementación de la APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 91 a 102).

73. Se pedirá a los licitantes que proporcionen la información necesaria para que la autoridad contratante evalúe la solidez técnica de las propuestas, su viabilidad funcional y su conformidad con las normas de calidad y los requisitos técnicos, en particular la información siguiente:

a) el diseño técnico preliminar, incluido el calendario de trabajo propuesto;

b) el costo del proyecto, incluidos los gastos necesarios de explotación y mantenimiento y el plan de financiación propuesto (por ejemplo, aporte propuesto de capital social o capital obtenido en préstamo);

c) la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;

d) una descripción de la calidad de los servicios.

74. Puede ser necesario que los licitantes aporten información adicional sobre cada uno de los indicadores mencionados, en función de la índole del proyecto que será adjudicado. Si se trata de la adjudicación de un contrato de participación

público-privada para la distribución de electricidad en una región determinada, por ejemplo, los indicadores pueden incluir normas técnicas mínimas tales como: *a)* la especificación de las fluctuaciones de voltaje (y frecuencia) a nivel del consumidor; *b)* la duración de las interrupciones (expresada en horas al año); *c)* la frecuencia de las interrupciones (expresada en número por año); *d)* las pérdidas; *e)* el número de días necesarios para conectar a un nuevo cliente, y *f)* las normas comerciales sobre las relaciones con el consumidor (por ejemplo, el número de días para pagar las facturas, para volver a conectar las instalaciones o para responder a las reclamaciones de los consumidores).

c) Condiciones contractuales

75. Después del estudio de la relación entre calidad y precio y otros estudios preliminares emprendidos en la etapa de planificación del proyecto y evaluación de la viabilidad (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 22), la autoridad contratante debería estar en condiciones de indicar en los documentos de licitación la forma en que prevé distribuir los riesgos del proyecto (véanse también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", y el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada"). Esto es importante para establecer las condiciones del debate para el diálogo y las aclaraciones durante el proceso de adjudicación (véanse los párrs. 92 a 94), pero también para establecer límites a los ajustes que puedan hacerse al contrato después de la selección del socio privado (véanse los párrs. 95 a 98). Si se deja totalmente abierta la distribución de los riesgos, es probable que los licitantes reaccionen tratando de reducir al mínimo los riesgos que aceptarán, lo que podría frustrar el propósito de la búsqueda de inversión privada para desarrollar el proyecto.

76. Por esa razón, la autoridad contratante debería distribuir un borrador del contrato de participación público-privada en el que se propongan las condiciones del contrato. Ello también contribuiría a reducir al mínimo el riesgo de que el consorcio seleccionado pueda tratar de reabrir el debate sobre las principales condiciones contractuales y prolongar las negociaciones. Si no es viable preparar un borrador completo del contrato de participación público-privada en esta etapa, la solicitud de propuestas deberá contener al menos información sobre los elementos esenciales de los acuerdos contractuales previstos por la autoridad contratante, incluidas las cláusulas del contrato de participación público-privada que la autoridad contratante considere no negociables. Los elementos esenciales que suelen figurar en la solicitud de propuestas en esta etapa pueden referirse a cuestiones como las siguientes:

a) la duración del contrato o la convocatoria a los licitantes a que presenten propuestas con respecto a la duración del contrato;

b) las fórmulas y los índices que se utilizarán para los ajustes de precios;

c) el respaldo público y los incentivos a la inversión, cuando proceda;

d) las fianzas necesarias;

e) los requisitos de los organismos reguladores, cuando proceda;

f) las normas y los reglamentos monetarios que rigen las remesas en divisas;

g) los acuerdos de participación en los ingresos, cuando proceda;

h) la indicación, cuando proceda, de las categorías de bienes que el socio privado deberá transferir a la autoridad contratante o poner a disposición del socio privado que lo suceda al finalizar el período del proyecto;

i) si se ha de seleccionar un nuevo socio privado para la explotación de una infraestructura que ya existe, una descripción de los bienes y las propiedades que se pondrán a su disposición;

j) las fuentes de ingresos alternativas, complementarias o subsidiarias (por ejemplo, las concesiones para la explotación de la infraestructura existente) que pudieran ofrecerse al licitante ganador;

k) la indicación de las principales condiciones que deben darse para que los derechos y obligaciones del socio privado puedan transferirse a terceros y las restricciones o las condiciones para contratar a subcontratistas y las restricciones a la transmisión a terceros de acciones de la sociedad del socio privado;

l) toda otra cláusula contractual exigida por la ley del país.

77. Se pedirá a los licitantes que faciliten la información necesaria para que la autoridad contratante evalúe los elementos técnicos, financieros y comerciales de las propuestas y la conformidad de estas con las condiciones contractuales propuestas. Además, se debería exigir que los licitantes revelen qué miembros del consorcio o subcontratistas serán responsables de realizar las obras durante la etapa de construcción, así como de explotar y mantener la infraestructura después de su puesta en servicio, y que proporcionen a la autoridad contratante información completa sobre las calificaciones de los subcontratistas que no sean miembros del consorcio de licitantes. Normalmente, las propuestas financieras deberán incluir la información siguiente:

a) Si se trata de proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consisten principalmente en los peajes, derechos y otros pagos realizados por los clientes o usuarios de la obra de infraestructura (alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión), en la propuesta financiera se deberá indicar la estructura de precios propuesta. Los proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistan principalmente en los pagos efectuados por la autoridad contratante u otra autoridad pública para amortizar la inversión del socio privado, o en la suma de esos pagos del socio público y los peajes, derechos u otros pagos efectuados por los clientes o usuarios, en la propuesta financiera se deberán indicar

los pagos propuestos en concepto de amortización y el plazo de reembolso, así como la repartición prevista entre el socio público y la contribución de los usuarios;

b) El valor actual de los precios o pagos directos propuestos sobre la base de la tasa de descuento y los tipos de cambio establecidos en los documentos de licitación;

c) Si se estima que el proyecto requerirá apoyo financiero de la administración pública, el nivel de ese apoyo, en particular, si procede, toda subvención o garantía prevista de la administración pública o la autoridad contratante;

d) El alcance de los riesgos asumidos por los licitantes en las etapas de construcción y explotación (incluidos acontecimientos imprevistos y cambios económicos o regulatorios), junto con información, según proceda, sobre seguros, inversión en el capital social y otras garantías previstas contra esos riesgos, así como el nivel de apoyo financiero, indemnización u otros ajustes contractuales que los licitantes propongan para compensar las consecuencias financieras de esos riesgos.

78. A fin de limitar y establecer claramente el alcance de las negociaciones que tendrán lugar durante el diálogo posterior a la evaluación de las propuestas (véanse los párrs. 95 a 98), en la solicitud definitiva de propuestas se deberán indicar las condiciones del contrato de participación público-privada que la autoridad contratante considera no negociables.

79. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas que presenten los licitantes contengan pruebas de que sus principales prestamistas están conformes con las condiciones comerciales y la distribución de riesgos propuestas, descritas en la solicitud de propuestas. Ese requisito podría servir para resistir todo intento de que se revisen las condiciones comerciales en la etapa de negociación final. En algunos países se exige que los licitantes firmen con sus iniciales el proyecto de contrato de participación público-privada y lo devuelvan a la autoridad contratante junto con sus propuestas definitivas como confirmación de que aceptan todas las condiciones respecto de las cuales no hayan propuesto modificaciones concretas.

3. Aclaraciones y modificaciones

80. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para permitirle obtener lo que se necesita para satisfacer sus necesidades. Por consiguiente, es aconsejable autorizar a la autoridad contratante a que, sea por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración formulada por un licitante, modifique la solicitud de propuestas mediante la emisión de un suplemento en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, cuando se introducen modificaciones que puedan obligar a

los licitantes a dedicar tiempo adicional a la preparación de sus propuestas, ese tiempo se les debería conceder prorrogando el plazo para la presentación de propuestas. Además, la autoridad contratante deberá evitar que se introduzcan cambios de fondo al proceso de adjudicación, en particular aquellos que puedan afectar al grupo de posibles licitantes, como ocurriría si las características del proyecto hubieran cambiado en forma tan sustancial que los documentos iniciales ya no comunicaran claramente a los posibles proveedores o contratistas las verdaderas necesidades de la contratación. Cuando se necesita un cambio tan sustancial, la autoridad contratante tal vez deba cancelar el proceso de adjudicación e iniciar otro[15].

81. En general, las aclaraciones, junto con las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones, y las modificaciones deberán ser comunicadas sin demora por la autoridad contratante a todos los licitantes a los que se hizo llegar la solicitud de propuestas. Si la autoridad contratante convoca una reunión de los licitantes, levantará acta de la reunión en la que consten las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas presentadas en ella y las respuestas correspondientes, y deberá enviar copia del acta a los licitantes.

4. Criterios de evaluación

82. La autoridad contratante debe formular criterios de evaluación que permitan llevar a cabo un examen riguroso y eficaz, por un lado, de los aspectos técnicos de las propuestas (que abarque no solo la inversión física, como las obras de construcción o reacondicionamiento, sino también la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el socio privado), y, por otro lado, de los aspectos comerciales y financieros de las propuestas (no solo la cuantía de los derechos, precios u otros pagos propuestos por los licitantes, sino también la solidez de los arreglos financieros y la estructura de financiación). Se debe dar la debida importancia a las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de asegurar la prestación ininterrumpida del servicio con la calidad y seguridad que se requiere.

a) Evaluación de los aspectos técnicos de las propuestas

83. Los criterios técnicos de evaluación tienen por objeto facilitar el examen de la viabilidad técnica, operacional, ambiental y financiera de la propuesta en comparación con las especificaciones, los indicadores y los requisitos establecidos en la solicitud de propuestas. En la medida de lo posible, los criterios técnicos deberán

[15] *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 108, párr. 4.

ser objetivos y cuantificables para que la autoridad contratante pueda evaluar las propuestas en forma objetiva y compararlas sobre una base común. Esto reduce el margen para la adopción de decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rigen el proceso de adjudicación podrían explicar la forma en que esos factores se deben formular y aplicar. Las propuestas técnicas para los proyectos de participación público-privada se evalúan normalmente con arreglo a los criterios siguientes:

a) *Solidez técnica*. Si la autoridad contratante ha establecido las especificaciones o normas mínimas de diseño técnico y de desempeño, el diseño básico del proyecto deberá ajustarse a esas especificaciones o normas. Los licitantes deberán demostrar la solidez de los métodos y calendarios de construcción propuestos;

b) *Viabilidad funcional*. La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la obra de infraestructura terminada deberán estar bien definidos y ajustarse a las normas de desempeño prescritas, y se deberá demostrar su viabilidad;

c) *Calidad de los servicios*. Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante deberán incluir un análisis de la forma en que los licitantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, en particular las garantías que ofrecen para asegurar su continuidad;

d) *Normas ambientales*. El diseño y la tecnología propuestos para el proyecto deberán ser conformes a las normas ambientales establecidas en la solicitud de propuestas. Se deberá determinar debidamente todo efecto negativo o nocivo para el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los licitantes, así como las medidas correctivas o de mitigación correspondientes;

e) *Mejoras*. Estas pueden consistir en otras condiciones que el autor del proyecto ofrezca para hacer más atractiva su propuesta, como la participación de la autoridad contratante en los ingresos, un menor número de garantías públicas o la reducción del nivel de respaldo público requerido;

f) *Posibilidades de desarrollo social y económico*. Con arreglo a este criterio, la autoridad contratante podrá tener en cuenta las posibilidades de desarrollo social y económico que ofrecen los licitantes, como las ventajas para grupos de personas o empresas desfavorecidas, la inversión interna u otra actividad comercial, el estímulo del empleo, la reserva de determinada parte de la producción para los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de las aptitudes de gestión, científicas u operacionales;

g) *Calificación de los licitantes*. En la etapa de evaluación, la autoridad contratante debería tener derecho a exigir a los licitantes que le envíen pruebas de que siguen estando en posesión de las calificaciones demostradas en la etapa de preselección.

b) Evaluación de los aspectos financieros y comerciales de las propuestas

84. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante debe establecer criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Los criterios que se utilizan habitualmente para la evaluación y comparación de las propuestas financieras y comerciales son los siguientes, según corresponda:

a) El valor actual de los peajes, derechos, precios unitarios y otros pagos que se propongan durante el período del contrato. En el caso de los proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistirán principalmente en peajes, derechos u otros pagos efectuados por los clientes o usuarios de la obra de infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas normalmente se basan en el valor actual de los peajes, derechos, alquileres y otros pagos propuestos durante el período del contrato;

b) El valor actual de los pagos directos propuestos que deberá efectuar la autoridad contratante, cuando proceda. Si se trata de proyectos en que los ingresos previstos del socio privado consistirán principalmente en los pagos que efectúe la autoridad contratante para amortizar la inversión del socio privado, la evaluación y comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan por lo general en el valor actual del calendario de pagos de amortización programados para la obra de infraestructura asumiendo la construcción y explotación de conformidad con las normas mínimas de diseño y desempeño y los planes y especificaciones prescritos;

c) Los costos de diseño y de construcción, los gastos anuales de explotación y mantenimiento, el valor actual del costo de capital y los gastos de explotación y mantenimiento. Es aconsejable que la autoridad contratante incluya estos elementos entre los criterios de evaluación, a fin de permitir el examen de la viabilidad financiera de las propuestas;

d) El grado de apoyo financiero, en su caso, que se espera de la administración pública. Las medidas de respaldo público previstas o exigidas por los licitantes deberán incluirse entre los criterios de evaluación, ya que pueden significar una fuerte carga financiera inmediata o eventual para la administración pública (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 56 a 86);

e) La solidez de los arreglos financieros propuestos. La autoridad contratante deberá evaluar si el plan de financiación propuesto, incluida la relación prevista entre inversión en capital social y deuda, es suficiente para sufragar los gastos de construcción, explotación y mantenimiento del proyecto. Asimismo, la autoridad contratante deberá evaluar la solvencia de los proveedores de capital y los prestamistas, el grado de compromiso de estos, el plan de capitalización propuesto para la sociedad del proyecto y el tiempo previsto para el cierre financiero;

f) El grado de aceptación de las condiciones contractuales propuestas. Las propuestas de cambios o modificaciones de las cláusulas contractuales incluidas en la solicitud de propuestas (como las relativas a la distribución de los riesgos o el pago de indemnizaciones) pueden tener importantes consecuencias financieras para la autoridad contratante y deben examinarse cuidadosamente.

85. La comparación de los peajes, derechos, precios unitarios u otros pagos propuestos es un importante factor que garantiza la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente conformes. Sin embargo, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa que tiene este criterio dentro del proceso de evaluación. Por lo general, el concepto de "precio" no tiene el mismo valor para la adjudicación de contratos de participación público-privada que para la contratación de bienes y servicios. De hecho, la remuneración del socio privado generalmente es el resultado de la suma de los pagos efectuados por los usuarios, las fuentes complementarias de ingresos y las subvenciones o los pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato.

86. De lo anterior se desprende que, si bien el precio unitario del producto previsto retiene su importancia como elemento de comparación de las propuestas, no siempre se lo puede considerar el más importante. Más importante es la evaluación global de la viabilidad financiera de las propuestas, ya que permite a la autoridad contratante analizar la capacidad de los licitantes de llevar a cabo el proyecto y la probabilidad de que aumenten posteriormente los precios propuestos. Esto es esencial para evitar que se adjudiquen los proyectos a licitantes que ofrezcan precios atractivos, pero poco realistas, con la esperanza de poder aumentarlos una vez adjudicado el contrato.

87. Es importante que la autoridad contratante dé a conocer el índice de ponderación relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la forma en que se aplicarán los criterios para evaluar las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para lograr un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Uno de ellos es considerar que la propuesta más ventajosa es aquella que obtenga la puntuación total más alta respecto de los criterios de evaluación relativos al precio y los relativos a otros factores. Otra posibilidad es que el precio propuesto para el producto (por ejemplo, el agua o la electricidad, el importe de los peajes, los gastos de mantenimiento o el precio pagado por la autoridad contratante en concepto de alquiler) sea el factor decisivo para establecer la propuesta ganadora de entre las propuestas conformes.

5. Presentación y apertura de las propuestas

88. Las propuestas deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado. Si en la solicitud de propuestas se acepta la presentación de documentos por vía electrónica, se deberá exigir a los licitantes que presenten sus propuestas en una

forma que se pueda mostrar a la autoridad contratante y que ofrezca una garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información desde el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva[16]. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para su presentación no se abrirán y deberán devolverse a los respectivos licitantes. Para garantizar la transparencia, las leyes nacionales suelen establecer procedimientos solemnes de apertura de las propuestas, normalmente en un momento especificado previamente en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los licitantes que hayan presentado propuestas, o a sus representantes, asistir a la apertura o recibir confirmación de que la apertura de la propuesta se ha llevado a cabo conforme a los requisitos de integridad. Ese requisito contribuye a minimizar el riesgo de que las propuestas se puedan modificar o manipular de algún otro modo y representa una importante garantía de la integridad del procedimiento.

89. Dada la complejidad de los proyectos de participación público-privada y la diversidad de criterios de evaluación que se aplican normalmente en el proceso de adjudicación de un proyecto, tal vez sea conveniente que la autoridad contratante recurra a un proceso de evaluación en dos etapas en el que los criterios no financieros se tomen en consideración independientemente de los criterios financieros, y tal vez antes que estos, a fin de evitar situaciones en que se asigne una importancia excesiva a ciertos elementos de los criterios financieros (como el precio unitario) en detrimento de los criterios no financieros.

90. Con ese fin, en algunos países se exige a los licitantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de dos sobres se utiliza a veces porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin dejar que influyan en su evaluación los componentes financieros de estas. Sin embargo, el método ha sido criticado por considerarlo contrario al objetivo de la economía en la adjudicación de contratos públicos. En particular, se dice que existe el peligro de que, al seleccionar inicialmente las propuestas sobre la sola base de sus méritos técnicos y sin referencia al precio, la autoridad contratante puede sentirse tentada, al abrir el primer sobre, a elegir propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores, y a rechazar propuestas que ofrezcan soluciones menos complejas pero que de todos modos atiendan las necesidades de la autoridad contratante a un costo total inferior.

91. Como alternativa a la utilización del sistema de dos sobres, las autoridades contratantes pueden pedir que las propuestas técnicas y financieras se presenten como una propuesta única, pero estructurar su evaluación en dos etapas. En una primera etapa, la autoridad contratante normalmente fija un umbral para los aspectos de calidad y técnicos que habrán de incorporarse en las propuestas técnicas, de

[16] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, art. 8, párr. 1.

conformidad con los criterios enunciados en la solicitud de propuestas, y asigna un puntaje a cada propuesta técnica con arreglo a esos criterios y a la ponderación relativa de estos y la forma de aplicarlos establecidas en la solicitud de propuestas. Luego la autoridad contratante compara las propuestas financieras y comerciales cuya puntuación haya alcanzado ese umbral o lo haya superado. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante deberá primeramente averiguar si las propuestas técnicas están conformes en principio con la solicitud de propuestas (es decir, si abarcan todos los puntos que se deben abordar en las propuestas técnicas). Deberá rechazarse en esta etapa toda propuesta incompleta o que se aparte de la solicitud de propuestas. Aunque la autoridad contratante podrá pedir a los licitantes que aclaren sus propuestas, no deberá pedirse, ofrecerse ni permitirse cambio alguno en una cuestión de fondo de la propuesta, ni siquiera con el propósito de que una propuesta que no sea conforme llegue a serlo.

6. Diálogo con los licitantes

92. Si la autoridad contratante ha recurrido al método de la solicitud de propuestas con diálogo del tipo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, en esta etapa entablará un diálogo con los licitantes que hayan presentado propuestas conformes. En el artículo 49, párrafo 8, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establecen dos requisitos para el formato de diálogo, a saber, que sea entablado en forma concomitante y que en él participen siempre los mismos representantes de la autoridad contratante a fin de que los resultados sean coherentes.

93. El diálogo podrá comprender varias rondas o etapas. Al final de cada ronda o etapa, la autoridad contratante podrá precisar más sus necesidades y dar a los proveedores o contratistas participantes la oportunidad de modificar sus propuestas teniendo en cuenta esas precisiones y las preguntas y observaciones formuladas por la autoridad contratante durante el diálogo. En el curso de este, la autoridad contratante no modificará el objeto de la contratación, ni los criterios de calificación o evaluación, ni los requisitos mínimos establecidos con arreglo al artículo 49, párrafo 2 *f)*, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, ni los elementos de la descripción del proyecto de participación público-privada, ni las condiciones del contrato de participación público-privada que no sean objeto del diálogo, según lo especificado en la solicitud de propuestas. Los requisitos, directrices, documentos, aclaraciones u otro tipo de información que se genere durante el diálogo y que la autoridad contratante comunique a un proveedor o contratista deberán comunicarse al mismo tiempo y por igual a todos los demás proveedores o contratistas participantes, a menos que la información se refiera en forma específica o exclusiva a ese proveedor o contratista o que la comunicación constituya un incumplimiento de las disposiciones sobre confidencialidad. Las cuestiones relativas a la confidencialidad revisten especial importancia en la etapa de diálogo

a la luz de su formato y amplio alcance. La norma general es que no se debe revelar información sobre un licitante particular o su propuesta a otro licitante o contratista que participe en el proceso sin el consentimiento del primero.

94. Una vez concluido el diálogo, la autoridad contratante convocará a todos los proveedores o contratistas que aún estén participando en el proceso de contratación a presentar sus mejores ofertas finales respecto de todos los aspectos de sus propuestas. La convocatoria se emitirá por escrito y en ella se indicará la forma, el lugar y el plazo en que deberán presentarse las mejores ofertas finales. Una de las principales características que distingue a este método de contratación es la falta de un conjunto único y completo de cláusulas contractuales además de los requisitos mínimos en función de los cuales se evalúan las ofertas finales.

7. Negociaciones finales y adjudicación del contrato

95. El comité de adjudicación deberá puntuar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de conformidad con los sistemas de puntuación dados a conocer de antemano para los criterios de evaluación técnica y dejar constancia escrita de las razones de la puntuación. Con el fin de aumentar la transparencia del proceso de adjudicación y de evitar el uso indebido de criterios de evaluación que no guarden relación con el precio, una justificación detallada puede ser especialmente importante si el comité de adjudicación recomienda que se seleccione una propuesta principalmente sobre la base de los aspectos técnicos y no únicamente en función del precio. La autoridad contratante deberá puntuar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas.

a) Procedimiento en dos etapas

96. Si la autoridad contratante ha recurrido a un proceso de licitación en dos etapas como el previsto en el artículo 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, convocará al licitante que haya obtenido la puntuación más alta a participar en las negociaciones finales de ciertos elementos del contrato de participación público-privada. Si dos o más propuestas obtienen la puntuación más alta, o si la diferencia entre la puntuación de dos o más propuestas es insignificante, la autoridad contratante convocará a participar en las negociaciones finales a todos los licitantes que hayan obtenido una puntuación prácticamente equivalente. Las negociaciones finales deberán limitarse a concretar los detalles de los documentos contractuales y a satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del licitante elegido. Un problema particular a que se enfrenta la autoridad contratante es el riesgo de que las negociaciones con el licitante seleccionado den lugar a presiones para que se modifique, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o la distribución de los riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios en los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden distorsionar los supuestos que sirvieron de fundamento a la

presentación y puntuación de esta. Por lo tanto, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no podrán versar sobre aquellos elementos del contrato considerados no negociables en la solicitud final de propuestas (véase el párr. 76 *supra*). El riesgo de reapertura de las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más si se insiste en que los prestamistas del licitante seleccionado manifiesten su conformidad con la distribución de los riesgos que figura en su oferta en una etapa en la que haya competencia entre los licitantes (véase el párr. 79 *supra*). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso dando su opinión sobre si las propuestas de los licitantes son realistas y sobre qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El cierre de un acuerdo financiero puede ser en sí un proceso bastante prolongado.

97. La autoridad contratante debería comunicar al resto de los licitantes cuyas propuestas sean conformes que podrían ser convocados a negociar si las negociaciones con el licitante con la mejor puntuación no culminaran en la celebración de un contrato de participación público-privada. Cuando resulte evidente para la autoridad contratante que las negociaciones con el licitante invitado no conducirán a la celebración de un contrato de participación público-privada, la autoridad contratante informará a ese licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y a continuación invitará a negociar, por orden de puntuación obtenida, al licitante siguiente, hasta que decida formalizar un contrato o rechazar todas las propuestas restantes. Para evitar posibles abusos y demoras innecesarias, la autoridad contratante no deberá reabrir las negociaciones con un licitante respecto del cual estas ya se hayan dado por terminadas.

b) Solicitud de propuestas con diálogo

98. Por regla general, no se llevarán a cabo negociaciones con los licitantes si la autoridad contratante ha emitido una solicitud de propuestas con diálogo del tipo previsto en el artículo 49 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En efecto, en el artículo 49, párrafo 12, de la Ley Modelo se dispone expresamente que "no se entablará negociación alguna entre la autoridad contratante y los proveedores o contratistas respecto de su mejor oferta definitiva". La razón de esa prohibición estricta es que en la etapa de diálogo los licitantes habrán tenido amplia oportunidad de ofrecer mejoras sobre todos los aspectos de sus propuestas. La etapa de la "mejor oferta final" pone fin al diálogo y congela todas las especificaciones técnicas y las condiciones contractuales ofrecidas; de esa manera, no se da pie para que la autoridad contratante pueda valerse de la oferta de un licitante a fin de presionar a otro, en particular, en lo relativo al precio. De lo contrario, los licitantes podrían decidir aumentar el precio de su oferta para protegerse contra esa clase de presiones, lo que pondría en peligro la integridad del proceso[17].

[17] *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 231, párr. 27.

D. Adjudicación del contrato mediante negociación directa

99. En la *Guía* se recomienda el uso de procedimientos competitivos y estructurados para la adjudicación de los contratos de participación público-privada, pues es un hecho ampliamente reconocido que esos procedimientos son los más adecuados para proteger el interés público y promover los objetivos de una buena relación entre calidad y precio (economía y eficiencia), integridad y transparencia (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 5 a 9 y 13 a 16; véanse también los párrs. 5 a 16 *supra*). Al mismo tiempo, los procedimientos de adjudicación de contratos que se recomiendan en la *Guía* evitan la rigidez que caracteriza a algunos procedimientos abiertos (como la licitación de bienes y servicios tradicional) y otorgan a la autoridad contratante amplia flexibilidad para seleccionar al concursante que mejor responda a sus necesidades en lo que respecta a calificaciones profesionales, solvencia financiera, capacidad para asegurar la continuidad del servicio, trato equitativo de los usuarios y calidad de la propuesta.

100. Las negociaciones directas no garantizan el grado de transparencia y objetividad que se puede lograr mediante un procedimiento competitivo más estructurado. Además, en algunos países tal vez exista el temor de que el mayor grado de discreción aplicable en esas negociaciones pueda conllevar un aumento del riesgo de abusos o de prácticas corruptas. En vista de lo anterior, en la *Guía* se recomienda que la ley prescriba el uso de procedimientos de adjudicación competitivos como norma para la adjudicación de contratos de participación público-privada y que reserve las negociaciones directas (es decir, sin recurso previo a los procedimientos de adjudicación competitivos del tipo que aquí se describe) para situaciones excepcionales y objetivamente justificables, y con sujeción a procedimientos que aseguren la transparencia y la equidad del proceso de adjudicación.

1. Circunstancias que autorizan a recurrir a vías no competitivas

101. A efectos de la transparencia y la disciplina en la adjudicación de contratos de participación público-privada, la ley debería indicar en qué circunstancias excepcionales se podrá autorizar a la autoridad contratante a seleccionar al socio privado mediante negociación directa. Esas circunstancias podrán ser, por ejemplo, las siguientes:

a) Si existe una necesidad urgente de prestar el servicio de inmediato, por lo que no resultaría práctico iniciar un proceso de adjudicación competitivo, siempre y cuando las circunstancias que dieron lugar a la urgencia no hayan sido previsibles para la autoridad contratante ni sean resultado de una conducta dilatoria de parte de esta. Esa autorización excepcional puede ser necesaria, por ejemplo, en casos en que se haya interrumpido la prestación de un servicio determinado o en que el socio privado al que se había adjudicado el contrato deje de prestar el servicio a un nivel

aceptable, o si la autoridad contratante rescinde el contrato de participación público-privada en circunstancias en que sería poco práctico emprender un proceso de selección competitivo en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) En el caso de proyectos de corta duración en que el valor previsto de la inversión inicial no sea superior a una suma baja especificada;

c) Razones de defensa o seguridad nacionales;

d) Casos en que haya un solo operador privado que pueda prestar el servicio necesario (por ejemplo, porque requiere el uso de tecnología patentada o de conocimientos exclusivos), así como ciertos casos de propuestas no solicitadas (véanse los párrs. 114 a 118). En aras de la transparencia, debería alentarse a la autoridad contratante a utilizar un procedimiento competitivo adecuado para la adjudicación de contratos, como alternativa a las disposiciones detalladas que figuran en la *Guía*.

2. Medidas para aumentar la transparencia de la adjudicación de contratos mediante negociación directa

102. Los procedimientos que se han de seguir para la negociación de un contrato público al margen de un marco competitivo estructurado generalmente se caracterizan por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos aplicables a los demás métodos de contratación pública. Son pocas las reglas y los procedimientos establecidos para regular el proceso mediante el cual las partes negocian y formalizan un contrato. En algunos países, las leyes de contratación pública otorgan a las autoridades contratantes prácticamente plena libertad para llevar a cabo las negociaciones como estimen conveniente. Las leyes de otros países establecen un marco procesal para las negociaciones que tiene por objeto mantener la equidad y la objetividad y reforzar la competencia estimulando la participación de los licitantes. Las disposiciones relativas a los procedimientos de adjudicación mediante negociación abordan diversas cuestiones que se examinan más adelante, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de la autoridad contratante de seleccionar al socio privado mediante la negociación, la selección de los asociados en las negociaciones, los criterios de comparación y evaluación de las ofertas, y el registro de los procedimientos de adjudicación.

a) Aprobación

103. En muchos países se establece como requisito mínimo que la autoridad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior antes de iniciar el proceso de adjudicación mediante negociaciones llevadas a cabo al margen de un procedimiento competitivo estructurado. Generalmente, se exige que la aprobación se solicite por escrito y que en la solicitud se expongan los motivos que obligan a recurrir a la negociación. Los requisitos de aprobación tienen por objeto, en particular,

conseguir que se recurra a la adjudicación del contrato sin un procedimiento competitivo únicamente si se dan las circunstancias apropiadas.

b) Selección de las entidades que participarán en las negociaciones

104. A fin de que el proceso de adjudicación sea lo más competitivo posible, es aconsejable pedir a la autoridad contratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que considere aptas para responder a sus necesidades si las circunstancias lo permiten. En algunos países, fuera de esa disposición de carácter general, no existen disposiciones concretas sobre el número mínimo de contratistas o proveedores con los que la autoridad contratante deberá negociar. En otros países, sin embargo, la ley dispone que la autoridad contratante, de ser posible, negocie con un número mínimo o solicite propuestas de un número mínimo de licitantes (generalmente tres). Se permite que la autoridad contratante negocie con un número menor en ciertas circunstancias, en particular, si no existe el número mínimo de posibles licitantes.

105. Con el fin de aumentar la transparencia, también es aconsejable que se dé aviso a los licitantes de los procedimientos de negociación en la forma que se especifique. Por ejemplo, se podrá pedir a la autoridad contratante que publique el aviso en algún medio utilizado normalmente con ese propósito. Los requisitos sobre publicación de un aviso tienen por objeto atraer la atención de un número mayor de licitantes del que existiría en caso contrario, y fomentar de ese modo la competencia.

106. Habida cuenta de la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, en general el aviso deberá comprender un mínimo de información (una descripción del proyecto, por ejemplo, o los requisitos de calificación) y deberá publicarse con suficiente antelación para que los licitantes preparen sus ofertas. Por lo general, los requisitos formales de admisibilidad aplicables a los licitantes en los procedimientos de adjudicación competitivos deberán aplicarse también a los procedimientos de negociación.

c) Procedimiento aplicable a las negociaciones

107. La negociación directa, si la legislación nacional la autoriza, suele ser un método de contratación flexible. Sin embargo, en la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública* se invita a los Estados promulgantes a que estudien la posibilidad de imponer requisitos complementarios para que se pueda emplear la negociación competitiva. Por ejemplo, los reglamentos o normas relativos a la contratación o las orientaciones emitidas por el organismo de contratación pública u otro órgano "pueden exigir que la entidad adjudicadora adopte, por ejemplo, las siguientes medidas: establecer normas y procedimientos básicos para las negociaciones a fin de que se proceda

con la debida eficiencia; preparar diversos documentos que sirvan de base para la negociación, en concreto, documentos en que se haga una descripción del objeto del contrato adjudicable y se enuncien las cláusulas y condiciones contractuales, y pedir a los proveedores o contratistas con los que negocie que desglosen su precio para facilitar la comparación de las ofertas"[18].

108. A pesar de que en las negociaciones directas no suele emitirse un único conjunto de condiciones contractuales a partir del cual se evalúan las ofertas finales, las negociaciones pueden ser más eficaces si el equipo negociador de la autoridad contratante recibe orientación en forma de criterios generales que las propuestas deberán satisfacer (por ejemplo, los objetivos generales de desempeño o las especificaciones relativas a los resultados), así como los criterios de evaluación de las ofertas presentadas durante las negociaciones y de selección del socio privado ganador (por ejemplo, el mérito técnico de la oferta, los precios, los costos de explotación y mantenimiento y la rentabilidad, y las posibilidades de desarrollo del contrato de participación público-privada). La autoridad contratante deberá entablar conversaciones con los licitantes a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para la autoridad contratante. En el curso de las conversaciones se podría discutir el precio de cada propuesta. Cuando se hayan ultimado las propuestas, la autoridad contratante deberá tratar de obtener una mejor oferta final sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los licitantes adjunten a su oferta final pruebas de que la distribución de los riesgos plasmada en la oferta sería aceptable para los prestamistas propuestos. El proceso de negociación concluye con la mejor oferta final. La entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas no deberán negociar respecto de sus mejores ofertas finales. El contrato se adjudicará a la parte que proponga la oferta "más económica" o "más ventajosa".

d) Anuncio de la adjudicación del contrato

109. La autoridad contratante deberá establecer un expediente del proceso de adjudicación (véanse los párrs. 134 a 136) y publicará un anuncio de la adjudicación del contrato en el que, salvo en los casos que afectan a los intereses de seguridad o defensa nacionales, se deberán dar a conocer, en particular, las circunstancias y los motivos específicos por los que se haya adjudicado el contrato sin recurrir al debido procedimiento competitivo (véase el párr. 101). En muchos países, la publicación de la totalidad del contrato de participación público-privada ha pasado a ser una práctica establecida que tiene por objeto promover la transparencia y la rendición de cuentas. Esta práctica a menudo se complementa con otras medidas de divulgación y transparencia, como la publicación de informes de evaluación sobre el

[18] *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 239, párr. 6.

desempeño de los socios privados en relación con los objetivos establecidos en el contrato de participación público-privada y la existencia de un mecanismo gubernamental para la publicación de esos objetivos de desempeño (ya sea el sitio web de la autoridad contratante u otro medio) (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 103 y 104).

E. Propuestas no solicitadas[19]

110. Los proyectos de participación público-privada son a veces resultado de propuestas presentadas directamente por el sector privado. Esas propuestas se denominan generalmente "propuestas no solicitadas", ya que no se refieren a un proyecto para el que el sector público haya iniciado un proceso de adjudicación de contrato. Las propuestas no solicitadas pueden deberse a que el sector privado ha determinado que existe una necesidad de infraestructura que se puede satisfacer mediante una APP. Además, pueden consistir en propuestas innovadoras para la gestión de la infraestructura y ofrecer la posibilidad de transferir tecnología nueva al país anfitrión. Sin embargo, pueden dar lugar a diversos problemas en materia de transparencia, responsabilidad y relación entre calidad y precio. Los países que, pese a ello, deseen permitir que se tomen en consideración propuestas no solicitadas deberán sopesar cuidadosamente esos problemas e idear salvaguardias apropiadas.

1. Consideraciones de política general

111. Una razón que se aduce a veces para permitir que se tomen en consideración propuestas no solicitadas es que constituye un incentivo para que el sector privado presente propuestas que entrañen el uso de nuevos conceptos o tecnologías para atender las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de adjudicación competitivos, ningún licitante tiene la seguridad de que se le adjudicará el proyecto a menos que gane el concurso. El costo de formular propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede ser un factor de disuasión para las empresas que no saben si podrán igualar las propuestas que presenten sus competidores. A la inversa, el sector privado puede hallar un incentivo para presentar propuestas no solicitadas en las normas que permiten a la autoridad contratante negociar tales propuestas directamente con los autores. La autoridad contratante también puede tener interés en la posibilidad de entablar negociaciones directas con el fin de estimular al sector privado a formular propuestas innovadoras para el desarrollo de la infraestructura.

[19] Las recomendaciones del Banco Mundial sobre cómo gestionar las propuestas no solicitadas en los proyectos de infraestructura pueden consultarse en "Política de gestión de iniciativas privadas en proyectos de infraestructura", Grupo del Banco Mundial, 2018.

112. Al mismo tiempo, sin embargo, la adjudicación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin la competencia de otros licitantes puede exponer a la administración pública a severas críticas. Las mejores prácticas de buena gobernanza exigen que las autoridades públicas prevean sus necesidades de infraestructura y planifiquen sistemáticamente la forma de satisfacerlas. Deben crear capacidad para concebir y planificar sus propios proyectos, en lugar de depender del sector privado para iniciarlos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 20 y 47). Se ha demostrado que, en la práctica, debido a una evaluación o planificación inadecuadas, las propuestas no solicitadas dan lugar a que el país anfitrión contraiga unas obligaciones condicionales considerables que no se habían previsto debidamente en los sistemas a largo plazo de gasto público y control presupuestario. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden tener reparos en prestar fondos u otorgar garantías para proyectos que no hayan sido objeto de un proceso de adjudicación competitivo. Pueden temer la posibilidad de que se impugnen o cancelen debido a un cambio de Gobierno (por ejemplo, porque el nuevo Gobierno considere que la adjudicación del proyecto se debió a favoritismos o porque el procedimiento no ofreció parámetros objetivos para comparar los precios, los elementos técnicos y la eficacia general del proyecto), o que sean objeto de impugnación judicial o política por otras partes interesadas, sean estas usuarios disconformes con el aumento de los precios o empresas competidoras que aleguen haber sido excluidas injustamente de un proceso de adjudicación competitivo.

113. Esas son varias de las razones por las que algunos países han preferido no regular las propuestas no solicitadas ni prohibirlas expresamente. No obstante, aquellos países que deseen permitir que se tengan en cuenta las propuestas no solicitadas, deben considerar la necesidad y la conveniencia de idear procedimientos especiales para evaluarlas y realizar los trámites pertinentes, con miras a evitar que se utilicen para eludir los mecanismos de gestión de las inversiones públicas. Con ese fin, puede ser útil analizar dos de las situaciones que se mencionan con más frecuencia en relación con las propuestas no solicitadas, a saber, las propuestas no solicitadas que ofrezcan utilizar nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de infraestructura de la autoridad contratante y las propuestas no solicitadas que ofrezcan responder a una necesidad de infraestructura aún no determinada por la autoridad contratante.

a) Propuestas no solicitadas que ofrezcan conceptos o tecnologías nuevos para atender a las necesidades de infraestructura de la autoridad contratante

114. En general, si se trata de proyectos que requieren el uso de algún tipo de proceso o método industrial, la autoridad contratante tendrá interés en fomentar la presentación de propuestas que incluyan los procesos, diseños, metodologías o conceptos de ingeniería más avanzados con probada capacidad para mejorar los resultados del proyecto (reduciendo considerablemente los costos de construcción, por ejemplo, acelerando la ejecución del proyecto, aumentando la seguridad,

mejorando el rendimiento del proyecto, prolongando su vida útil, reduciendo los costos de mantenimiento y explotación de las obras o reduciendo los efectos negativos o las perturbaciones sobre el medio ambiente durante la etapa de construcción o de explotación del proyecto).

115. La autoridad contratante podría satisfacer también sus intereses legítimos estableciendo procedimientos de adjudicación competitivos debidamente modificados, en lugar de prever un conjunto especial de reglas para gestionar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante recurre a procedimientos de adjudicación que hacen hincapié en el resultado previsto del proyecto, pero no estipulan la forma en que este se ha de alcanzar (véase el párr. 72), los licitantes tendrán flexibilidad suficiente para proponer sus propios procesos o métodos exclusivos. En ese caso, el hecho de que cada uno de los licitantes disponga de sus propios procesos o métodos exclusivos no constituye un obstáculo para la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto previsto por la autoridad contratante.

116. Añadir la flexibilidad necesaria a los procedimientos de adjudicación competitivos puede ser en estos casos una solución más satisfactoria que concebir procedimientos especiales no competitivos para tratar las propuestas que ofrezcan nuevos conceptos o tecnologías. Con la posible excepción de los conceptos o tecnologías cuya singularidad esté corroborada por derechos de propiedad intelectual, la autoridad contratante podría tener considerables dificultades para determinar lo que constituye un concepto o tecnología nuevo. Para ello tal vez tenga que recurrir a costosos servicios de expertos independientes, posiblemente de fuera del país anfitrión, para evitar acusaciones de parcialidad. Además, si se determina que un proyecto entraña un nuevo concepto o tecnología, otras empresas interesadas podrían afirmar tener también nuevas tecnologías igualmente adecuadas y amparadas por un derecho de propiedad intelectual.

117. Sin embargo, puede producirse una situación algo diferente si la singularidad de la propuesta o sus aspectos innovadores son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el cual el autor de la propuesta o sus socios posean derechos exclusivos, ya sea a nivel mundial o regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual en relación con un método o tecnología puede sin duda reducir o eliminar las posibilidades de una competencia significativa. Esta es la razón por la que las leyes de contratación pública de la mayoría de los países autorizan a las entidades adjudicadoras a contratar con un solo proveedor o contratista si los bienes, las obras o los servicios únicamente se pueden obtener de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de derechos exclusivos respecto de los bienes, las obras o los servicios y no existen otras opciones razonables (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, art. 30, párr. 5).

118. En ese caso sería apropiado permitir a la autoridad contratante negociar la ejecución del proyecto directamente con el autor de la propuesta no solicitada. La dificultad estriba, por supuesto, en cómo constatar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen otras opciones que razonablemente puedan constituir una alternativa o sustituir al método o la tecnología que se ofrece en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante establezca procedimientos dirigidos a obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. En esa situación, el uso de las disposiciones establecidas en la solicitud de propuestas con diálogo de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública está en consonancia con la necesidad de garantizar un trato justo y objetivo de las propuestas no solicitadas.

b) Propuestas no solicitadas que ofrezcan responder a una necesidad de infraestructura aún no determinada por la autoridad contratante

119. El valor de las propuestas no solicitadas de este tipo reside en que ofrecen posibilidades de desarrollo de la infraestructura que no han sido consideradas por las autoridades del país anfitrión. Sin embargo, esta circunstancia en sí no debería ser justificación suficiente para la adjudicación de un contrato negociado directamente sin que la autoridad contratante tenga cierta seguridad objetiva de haber obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades. Una propuesta no solicitada, por muy justificada que sea, no debería sustituir a la evaluación que realice la administración pública de sus propias necesidades de infraestructura ni a las medidas de planificación y evaluación que exige la ley (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 5 a 20).

2. Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas

120. En vista de las consideraciones anteriores, es aconsejable que la autoridad contratante establezca procedimientos transparentes para determinar si una propuesta no solicitada cumple las condiciones necesarias y si interesa a dicha autoridad darle curso.

a) Restricciones a la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

121. A fin de ejercer el debido control sobre el gasto público, algunas leyes nacionales disponen que no podrá tomarse en consideración ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto exige que la autoridad contratante u otra autoridad pública asuma compromisos financieros considerables, como garantías, subvenciones o participación en el capital social. La razón de esa limitación es que los procedimientos de gestión de las propuestas no solicitadas suelen ser menos detallados que los procedimientos de adjudicación ordinarios y tal vez no garanticen el mismo grado de transparencia y competencia que se lograría de otro modo. Sin embargo, puede haber razones para permitir que esa condición se aplique con

cierta flexibilidad. En algunos países, el otorgamiento de respaldo público que no consista en garantías directas, subvenciones o participación en el capital social (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los autores de las propuestas de proyectos) no impedirá necesariamente que una propuesta sea tratada y aceptada como propuesta no solicitada.

122. Otra condición para tomar en consideración una propuesta no solicitada es que esta se refiera a un proyecto respecto del cual la autoridad contratante no haya anunciado ni iniciado un proceso de adjudicación. Lo que justifica que se admitan propuestas no solicitadas sin utilizar un proceso de adjudicación competitivo es incentivar al sector privado a que detecte necesidades de infraestructura nuevas o imprevistas o formule propuestas innovadoras para atender a esas necesidades. Esta justificación puede perder validez si el proyecto ya ha sido identificado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado solo está proponiendo una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En ese caso, esta podrá aprovechar de todos modos la solución innovadora si aplica un proceso de adjudicación que implique un diálogo con los licitantes (véanse los párrs. 92 a 94). Sin embargo, la decisión de examinar propuestas no solicitadas al margen del proceso de adjudicación ya iniciado o anunciado no sería consecuente con el principio de equidad en la adjudicación de contratos públicos.

b) Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas

123. Deberá pedirse a toda empresa o grupo de empresas que proponga a la administración pública un proyecto privado de desarrollo de infraestructura que presente una propuesta inicial con información suficiente para que la autoridad contratante evalúe *prima facie* si se cumplen las condiciones para que se tomen en consideración propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público. La propuesta inicial debe incluir, por ejemplo, una descripción de la experiencia previa del autor de la propuesta en materia de proyectos e información sobre su situación financiera; una descripción del proyecto (tipo, ubicación, impacto regional, inversión propuesta, gastos de explotación, evaluación financiera y recursos que se necesiten de la administración pública o de terceros); detalles sobre el emplazamiento (régimen de propiedad y si será necesario expropiar terrenos u otros bienes), y una descripción del servicio y de las obras.

124. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante deberá informar a la empresa, en un plazo razonablemente breve, si existe o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona favorablemente al proyecto, se deberá invitar a la empresa a presentar una propuesta oficial, la cual, además de los temas abarcados en la propuesta inicial, deberá comprender un estudio de viabilidad técnica y económica (incluidas las características, los costos y los beneficios) y un estudio del impacto ambiental. Además, el autor de la propuesta

deberá presentar información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología que se contempla en la propuesta. La información presentada deberá ser suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar debidamente el concepto o la tecnología y determinar si cumple las condiciones necesarias y si es probable que se aplique con éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presenta la propuesta no solicitada conservará la propiedad de todos los documentos que se presenten a lo largo del proceso, que le serán devueltos en el caso de que la propuesta sea rechazada.

125. Una vez que el autor de la propuesta haya suministrado toda la información necesaria, la autoridad contratante deberá decidir, en un plazo razonablemente breve, si se propone seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimiento utilizará. La elección del procedimiento apropiado deberá hacerse en función de la decisión preliminar que adopte la autoridad contratante sobre si la ejecución del proyecto sería o no posible si se prescindiera del proceso, el diseño, la metodología o el concepto técnico sobre los que la empresa que presenta la propuesta o sus socios posean derechos exclusivos.

c) Aprobación

126. Como sucede con otras excepciones a un proceso de licitación competitivo del tipo que se recomienda en la *Guía*, en aras de la transparencia y la rendición de cuentas, la decisión de tomar en consideración propuestas no solicitadas no deberá recaer únicamente en la autoridad contratante. Así pues, una vez que la autoridad contratante haya determinado que el proyecto es de interés público, deberá obtener la aprobación de una autoridad superior tanto para proseguir con el examen de la propuesta no solicitada como para aplicar el procedimiento propuesto que se usará a tal fin. La solicitud de aprobación deberá realizarse por escrito y contener los motivos para proceder de la forma propuesta por la autoridad contratante. El requisito de aprobación tiene por objeto, en particular, garantizar que únicamente se recurre a la adjudicación de un contrato a partir de una propuesta no solicitada en las circunstancias adecuadas.

d) Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos o tecnología patentados

127. Si la autoridad contratante, una vez examinada una propuesta no solicitada, decide que el proyecto es de interés público, pero que es posible ejecutarlo sin recurrir a un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el que el autor de la propuesta o sus socios tengan derechos exclusivos, la autoridad contratante deberá adjudicar el proyecto utilizando los procedimientos que normalmente se siguen para adjudicar contratos de participación público-privada, como, por ejemplo, los procedimientos de adjudicación competitivos que se describen en la presente *Guía* (véanse los párrs. 51 a 98). Sin embargo, algunos países han incluido

elementos especiales en los procedimientos de adjudicación que sirvan de incentivo para la presentación de propuestas no solicitadas. Esos incentivos pueden consistir en las medidas siguientes:

a) La autoridad contratante podría comprometerse a no iniciar un proceso de adjudicación en relación con un proyecto acerca del cual haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta inicial;

b) Se podría conceder algún tipo de prima al licitante inicial por presentar la propuesta. En algunos países que utilizan un sistema de puntuación por mérito para evaluar las propuestas financieras y técnicas la prima consiste en un margen de preferencia en la puntuación final (es decir, cierto porcentaje sobre la puntuación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios de evaluación financieros o no financieros). Una posible dificultad de ese sistema es el riesgo de que se fije un margen de preferencia tan alto que desaliente a los competidores a presentar ofertas meritorias, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia otorgada al licitante innovador. Una forma preferible de incentivo puede ser el reembolso, total o parcial, de los gastos en que ha incurrido el autor inicial al preparar la propuesta no solicitada. En aras de la transparencia, esos incentivos deberán anunciarse en la solicitud de propuestas.

128. No obstante, cabe señalar que esos incentivos pueden disuadir a otros posibles licitantes de incurrir en los gastos que supone enviar propuestas. Así pues, al determinar el nivel deseable de los incentivos para el autor de la propuesta no solicitada, sería muy aconsejable que la autoridad contratante tratase de garantizar una competencia real y evitara que estos favoreciesen tanto al autor de la propuesta no solicitada que pudieran disuadir a otros licitantes potenciales de presentar otras propuestas. A pesar de los incentivos que se puedan ofrecer, el autor de la propuesta no solicitada debería satisfacer los mismos criterios de calificación que se exijan a los licitantes que participan en un proceso de adjudicación competitivo (véanse los párrs. 82 a 87).

e) Procedimientos para gestionar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología patentados

129. Si al parecer los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, diseño, metodología o concepto técnico sobre el que el autor o sus socios tengan derechos exclusivos a nivel mundial o regional, puede ser conveniente que la autoridad contratante confirme esa apreciación preliminar mediante un procedimiento que permita obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Uno de esos procedimientos puede consistir en la publicación de una descripción de los elementos esenciales de la propuesta que atañen al resultado (por ejemplo, la capacidad de la obra de infraestructura, la calidad del producto o servicio o el precio por unidad) junto

con una invitación a las demás partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un plazo determinado. En la descripción no deberán figurar los elementos aportados por la propuesta no solicitada (el diseño de la obra, por ejemplo, o la tecnología y el equipo que se han de utilizar), a fin de no dar a conocer a posibles competidores información que es de propiedad exclusiva del autor de la propuesta no solicitada. El plazo para presentar propuestas deberá ser proporcional a la complejidad del proyecto y dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Esto puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los licitantes tuvieran que efectuar investigaciones geológicas detalladas del subsuelo como las que pudiera haber llevado a cabo durante muchos meses el licitante inicial, que preferiría que los resultados geológicos no se divulgaran.

130. La convocatoria a presentar propuestas comparativas o competitivas deberá publicarse con cierta frecuencia mínima (por ejemplo, una vez por semana durante tres semanas) al menos en una publicación de circulación general. Se deberá indicar la hora y el lugar en que podrán obtenerse los documentos de licitación y la hora en que se podrán recibir las propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del autor inicial y que vele por la confidencialidad de la información patentada recibida con la propuesta no solicitada. Ese tipo de información no deberá formar parte de los documentos de licitación. Tanto el licitante inicial como cualquier otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa deberá ofrecer una garantía de la oferta (véase el párr. 68). Luego hay dos posibilidades para seguir adelante, en función de la reacción a la convocatoria:

a) Si no se reciben otras propuestas, la autoridad contratante tendrá motivos razonables para llegar a la conclusión de que no hay una opción que razonablemente puede constituir una alternativa o sustituir al método o la tecnología previstos en la propuesta no solicitada. Se deberá dejar debida constancia de la conclusión de la autoridad contratante y se podrá autorizar a esta a entablar negociaciones directas con el proponente inicial. Podría ser conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación sería necesaria en circunstancias normales para que la autoridad contratante pudiera seleccionar a un socio privado mediante negociación directa (véase el párr. 103). Algunos países cuyas leyes exigen el uso de procedimientos competitivos han recurrido a ese tipo de procedimientos con el fin de establecer la transparencia que se requiere para evitar que en el futuro se cuestione la adjudicación de un contrato de participación público-privada a raíz de una propuesta no solicitada. En esos países, y según la Ley Modelo, la simple publicación de una convocatoria a licitar permitiría adjudicar el contrato al licitante que hubiera presentado inicialmente la propuesta no solicitada, aun cuando su oferta fuera la única recibida. Ello se debe a que el cumplimiento de los procedimientos competitivos normalmente exige que haya existido

la posibilidad de competencia, pero no necesariamente que la competencia haya sido real. La publicidad hace que exista esa posibilidad y añade un grado conveniente de transparencia;

b) Si se presentan otras propuestas, la autoridad contratante invitará a todos los licitantes a participar en las negociaciones con el fin de determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse los párrs. 102 a 109). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente elevado de propuestas alternativas que a primera vista parezcan satisfacer sus necesidades de infraestructura, puede haber margen para iniciar un proceso de adjudicación plenamente competitivo (véanse los párrs. 34 a 98), con independencia de los incentivos que puedan ofrecerse al autor de la propuesta inicial (véase el párr. 127 *b)*).

131. Se deberá pedir a la autoridad contratante que establezca un expediente del proceso de selección (párr. 138) y que publique un anuncio de la adjudicación del proyecto (véase el párr. 133).

F. Confidencialidad

132. A fin de evitar que se abuse de los procedimientos de selección y de promover la confianza en el proceso, es importante que todas las partes respeten su confidencialidad, especialmente en lo que respecta a las negociaciones. La confidencialidad es importante, en particular, para proteger la propiedad intelectual, el secreto comercial o información confidencial de otra índole que los licitantes tal vez incluyan en sus propuestas pero que no deseen dar a conocer a sus competidores. La confidencialidad deberá respetarse cualquiera que sea el método de adjudicación de contratos utilizado por la autoridad contratante. En concreto, esto significa que un funcionario de la autoridad contratante que negocie con dos licitantes no podrá revelar a uno de ellos el contenido de las negociaciones mantenidas con el otro. La confidencialidad también es importante para evitar la colusión entre licitantes, como sucedería, por ejemplo, si los licitantes compartieran la estructura de gastos de la autoridad contratante para ajustar sus propuestas y repartirse una serie de oportunidades de contrato.

G. Anuncio de la adjudicación del proyecto

133. Por lo general, los contratos de participación público-privada contienen disposiciones que interesan directamente no solo a la autoridad contratante y al socio privado, sino también a otras partes que pueden tener un interés legítimo en recibir información acerca de ciertos elementos esenciales del proyecto. Esto ocurre, en particular, con los proyectos en los que se presta un servicio directamente al

público. En aras de la transparencia, puede ser conveniente establecer un procedimiento para dar a conocer aquellas cláusulas del contrato de participación público-privada que puedan ser de interés público. Ese requisito debería imponerse con independencia del método que emplee la autoridad contratante para seleccionar al socio privado (por ejemplo, proceso de adjudicación competitivo, negociaciones directas o selección a raíz de una propuesta no solicitada). Una posibilidad sería exigir a la autoridad contratante que publicara un anuncio de la adjudicación del proyecto, en el que se indicaran los elementos esenciales de los acuerdos propuestos, por ejemplo: *a)* el nombre del socio privado; *b)* una descripción de las obras que realizará el socio privado y de los servicios que prestará; *c)* la duración del contrato; *d)* la estructura de precios; *e)* un resumen de los derechos y obligaciones esenciales del socio privado y de las garantías que deberá ofrecer; *f)* un resumen de los derechos de supervisión de la autoridad contratante y de los recursos en caso de incumplimiento del contrato de participación público-privada; *g)* un resumen de las obligaciones esenciales de la administración pública, en particular los pagos, subvenciones o indemnizaciones ofrecidas, y *h)* cualquier otra cláusula esencial del contrato de participación público-privada, prevista en la solicitud de propuestas.

H. Expediente del proceso de adjudicación de contratos

134. En aras de la transparencia y la rendición de cuentas y para facilitar el ejercicio del derecho de los licitantes perjudicados a solicitar la revisión de las decisiones adoptadas por la autoridad contratante, se exigirá a esta llevar un expediente adecuado en el que conste la información esencial relativa al proceso de adjudicación de contratos. Las leyes y los reglamentos del país anfitrión suelen disponer la forma y el modo en que deben mantenerse los expedientes, así como quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones.

135. En el expediente que habrá de llevar la autoridad contratante deberá figurar, según proceda, la información general relativa al proceso de adjudicación que suele incluirse en los expedientes de los procesos de contratación pública (por ejemplo, la información que se detalla en el art. 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública), así como la información de particular importancia para las APP. Esa información podrá consistir en lo siguiente:

a) una descripción del proyecto para el que la autoridad contratante haya solicitado propuestas;

b) los nombres y direcciones de las empresas que forman parte de consorcios de licitantes y el nombre y la dirección de cada uno de los miembros del consorcio de licitantes con el que se haya cerrado el contrato de participación público-privada, y una descripción de los requisitos de publicidad, en particular copia de la publicidad utilizada o de las convocatorias enviadas;

c) una declaración de las razones y circunstancias en que se ha basado la autoridad contratante para justificar el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato;

d) si posteriormente se permite la introducción de cambios en la composición de los consorcios de licitantes preseleccionados, una declaración de las razones por las que se autorizaron los cambios y las conclusiones sobre las calificaciones de los consorcios nuevos o sustitutivos interesados;

e) información relativa a las calificaciones o a la falta de calificaciones de los licitantes y un resumen de la evaluación y la comparación de las propuestas, incluida la aplicación de cualquier margen de preferencia;

f) un resumen de las conclusiones de los estudios preliminares de viabilidad encargados por la autoridad contratante y un resumen de las conclusiones de los estudios de viabilidad presentados por los licitantes calificados;

g) un resumen de las solicitudes de aclaración de los documentos de preselección o de la solicitud de propuestas que se hayan recibido, y de las respuestas que se hayan dado, así como un resumen de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;

h) un resumen de las principales cláusulas de las propuestas y del contrato de participación público-privada;

i) si la autoridad contratante ha considerado más ventajosa una propuesta distinta de la que ofrece el precio unitario más bajo, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;

j) si se han rechazado todas las propuestas, una declaración a tal efecto y las razones del rechazo;

k) si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las negociaciones posteriores con los consorcios restantes que presentaron propuestas conformes no culminaron en un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y las razones correspondientes.

136. Como se indica en la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, "deben sopesarse, por un lado, los objetivos de transparencia y rendición de cuentas y la necesidad de proporcionar a los concursantes la información necesaria para que puedan evaluar su propia intervención y determinar si tienen motivo para interponer un recurso, cuando proceda, y, por otro, la necesidad de amparar los intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas"[20]. Por consiguiente, en el artículo 25, párrafo 2,

[20] *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*, pág. 139, párr. 5.

de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se exige que la parte del expediente que contiene la información mencionada en los apartados *a)*, *b)* y *c) supra* se dé a conocer, previa solicitud, "a toda persona interesada tras haber sido aceptada la oferta ganadora o tras haber sido cancelada la contratación". No obstante, de conformidad con el artículo 25, párrafo 3, de la Ley Modelo, la parte del expediente que contiene la información mencionada en los apartados *d)* a *k)* solo sería puesta a disposición, previa solicitud, de todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, una vez que haya tenido conocimiento de la decisión sobre la aceptación de la oferta ganadora.

137. Si se adjudica un contrato sin recurrir a un procedimiento competitivo (véase el párr. 101), puede ser conveniente consignar en el expediente del procedimiento, además de los requisitos mencionados en el párrafo 121 que puedan ser aplicables, la información siguiente:

a) una declaración de las razones y las circunstancias en que se haya basado la autoridad contratante para justificar la negociación directa;

b) el tipo de publicidad utilizado o el nombre y la dirección de la empresa o las empresas directamente convocadas a participar en las negociaciones;

c) el nombre y la dirección de la empresa o las empresas que solicitaron participar y de las que quedaron excluidas de la participación, en su caso, y los motivos de su exclusión;

d) si las negociaciones no dieron lugar a la celebración de un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y las razones correspondientes;

e) la justificación ofrecida para la selección del socio privado definitivo.

138. En los procedimientos de adjudicación iniciados como resultado de propuestas no solicitadas (véanse los párrs. 110 a 119), podría ser conveniente que en el expediente de esos procedimientos, además de los requisitos mencionados en el párrafo 135 que puedan ser aplicables, constara la siguiente información:

a) el nombre y la dirección de la empresa o las empresas que presentan la propuesta no solicitada y una breve descripción de esta;

b) un certificado de la autoridad contratante de que se determinó que la propuesta no solicitada era de interés público y que entrañaba nuevos conceptos o tecnologías, según el caso;

c) el tipo de publicidad utilizada o el nombre y la dirección de la empresa o las empresas convocadas directamente a participar en las negociaciones;

d) el nombre y la dirección de la empresa o las empresas que solicitaron participar y de las que quedaron excluidas, en su caso, y los motivos de su exclusión;

e) si las negociaciones no dieron lugar a un contrato de participación público-privada, una declaración a tal efecto y de las razones de ello;

f) las razones que se dieron para justificar la selección del socio privado definitivo.

139. Es conveniente que las reglas sobre el expediente que se habrá de llevar para el proceso de selección de propuestas no solicitadas especifiquen quiénes tendrán acceso a su contenido y en qué condiciones. Al establecer los parámetros aplicables a la divulgación de información es preciso ponderar factores como la conveniencia general, desde el punto de vista de la responsabilidad de las autoridades contratantes, de divulgar ampliamente la información; la necesidad de proporcionar a los licitantes la información que les permita evaluar su propio desempeño en el proceso y detectar los casos en que tienen razones legítimas para recurrir, y la necesidad de proteger la información comercial de los licitantes que sea confidencial. En vista de esas consideraciones, sería conveniente establecer dos niveles de divulgación, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. La información que se facilitará a toda persona interesada podrá limitarse a la información básica necesaria para cumplir la obligación que tiene la autoridad contratante de rendir cuentas al público en general. Sin embargo, es aconsejable dar acceso a los licitantes a información más detallada sobre el proceso de adjudicación, ya que les es necesaria para poder apreciar su propio desempeño en ese proceso y comprobar la observancia por la autoridad contratante de los requisitos legales y reglamentarios aplicables.

140. Además, deben adoptarse medidas adecuadas para evitar la divulgación de información comercial confidencial de los proveedores o contratistas. Tal es el caso, en particular, de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas, ya que un exceso de información podría perjudicar los intereses comerciales legítimos de los licitantes. Como regla general, la autoridad contratante no deberá dar a conocer información más detallada sobre el examen, la evaluación y la comparación de las propuestas y sobre los precios propuestos, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

141. Las disposiciones que limitan la divulgación de información sobre el proceso de adjudicación no impiden su aplicabilidad a determinadas partes del expediente de otras leyes del Estado promulgante que confieren al público en general el derecho a obtener acceso a la documentación pública. El derecho interno del país anfitrión tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos de supervisión legislativos o parlamentarios.

I. Vías de recurso

142. La existencia de vías de recurso equitativas y eficientes es uno de los requisitos básicos para atraer a licitantes serios y competentes y para reducir el costo y la duración del proceso de adjudicación. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el proceso de adjudicación es que los licitantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la autoridad contratante en contravención de dichas normas o de los derechos de los licitantes. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión de la revisión de los actos de la administración pública. Sea cual fuere su forma, lo importante es que haya vías de recurso eficaces y que se dé a los licitantes la oportunidad de hacer uso de ellas. Es particularmente útil establecer un sistema viable de recursos "precontractuales" (es decir, procedimientos de revisión de los actos de la autoridad contratante lo más tempranamente posible dentro del proceso de adjudicación). Con un sistema así aumentarán las probabilidades de que la autoridad contratante adopte medidas correctivas antes de que se produzcan pérdidas y se reducirá el número de casos en los que la indemnización monetaria es la única opción que queda para reparar las consecuencias de un acto indebido de la autoridad contratante. En el capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enuncian los elementos de un sistema de recursos adecuado.

143. El artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que los sistemas de contratación pública deben abordar, entre otras cosas, "[u]n mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos". De conformidad con ese mandato, en el capítulo VIII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública hay varias disposiciones sobre las vías de recurso, y se alienta a los Estados promulgantes a que las incorporen en sus leyes sobre contratación pública en la medida en que su ordenamiento jurídico lo permita. Una de ellas es la posibilidad de solicitar a la entidad adjudicadora que reconsidere una decisión adoptada en el curso de la contratación, lo que da al proveedor o contratista agraviado en ese caso la posibilidad de recurrir ante la entidad adjudicadora, ante un órgano independiente o ante el tribunal. Sin embargo, en la Ley Modelo se reconoce que la secuencia en que se presenten los recursos ante los órganos de revisión dependerá en gran medida de las tradiciones jurídicas de los Estados promulgantes. Con arreglo a lo dispuesto en la Convención contra la Corrupción, los Estados deben contar con un mecanismo de revisión y un mecanismo de apelación, pero la Ley Modelo es flexible en el sentido de que los Estados promulgantes pueden aplicar sus disposiciones de conformidad con sus tradiciones jurídicas. Con arreglo a la Ley Modelo, todo acto o decisión de la entidad adjudicadora por la que se incumplan presuntamente las disposiciones de las leyes sobre contratación pública podrá ser objeto de recurso

presentado por los proveedores o contratistas que afirmen haber sufrido pérdidas o daños o que pueden sufrirlos como consecuencia del presunto incumplimiento. Este amplio mecanismo de recurso está acompañado de diversos mecanismos que tienen por objeto garantizar la eficacia del procedimiento y lograr un equilibrio apropiado entre la necesidad de preservar los derechos de los proveedores y contratistas y la integridad del proceso de contratación, por una parte, y, por la otra, la necesidad de evitar en lo posible que este se vea entorpecido. Es así como el artículo 65 de la Ley Modelo establece una prohibición general contra la adopción de cualquier medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación mientras se encuentre pendiente una solicitud de revisión, reconsideración o apelación, salvo si hay alguna razón de interés público urgente que justifique levantar la prohibición. La Ley Modelo también contiene disposiciones relativas a la suspensión del proceso de contratación, así como medidas de apoyo cuya finalidad es alentar a la solución pronta y oportuna de los problemas y las controversias que se planteen, lo que permite dar solución a los recursos antes de que se haga necesario anular las etapas del procedimiento de adjudicación.

IV. Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada

A. Disposiciones generales sobre el contrato de participación público-privada

1. El "contrato de participación público-privada" entre la autoridad contratante y el socio privado es el documento contractual central en una APP. El contrato de participación público-privada define el alcance y la finalidad del proyecto, así como los derechos y obligaciones de las partes, da detalles sobre la ejecución del proyecto y establece las condiciones para la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios de que se trate. En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el contrato también abarca las condiciones conforme a las cuales el socio privado prestará el servicio público y recibirá principalmente el pago de los usuarios y de la autoridad contratante. En las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el contrato debe servir para asegurar que la infraestructura o el servicio se desarrolle y explote a cambio del pago por la autoridad contratante de la remuneración convenida. Los contratos de participación público-privada pueden consistir en un documento único o en varios acuerdos separados, concertados entre la autoridad contratante y el socio privado o cualquier otra entidad conexa que participe en el proyecto. Las disposiciones legislativas pueden contener orientaciones para evitar incoherencias entre los distintos documentos contractuales, como, por ejemplo, principios de orden público y normas de interpretación. En la presente sección se examina la relación que existe entre los contratos de participación público-privada y las reglamentaciones locales o de derecho interno de las APP. También se estudian procedimientos y formalidades para concertar el contrato de participación público-privada y para que este surta efectos.

1. Criterios legislativos

2. El derecho interno contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del contrato de participación público-privada. En algunos países, la ley se limita a mencionar la necesidad de que exista un acuerdo entre el socio privado y la autoridad contratante, mientras que en otros regula en detalle, en disposiciones

que son de aplicación obligatoria, el contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un criterio legislativo intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deben abordarse en el contrato de participación público-privada sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas que versen sobre ciertos elementos esenciales del contrato de participación público-privada quizás permitan establecer un marco general para la asignación de derechos y obligaciones a las partes, a fin de hacer efectiva la distribución de los riesgos en que se basó la concepción del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 37 a 45). Las disposiciones legislativas pueden además obedecer a la intención de tratar con coherencia ciertas cuestiones contractuales y de impartir orientación a las autoridades públicas que intervengan en la negociación de contratos de participación público-privada en los diversos niveles de la administración pública (nacional, provincial o local). Esa orientación puede resultar particularmente útil para las autoridades contratantes que carezcan de experiencia en la negociación de este tipo de contratos. Por último, a veces quizás se deba habilitar por ley a la autoridad contratante para que dé su asentimiento a determinadas cláusulas del contrato.

4. No obstante, si los derechos y las obligaciones de las partes se regulan en detalle en disposiciones legislativas generales, se puede privar a la autoridad contratante y al socio privado de la flexibilidad necesaria para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades del proyecto de que se trate. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las disposiciones legislativas generales referentes al contrato de participación público-privada, destinándolas, por ejemplo, a regular cuestiones con respecto a las cuales las partes requieran autorización legislativa previa, cuestiones que puedan afectar a los intereses de terceros o a asuntos esenciales de política que no puedan modificarse por vía de acuerdo.

2. *Derecho aplicable al contrato de participación público-privada*

5. En la legislación nacional sobre APP no es frecuente hallar disposiciones legales referentes al derecho aplicable a los contratos de participación público-privada. Ello es así porque la legislación de muchos países considera que las APP son una categoría de contrato público y que, por lo tanto, se rigen por la ley del país de la autoridad contratante (véase "Introducción e información general sobre las APP", párr. 15). La legislación sobre APP que trata de esa cuestión normalmente lleva a la aplicación de las leyes del país anfitrión al hacer una remisión general al derecho interno o mencionar textos legales o reglamentarios especiales aplicables al contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una remisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no haya una disposición legal expresa en ese sentido. Sin embargo, en el caso de las APP

transfronterizas, por ejemplo, cuando la infraestructura se encuentra o los servicios se prestan en más de una jurisdicción, es posible que sea necesario determinar por qué ley o leyes se rige el contrato.

6. El derecho aplicable a los contratos de participación público-privada incluye las leyes del país anfitrión que regulan las diversas cuestiones que se plantean durante la ejecución de un proyecto de participación público-privada, que en algunos países pueden regirse por las normas especiales de los contratos públicos (véase en general el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", secc. B). Cuando el derecho aplicable a los contratos de participación público-privada abarca normas de derecho administrativo o de alguna otra rama del derecho público, la aplicación de esas normas quizás sea obligatoria en el país anfitrión, como ocurre con las que rigen la protección del medio ambiente, la salud o las condiciones de trabajo. Algunas leyes nacionales enumeran expresamente las cuestiones que se rigen por normas de obligada aplicación. No obstante, podría haber diversas cuestiones derivadas del contrato de participación público-privada o de la explotación de la infraestructura a las que no se apliquen normas imperativas de derecho público. Tal es el caso, en general, de la mayoría de las cuestiones contractuales que surgen en relación con el contrato de participación público-privada (como la formación y la validez del contrato o cuestiones relacionadas con su incumplimiento, incluidas la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento del contrato y su rescisión improcedente).

7. Los países anfitriones en que no exista legislación sobre las APP y que deseen adoptarla tal vez tengan que abordar en más de un instrumento legal las distintas cuestiones que se planteen en el contexto de esos proyectos. Otros países quizás deseen introducir legislación que regule únicamente ciertas cuestiones que no se hayan abordado ya satisfactoriamente en las leyes y reglamentaciones vigentes. Por ejemplo, en las leyes específicas sobre las APP se podrían establecer los aspectos concretos de los procedimientos de selección del socio privado y remitirse, en su caso, en lo que respecta a los pormenores de la administración del procedimiento, a la legislación vigente en materia de adjudicación de contratos públicos. Asimismo, los países anfitriones, al adoptar legislación sobre las APP, quizás necesiten derogar las leyes y reglamentaciones que, en opinión de los legisladores, obstaculicen su implementación y velar por que estas sean compatibles con la legislación general sobre las APP (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 25 a 28).

8. En aras de la claridad, puede ser útil proporcionar información a los posibles inversionistas sobre los textos legales y reglamentarios que sean directamente aplicables a la ejecución de las APP y, en su caso, sobre los textos que hayan sido derogados por el órgano legislativo. Sin embargo, dado que no sería posible enumerar exhaustivamente en una ley todas las leyes o reglamentaciones de importancia directa o subsidiaria para las APP, lo más conveniente sería presentar esa lista en un documento que no tuviera carácter legislativo, por ejemplo, en un folleto de

promoción elaborado por la dependencia encargada de las APP, de existir (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 47), o por el organismo encargado de promover las inversiones. También se podría informar a los licitantes de la normativa pertinente en el momento de la emisión de la solicitud de propuestas (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 66 y 70 a 76).

3. Concertación del contrato de participación público-privada

9. En proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es extraño que transcurran varios meses entre la selección del licitante ganador y la conclusión y firma de todos los documentos contractuales (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 95 a 98). La calidad de la evaluación de la viabilidad y otros estudios que se lleven a cabo durante la etapa de planificación, así como la existencia de modelos de contratos y orientaciones detallados y adecuados (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 52), será fundamental para facilitar la concertación del contrato y reducir las demoras innecesarias. Sin embargo, no es razonable esperar que los prestamistas y otros proveedores de capital contraigan un compromiso firme y definitivo antes de la adjudicación definitiva del contrato de participación público-privada, y para las partes será necesario tener en cuenta las condiciones de financiación cuando concluyan el contrato. Ciertos trámites, que a menudo prescribe la ley, como la aprobación del contrato de participación público-privada por una autoridad de mayor rango, tal vez requieran también más tiempo. En algunos países, para que el contrato de participación público-privada, o ciertas categorías de contratos de participación público-privada, surta efectos, el parlamento ha de adoptar una decisión al respecto o incluso aprobar una ley especial. Es lo que a menudo ocurre con las APP que realizan bajo la modalidad de concesión actividades relacionadas con la prestación de un servicio público. Dados los costos que entraña la demora en la ejecución del contrato de participación público-privada, es aconsejable prever formas de agilizar los últimos ajustes para evitar retrasos innecesarios en la concertación del contrato.

10. Las partes pueden reducir el riesgo de demora estableciendo, en la etapa de planificación, un calendario de medidas y elementos de referencia importantes, que incluso pueden constituir condiciones previas para que el contrato de participación público-privada empiece a surtir efectos. Entre los elementos que pueden utilizarse como medidas o elementos de referencia cabe citar la aprobación obligatoria de las autoridades públicas (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 54), la constitución de la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado (véanse los párrs. 13 a 20), la obtención de los medios financieros requeridos (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 79; véase también "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 56 a 59) y la obtención de las licencias o los permisos necesarios para llevar a cabo la actividad que es objeto de la APP (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 53 a 55). Se ha

constatado que en la etapa final propiamente dicha existen varios factores que demoran la concertación del contrato, como, por ejemplo, la falta de experiencia de las partes, la coordinación deficiente entre las distintas autoridades públicas, la incertidumbre sobre el grado de respaldo público y las dificultades para concertar acuerdos de garantía que sean aceptables para los prestamistas. La administración pública puede contribuir considerablemente dando orientación adecuada a los representantes que actúen en nombre de la autoridad contratante del país. A ese respecto, el papel de la dependencia encargada de las APP o de un organismo de coordinación análogo es sumamente importante para que el proceso de concertación del contrato siga su curso y para facilitar que se avance rápidamente (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 47). Cuanto mejor comprendan las partes qué disposiciones deben incluirse en el contrato de participación público-privada, más probabilidades hay de que se llegue a concertar. Inversamente, si después de la adjudicación del contrato quedan por resolver cuestiones importantes y se da escasa orientación a las partes sobre el contenido del contrato de participación público-privada, existe un riesgo considerable de que las conversaciones se dilaten en el tiempo con un gran costo y de que haya quejas justificadas de que el proceso de selección no ha sido suficientemente transparente y competitivo.

11. Varias organizaciones internacionales, como el Banco Mundial[1] o la Federación Internacional de Ingenieros Consultores[2], han proporcionado asesoramiento sobre la elaboración de contratos de participación público-privada o han compilado cláusulas estándar que pueden utilizarse como punto de partida para la redacción del contrato o de algunos de sus elementos. Esos modelos gozan de gran aceptación, se utilizan en todo el mundo y son actualizados periódicamente por las instituciones. Además, se proporciona orientación sobre su sentido e interpretación, lo que asegura uniformidad y, por lo tanto, reduce riesgos.

12. Convendría asimismo revisar los procedimientos para concertar el contrato de participación público-privada y para que este surta efectos con miras a agilizar los trámites y evitar las consecuencias negativas de las demoras en el calendario del proyecto. En algunos países se ha delegado por ley la facultad de obligar a la autoridad contratante o a la administración pública, según el caso, en ciertos funcionarios públicos designados al efecto, a fin de que el contrato de participación público-privada surta efectos en el momento de la firma o al cumplirse determinadas formalidades, como la publicación en el boletín oficial. En los países en que ese procedimiento no resulte viable o en que se requiera además la aprobación final de otra entidad, sería deseable plantearse la posibilidad de simplificar los procedimientos de aprobación. Cuando se considere que esos procedimientos son

[1] "Guidance on PPP contractual provisions", edición de 2017, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial.

[2] Se puede obtener información en el sitio web de la FIDIC: http://fidic.org/.

arbitrarios o engorrosos, cabrá pedir a la administración pública que proporcione al socio privado y a los prestamistas suficientes garantías contra ese riesgo (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 71 a 76). En algunos países en que existen requisitos para la aprobación, a veces se ha facultado a las autoridades contratantes para indemnizar al licitante seleccionado por los gastos realizados en el proceso de selección y en la preparación del proyecto, en el supuesto de que la aprobación definitiva del proyecto se mantenga en suspenso por razones que no sean imputables al licitante seleccionado.

B. Estructura societaria del socio privado

13. En el derecho interno figuran a menudo ciertos requisitos relativos a la estructura societaria del socio privado que se detallan en las cláusulas de los contratos de participación público-privada. Estos requisitos suelen referirse a la constitución del socio privado como persona jurídica, así como a su capital, al alcance de sus actividades y a sus estatutos y reglamentos. En la mayoría de los casos, los licitantes seleccionados constituyen la sociedad del proyecto en forma de persona jurídica independiente dotada de personalidad jurídica propia, a menudo calificada de "sociedad instrumental" o "entidad instrumental", que posteriormente se convertirá en el socio privado en el contrato de participación público-privada. Habitualmente, se recurre a una sociedad del proyecto con personalidad jurídica independiente como medio para reunir fondos en la llamada financiación en función del proyecto (véase "Introducción e información general sobre las APP", párr. 56). La existencia de una sociedad del proyecto independiente facilita la coordinación de la ejecución del proyecto e introduce un mecanismo para proteger los intereses de este, que no coinciden necesariamente con los de la empresa matriz o, según el caso, con los de los miembros del consorcio u otros promotores del proyecto. Este aspecto puede ser crucial cuando los miembros del consorcio del proyecto se comprometan a proporcionar una parte importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto.

14. Normalmente, se exige que la sociedad del proyecto, si no se ha creado antes, se constituya poco después de la selección del consorcio ganador. Puesto que gran parte de los compromisos y las obligaciones del socio privado, incluidas las que sean a largo plazo (contrato de participación público-privada, acuerdos de préstamo y garantía y contratos de obras), se conciertan generalmente en una etapa inicial, tal vez le convenga al proyecto que la sociedad del proyecto esté constituida como tal en el momento de negociarse dichos instrumentos. Asimismo, desde la perspectiva a largo plazo, es importante que la estructura accionarial de la sociedad del proyecto refleje el acuerdo entre los miembros del consorcio ganador en lo que respecta al grado de compromiso de cada uno y a su participación en el capital social del proyecto (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 42). Algunos países en los que la inversión extranjera está sujeta a normas específicas y en que la autoridad

competente debe aprobarla caso por caso han considerado útil consolidar los requisitos para la inscripción de las inversiones y la autorización del proyecto de participación público-privada en un único procedimiento a fin de ahorrar tiempo y recursos.

15. Con frecuencia se exige que las entidades que prestan servicios públicos se constituyan como personas jurídicas con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Este requisito refleja el interés del órgano legislativo en asegurar, entre otras cosas, que los proveedores de servicios públicos cumplan con la normativa del país en materia de contabilidad y publicidad (por ejemplo, la publicación de estados financieros o de determinados actos de la sociedad). No obstante, ese requisito pone de relieve la necesidad de que el país anfitrión disponga de un derecho de sociedades adecuado (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 31 a 34). La facilidad con que pueda constituirse la sociedad del proyecto, respetando debidamente todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

16. Otra cuestión importante será la inversión en capital social requerida para constituir la sociedad del proyecto. La autoridad contratante tiene un interés legítimo en exigir un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para la sociedad del proyecto y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, como la inversión total necesaria y la proporción ideal entre el capital obtenido en préstamo y los recursos propios varían de un proyecto a otro, tal vez no sea conveniente que la ley exija una cantidad fija de capital mínimo para toda sociedad que realice proyectos de participación público-privada en el país. En cambio, cabría dejar a la autoridad contratante un mayor margen de flexibilidad para fijar la cantidad conveniente de inversión en capital social que corresponda a las necesidades financieras del proyecto. Por ejemplo, en la solicitud de propuestas se podría expresar el nivel previsto de inversión en el capital social de la sociedad del proyecto en términos de la relación deseable entre deuda y recursos propios y se podría incluir esa indicación entre los criterios de evaluación de las propuestas financieras y comerciales a fin de estimular la competencia entre los licitantes (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 84 a 86).

17. En cualquier caso, es aconsejable revisar las disposiciones legales o los requisitos reglamentarios referentes a la organización del socio privado para garantizar que se ajusten a las obligaciones internacionales asumidas por el país anfitrión. Las disposiciones restrictivas o que requieran la utilización de determinado tipo de persona jurídica o de empresa conjunta para prestar un servicio y las limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas en forma de techos porcentuales de accionistas extranjeros o de valor total de las inversiones extranjeras, individuales o acumulativas, podrían resultar incompatibles con las obligaciones específicas contraídas por los Estados signatarios de algunos acuerdos internacionales de integración económica o de liberalización del comercio de servicios.

18. Las observaciones anteriores sobre la estructura societaria del socio privado también se aplican a la adjudicación de contratos de participación público-privada a una persona jurídica existente, a la filial de una persona jurídica que explota otros proyectos de participación público-privada en el país o a la adjudicación de un contrato de participación público-privada a una empresa estatal, que es lo que a menudo ocurre en algunos países. En los casos en que las empresas estatales llevan a cabo proyectos de participación público-privada, es importante estudiar detenidamente —de preferencia en la etapa de planificación— posibles medidas para mitigar los conflictos de intereses que pudieran darse entre el Estado, como accionista que ejerce el control de la sociedad del proyecto, y los accionistas minoritarios. También es importante tener en cuenta las inquietudes de los prestamistas en lo que respecta a los riesgos políticos derivados de la relación vicaria entre el Estado y la sociedad del proyecto. Además, también debería tomarse en consideración el tratamiento contable que se otorgue a la deuda asumida por una empresa estatal y las consecuencias que dicho tratamiento podría tener en los balances del Estado como pasivo subsidiario o indirecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 15 y 16; véase también el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 44 a 46).

19. El derecho interno contiene a veces disposiciones relativas al alcance de las actividades de la sociedad del proyecto que exigen, por ejemplo, que esas actividades se limiten al desarrollo y explotación de un determinado proyecto. Dichas restricciones pueden tener como objeto asegurar la transparencia de la contabilidad del proyecto y proteger la integridad de sus bienes, separando los bienes, beneficios y deudas del proyecto de que se trate de los de otros proyectos u otras actividades que no guarden relación alguna con él. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto, ya que el déficit y el superávit no pueden cubrirse ni compensarse con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades. Sin embargo, la posibilidad que se otorgue al socio privado de ampliar sus actividades a proyectos conexos o a actividades auxiliares (por ejemplo, la construcción de un centro comercial o la ejecución de un proyecto inmobiliario cerca de una estación ferroviaria, asociado a la construcción de una línea de metro) puede constituir un fuerte incentivo para los socios privados o los integrantes de un consorcio que tengan los conocimientos técnicos requeridos para esos proyectos conexos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 84 a 86).

20. También es posible que la autoridad contratante desee asegurarse de que los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto reflejen debidamente las obligaciones que esta haya asumido en el contrato de participación público-privada. Por eso, en ocasiones se prevé en los contratos de participación público-privada que los cambios en los estatutos o reglamentos de la sociedad del proyecto surtan efecto una vez aprobados por la autoridad contratante. Si la autoridad contratante u otra autoridad pública participa en la sociedad del proyecto, se dispone a veces

que determinadas decisiones requieren el voto favorable de la autoridad contratante en las asambleas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante poner en la balanza el interés público que promueve la autoridad contratante y la necesidad de dar a la sociedad del proyecto el margen de flexibilidad requerido para que realice sus actividades. De juzgarse necesario exigir que la autoridad contratante apruebe las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos de la sociedad del proyecto, sería aconsejable limitar esa exigencia a las cláusulas que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, la cuantía del capital, las clases de acciones y sus privilegios o los procedimientos de liquidación), que deben precisarse en el contrato de participación público-privada.

C. Emplazamiento del proyecto, bienes y servidumbres

21. Las cláusulas relativas al emplazamiento del proyecto son una parte esencial de la mayoría de los contratos de participación público-privada. Estas cláusulas suelen regular cuestiones como la propiedad de los bienes inmuebles y demás bienes del proyecto, la adquisición de terrenos y las servidumbres requeridas por el socio privado para llevar a cabo las obras o explotar la infraestructura. Si el contrato de participación público-privada prevé el traspaso de bienes públicos al socio privado o el otorgamiento de un derecho de uso sobre bienes públicos, tal vez sea necesaria una autorización legal previa. También pueden requerirse medidas legislativas para facilitar la adquisición de las servidumbres o los terrenos necesarios en supuestos en los que el proyecto no esté ubicado en terrenos públicos.

1. Propiedad de los bienes del proyecto

22. Como se indicó anteriormente, en los proyectos de participación público-privada cabe la posibilidad de que los bienes relativos al proyecto sean de propiedad pública o de propiedad y explotación íntegramente privadas (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 48 a 55). Independientemente de la política general o sectorial del país anfitrión, es importante que el régimen de propiedad de los diversos bienes requeridos esté claramente definido y tenga una base legal suficiente. Sin embargo, es posible que no sea indispensable que existan disposiciones legislativas detalladas al respecto. En diversos países ha bastado con ofrecer un marco legislativo en que se describan a grandes rasgos las cuestiones que es necesario resolver en el contrato de participación público-privada.

23. En algunos ordenamientos jurídicos, la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos mediante las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión (véase "Introducción e información general sobre las APP",

párrs. 14 a 16) suele considerarse propiedad pública, aun cuando se haya adquirido o creado inicialmente con fondos privados. Suelen formar parte de ella los bienes expresamente adquiridos para la construcción de la infraestructura, así como los bienes que la autoridad contratante haya puesto a disposición del socio privado. No obstante, es posible que durante la vida del proyecto el socio privado haga mejoras o ampliaciones considerables en la infraestructura. No siempre puede determinarse fácilmente, a tenor del derecho aplicable, si esas mejoras o ampliaciones pasarán a ser parte integrante de los bienes públicos en manos del socio privado o si algunas de ellas son separables de esos bienes y pasarán a ser propiedad privada del socio privado. Por consiguiente, es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se especifique, según corresponda, qué bienes serán propiedad pública y cuáles pasarán a ser propiedad privada del socio privado.

24. La necesidad de claridad respecto de la propiedad de los bienes del proyecto no se limita a los ordenamientos jurídicos en que la infraestructura física requerida para prestar servicios públicos se considera de propiedad pública. En general, cuando la autoridad contratante facilite los terrenos o la infraestructura que se requieran para ejecutar el proyecto, es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se especifique, según corresponda, qué bienes seguirán siendo de propiedad pública y cuáles pasarán a ser propiedad privada del socio privado. El socio privado podrá recibir la propiedad de esos terrenos o infraestructuras o únicamente un derecho de arrendamiento o de uso sobre los terrenos o las infraestructuras y edificar en ellos, en particular cuando los terrenos sigan siendo de titularidad pública. En cualquier caso, debería definirse claramente la naturaleza de los derechos del socio privado, ya que ello afecta directamente a la capacidad de este para constituir garantías reales sobre los bienes del proyecto a fin de obtener financiación (véanse los párrs. 60 y 61).

25. Además de la propiedad de los bienes durante el período de vigencia del contrato de participación público-privada, es importante tener presente el régimen de propiedad aplicable cuando el contrato se rescinda o se extinga por vencimiento del plazo. En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la autoridad contratante desea asegurar la continuidad del servicio y, por lo tanto, tiene un interés en los bienes físicos vinculados al proyecto, por lo que exigirá la entrega de todos los bienes del proyecto una vez que finalice el contrato. En el caso de las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en cambio, los contratos de participación público-privada son primordialmente considerados como un medio de contratar servicios durante un plazo determinado, y no como una forma de construir infraestructura física. Por ello, en el caso de estas últimas APP, la ley puede limitar las obligaciones de entrega del socio privado a los bienes públicos y a los bienes que haya recibido inicialmente de la autoridad contratante o de otro organismo público o a otros bienes que se consideren necesarios para asegurar la prestación del servicio. En el caso de que se nombre un

nuevo socio privado, esos bienes se traspasan directamente de un socio privado a otro que lo suceda en la prestación del servicio (véase también el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 42 y 43).

26. La diversidad de enfoques legislativos a menudo refleja las diferentes funciones de los sectores privado y público según cuál sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, pero también puede ser resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante. Una razón práctica que podría tener la autoridad contratante para autorizar al socio privado a retener determinados bienes al final del período del proyecto es el deseo de reducir el costo de prestación del servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor residual para el socio privado y si ese valor puede tenerse en cuenta durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede esperar que la tarifa que se cobre por el servicio sea inferior. En efecto, si el socio privado no prevé tener que pagar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede recuperar parte vendiéndolos o destinándolos a otros fines cuando el contrato de participación público-privada se extinga por vencimiento del plazo, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se ve obligado a amortizar la totalidad de su costo a lo largo de la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez deban ser renovados o mejorados considerablemente desde el punto de vista tecnológico al final del período del proyecto hasta tal punto que quizás no le sea rentable a la autoridad contratante reclamarlos. En ese momento quizás haya también obligaciones residuales o costos emergentes, por ejemplo, por concepto de daños al medio ambiente o de gastos de demolición.

27. Por estas razones, las leyes de algunos países no prevén un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante en todas las modalidades de APP, sino que distinguen entre tres categorías principales de bienes:

a) Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante. En esta categoría figuran normalmente los bienes de propiedad pública que el socio privado haya utilizado para prestar el servicio de que se trate. Este tipo de bienes incluye toda infraestructura que la autoridad contratante haya puesto a disposición del socio privado y toda infraestructura nueva que el socio privado haya construido en virtud del contrato de participación público-privada, aunque en las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión no siempre existe un interés público en retener esos bienes. Algunas leyes exigen también el traspaso de los bienes muebles e inmuebles que el socio privado haya adquirido con posterioridad para explotar la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o se hayan adherido permanentemente a ella;

b) Bienes que la autoridad contratante puede comprar si ejerce la correspondiente opción. En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del

socio privado, o que este adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables ni estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o hacer más eficiente la explotación de la infraestructura o la calidad del servicio prestado;

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad del socio privado*. Se trata de los bienes que son propiedad del socio privado y que no correspondan a la categoría *b)* anteriormente descrita. La autoridad contratante no suele gozar de derecho alguno sobre dichos bienes, que pueden ser libremente retirados o enajenados por el socio privado.

28. En vista de lo anterior, es útil que la ley exija que en el contrato de participación público-privada se especifiquen, según corresponda, los bienes que serán de propiedad pública y los que serán propiedad privada del socio privado. En el contrato de participación público-privada deberían indicarse los bienes que el socio privado deberá traspasar a la autoridad contratante o a un nuevo socio privado cuando se rescinda o se extinga el contrato de participación público-privada por vencimiento del plazo; los bienes que la autoridad contratante, si así lo desea, podrá adquirir del socio privado, y los bienes que el socio privado podrá retirar o enajenar libremente cuando se rescinda o se extinga el contrato de participación público-privada por vencimiento del plazo. Estas cláusulas deberían complementarse con criterios establecidos contractualmente que ayuden a determinar, en su caso, la indemnización a que tenga derecho el socio privado por los bienes traspasados a la autoridad contratante o a un nuevo socio privado o comprados por la autoridad contratante cuando se rescinda o se extinga el contrato de participación público-privada por vencimiento del plazo (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 40 a 43).

2. *Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto*

29. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura en un terreno público (es decir, propiedad de la autoridad contratante o de otra autoridad pública) o se vaya a modernizar o rehabilitar una obra de infraestructura ya existente, en general la entidad propietaria deberá poner dicho terreno u obra de infraestructura a disposición del socio privado. La situación es más compleja cuando el terreno no es aún propiedad de la autoridad contratante y debe ser comprado a sus propietarios. En la mayoría de los casos, el socio privado no está en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para el proyecto, habida cuenta de la posible demora y de los gastos que posiblemente entrañen las negociaciones con un número tal vez elevado de propietarios, ni para realizar las complicadas búsquedas de títulos de propiedad y estudiar las traslaciones de dominio anteriores a fin de comprobar la validez del título de cada propietario, como puede ser necesario en algunas jurisdicciones. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar

los terrenos requeridos para la ejecución del proyecto a fin de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto por la adquisición de terrenos. En los estudios sobre impacto ambiental y social que se hayan llevado a cabo en la etapa de preparación del proyecto se debería haber estimado el costo de adquisición de los terrenos necesarios y se deberían haber determinado el procedimiento que se seguiría, el tiempo que sería necesario y todos los obstáculos o fuentes de demora posibles (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 15). La autoridad contratante podrá comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si fuera preciso, adquirirlos por vía forzosa.

30. El procedimiento por el que la administración pública adquiere bienes privados por vía forzosa contra el pago de una indemnización adecuada a sus propietarios, para el que los distintos sistemas jurídicos recurren a diversos términos técnicos, como "expropiación", recibe en la *Guía* la denominación "adquisición forzosa". La legislación de la mayoría de los países establece limitaciones y condiciones respecto de la adquisición forzosa de bienes privados por la administración pública, en particular el pago de una indemnización al propietario (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 7 a 10). En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de adquisición forzosa, tal vez convenga facultar a las autoridades públicas competentes para efectuar todas las adquisiciones requeridas para las APP, siguiendo para ello el más eficiente de los procedimientos previstos, como la vía especial seguida en algunos países cuando concurren razones de necesidad pública imperiosa (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 23 y 24).

31. La facultad para adquirir bienes por vía forzosa suele corresponder a la administración pública. Sin embargo, en el caso de las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, algunos ordenamientos jurídicos autorizan a las empresas explotadoras de infraestructuras o a los proveedores de servicios públicos (por ejemplo, a las compañías de ferrocarriles o de electricidad) a adoptar ciertas medidas para la adquisición forzosa de los bienes privados que sean necesarios para prestar sus servicios al público o ampliarlos. En particular, en los países en los que se determina judicialmente la indemnización que debe pagarse a los propietarios de bienes adquiridos por vía forzosa, se ha estimado conveniente delegar en el socio privado las facultades para adoptar determinadas medidas relativas a la adquisición forzosa, aunque siga correspondiendo a la administración pública adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, sea requerida para iniciar el procedimiento de adquisición. El terreno, al ser adquirido, suele pasar a ser propiedad pública, aunque en algunos casos la ley puede permitir que la autoridad contratante y el socio privado convengan en otra cosa, según se distribuya entre ellos el costo de su adquisición.

3. Servidumbres

32. Puede requerirse la adopción de medidas especiales en los casos en que el socio privado deba atravesar terrenos que sean propiedad de terceros o transitar por ellos para tener acceso al emplazamiento del proyecto o realizar obras o labores de mantenimiento necesarias para prestar el servicio (por ejemplo, colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atraviesen la propiedad de terceros; instalar y mantener equipo de transformación y conexión; talar árboles que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes, o instalar tuberías para conducir petróleo, gas o agua).

33. A menudo se designa con el término "servidumbre" el derecho a utilizar alguna propiedad ajena para un fin determinado o para realizar determinadas obras en ella. Para el establecimiento de una servidumbre se requiere normalmente el consentimiento del propietario del predio donde esté radicada, a menos que la ley establezca ese derecho. No suele ser ni eficiente ni rentable dejar que el socio privado adquiera las servidumbres directamente de los propietarios correspondientes. En cambio, es más frecuente que sea la autoridad contratante la que imponga por vía forzosa las servidumbres cuando adquiera el emplazamiento para el proyecto.

34. Otra alternativa algo distinta sería que la propia ley facultase a los proveedores de servicios públicos para entrar en terrenos de terceros, atravesarlos o realizar obras o instalar estructuras en ellos cuando fuera necesario para la construcción, explotación o mantenimiento de infraestructuras públicas. Esta vía, que permite eludir la necesidad de tener que obtener las servidumbres respecto de cada uno de los bienes, puede ser establecida por leyes sectoriales cuando se estime posible determinar de antemano las servidumbres mínimas que podría necesitar el socio privado. Por ejemplo, en una ley especial destinada al sector de la generación de energía se pueden establecer las condiciones que dan derecho al socio privado a tender cables para instalar y explotar redes básicas y de distribución en terrenos ajenos. Este derecho puede ser necesario para llevar a cabo varias tareas, entre otras: instalar o tender cables subterráneos y aéreos; montar estructuras de apoyo y equipos de transformación y conexión; mantener, reparar y desmontar dichas instalaciones; establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo, o eliminar obstáculos que haya en el tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad. Si la legislación del país anfitrión no fija expresamente la cuantía de la indemnización que tal vez deba pagarse a los propietarios de los terrenos afectados por las servidumbres constituidas a favor de un proveedor de servicios, es aconsejable establecer disposiciones al respecto en la legislación general o sectorial relativa a las APP, según corresponda, para los casos en que los derechos otorgados al socio privado sean tales que obstaculicen considerablemente el uso de los terrenos por parte de sus propietarios (por

ejemplo, si la explotación o el mantenimiento de la infraestructura provoca perturbaciones o si el valor de mercado del terreno se reduce debido a las servidumbres concedidas al socio privado).

D. Arreglos financieros

35. Los arreglos financieros para los proyectos de participación público-privada suelen adoptar una estructura de financiación en función del proyecto y contienen habitualmente cláusulas sobre las obligaciones del socio privado orientadas a conseguir financiación para el proyecto, los mecanismos de desembolso y contabilización de los fondos, la remuneración del socio privado y los tipos de garantías reales que podrán constituirse a favor de los acreedores e inversionistas del socio privado. Es posible que los arreglos financieros relativos a las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión tengan poco en común con aquellos sobre las APP que no utilizan la modalidad de concesión, e incluso dentro de esas dos categorías tal vez distintos sectores y proyectos requieran arreglos financieros diferentes. Es importante cerciorarse de que el derecho interno del país anfitrión tenga en cuenta esa diversidad y facilite, o al menos no obstaculice, la gestión financiera del proyecto.

1. Obligaciones financieras del socio privado

36. En las APP, el socio privado suele encargarse de conseguir y proporcionar los fondos necesarios para construir y explotar la infraestructura. Sus obligaciones a este respecto suelen estar detalladas en las cláusulas del contrato de participación público-privada. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante u otras autoridades públicas tienen interés en limitar sus obligaciones financieras a las expresamente estipuladas en el contrato de participación público-privada o a las formas de apoyo directo que la administración pública haya convenido en otorgar a fin de reunir financiación para el proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 61 a 86).

37. La cuantía de capital privado aportada directamente por los accionistas de la sociedad del proyecto suele suponer solo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor proviene de los préstamos otorgados al socio privado por bancos comerciales e instituciones financieras internacionales, así como del producto de la venta de bonos y otros títulos negociables en el mercado de capitales (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 56 a 69). Por lo tanto, es importante que la ley no restrinja innecesariamente la capacidad del socio privado para concertar los arreglos financieros que estime oportunos para financiar la infraestructura.

2. Fuentes y métodos de pago

38. La remuneración a que tiene derecho el socio privado y los métodos para calcular y asegurar su pago son elementos centrales del proyecto que se conciben durante la etapa de planificación y evaluación de la viabilidad (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 6 a 16). El contrato de participación público-privada y el documento que lo acompañe contienen en general cláusulas detalladas sobre esas cuestiones y, dependiendo del tipo de proyecto, la legislación desempeña un papel importante para facilitar o incluso posibilitar los arreglos financieros previstos por las partes.

39. Las fuentes y los métodos de pago varían según el tipo de proyecto y el sector. En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el flujo de efectivo del proyecto queda asegurado principalmente mediante los pagos efectuados por los usuarios finales de la obra de infraestructura explotada por el socio privado (por ejemplo, los conductores de vehículos que pagan el peaje al utilizar un puente) o por los clientes que adquieren los servicios o productos básicos que proporciona el socio privado (por ejemplo, los hogares que pagan por el suministro de electricidad o agua potable). En las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en cambio, la autoridad contratante paga directamente al socio privado por la construcción de la infraestructura y, según corresponda, por la utilización o la explotación de esa infraestructura o servicio. Obviamente, se trata de dos paradigmas extremos que se basan en la forma de remuneración prevalente. En la práctica, a menudo se combinan cuando es necesario para que la ejecución del proyecto llegue a buen puerto y el socio privado perciba la tasa de recuperación de la inversión y ganancias que se haya acordado. Teniendo en cuenta esa distinción general y la posibilidad de que se combinen distintos métodos de pago, en los párrafos siguientes se exponen las principales opciones disponibles y se señala, según corresponda, el papel que desempeña la legislación al posibilitarlas y facilitarlas.

a) Derechos por el uso

40. En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, las tarifas o los derechos que cobra el socio privado por el uso de la infraestructura pueden ser la fuente principal (a veces la única) de ingresos para recuperar la inversión en el proyecto, a falta de subvenciones o pagos de la autoridad contratante (véanse los párrs. 51 a 59) o de la administración pública (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 56 a 86). El socio privado procura, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y los derechos por el uso a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede haber límites a la libertad que tiene el socio privado para fijar esas tarifas o derechos por el uso. El costo de prestación

de los servicios públicos suele formar parte de la política de la administración pública en materia de infraestructuras y ser causa de preocupación inmediata para amplios sectores de la población. Así pues, el marco regulatorio impone en muchos países normas especiales para controlar las tarifas y los derechos que se cobran por la prestación de servicios públicos. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, las disposiciones legales o la reglamentación general establecen parámetros para fijar los precios de los bienes o servicios, requiriendo, por ejemplo, que la tarifa cobrada sea "razonable", "justa" o "equitativa".

i) Facultad del socio privado para cobrar tarifas

41. En varios países tal vez sea necesaria una autorización legislativa previa para que un socio privado cobre tarifas por la prestación de servicios públicos o exija el pago de un derecho por el uso de una infraestructura pública. La ausencia de una disposición general a tal efecto en la legislación ha dado lugar en algunos países a controversias judiciales en las que se ha impugnado la facultad del socio privado para cobrar una tarifa por dicho servicio.

42. Cuando se estime necesario incorporar a la legislación general disposiciones sobre el nivel de las tarifas y los derechos por el uso, en esas disposiciones se debería tratar de equilibrar los intereses de los inversionistas con los de los usuarios actuales y futuros. Es aconsejable que los criterios legales para determinar las tarifas y los derechos por la utilización reflejen no solo los factores sociales que la administración pública considere pertinentes, sino también el interés del socio privado en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Una buena práctica al respecto consiste en incluir un cálculo orientativo de las tarifas en los estudios de viabilidad y en los documentos de licitación. Además, conviene facultar a las partes para negociar arreglos apropiados, particularmente en materia de indemnización, para los supuestos en los que la aplicación de normas de control de tarifas directa o indirectamente relacionadas con la prestación de servicios públicos pueda llevar a fijar una tarifa o un derecho por el uso inferior al nivel requerido para que la explotación del proyecto sea rentable (véase el párr. 133).

ii) Métodos de control de las tarifas

43. La legislación interna somete a menudo las tarifas o los derechos por el uso a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido establecer solo principios amplios para la fijación de tarifas en la legislación y dejar su aplicación práctica al organismo regulador competente y a las condiciones impuestas en las licencias o contratos de participación público-privada. Este criterio es aconsejable, ya que la idoneidad de la fórmula empleada depende de cada sector y tal vez haya de modificarse durante la vida del proyecto. En los países donde se aplican medidas de control de las tarifas, la ley suele exigir que la fórmula que se vaya a emplear

para determinar la tarifa se indique en la solicitud de propuestas y se consigne en el contrato de participación público-privada. Los sistemas de control de tarifas consisten normalmente en fórmulas para modificar y hacer un seguimiento de las cláusulas relativas a las tarifas a fin de garantizar el cumplimiento de los parámetros para su reajuste. Los métodos de control más habituales en las leyes nacionales se basan en los principios de la tasa de rentabilidad y del precio tope. Existen también regímenes híbridos en que se combinan ambos criterios. Cabe señalar que ningún mecanismo de control de las tarifas funciona bien sin un análisis comercial y económico detallado. Los párrafos siguientes se limitan a esbozar algunos problemas que podrían plantearse y sus posibles soluciones.

a. Método de la tasa de rentabilidad

44. En el método de la tasa de rentabilidad, el mecanismo de reajuste de las tarifas tiene por objeto permitir que el socio privado obtenga de su inversión la tasa de rentabilidad convenida. Las tarifas para un determinado período se fijan teniendo en cuenta las necesidades de ingresos globales del socio privado para explotar la infraestructura, lo que conlleva determinar sus gastos, la inversión efectuada para prestar los servicios y la tasa de rentabilidad autorizada. Las tarifas son revisadas periódicamente, a veces cuando la autoridad contratante u otras partes interesadas estiman que los ingresos reales son superiores o inferiores a los ingresos que es necesario obtener para esa infraestructura. Con ese fin, la autoridad contratante comprueba los gastos que genera la infraestructura, determina hasta qué punto las inversiones realizadas por el socio privado pueden incluirse en la base tarifaria y calcula los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y conseguir la rentabilidad sobre la inversión que se haya convenido. El método de la tasa de rentabilidad suele utilizarse en el caso de los servicios públicos cuya demanda prevista vaya a ser constante, como ocurre con el suministro de electricidad, gas o agua. Para las infraestructuras o los servicios sujetos a una demanda más elástica, como las carreteras de peaje, tal vez no sea posible mantener constante la tasa de rentabilidad del socio privado reajustando periódicamente la tarifa.

45. Se considera que el método de la tasa de rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a las empresas explotadoras de infraestructuras, ya que el socio privado tiene la garantía de que la tarifa aplicada será suficiente para cubrir sus gastos de explotación y obtener la tasa de rentabilidad convenida. Como la tarifa se reajusta periódicamente, manteniendo prácticamente constante la tasa de rentabilidad del socio privado, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos comerciales. Como consecuencia de ello, los costos de capital son normalmente inferiores. La posible desventaja del método de la tasa de rentabilidad es que ofrece poco incentivo a las empresas explotadoras de infraestructura para minimizar sus costos, porque tienen la seguridad de que los recuperarán mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber algún incentivo si la tarifa

no se reajusta instantáneamente o si los reajustes no se aplican con carácter retroactivo. Cabe señalar que para aplicar el método de la tasa de rentabilidad se requiere una gran cantidad de información, así como largas negociaciones (por ejemplo, sobre los gastos computables y su asignación).

b. Método del precio tope

46. El método del precio tope consiste en establecer una fórmula para fijar tarifas por un período determinado (por ejemplo, cuatro o cinco años), teniendo en cuenta la inflación futura y las futuras mejoras de eficiencia que se espera obtener de la infraestructura. Se permite que las tarifas fluctúen dentro de los límites establecidos en esa fórmula. En algunos países, la fórmula se calcula como la media ponderada de diversos índices, mientras que en otros se toma un índice de precios al consumidor, del que se deduce un factor de productividad. Cuando es necesario hacer nuevas inversiones sustanciales, la fórmula puede incluir un componente adicional para cubrir esos costos extraordinarios. La fórmula puede aplicarse a todos los servicios de la empresa o solo a determinados grupos de servicios y es posible que se utilice una fórmula distinta para cada grupo. El reajuste periódico de esa fórmula se basa, sin embargo, en cálculos análogos a los de la tasa de rentabilidad, que requieren la misma clase de información detallada que la anteriormente indicada, aunque con menor frecuencia.

47. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la tasa de rentabilidad. Se ha constatado que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a los proveedores de servicios públicos, ya que el socio privado retiene la ventaja de tener unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al mismo tiempo, sin embargo, los proveedores de servicios públicos están en general expuestos a mayores riesgos cuando se aplica el método del precio tope que cuando se aplica el método de la tasa de rentabilidad. En particular, el socio privado corre el riesgo de sufrir pérdidas cuando los costos resultan superiores a los previstos, ya que no puede elevar la tarifa hasta el siguiente reajuste. Esa mayor exposición al riesgo aumenta los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la sociedad del proyecto aumente, esta tendrá dificultades para atraer nuevas inversiones, y tal vez se sienta tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir sus costos.

c. Métodos híbridos

48. Muchos métodos de reajuste de las tarifas que se utilizan actualmente combinan elementos de los métodos de la tasa de rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen los proveedores de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para que la explotación de la infraestructura sea eficiente. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles de reajuste de las tarifas, que modifican la tarifa al alza cuando la tasa de rentabilidad desciende por debajo

de cierto umbral y a la baja cuando supera cierto máximo, sin que se hagan reajustes cuando esa tasa se sitúa entre ambos niveles. Otro criterio posible para combinar ambos métodos de modo que se logre un equilibrio entre ellos es que la autoridad contratante examine las inversiones realizadas por el socio privado, a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que permiten tomarlas en consideración al calcular la necesidad de ingresos del socio privado. Otra técnica de reajuste de las tarifas que puede utilizarse para fijar las tarifas o, en general, para hacer un seguimiento de ellas es fijar esas tarifas en función de valores o índices de referencia. Al comparar los diversos componentes de los costos de un proveedor de servicios públicos con los de otro y con las normas internacionales, la autoridad contratante puede juzgar si el reajuste de las tarifas solicitado por el proveedor de servicios públicos es razonable.

iii) Consideraciones de política relativas al control de las tarifas

49. Cada uno de los métodos principales de reajuste de tarifas anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas e influye de distintas maneras en las decisiones de inversión del sector privado. Los legisladores, los organismos reguladores y la autoridad contratante, según corresponda, deberían tener en cuenta estas cuestiones cuando examinen si los métodos de control de las tarifas se adecúan a las circunstancias internas. También cabría utilizar métodos distintos en función del sector de infraestructura. De hecho, algunas leyes facultan a la autoridad contratante para aplicar el método del precio tope o el de la tasa de rentabilidad al seleccionar los socios privados, según sea el alcance y la índole de las inversiones y los servicios. Al seleccionar un método para controlar las tarifas, es importante tener en cuenta cómo influirán las distintas opciones de política en las decisiones de inversión del sector privado. Cualquiera que sea el método elegido, debería examinarse detenidamente la capacidad de la autoridad contratante o del organismo regulador para vigilar adecuadamente el desempeño del socio privado y aplicar el método de reajuste de forma satisfactoria (véase también el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 37 a 60). Sin perjuicio del interés que tenga el socio privado, la autoridad pública también debería asegurar un nivel suficiente de transparencia ante los usuarios finales en las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión. El método para controlar las tarifas debería elegirse y comunicarse claramente en una etapa inicial, por ejemplo, en los estudios de viabilidad, los criterios de preselección o la solicitud de propuestas, según el caso, y la autoridad contratante o el organismo regulador deberían permitir que el público tuviera acceso al cálculo y al proceso de adopción de decisiones.

50. Es importante tener presente que la fórmula de reajuste de la tarifa no puede fijarse de una vez para siempre, ya que hay factores como la tecnología, los tipos de cambio, el nivel salarial y la productividad, entre otros, que podrán variar sustancialmente y, a veces, incluso imprevisiblemente, a lo largo del período de vigencia del contrato de participación público-privada. Además, esa fórmula de reajuste

suele definirse suponiendo cierto nivel de producción o de demanda y puede generar un resultado insatisfactorio si el volumen de producción o la demanda varían considerablemente. Por ello, muchos países han previsto un mecanismo de revisión de la fórmula para fijar las tarifas, que puede ser periódico (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o al que podrá recurrirse siempre que se demuestre que la fórmula no remunera adecuadamente al socio privado (véase también el párr. 133). El régimen tarifario exige también la estabilidad y previsibilidad necesarias para que los proveedores y usuarios de servicios públicos puedan planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en una fuente de ingresos previsible. Es posible que los inversionistas y prestamistas se preocupen especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten el método de reajuste de tarifas. Por ello, suelen exigir que la fórmula de reajuste esté incorporada al contrato de participación público-privada.

b) Pagos por la autoridad contratante

51. La función y la naturaleza de los pagos que realice la autoridad contratante pueden diferir según el tipo de acuerdo de participación público-privada. Puede tratarse de pagos directos por los servicios que se hayan prestado efectivamente, pagos directos por el espacio o la capacidad de producción que se ofrezcan, subvenciones públicas o transferencias financieras de otra índole que hayan convenido la autoridad contratante y el socio privado. En el caso de las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, es posible que los pagos que la autoridad contratante efectúe directamente sean la única fuente de ingresos del socio privado, ya que el socio privado no cobra al usuario final por la utilización de la infraestructura o el servicio (por ejemplo, cuando el socio privado explota obras de infraestructura de acceso público). Asimismo, en el supuesto de que el socio privado elabore un producto básico para su ulterior transmisión o distribución por otro proveedor de servicios, cabe que la autoridad contratante se comprometa a adquirir ese producto básico al por mayor a un precio y en unas condiciones convenidas. En cambio, en las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, los pagos directos no constituyen la principal fuente de financiación del proyecto, ya que el socio privado normalmente obtendrá ingresos de explotación al cobrar a los usuarios finales de la infraestructura o a los compradores de los servicios o el producto que ofrece. No obstante, en algunas APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, es posible que la autoridad contratante u otra autoridad pública se comprometa a efectuar pagos directos al socio privado como complemento o en sustitución de los derechos cobrados a los usuarios por el uso de los servicios (por ejemplo, en forma de los denominados "peajes encubiertos", cuyo fin es asegurar el flujo de ingresos esperado conforme a las previsiones de tránsito acordadas). En cualquiera de esos casos, la situación financiera de la autoridad contratante y su calificación de solvencia por instituciones financieras, en su caso, son fundamentales para asegurar la financiación a un costo adecuado.

52. Es posible que muchos proyectos de participación público-privada no sean factibles sin la realización de pagos directos, ya sea porque no haya una demanda directa en el mercado de los servicios prestados o de las infraestructuras desarrolladas fuera del sector público (por ejemplo, la recolección de residuos, las instalaciones penitenciarias o las plantas de tratamiento de aguas residuales), porque quizás la demanda sea insuficiente para cubrir los costos del proyecto (como puentes o túneles en regiones con poco tráfico) o porque la autoridad contratante sea el verdadero cliente del sector privado (por ejemplo, cuando un organismo público utiliza espacio de oficinas construido y gestionado por el socio privado o cuando el socio privado construye y mantiene un hospital explotado por el sistema de seguridad social y de salud del país). En las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la autoridad contratante efectúa pagos directos al socio privado. De ese modo, el socio privado no asume el riesgo de la demanda (la cuantía del pago no depende del nivel de la demanda), sino únicamente el riesgo de la disponibilidad (por ejemplo, el riesgo de que el socio privado no pueda prestar el servicio al nivel acordado en el contrato de participación público-privada). La situación del socio privado es distinta en las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en que la remuneración se asegura principalmente por los pagos efectuados por los usuarios de la infraestructura, lo que expone al socio privado al riesgo de que la demanda sea menor de la prevista. En todo caso, el tipo y la cuantía de los pagos, así como los métodos para calcularlos, deberían basarse en el desempeño y estar en consonancia con el modelo financiero elaborado durante la evaluación del proyecto y en el momento de la adjudicación del contrato (véanse el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 6 a 14, y el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 30, 31, 67 y 76). Además, en aras de la transparencia cabe exigir que la autoridad contratante o la administración pública, según el caso, notifique periódicamente los pagos efectuados directamente al socio privado para financiar el proyecto y los justifique, por ejemplo, mediante informes del cálculo de las cantidades o de evaluación del desempeño (véanse el párr. 104 y el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 69). A continuación, se examinan brevemente los principales ejemplos de este tipo de acuerdos.

i) Pagos de una suma inicial o pagos de un alquiler

53. El pago de una suma inicial o de un alquiler se utiliza a menudo en las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión y en las que no se prevé que se reciban pagos de los usuarios finales. En esos casos, la autoridad contratante paga al socio privado por la construcción, renovación u otras labores realizadas con arreglo al contrato de participación público-privada, y, según corresponda, por la explotación y la gestión de los servicios y las infraestructuras, con arreglo a las fórmulas convenidas en el contrato. El método más común consiste en vincular los pagos mensuales o anuales a un calendario acordado para el desarrollo de la infraestructura. En el contrato está previsto que, una vez que se completen

las obras y la infraestructura se pueda explotar, se hagan pagos en función de la disponibilidad o la utilización real de la infraestructura, con arreglo a un esquema de derechos cobrados por superficie u otros parámetros físicos similares.

54. Con independencia del tipo de APP de que se trate, la autoridad contratante debería examinar detenidamente la necesidad de pagar una suma inicial o un alquiler, ya que proporcionan un incentivo considerable para que el socio privado participe en la licitación de un proyecto de participación público-privada, y es posible que muchos inversionistas potenciales incluyan tales pagos en sus proyecciones financieras iniciales. Si bien esos pagos quizás sean indispensables en algunos tipos de APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión (como en el caso en que el socio privado pone la infraestructura a disposición de la autoridad contratante), en otros proyectos, por ejemplo, en muchas APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, los pagos iniciales pueden ir en contra de la finalidad misma del acuerdo de participación público-privada y eliminar los incentivos para que haya una mayor eficiencia en la construcción y la explotación de la infraestructura. Es aconsejable vincular esos pagos a los mecanismos de vigilancia del desempeño previstos en el contrato (véanse los párrs. 91 y 92), por ejemplo, mediante deducciones y gratificaciones que incentiven el desempeño eficiente. Además, dado que los pagos tal vez requieran una asignación presupuestaria previa y estén sujetos a una auditoría y a otras formas de control público, es importante que la fórmula sea inequívoca y que los mecanismos contractuales y los parámetros para vigilar y medir el desempeño del socio privado sean verificables y objetivos.

ii) Pagos por capacidad y por uso

55. En algunos proyectos se prevé que la autoridad contratante tenga que realizar pagos para compensar al socio privado por poner determinada capacidad de servicio o la posibilidad de su uso a disposición del usuario. Cuando se realizan pagos por capacidad y por uso es común que se utilicen fórmulas basadas en el número de unidades de servicio proporcionadas, multiplicadas por el precio acordado para cada unidad. En las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, esos pagos constituyen la única fuente de remuneración del socio privado o se abonan junto con otros tipos de pagos efectuados directamente por la autoridad contratante (como los pagos de sumas iniciales o los pagos de alquiler). En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, esto se hace normalmente para complementar el nivel real de pagos que realicen los usuarios finales y que no alcancen el nivel estimado en el contrato.

56. Un ejemplo muy conocido de pagos por uso en el sector del transporte es el mecanismo conocido como "peaje encubierto". El peaje encubierto es un arreglo por el que el socio privado se obliga a desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra infraestructura de transporte durante cierto número de años

a cambio de pagos periódicos, efectuados como complemento o en sustitución de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. La modalidad de peaje encubierto puede utilizarse para responder a riesgos que son específicos de los proyectos de transporte, en particular el riesgo de que solo se alcancen niveles de tráfico inferiores a los previstos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 34). Además, la modalidad de peaje encubierto quizás sea más aceptable desde el punto de vista político que el pago de peajes directos, por ejemplo, cuando se tema que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas pueda dar lugar a protestas de los usuarios. No obstante, cuando esos arreglos entrañen alguna forma de subvención para la sociedad del proyecto, deberá examinarse detenidamente si son compatibles con determinadas obligaciones contraídas por el país anfitrión en el marco de los acuerdos internacionales de integración económica regional o de liberalización del comercio (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 4 a 6).

57. El recurso al peaje encubierto (y a cualquier otro pago complementario basado en una estimación del uso) puede suponer un gasto importante para la autoridad contratante y precisar de un seguimiento minucioso y de amplio alcance. En los países que han recurrido al peaje encubierto para el desarrollo de nuevos proyectos viales, los pagos de la autoridad contratante al socio privado se basan principalmente en el nivel real de tránsito, medido en kilometraje por vehículo. Se considera aconsejable estipular que los pagos no se iniciarán hasta que no se registre tránsito, con lo que el socio privado tendrá un incentivo para abrir la vía lo antes posible. Al mismo tiempo, se ha comprobado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real durante la vigencia del contrato de participación público-privada. Este sistema da al socio privado una razón para velar por que las obras de reparación perturben lo menos posible la utilización de la carretera. Otra posibilidad sería incluir en el contrato de participación público-privada una cláusula de penalización o de indemnización pactada por el cierre de carriles que sea consecuencia de obras de reparación. Se suele exigir al socio privado que efectúe recuentos constantes del tráfico para calcular el kilometraje anual por vehículo, que la autoridad contratante verifica periódicamente. Un sistema algo distinto sería combinar el peaje encubierto con los peajes directos pagados por los usuarios, de modo que la autoridad contratante solo pague peajes encubiertos al socio privado si el nivel de tránsito desciende durante cierto período por debajo del nivel mínimo acordado como necesario para que la explotación de la carretera le resulte rentable.

iii) Compromisos de compra

58. Cuando el socio privado explota una infraestructura que produce bienes susceptibles de ser suministrados o servicios que pueden ser prestados a largo plazo a un comprador determinado (por ejemplo, una central eléctrica independiente), la autoridad contratante u otra autoridad pública a menudo asume la obligación

de comprar esos bienes o servicios ofrecidos por el socio privado a una tarifa convenida. Los contratos de este tipo suelen denominarse "contratos de compraventa anticipada" (*off-take agreements*). Los contratos de compraventa anticipada dan lugar a menudo a dos tipos de pago: los pagos por capacidad de producción disponible y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de generación de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes cargos:

a) *Cargos por capacidad*. Se trata de cargos pagaderos con independencia de cuál sea la producción real en un período de facturación calculados de tal modo que sean suficientes para cubrir todos los costos fijos del socio privado ocasionados por la financiación y el mantenimiento del proyecto, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de rentabilidad. El pago de los cargos por capacidad está a menudo sujeto al cumplimiento de ciertas normas de desempeño o disponibilidad;

b) *Cargos por consumo*. Con estos cargos no se pretende cubrir todos los costos fijos del socio privado, sino los costos variables o marginales que el socio privado ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien de que se trate (por ejemplo, un kilovatio hora de electricidad). Los cargos por consumo se calculan habitualmente de modo que cubran los costos variables de explotación del socio privado, como el combustible consumido mientras funciona la obra de infraestructura, gastos de tratamiento del agua y costos de artículos fungibles. Los pagos variables a menudo dependen de los propios costos variables de explotación del socio privado o de un índice que refleje razonablemente los cambios en los costos de explotación.

59. Desde la perspectiva del socio privado, un sistema combinado de cargos por capacidad y consumo resulta particularmente útil para garantizar la recuperación de los costos cuando la transmisión o distribución de los bienes o servicios producidos por el socio privado está sujeta a monopolio. No obstante, los cargos por capacidad previstos en el contrato de compraventa anticipada deberían ser proporcionales a las demás fuentes de generación de capacidad de que disponga o que realmente utilice la autoridad contratante. A fin de garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para los pagos de la autoridad contratante conforme al contrato de compraventa anticipada, es aconsejable examinar si se necesitan mecanismos de presupuestación anticipada. Los pagos que se realicen en virtud de un contrato de compraventa anticipada pueden estar respaldados por una garantía otorgada por la administración pública del país anfitrión o por una garantía emitida por un organismo nacional o internacional (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 72 y 73).

E. Garantías reales

60. Las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado fundamentalmente dos tipos de derecho: un derecho real que, en principio, le permite hacerse con la propiedad de los bienes, o hacer que un tercero se haga con la propiedad de los bienes y los venda, y un derecho de prelación, aplicable en supuestos de insolvencia del deudor, a hacerse pagar con el producto de la venta de esos bienes (véase la referencia que se hace a las leyes relativas a las garantías mobiliarias, por ejemplo, a las normas elaboradas por la CNUDMI, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, en el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 11 a 17). Generalmente, los mecanismos de garantía en la financiación en función del proyecto desempeñan una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiera el negocio del deudor (por ejemplo, mediante ejecución de una garantía real, adjudicación en caso de quiebra o directamente del deudor), todo el producto resultante de la venta de sus bienes servirá en primer lugar para amortizar los préstamos pendientes. No obstante, los prestamistas tratan en general de obtener garantías reales que les permitan ejecutarlas y hacerse con un proyecto que puedan explotar para restablecer su viabilidad económica con miras a revenderlo en su momento o a retenerlo por tiempo indefinido y percibir los ingresos que reporte.

61. Los acuerdos de garantía son un factor crucial para la financiación de los proyectos de infraestructura, en particular cuando esa financiación se estructura conforme a la modalidad de la "financiación en función del proyecto". En los documentos financieros de una APP suelen figurar garantías constituidas sobre los bienes corporales relacionados con el proyecto y garantías constituidas sobre los bienes incorporales del socio privado. A continuación, se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con éxito los acuerdos de garantía. No obstante, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos solo pueden otorgarse garantías a los prestamistas a fin de que puedan hacerse cargo del proyecto en supuestos excepcionales y en condiciones especiales; concretamente, se exige que la autoridad contratante apruebe la garantía, que la garantía se constituya con la finalidad expresa de facilitar la financiación o explotación del proyecto y que las garantías reales otorgadas no afecten a las obligaciones contraídas por el socio privado. Esas condiciones dimanan a menudo de principios generales del derecho o de disposiciones legislativas que la autoridad contratante no puede eludir mediante arreglos contractuales.

1. Garantías reales sobre bienes corporales

62. La negociación de los acuerdos de garantía requeridos para obtener financiación para el proyecto puede tropezar con obstáculos jurídicos cuando los bienes del proyecto sean de propiedad pública. Si el socio privado no goza del dominio

sobre dichos bienes, en muchos ordenamientos jurídicos tampoco puede gravarlos (o solo puede hacerlo de manera limitada). De existir esas limitaciones, la ley puede, no obstante, facilitar la negociación de los acuerdos de garantía, por ejemplo, indicando los tipos de bienes sobre los que pueden constituirse garantías reales o el tipo de garantía real permisible. En algunos ordenamientos jurídicos, el socio privado a quien se conceda un derecho de arrendamiento o de uso sobre determinados bienes puede constituir una garantía real sobre ese derecho de arrendamiento o de uso.

63. Además, también es posible constituir garantías reales cuando el contrato de participación público-privada abarca diferentes tipos de bienes de titularidad pública, como cuando se concede a una empresa ferroviaria la propiedad de ciertos terrenos adyacentes (y no solo un derecho de uso) junto con el derecho a utilizar la infraestructura pública. Cuando sea posible constituir algún tipo de garantía real sobre bienes pertenecientes a la autoridad contratante o que le hayan de ser entregados, o sobre bienes respecto de los cuales la autoridad contratante tenga una opción contractual de compra (véase el párr. 28), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el socio privado pueda constituir esas garantías reales.

2. Garantías reales sobre bienes incorporales

64. El principal bien incorporal en un proyecto de infraestructura en que las actividades se realicen bajo la modalidad de concesión es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o a prestar el servicio de que se trate y cobrar a los usuarios por la utilización de los servicios que presta. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión vinculada al contrato de participación público-privada faculta a su titular para controlar todo el proyecto y habilita al socio privado para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede el valor combinado de todos los bienes corporales integrados en un proyecto. Dado que el socio privado tiene normalmente derecho a poseer y enajenar todos los bienes del proyecto (con la posible excepción de los que sean de propiedad ajena, como los bienes de propiedad pública en posesión del socio privado), la concesión suele abarcar los bienes presentes y futuros de carácter corporal o incorporal. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial de los acuerdos de garantía negociados con el socio privado. La pignoración de la propia concesión puede tener diversas ventajas prácticas para el socio privado y los prestamistas, en particular en ordenamientos jurídicos que de otro modo no permitirían constituir garantías reales sobre todos los bienes de la sociedad o que no reconozcan en general las garantías reales no posesorias. Estas ventajas pueden consistir en no tener que constituir una garantía real por separado para cada bien del proyecto, permitir que el socio privado siga utilizando dichos bienes en el curso normal de su negocio y hacer posible la pignoración de ciertos bienes sin que se produzca un desplazamiento

efectivo de su posesión a los acreedores. Además, en virtud de la pignoración de la propia concesión, los prestamistas pueden tener derecho, en caso de incumplimiento del socio privado, a impedir que se ponga fin al proyecto haciéndose cargo de la concesión y concertando acuerdos que permitan que el proyecto siga adelante con otro socio privado. La pignoración de la concesión puede, por lo tanto, complementar eficazmente o, en ciertas circunstancias, reemplazar un acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante respecto del derecho de los prestamistas a intervenir (véanse los párrs. 162 a 165).

65. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos puede haber obstáculos para pignorar una concesión sin autorización legislativa expresa. En diversos ordenamientos jurídicos solo pueden constituirse garantías reales sobre bienes que el otorgante de la garantía pueda transmitir libremente. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no suele ser transmisible en la mayoría de los casos sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. 70 y 71), en algunos ordenamientos jurídicos es posible que el socio privado no pueda constituir una garantía real sobre la concesión misma. La legislación reciente de algunos países de tradición romanista ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, denominada a veces "hipoteca de concesión de obra pública" o "prenda de concesión de obra pública", que generalmente dota a los prestamistas de una garantía real ejecutable que abarca todos los derechos otorgados al socio privado en virtud del contrato de participación público-privada. No obstante, a fin de proteger el interés público, la ley requiere el consentimiento de la autoridad contratante para toda medida de los prestamistas tendiente a hacer valer ese derecho, que deberá ajustarse a las condiciones estipuladas en un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas. En algunas jurisdicciones de tradición jurídica anglosajona se ha logrado una solución algo más limitada al hacerse una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia pública (es decir, los "derechos públicos" otorgados por la licencia) y el derecho a reclamar el producto percibido por el licenciatario (es decir, los "derechos privados" reconocidos al licenciatario por la licencia).

3. Garantías reales sobre los créditos comerciales

66. Otra forma de garantía que suele darse en la mayoría de las APP es la cesión a los prestamistas del producto de los contratos celebrados con los clientes del socio privado. Este producto puede derivarse de un único contrato (por ejemplo, del compromiso de comprar electricidad por parte de una entidad distribuidora de electricidad o los pagos de un alquiler por parte de la autoridad contratante en una APP que no realiza sus actividades bajo la modalidad de concesión) o de un gran número de operaciones (por ejemplo, los pagos mensuales de las facturas de gas o de agua). En las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el producto suele incluir los derechos cobrados a los usuarios por el uso

de la infraestructura (por ejemplo, los peajes de una carretera) o el precio pagado por los clientes por los bienes o servicios suministrados por el socio privado (por ejemplo, los cargos de electricidad). También puede incluir los ingresos reportados por contratos auxiliares de participación público-privada. Este tipo de garantía es un elemento típico de los arreglos de financiación negociados con los prestamistas, y los acuerdos de préstamo requieren a menudo que el producto de los proyectos de infraestructura sea depositado en una cuenta de garantía bloqueada gestionada por un administrador fiduciario nombrado por los prestamistas. Este mecanismo puede también desempeñar un papel esencial en la emisión de bonos y de otros títulos negociables por parte del socio privado.

67. Las garantías constituidas sobre los créditos comerciales desempeñan un papel central en los arreglos de financiación que prevén la venta de bonos y otros títulos negociables. Estos títulos pueden ser emitidos por el propio socio privado, en cuyo caso los inversionistas que adquieran los títulos se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero, al que se hayan cedido los créditos nacidos del proyecto mediante un mecanismo conocido como "titulización". La titulización entraña la creación de títulos financieros respaldados por los ingresos generados por el proyecto, que se pignoran para destinarlos al pago del capital y los intereses de los títulos así emitidos. Las operaciones de titulización suelen conllevar la creación de una persona jurídica distinta del socio privado y especialmente dedicada al negocio de titulizar bienes o créditos, denominada, a veces, "sociedad instrumental". El socio privado cede los créditos nacidos del proyecto a la sociedad instrumental, la cual, a su vez, vende a los inversionistas títulos con interés respaldados por esos créditos. Los tenedores de esos bonos adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del socio privado con sus clientes. El socio privado cobra de sus clientes las tarifas fijadas y transfiere los fondos resultantes a la sociedad instrumental, que paga con ellos a los tenedores de bonos titulizados. En algunos países, la ley ha reconocido recientemente de manera expresa al socio privado la facultad de ceder los créditos nacidos del proyecto a una sociedad instrumental, que se encarga de conservar y gestionar esos créditos en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los tenedores de bonos del riesgo de insolvencia del socio privado, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias para permitir la separación jurídica entre el socio privado y la sociedad instrumental.

68. En la mayoría de los casos, no sería práctico que el socio privado especificara uno a uno los créditos por él cedidos a sus acreedores. Por consiguiente, la cesión de créditos en la financiación en función del proyecto suele revestir la forma de una cesión global de créditos futuros. En la legislación de diversos países se han incluido disposiciones con rango de ley que reconocen la facultad del socio privado para pignorar el producto de los proyectos de infraestructura. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos puede persistir cierta incertidumbre respecto de la

validez de la cesión global tanto de créditos presentes como de créditos futuros. Así pues, es importante velar por que la normativa interna en materia de garantías reales no sea obstáculo para que las partes cedan válidamente sus créditos comerciales a fin de obtener fondos para el proyecto (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 16 y 17).

4. Garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto

69. Cuando no se pueda ceder o traspasar la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse los párrs. 70 y 71), la ley prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto. No obstante, debe señalarse que, en operaciones de financiación en función del proyecto, los prestamistas suelen exigir que se constituya a su favor una garantía sobre las acciones de la sociedad del proyecto, y que la prohibición general de constituir garantías tal vez pueda limitar la capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para este. Así pues, al igual que ocurre con otras formas de garantía, convendría autorizar por ley a los accionistas del socio privado a constituir esa garantía, sujeta a la aprobación previa de la autoridad contratante, cuando dicha aprobación sea necesaria para la transmisión de participaciones en el capital social de la sociedad del proyecto (véanse los párrs. 72 a 76).

F. Cesión de derechos por el socio privado

70. Las concesiones que figuran en los contratos de participación público-privada se adjudican en razón de las cualificaciones específicas y de la fiabilidad del socio privado y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no pueden traspasarse libremente. En efecto, el derecho interno prohíbe a menudo la cesión de los derechos adquiridos por el socio privado tras la adjudicación del contrato sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas restricciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las cualificaciones de las empresas explotadoras de infraestructuras o de los proveedores de servicios públicos. Algunos países también impiden esa cesión antes de que haya concluido la construcción de la infraestructura del proyecto.

71. Algunos países han juzgado conveniente enunciar en su legislación las condiciones en las que puede aprobarse el traspaso de una concesión antes de que haya vencido su plazo, por ejemplo, que el nuevo socio privado acepte todas las obligaciones estipuladas en el contrato de participación público-privada y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera requerida para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas generales al respecto podrían complementarse en el contrato de participación público-privada con cláusulas específicas que definan el alcance de dichas restricciones, así como las condiciones en que la autoridad

contratante podrá dar su consentimiento. A ese respecto, si el proyecto de contrato de participación público-privada se da a conocer a los posibles inversionistas en la etapa de licitación, estos podrán estar plenamente informados de las condiciones en que podría traspasarse la concesión (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 76). Cabe observar que estas restricciones se aplican normalmente a la cesión voluntaria por el socio privado de sus derechos, por lo que no excluyen el traspaso obligatorio de la concesión a una entidad designada por los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, a fin de evitar que se rescinda la concesión a raíz de algún incumplimiento grave del socio privado (véanse también los párrs. 158 a 161). En cualquier caso, las restricciones a la cesión de derechos deberían ser coherentes con las restricciones impuestas al traspaso del control de la sociedad del proyecto (véanse los párrs. 72 a 76).

G. Traspaso del control de la sociedad del proyecto

72. La autoridad contratante puede tener interés en que los miembros originales del consorcio de licitantes mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y en que no se traspase el control efectivo de la sociedad del proyecto a entidades que sean desconocidas para ella. Los socios privados se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura, al menos en parte, en razón de su experiencia y de su capacidad para ese tipo de proyecto (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 38 a 41). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si se da a los accionistas del socio privado entera libertad para traspasar su inversión en un proyecto determinado, se pierda toda seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes. Sin embargo, en términos prácticos, ese compromiso del socio privado y el consorcio de licitantes solo sirve en la medida en que tengan capacidad para cumplir sus obligaciones.

73. La experiencia que haya demostrado el consorcio de licitantes seleccionado en la etapa de preselección y las garantías de cumplimiento otorgadas por las empresas matrices del consorcio original y sus subcontratistas pueden ser elementos que tranquilicen a la autoridad contratante. En la práctica, sin embargo, no sería prudente confiarse en demasía de la aparente pericia de los accionistas del socio privado. Cuando se crea una persona jurídica independiente para llevar a cabo la APP, como ocurre con frecuencia (véase el párr. 13), el respaldo de los accionistas del socio privado, en caso de que el proyecto tropiece con dificultades, se puede ver limitado al máximo de su responsabilidad. Por ello, las restricciones a la transmisibilidad de las inversiones tal vez no constituyan por sí solas una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del socio privado y sería necesario que en el contrato de participación público-privada se previeran otras medidas apropiadas, como la supervisión de la calidad del servicio prestado (véanse los párrs. 85 y 86) o la rescisión sin plena indemnización en el caso de desempeño

insatisfactorio (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 49 y 50).

74. Por otro lado, imponer restricciones a la transmisibilidad de las acciones de empresas que prestan servicios públicos puede tener también algunas desventajas para la autoridad contratante. Como se observó antes (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 56 a 59), existen muchos tipos de financiación que pueden obtenerse de diversos inversionistas para distintos perfiles de riesgos y de remuneración. Los inversionistas iniciales, como las empresas de construcción y los proveedores de equipo, tratarán de obtener una remuneración acorde con los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores quizás acepten una rentabilidad inferior proporcional al menor riesgo que asumen. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos limitados y han de reciclar su capital para poder participar en nuevos proyectos. Por consiguiente, esos inversionistas tal vez no estén dispuestos a inmovilizar su capital en proyectos a largo plazo. Al final de la etapa de construcción, los inversionistas iniciales tal vez prefieran vender su participación en el capital social a un inversionista secundario que acepte una tasa de rentabilidad menor. Una vez que haya más certidumbre con respecto al uso de la infraestructura o del servicio, cabe siempre refinanciar su explotación. En cambio, si se reducen los márgenes del inversionista para invertir y reinvertir su capital en el desarrollo de proyectos, limitando la transmisibilidad de sus acciones en proyectos de infraestructura, se corre el riesgo de elevar el costo de la financiación y, en algunos supuestos, se imposibilitaría la financiación del proyecto, pues tal vez algunos inversionistas indispensables para su ejecución no estén dispuestos a participar en él. Desde una perspectiva de largo recorrido, el desarrollo del mercado de inversión en infraestructuras públicas se puede obstaculizar si se limita innecesariamente la libertad de los inversionistas para traspasar su participación en la APP.

75. Por todo ello, sería aconsejable que la ley limitase las restricciones que se impongan al traspaso del control de la sociedad del proyecto a un determinado plazo (por ejemplo, a cierto número de años después de la concertación del contrato de participación público-privada o después de la conclusión de la etapa de construcción) o a supuestos en que tales restricciones se justifiquen por motivos de interés público (por ejemplo, cuando la autoridad contratante considere que la presencia continuada de determinado miembro del consorcio en la estructura accionarial del socio privado es esencial para la explotación de la infraestructura o para la prestación del servicio de conformidad con los requisitos contractuales y regulatorios). Uno de esos supuestos puede ser que el socio privado esté en posesión de bienes públicos o reciba préstamos, subvenciones, contribuciones al capital social u otras formas de respaldo público directo. En esos casos, la responsabilidad de la autoridad contratante por el empleo correcto de los fondos públicos la obliga a asegurarse de que esos fondos y bienes se confían a una sociedad estable que

cuente con el respaldo de sus inversionistas originales por un plazo razonable. Otro supuesto que quizás justifique imponer limitaciones al traspaso de acciones de la sociedad del socio privado puede darse cuando la autoridad contratante tenga interés en impedir su traspaso a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de acciones que signifiquen una participación dominante en el capital de empresas proveedoras de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados. Por otra parte, quizás no se considere apropiado que una empresa que defraudó a un ente público pueda ser empleada por otro ente público a través de alguna filial recién adquirida.

76. En estos casos excepcionales puede ser aconsejable exigir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de traspasar su participación en el capital social. En el contrato de participación público-privada debería quedar claro que no se retrasará indebidamente ni se denegará sin justificación dicho consentimiento. En aras de la transparencia también puede ser aconsejable establecer los motivos por los que se puede denegar la aprobación y exigir a la autoridad contratante que especifique en cada caso a cuáles de ellos obedece la denegación. Tal vez convenga examinar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (durante una etapa determinada del proyecto o durante la vigencia del contrato de participación público-privada). En algunos proyectos quizás sea posible suavizar esas restricciones una vez concluidas las obras. Se aconseja asimismo aclarar en el contrato de participación público-privada si estas limitaciones, de existir, deberían aplicarse al traspaso de toda participación en el socio privado o si la inquietud de la autoridad contratante se centra en un solo inversionista (por ejemplo, una empresa de construcción o la empresa diseñadora de la infraestructura) durante la etapa de construcción o durante un cierto período a partir de la conclusión de la obra.

H. Obras de construcción

77. En la contratación pública tradicional, la autoridad contratante que encarga unas obras actúa normalmente como empleador en el marco del contrato de obra y conserva amplios derechos de vigilancia e inspección, como el de examinar el proyecto y pedir que se modifique, vigilar la labor de construcción y seguir de cerca el calendario de ejecución, inspeccionar y aceptar oficialmente la obra terminada y dar la autorización final para que la infraestructura pueda explotarse. En consecuencia, la autoridad contratante suele asumir los riesgos de los sobrecostos y las demoras y el funcionamiento de la infraestructura una vez finalizadas las obras.

78. En los proyectos de participación público-privada, el socio privado asume la responsabilidad de finalizar el proyecto en el plazo fijado y conforme a las normas

y el costo especificados en el contrato de participación público-privada, así como el riesgo financiero conexo (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 30 a 32). Por lo tanto, el socio privado tiene interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se exceda del presupuesto previsto, y normalmente negocia contratos llave en mano de precio y plazo fijos en los que los contratistas de las obras de construcción ofrecen garantías de ejecución.

79. Por esas razones, las disposiciones legales sobre obras de construcción de infraestructuras llevadas a cabo mediante una APP se limitan en algunos países a dar una definición general de la obligación del socio privado de realizar las obras públicas de conformidad con las cláusulas del contrato de participación público-privada. La ley puede reconocer a la autoridad contratante un derecho general de vigilancia sobre la marcha de las obras a fin de cerciorarse de que se ajustan a las cláusulas del acuerdo, pero el ejercicio de ese derecho de vigilancia no comporta que se transmitan del socio privado a la autoridad contratante los riesgos de construcción convenidos en el contrato de participación público-privada. En esos países se reserva la regulación más detallada para el contrato de participación público-privada.

1. Examen y aprobación de los planes de construcción

80. Es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se prevean procedimientos que ayuden a mantener la fecha de conclusión de las obras y su costo dentro de lo previsto y que reduzcan la posibilidad de que surjan controversias entre el socio privado y las autoridades públicas que participan en el proyecto. Cuando se exija por ley que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de construcción, en el contrato se debería establecer un procedimiento y fijar un plazo máximo para el examen del proyecto y disponer que se tendrá por aprobado si la autoridad contratante no formula objeciones dentro de ese plazo. Puede ser útil también especificar en el contrato los motivos por los que la autoridad contratante podrá formular objeciones o solicitar modificaciones del proyecto, por ejemplo, por razones de seguridad pública, defensa y seguridad nacional, cuestiones medioambientales o incumplimiento de las especificaciones.

2. Variación de las condiciones de construcción

81. Durante la construcción de una obra de infraestructura, es habitual que se den situaciones que hagan necesario o conveniente alterar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, la autoridad contratante quizás desee reservarse el derecho de ordenar cambios en relación con aspectos como la magnitud de la obra, las características técnicas del equipo o los materiales que se han de utilizar en la obra, los servicios de construcción requeridos por las especificaciones o los planos y los requisitos técnicos de las obras. Esos cambios se denominan "variaciones" en

la *Guía* y normalmente incluyen los cambios de un aspecto de las obras de construcción con respecto a lo requerido en los documentos contractuales originales. Las variaciones suelen estar previstas en el contrato y no suponen una modificación del contrato. Además, las variaciones no incluyen los reajustes de la tarifa ni la revisión del precio por cambios en los costos o fluctuaciones de los tipos de cambio, ni tampoco la revisión de las condiciones de pago, si bien una variación puede dar lugar a un reajuste del precio, de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato de participación público-privada (véase el párr. 140). En la *Guía* tampoco se considera una variación la renegociación del contrato por cambios sustanciales en las condiciones, impedimentos exonerantes o por otras razones (véanse los párrs. 141 a 144, 150 y 151).

82. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no se puede excluir la necesidad de introducir variaciones en las especificaciones de construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas variaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público; también pueden hacer más gravoso para el socio privado el cumplimiento del contrato de participación público-privada. Además, el costo de ejecutar cambios de gran envergadura puede exceder los recursos financieros del propio socio privado, lo que exigiría fondos adicionales considerables que quizá no se puedan obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de introducir variaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas a conocer durante el proceso de selección (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 67 y 70 a 74) es un elemento importante para evitar cambios ulteriores del proyecto.

83. En el contrato de participación público-privada deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante puede ordenar que se introduzcan variaciones en las especificaciones de construcción y la indemnización que puede percibir el socio privado, cuando proceda, para hacer frente a los costos adicionales y las demoras que conlleven esas variaciones. En el contrato de participación público-privada se debería aclarar también en qué medida el socio privado está obligado a trasladar a la práctica las variaciones y si puede formular objeciones al respecto, y, en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a la práctica contractual seguida en algunos ordenamientos jurídicos, el socio privado puede quedar liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la variación exceda de un límite establecido. Cabe señalar que no todas las variaciones son iniciadas necesariamente por la autoridad contratante. En la práctica, las variaciones también podrían derivarse de la decisión de la autoridad contratante de aceptar las sugerencias formuladas por el socio privado, por ejemplo, para introducir técnicas o materiales más eficientes en la etapa de construcción, reducir los costos o mejorar el desempeño. Con miras a alentar la formulación de sugerencias

que aumenten la eficiencia o reduzcan los costos, puede resultar útil que las partes reconozcan en el contrato de participación público-privada el derecho del socio privado de proponer cambios de índole técnica con esos fines, siempre que cuente con el visto bueno de la autoridad contratante. Además, muchos países consideran una buena política someter las variaciones que excedan de un cierto valor individual o acumulativo a la aprobación de una autoridad superior.

84. En los contratos de obras de gran envergadura se han utilizado diversos enfoques con respecto a las variaciones con el fin de establecer el alcance de la obligación del contratista de introducir los cambios, así como los ajustes necesarios en el precio o la duración del contrato. Esas soluciones pueden utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las variaciones solicitadas por la autoridad contratante en el marco del contrato de participación público-privada[3]. Cabe señalar, sin embargo, que en los contratos de participación público-privada relativos a infraestructuras los ingresos que recibe la sociedad del proyecto provienen del cobro a los usuarios de una tarifa o derechos por la utilización de la infraestructura o el servicio prestado por esta, más que del cobro de un precio global por la construcción. Por ello, el método de remuneración utilizado en el marco de contratos de participación público-privada relativos a infraestructuras combina a veces métodos diversos, desde el pago de una suma a tanto alzado hasta el aumento de la tarifa o la prórroga del contrato. Por ejemplo, puede haber cambios que se traduzcan en un aumento de los costos que el socio privado sea capaz de absorber y financiar por sí mismo y amortizar por medio de un reajuste de la tarifa o del mecanismo de pago, según proceda. Si el socio privado no consigue refinanciación ni tiene posibilidades de financiar los cambios por sí mismo, tal vez las partes deseen estudiar la posibilidad de efectuar el pago de sumas a tanto alzado, en vez de acordar una estructura de refinanciación complicada y costosa. En todo caso, es posible que las partes deban recurrir a la renegociación directa.

3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante

85. En algunos ordenamientos jurídicos, las autoridades públicas que encargan unas obras suelen reservarse la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de las obras por motivos de interés público. Sin embargo, a fin de dar ciertas seguridades a los posibles inversionistas, puede ser útil limitar la posibilidad de esa intervención y disponer que ninguna de esas interrupciones tendrá una duración o amplitud superior a la necesaria, teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. La definición legal de

[3] Véase un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10), cap. XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción".

los hechos que se consideran motivos de interés público, como los problemas ambientales de gran envergadura o el peligro al que se pudiera exponer a la población ubicada en la zona en que se está construyendo la infraestructura, quizás tranquilice a los posibles inversionistas en ese sentido. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión o prever una indemnización adecuada para el socio privado. Además, pueden darse garantías para asegurar el pago de la indemnización o para resarcir al socio privado de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto y restaurar el equilibrio económico y financiero del contrato de participación público-privada una vez que la suspensión se deje sin efecto (véanse también el párr. 140 y el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 74 a 76).

86. En algunos ordenamientos jurídicos, las infraestructuras construidas para la prestación de ciertos servicios públicos pasan a ser de propiedad pública una vez concluidas (véase el párr. 26). En tal caso, la ley exige a menudo que la infraestructura concluida sea aceptada oficialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública. Esta aceptación oficial no suele darse hasta que se haya inspeccionado la infraestructura acabada y se hayan realizado las pruebas necesarias para comprobar que está operativa y cumple con las especificaciones y los requisitos técnicos y de seguridad. Aun en los casos en que no es necesaria la aceptación oficial de la autoridad contratante (por ejemplo, cuando la infraestructura siga siendo propiedad del socio privado), se requieren a menudo disposiciones sobre la inspección final y la aprobación de la labor de construcción por parte de la autoridad contratante a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de sanidad, seguridad y construcción o de las normas laborales. En el contrato de participación público-privada se deberían describir detalladamente las pruebas técnicas que se llevarán a cabo para confirmar que se han concluido las obras o la inspección de la infraestructura acabada; el calendario de las pruebas (por ejemplo, puede ser conveniente realizar pruebas parciales durante cierto tiempo, en lugar de una sola prueba al final); las consecuencias de no superar una prueba, y la responsabilidad de organizar los recursos para llevarla a cabo, en particular el uso de servicios de ingeniería independientes para la realización de la prueba, y de sufragar los costos correspondientes. En algunos países se ha estimado útil autorizar la explotación provisional de la infraestructura antes de su aprobación final por la autoridad contratante y dar oportunidad al socio privado de rectificar los defectos que puedan encontrarse en ese momento.

4. Período de garantía

87. En los contratos de obras negociados por el socio privado normalmente se prevé una garantía de calidad en virtud de la cual los contratistas asumen responsabilidad por los defectos en las obras y las inexactitudes o carencias que se encuentren en los documentos técnicos que se presenten con las obras, excepto en supuestos exonerantes (por ejemplo, desgaste normal o defectos de mantenimiento

o explotación por el socio privado). También pueden derivarse responsabilidades adicionales de las disposiciones legales o los principios generales de derecho que sean aplicables, como, por ejemplo, la responsabilidad especial por defectos estructurales en las obras durante un período de tiempo más prolongado, prevista en algunos ordenamientos jurídicos. En el contrato de participación público-privada se debería hacer constar que la aprobación o aceptación definitiva de la infraestructura por la autoridad contratante no exime a los contratistas de las obras de construcción de su responsabilidad por los defectos que puedan tener las obras ni por las inexactitudes o carencias que se observen en los documentos técnicos con arreglo a lo estipulado en los contratos de obras o lo previsto en el derecho aplicable.

I. Explotación de la infraestructura

88. La conclusión de la etapa de construcción elimina uno de los riesgos más importantes asociados a una APP, a saber, que el proyecto no se complete (véanse el párr. 78 y el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 30 a 32). Por lo tanto, no es raro que en el contrato de participación público-privada se autorice a las empresas constructoras a abandonar la sociedad del proyecto al final de la primera etapa (véase el párr. 74).

89. Las condiciones de explotación y mantenimiento de la infraestructura, así como las normas de calidad y seguridad, suelen estar enumeradas en la ley y explicadas en detalle en el contrato de participación público-privada. Además, especialmente en el sector de la electricidad, el agua y el saneamiento y el transporte público, la autoridad contratante o un organismo regulador independiente tal vez ejerzan cierta función de vigilancia respecto de la explotación de la infraestructura. Excedería del ámbito de la presente *Guía* el examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de las infraestructuras. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace solo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

90. Las disposiciones que regulan la explotación de las infraestructuras y los requisitos legales para la prestación de servicios públicos tienen la finalidad de lograr diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente prolongada de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esas disposiciones y requisitos tengan que modificarse a lo largo de la vida del contrato de participación público-privada. En consecuencia, los cambios solicitados por la autoridad contratante o de otro modo convenidos por las partes en la etapa de explotación pueden ser de mayor envergadura que en la etapa de construcción. Son particularmente importantes y complejos en los proyectos en que el socio privado presta servicios u ofrece productos básicos a usuarios finales, como ocurre en el caso de las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el sector privado necesita que el marco normativo sea estable y previsible. La modificación de las reglamentaciones o la introducción frecuente de normas nuevas y más exigentes pueden perturbar la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por lo tanto, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales que podrían generar las modificaciones reglamentarias ulteriores (véanse los párrs. 131 a 134), los organismos reguladores o la administración pública, según corresponda, harían bien en no imponer una reglamentación excesiva y en no modificar las normas con demasiada frecuencia.

1. Normas técnicas y de servicio

91. Los proveedores de servicios públicos tienen que cumplir, por lo general, una serie de normas técnicas y de servicio. Esas normas son, en la mayoría de los casos, demasiado detalladas para figurar en leyes, y es posible que se encuentren en decretos, reglamentos u otros instrumentos. En general, las leyes deberían establecer los principios que servirán de guía para la formulación de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales como las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional[4] (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párr. 49). Las normas de servicio a menudo se exponen en detalle como parte de los requisitos de la autoridad contratante que se comunicaron a los licitantes durante el procedimiento de adjudicación del contrato (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 70 a 74) y también se reflejan posteriormente en el propio contrato de participación público-privada. Entre las normas de servicio figuran las normas de calidad, como los requisitos de pureza y presión del agua; los plazos en que deben realizarse las reparaciones; el número máximo de defectos o reclamaciones; la puntualidad de los servicios de transporte; los requisitos de continuidad de la prestación del servicio, y las normas ambientales, sociales, laborales, de salud y de seguridad aplicables.

92. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar si la sociedad del proyecto cumple las normas que regulan el desempeño. El socio privado está interesado en evitar en lo posible cualquier interrupción de la explotación de la infraestructura y en protegerse de las consecuencias de esa interrupción. Exige garantías de que el ejercicio por la autoridad contratante de sus facultades de vigilancia o reguladoras no cause perturbaciones ni interrupciones indebidas en la explotación de la infraestructura ni se traduzca en costos adicionales para el socio privado que este no deba asumir.

[4] Corporación Financiera Internacional, Normas de Desempeño, 2012; pueden consultarse en www.ifc.org.

2. Ampliación de los servicios

93. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que preste, en virtud de un contrato de participación público-privada celebrado con la administración pública, ciertos servicios esenciales (por ejemplo, de electricidad o agua potable) a una comunidad o a un territorio y sus habitantes está obligada a prestar un sistema de servicios que satisfaga razonablemente la demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación a menudo se refiere no solo a la demanda del momento en que se adjudicó el contrato, sino que supone también adaptarse al crecimiento de la comunidad o territorio atendidos y ampliar gradualmente ese sistema en la medida en que lo requiera, dentro de ciertos límites razonables, la demanda de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación reviste el carácter de un deber público cuyo cumplimiento puede reclamar cualquier residente de la comunidad o el territorio en cuestión. En otros ordenamientos se trata de una obligación legal o contractual que puede hacer cumplir la autoridad contratante o un organismo regulador, según el caso.

94. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación no es absoluta ni incondicional. De hecho, la obligación del socio privado de ampliar su infraestructura de servicios puede depender de diversos factores, como, por ejemplo, la necesidad y el costo de la ampliación y los ingresos que quepa esperar de ella, la situación financiera del socio privado, el interés público en que se realice la ampliación y el alcance de las obligaciones asumidas por el socio privado al respecto en virtud del contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos, el socio privado puede estar obligado a ampliar su infraestructura de servicios, aunque la ampliación en cuestión no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de ella, el territorio abarcado por el socio privado pueda llegar a abarcar zonas no rentables. No obstante, la obligación está sujeta a ciertos límites, ya que el socio privado no está obligado a realizar ampliaciones que supongan una carga excesiva para él o sus clientes. En función de las circunstancias del caso, el costo de las ampliaciones de la infraestructura de servicios quizás sea absorbido por el socio privado, repercutido a sus clientes o usuarios finales mediante aumentos de tarifa o el cobro de derechos extraordinarios o absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otra autoridad pública por medio de subvenciones o ayudas. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta para evaluar la razonabilidad de cualquier ampliación concreta, conviene que en el contrato de participación público-privada se definan los supuestos en que se puede exigir al socio privado que amplíe su infraestructura de servicios y el método apropiado para financiar el costo de esa ampliación.

3. Continuidad del servicio

95. Otra obligación de los proveedores de servicios públicos es garantizar la continuidad del servicio en casi todas las circunstancias, salvo en algunos supuestos exonerantes que se encuentran claramente definidos (véanse también los párrs. 146 a 148). En algunos ordenamientos jurídicos se trata de una obligación legal que es exigible aunque no figure expresamente en el contrato de participación público-privada. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos en que existe, es que el socio privado no puede invocar como motivo de suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público diversas circunstancias que, de conformidad con los principios generales del derecho contractual, podrían autorizar a una de las partes contratantes a suspender o interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, dificultades económicas o incumplimiento de la otra parte). En algunos ordenamientos jurídicos, la autoridad contratante quizás tenga incluso facultades especiales para obligar al socio privado a reanudar la prestación del servicio en todo supuesto de interrupción ilícita.

96. Esta obligación está también sujeta a una norma general de razonabilidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del socio privado a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en situaciones difíciles (véase el párr. 153). Además, en algunos ordenamientos jurídicos se prevé que quien presta servicios públicos no puede ser obligado a prestarlos cuando la explotación general del servicio arroje pérdidas. Cuando la explotación de un servicio público, tomada en su conjunto, y no solo considerando una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el socio privado puede tener derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o, como alternativa, a rescindir el contrato de participación público-privada. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una resolución judicial. En los ordenamientos jurídicos que admiten esta solución es aconsejable aclarar en el contrato de participación público-privada cuáles son los supuestos extraordinarios que justificarían la suspensión del servicio o que incluso liberarían al socio privado de las obligaciones que le incumben en virtud del contrato (véanse los párrs. 145 a 154; véase también el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párr. 37).

4. Igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios

97. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen la obligación concreta de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes comprendidos en la misma categoría. Sin embargo, en esos ordenamientos jurídicos se acepta toda distinción basada en una clasificación razonable y objetiva de los clientes y los usuarios, siempre que se presten los mismos servicios al mismo

tiempo a todos los consumidores y usuarios que lleven a cabo actividades semejantes en circunstancias similares. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de la igualdad de trato cobrar distintos precios u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, particulares, por una parte, y consumidores comerciales o industriales, por otra), siempre que la distinción se base en criterios objetivos y corresponda a diferencias reales en la situación de los consumidores o en las condiciones en que se les haya de prestar el servicio. No obstante, cuando una diferencia en los derechos cobrados por el uso o en otras condiciones del servicio se funde en diferencias reales en el servicio prestado (por ejemplo, precios más altos por los servicios prestados en horas punta), esta normalmente deberá ser proporcional a la diferencia en que se base.

98. Además de las distinciones establecidas por el propio socio privado, la ley puede disponer que se otorgue un trato distinto a determinados usuarios o clientes. En muchos países, la ley exige que determinados servicios se presten en condiciones especialmente favorables a determinadas categorías de usuarios y clientes, por ejemplo, transporte a precios reducidos para niños en edad escolar o ancianos o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos. Los proveedores de servicios públicos pueden resarcirse de esas cargas o costos de diversas formas, por ejemplo, mediante subvenciones públicas, mediante fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga económica de esas obligaciones entre todos los proveedores de servicios públicos o por medio de la financiación cruzada de la propia empresa proveniente de otros servicios más rentables (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 68 a 70).

5. Interconexión y acceso a redes de infraestructura

99. A veces, las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de electricidad o gas tienen que permitir a otras empresas el acceso a la red. Esa obligación puede enunciarse en el contrato de participación público-privada o en las leyes o los reglamentos sectoriales. En algunos sectores de infraestructura se han introducido obligaciones de interconexión y acceso como complemento de las reformas estructurales en un sector determinado; en otros se han adoptado para fomentar la competencia en sectores que seguían estando total o parcialmente integrados (véase un breve examen de cuestiones relacionadas con la estructura del mercado en "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 27 a 47).

100. A menudo, se exige que las empresas que explotan redes faciliten el acceso en condiciones que sean justas y no discriminatorias tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista técnico. La no discriminación supone que el nuevo participante o proveedor de servicios debería tener la posibilidad de utilizar la infraestructura de la empresa que explote la red en condiciones que no sean

menos favorables que las que esa empresa otorgue a sus propios servicios o a los de otros proveedores competidores. Sin embargo, cabe señalar, por ejemplo, que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista que para sus competidores. La obligación de dar acceso puede estar supeditada a determinados condicionantes. Así, por ejemplo, puede limitarse solo a la capacidad sobrante o estar sujeta a condiciones que no sean iguales, sino razonables.

101. Aunque la fijación de precios de acceso suele basarse en el costo, los organismos reguladores se reservan a menudo el derecho a vigilar las tarifas de acceso a fin de garantizar que sean suficientemente altas para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente bajas para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando la empresa que explota la red presta servicios en competencia con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se separen de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real que tiene la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

102. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a las empresas que explotan una red que la adapten en función de las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede referirse a la red en su conjunto o a partes o sectores de la red sujetos a monopolio (en ocasiones denominados también infraestructuras críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten que los proveedores de servicios construyan su propia infraestructura o utilicen alguna infraestructura alternativa, si la hubiera. En estos casos, el proveedor de servicios quizás solo necesite obtener acceso a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, solo se le puede obligar a pagar el costo correspondiente al uso de la infraestructura específica que necesite, por ejemplo, el costo correspondiente al circuito local de una red de telecomunicaciones, a la capacidad de transmisión para suministrar electricidad o al uso de cierto tramo de vía ferroviaria.

6. Obligación de informar y obligaciones relacionadas con la transparencia

103. El derecho interno de muchos países impone a menudo a los proveedores de servicios públicos la obligación de facilitar a los organismos reguladores información exacta y oportuna sobre sus actividades y concede a los organismos reguladores ciertas facultades para asegurar el cumplimiento. Estas pueden consistir en investigaciones y auditorías; por ejemplo, una auditoría detallada del desempeño y del cumplimiento, sanciones por falta de cooperación, y mandamientos judiciales o mecanismos de sanción para obtener información.

104. Se suele exigir a los proveedores de servicios públicos que lleven su contabilidad y estados financieros, los pongan a disposición del organismo regulador y que lleven una contabilidad detallada de los costos que permita a dicho organismo examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Es posible que también deban examinarse las operaciones financieras entre el socio privado y sus filiales, ya que el socio privado puede tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o a filiales extranjeras. Asimismo, puede exigirse a las empresas explotadoras de infraestructuras que presenten información técnica y de desempeño detallada. Sin embargo, por regla general, es importante establecer límites razonables a la obligación, definiendo tanto el alcance como el tipo de información que se exigirá presentar a las empresas explotadoras de infraestructuras. Además, deberían adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al organismo regulador el socio privado y sus filiales. Al margen de la información que el socio privado puede tener que presentar a la autoridad contratante o los organismos reguladores, en aras de la transparencia y con el fin de probar que los pagos realizados al socio privado por su desempeño están justificados, la propia autoridad contratante puede estar obligada a publicar ciertos elementos de la evaluación del desempeño (véase el párr. 52; véase también el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 15).

7. Facultades del socio privado para hacer cumplir las normas aplicables

105. En los países en que tradicionalmente se adjudican contratos de participación público-privada para la prestación de servicios públicos, el socio privado puede estar facultado para fijar normas que faciliten la prestación del servicio (por ejemplo, instrucciones para los usuarios o normas de seguridad), así como para adoptar medidas razonables que aseguren el cumplimiento de esas normas y suspender el servicio por motivos de emergencia o seguridad. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, esa facultad suele requerir una autorización general o incluso de carácter expreso del órgano legislativo. No obstante, en el contrato de participación público-privada se suele definir el alcance de las facultades otorgadas al socio privado, por lo que en general no es necesario regularlas detalladamente en la ley. Puede ser aconsejable disponer que las normas establecidas por el socio privado entran en vigor una vez aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, la facultad de aprobar las normas de funcionamiento propuestas por el socio privado no debería ser arbitraria y el socio privado debería tener derecho a recurrir toda decisión por la que se deniegue la aprobación de las normas propuestas (véase también el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 56 y 57).

106. De especial importancia es la cuestión de si el socio privado puede interrumpir el servicio por incumplimientos o infracciones de los usuarios a pesar de tener la obligación general de garantizar la continuidad de la prestación de ese servicio (véanse los párrs. 95 y 96). En muchos ordenamientos jurídicos, las entidades que prestan servicios públicos pueden dictar y aplicar normas que permitan la interrupción del servicio si el consumidor o usuario deja de abonarlo o incumple gravemente las condiciones de utilización. A menudo, se considera que esa facultad es esencial para impedir abusos y garantizar la viabilidad económica del servicio. Sin embargo, dada la índole esencial de algunos servicios públicos, es posible que en algunos ordenamientos jurídicos esa facultad deba ser otorgada por ley, y su ejercicio puede estar sujeto a varias limitaciones o condiciones expresas o implícitas, por ejemplo, la exigencia de una notificación especial y la existencia de vías de recurso específicas para el consumidor. Puede haber, además, otras limitaciones y condiciones que deriven de la aplicación de la normativa general de protección del consumidor (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 50 y 51).

J. Arreglos contractuales generales

107. En esta sección se analizan determinados arreglos contractuales que suelen figurar en los contratos de participación público-privada concertados en diversos sectores y que a menudo se reflejan en las cláusulas contractuales estandarizadas utilizadas por las autoridades contratantes nacionales. Si bien los arreglos examinados en la presente sección son esencialmente de carácter contractual, pueden tener importantes repercusiones legislativas para el país anfitrión, en función de lo que disponga su ordenamiento jurídico.

1. Subcontratación

108. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el socio privado suele utilizar los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar una parte o la mayor parte de las obras de construcción con arreglo al contrato de participación público-privada. El socio privado tal vez desee también recurrir a los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y el mantenimiento de infraestructuras durante la etapa de explotación del proyecto. La legislación de algunos países reconoce con carácter general el derecho del socio privado a suscribir los contratos que se necesiten para realizar las obras. En los países en que se limite la facultad de los contratistas públicos para subcontratar podría ser especialmente conveniente que se les reconociera dicha facultad en una disposición legislativa. Dependiendo del tipo de infraestructura construida o gestionada con arreglo al contrato de participación público-privada, la autoridad contratante tal vez desee saber quién está presente en los lugares en los que se realizan las obras, o en que los contratistas proporcionan servicios, o en los edificios, infraestructuras o emplazamientos (como

ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autovías) de los que las autoridades contratantes sean responsables o que deban supervisar.

a) Selección de los subcontratistas

109. La libertad del socio privado para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas que establecen la obligatoriedad de que los proveedores de servicios públicos recurran a la licitación y a procedimientos similares para poder adjudicar subcontratos. Con frecuencia, esas normas fueron aprobadas en tiempos en que la explotación de las infraestructuras estaba principal o exclusivamente a cargo de la administración pública y la inversión del sector privado en las infraestructuras era escasa o solo marginal. La finalidad de esas normas era garantizar la economía, eficiencia, integridad y transparencia en la utilización de fondos públicos. Sin embargo, en el caso de las APP, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que los patrocinadores de los proyectos pueden considerar que esas normas son muy gravosas o que restringen su flexibilidad para recurrir a subcontratistas.

110. Aun cuando no existan esas limitaciones explícitas, la libertad del socio privado para seleccionar a sus subcontratistas no es irrestricta. La obligación del principal contratista de divulgar información relacionada con los subcontratistas siempre resulta aplicable, ya sea en el proceso de licitación o en la etapa de construcción. En algunos países, el socio privado debe indicar en sus propuestas qué contratistas utilizará; por ejemplo, debe facilitar información sobre la capacidad técnica, la solvencia financiera y la administración de la sociedad (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 77). Otros países o bien exigen que esa información se facilite en el momento de concertar el contrato de participación público-privada, o bien someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La transparencia en la cadena de subcontratación cumple varios propósitos. A la autoridad contratante le interesa conocer a los subcontratistas y tener garantías de que cumplirán con las obligaciones aplicables en las esferas ambiental, social y laboral, así como con las medidas regulatorias ordenadas por los organismos de inspección laboral o de protección ambiental. La divulgación de información sobre los subcontratistas también permite a la autoridad contratante verificar que los propios subcontratistas no se encuentren en ninguna de las situaciones que habrían impedido al socio privado participar en la licitación por el contrato de participación público-privada, lo que asegura que las empresas a las que se ha prohibido participar en procesos de licitación de contratos de participación público-privada (por ejemplo, por haber infringido leyes de lucha contra la corrupción o blanqueo de dinero; véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 39) no sorteen esas restricciones legales ni se beneficien ilegalmente de un contrato público. La transparencia en la cadena de subcontratación también ayuda a evitar conflictos de intereses entre la autoridad contratante y los subcontratistas, por ejemplo, en los casos en que las personas o empresas que tengan una relación vicaria no deseable

con funcionarios de la autoridad contratante posean acciones de la sociedad de un subcontratista u otro tipo de derecho respecto de ella. También pueden darse posibles conflictos de intereses entre la sociedad del proyecto y sus accionistas, una cuestión que normalmente interesa también a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los contratistas de la sociedad del proyecto no reciban una remuneración excesiva. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante esté facultada para examinar y aprobar los subcontratos de la sociedad del proyecto, en el contrato de participación público-privada deberían definirse claramente la finalidad de esos procedimientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante puede denegar su aprobación. Por regla general, debería limitarse el alcance de las facultades de examen delegadas a la autoridad contratante y no debería denegarse la aprobación a menos que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, disposiciones que prevén pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad, pruebas de corrupción) o a menos que los subcontratistas no cumplan las normas imperativas de derecho público que se apliquen a la ejecución de las APP en el país anfitrión (como la legislación ambiental, social y laboral internacional o nacional). En otras palabras, es importante que toda limitación impuesta a la autoridad pública respecto de la elección del socio privado se aplique también a la elección de subcontratistas por parte del socio privado.

b) Ley aplicable

111. Es habitual que el socio privado y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule adecuadamente las cuestiones a que se refiere su contrato. Según el tipo de contrato, se plantean diferentes cuestiones relativas a la cláusula sobre la ley aplicable. Por ejemplo, puede que se celebren contratos de suministro de equipo y de otra índole con empresas extranjeras y las partes quizás deseen escoger una ley que conozcan y que prevea, por ejemplo, un régimen adecuado de garantías contractuales contra los defectos o la no conformidad del equipo. A su vez, el socio privado puede convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus clientes locales.

112. El derecho interno en materia de APP rara vez contiene disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el socio privado. De hecho, la mayoría de los países no han hallado razones de peso para elaborar disposiciones específicas relativas a la ley aplicable a los contratos entre el socio privado y sus contratistas. Por lo tanto, en la mayoría de los países esos contratos se rigen por la ley que resulte aplicable a las partes de acuerdo con la cláusula sobre la ley aplicable que figure en el contrato suscrito por las partes o de acuerdo con las normas aplicables de derecho internacional privado. Sin embargo, cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos la libertad que tienen las partes para elegir el derecho aplicable a sus contratos y demás relaciones jurídicas está sujeta a condiciones y

restricciones de conformidad con las normas de derecho internacional privado o determinadas disposiciones de derecho público del país anfitrión. Por ejemplo, los Estados partes en algunos acuerdos de integración económica regional están obligados a incorporar a su derecho interno un régimen armonizado de derecho internacional privado que sea aplicable, entre otros, a los contratos entre los proveedores de servicios públicos y sus contratistas. Si bien las normas de derecho internacional privado a menudo dan a las partes considerable autonomía para elegir la ley aplicable a los contratos comerciales, en algunos países esa autonomía no existe para los contratos y las relaciones jurídicas que no se consideren comerciales, como ciertos contratos concertados por las autoridades públicas del país anfitrión (por ejemplo, las garantías y promesas de la administración pública o los compromisos de una autoridad pública de comprar electricidad o de suministrar combustible) ni para los contratos con consumidores. La elección de una ley extranjera en los contratos celebrados entre el socio privado y sus subcontratistas no debería liberarlos de la obligación de cumplir con las leyes imperativas nacionales que rijan la construcción o la explotación de la infraestructura (como las leyes y reglamentaciones ambientales, laborales o de seguridad).

113. En algunos casos se han incluido en la legislación nacional disposiciones para aclarar, si procede, que los contratos celebrados entre el socio privado y sus contratistas se rigen por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, este tipo de disposición puede tener varias consecuencias prácticas, como, por ejemplo, que la autoridad contratante no es responsable subsidiaria de los actos de los subcontratistas o que la entidad pública de que se trate no tiene la obligación de indemnizar a los empleados del subcontratista por enfermedades, lesiones o muertes relacionadas con su trabajo.

2. Responsabilidad frente a los usuarios y terceros

114. Toda deficiencia en la construcción o explotación de una infraestructura puede causar la muerte o lesiones a los empleados del socio privado, los usuarios de la infraestructura u otros terceros y ocasionarles daños en sus bienes. Las cuestiones relativas a la indemnización pagadera a terceros en tales casos son complejas y pueden no regirse por la ley aplicable al contrato de participación público-privada en materia de responsabilidad contractual, sino por el régimen aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, a menudo de aplicación obligatoria. Además, en algunos ordenamientos jurídicos existen normas especiales de carácter imperativo sobre la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas que pueden ser aplicables a la autoridad contratante, en particular cuando la APP realice actividades del ámbito de los servicios públicos. Por otro lado, en el contrato de participación público-privada no se puede limitar la responsabilidad del socio privado ni de la autoridad contratante de indemnizar a terceros que no sean partes contratantes. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante y el

socio privado prevean la distribución de los riesgos entre ellos en lo que respecta a los daños y perjuicios pagaderos a terceros en casos de fallecimiento, lesiones o daños a sus bienes, siempre que esa distribución no esté sujeta a la aplicación de normas imperativas. También es aconsejable que las partes se aseguren contra dichos riesgos (véanse los párrs. 128 y 129).

115. Si un tercero sufre lesiones personales o daños en sus bienes de resultas de la construcción o explotación de la infraestructura y presenta una demanda contra la autoridad contratante, la ley puede disponer que el socio privado asuma la responsabilidad en exclusiva y que la autoridad contratante no asuma responsabilidad alguna ante las reclamaciones de terceros, salvo cuando los daños hayan sido causados por incumplimiento grave o por imprudencia temeraria de la autoridad contratante. En particular, podría resultar útil disponer que ni la mera aprobación del diseño o especificaciones de la infraestructura por la autoridad contratante ni su aceptación de las obras ni su autorización final de la explotación de la infraestructura o de su utilización por el público comportan asunción de responsabilidad alguna por la autoridad contratante por los daños sufridos por los usuarios de la infraestructura u otros terceros de resultas de la construcción o explotación de la infraestructura o de la deficiencia en el diseño o en las especificaciones aprobadas. Además, dado que las cláusulas por las que se distribuya la responsabilidad tal vez no puedan hacerse valer frente a terceros de conformidad con el derecho aplicable, puede ser aconsejable que en el contrato de participación público-privada se estipule que la autoridad contratante debe ser protegida y quedar exonerada de responsabilidad frente a las demandas por daños y perjuicios presentadas por terceros que hayan sufrido lesiones personales o daños en sus bienes como consecuencia de la construcción o explotación de la infraestructura.

116. En el contrato de participación público-privada se debería prever asimismo que las partes se informarán mutuamente de toda demanda o proceso que se haya entablado o que se prevea que se entable contra ellas y respecto de los cuales la autoridad contratante tenga derecho a quedar exonerada de responsabilidad y se prestarán mutuamente ayuda razonable en la defensa para responder a esas demandas o procesos, en la medida en que lo permita la ley del país donde se incoen.

3. Garantías de cumplimiento y seguros

117. Las obligaciones del socio privado se complementan normalmente con alguna forma de garantía contra el supuesto de incumplimiento y con la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos asociados a las etapas de construcción (véanse los párrs. 77 a 87) y explotación (véanse los párrs. 88 a 106). El derecho interno de algunos países exige en general que el socio privado dé garantías de cumplimiento adecuadas y remite al contrato de participación público-privada en cuanto a los detalles. En otros países, el régimen legal es más detallado, al exigir, por

ejemplo, que se constituya cierto tipo de garantía que cubra hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

a) Tipos, funciones y naturaleza de las garantías de cumplimiento

118. Las garantías de cumplimiento son en general de dos tipos. Conforme al primero de ellos, la garantía pecuniaria de cumplimiento, el garante se compromete solo a abonar a la autoridad contratante una suma, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del socio privado en el caso de que este incumpla el contrato. Las garantías pecuniarias de cumplimiento pueden adoptar la forma de una fianza contractual, de una carta de crédito contingente o de una garantía a requerimiento[5]. Conforme al segundo tipo de garantía, la fianza de cumplimiento, el garante elige entre dos opciones: *a)* rectificar una obra defectuosa o terminar una obra incompleta, o *b)* buscar a otro contratista que rectifique la obra defectuosa o termine la obra incompleta e indemnizar a la autoridad contratante por las pérdidas derivadas del incumplimiento. La cuantía de ese compromiso se limita a una suma establecida o a un porcentaje determinado del valor del contrato. En el marco de una fianza de cumplimiento, el garante también se reserva a menudo la posibilidad de cumplir esa obligación únicamente mediante el pago de una suma de dinero a la autoridad contratante. Las fianzas de cumplimiento suelen ser emitidas por entidades especializadas, como las compañías de garantías y seguros. Una modalidad especial de fianza de cumplimiento es la fianza de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros fallos que pudieran producirse durante la etapa inicial o de mantenimiento y garantiza que el socio privado realizará debidamente y a su cargo toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía contractual posterior a la conclusión de las obras.

119. Por lo que se refiere a su naturaleza, las garantías de cumplimiento pueden dividirse en general en garantías independientes y garantías accesorias. Se dice que una garantía es "independiente" cuando la obligación del garante es independiente de las obligaciones del socio privado en virtud del contrato de participación público-privada. Con arreglo a una garantía independiente (a menudo denominada "garantía a primer requerimiento") o a una carta de crédito contingente, el garante o emisor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y este tendrá derecho a reclamar el pago de la garantía si presenta el documento o los documentos estipulados en las cláusulas de la garantía o de la carta de crédito contingente. Esa documentación puede ser simplemente una declaración del beneficiario de que el contratista ha incumplido el contrato. El garante o emisor no podrá retener el pago

[5] Para obtener más información sobre garantías a requerimiento, véanse las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG 758) revisadas en 2010 y aprobadas por la CNUDMI en su 44º período de sesiones; Asamblea General, *Documentos Oficiales, sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17* (párrs. 247 a 249).

alegando que no ha habido de hecho incumplimiento del contrato principal. Sin embargo, de conformidad con la legislación aplicable al instrumento, en circunstancias muy excepcionales y estrictamente definidas, el pago podrá denegarse o limitarse (por ejemplo, cuando la reclamación del beneficiario sea manifiestamente fraudulenta). En cambio, una garantía es accesoria cuando la obligación del garante entraña algo más que el mero examen de un requerimiento documental del pago, ya que el garante puede tener que evaluar las pruebas de la responsabilidad del contratista en caso de incumplimiento del contrato de obras. La naturaleza del vínculo puede variar según el tipo de garantía y puede incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en un procedimiento arbitral. Por su naturaleza, las fianzas de cumplimiento tienen carácter accesorio con respecto al contrato subyacente.

b) Ventajas y desventajas de los diversos tipos de garantía de cumplimiento

120. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las garantías pecuniarias de cumplimiento pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que pueda haber tenido que realizar como consecuencia de la demora o el incumplimiento del socio privado. Estas garantías pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el socio privado a fin de que termine las obras a tiempo y cumpla sus obligaciones restantes de conformidad con los requisitos del contrato de participación público-privada. Sin embargo, el importe de las garantías suele ser solo una parte del valor económico de la obligación garantizada y normalmente no basta para cubrir el costo de contratar a un tercero para que realice las obras en lugar del socio privado o de sus contratistas.

121. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una garantía a primer requerimiento tiene la ventaja de garantizar la pronta recuperación de la suma garantizada, sin necesidad de probar el incumplimiento del contratista o la cuantía de las pérdidas del beneficiario. Además, los garantes que emiten garantías pecuniarias de cumplimiento, especialmente los bancos, prefieren las garantías a primer requerimiento, ya que sus condiciones son claras en lo que se refiere al momento en que nace la obligación de pagar. De este modo, los garantes no se ven envueltos en controversias entre la autoridad contratante y el socio privado sobre si se ha producido o no incumplimiento a tenor del contrato de participación público-privada. Otra ventaja para el banco que emite una garantía a primer requerimiento es que su mecanismo permite recuperar rápida y eficientemente la suma abonada en virtud de dicha garantía al estar previsto el acceso directo del banco a los bienes del socio privado.

122. Para la autoridad contratante, la garantía a primer requerimiento y la carta de crédito contingente tienen el inconveniente de que estos instrumentos pueden elevar el costo global del proyecto, ya que el socio privado se ve obligado

normalmente a negociar y constituir una cuantiosa contragarantía a favor de las instituciones que otorguen esa garantía o esa carta de crédito. Además, el socio privado que ofrezca esa forma de garantía quizá desee contratar un seguro que lo proteja del riesgo de que la autoridad contratante exija el pago haciendo valer la garantía o la carta de crédito sin que, de hecho, el socio privado haya incumplido el contrato, y el costo de ese seguro se suma al costo del proyecto. Es posible también que el socio privado contabilice en el costo del proyecto el costo previsto de toda demanda que pueda tener que presentar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la suma indebidamente reclamada.

123. Para el socio privado, la garantía a primer requerimiento y la carta de crédito contingente tienen la desventaja de que, si se paga a la autoridad contratante sin que el socio privado haya incumplido el contrato, este sufrirá una pérdida inmediata cuando el garante o el emisor de la carta de crédito se resarza con bienes del socio privado tras haber pagado a la autoridad contratante. El socio privado también puede tropezar con dificultades y demoras al tratar de recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

124. Las condiciones de una garantía accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el garante dispone asimismo de todo recurso que pueda oponer el deudor si se le demanda por incumplimiento del contrato. Por ello, existe el riesgo de que la autoridad contratante se exponga a una larga controversia tras reclamar el pago de la fianza. En la práctica, ese riesgo puede reducirse, por ejemplo, si la reclamación del pago se rige por un procedimiento como el previsto en el artículo 7 *j)*, inciso i), de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional[6]. El artículo 7 *j)*, inciso i), de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales prevé que, incluso en los casos de controversia o diferencia entre el afianzado y el beneficiario en relación con el cumplimiento del contrato o de cualquier obligación contractual, se considerará probado el incumplimiento a los efectos del pago de una fianza contractual ante la emisión de un certificado de incumplimiento por parte de un tercero (que podrá ser, aunque no necesariamente, un arquitecto, un ingeniero o un árbitro independientes), si así se estipula en la fianza, y la entrega al garante de dicho certificado o de una copia compulsada de este. De adoptarse tal procedimiento, la autoridad contratante puede obtener el pago de la fianza contractual aun cuando el socio privado impugne su derecho a percibir tal pago.

125. Como reflejo del menor riesgo que corre el garante, el límite pecuniario de la responsabilidad que este asume puede ser considerablemente superior al de una

[6] El texto original en inglés de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales se reproduce en el documento A/CN.9/459/Add.1.

garantía a primer requerimiento, con lo que se cubriría un porcentaje mayor de las obras previstas en el contrato de participación público-privada. Una fianza de cumplimiento puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no consigue organizar convenientemente la rectificación de los defectos o la conclusión de las obras y ha de procurarse la asistencia de un tercero para hacerlo. Ahora bien, cuando las obras requieran la utilización de una tecnología que solo conozca el socio privado, tal vez no sea viable que un tercero rectifique los defectos o concluya las obras, en cuyo caso la fianza de cumplimiento puede no tener la ventaja recién mencionada respecto de una garantía pecuniaria de cumplimiento. Para el socio privado, las garantías accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, dado que las garantías accesorias, a diferencia de las garantías a primer requerimiento y de las cartas de crédito contingente, no afectan la línea de crédito del socio privado con respecto a los prestamistas.

126. De lo que antecede se deduce que los diversos tipos de garantía pueden ser útiles en función de las diversas obligaciones asumidas por el socio privado. Aunque sea conveniente exigir al socio privado que ofrezca garantías de cumplimiento adecuadas, es aconsejable dejar que las partes determinen en qué medida se necesitan garantías y cuáles serían necesarias para las diversas obligaciones asumidas por el socio privado, en lugar de exigir por ley cierta forma de garantía con exclusión de otras. Cabe señalar que la propia sociedad del proyecto exige una serie de garantías de cumplimiento a los contratistas que escoja (véanse los párrs. 108 a 110) y que, por lo general, toda garantía adicional exigida por la autoridad contratante aumenta el costo global y la complejidad del proyecto. En algunos países, en las orientaciones prácticas que se proporcionan a las autoridades contratantes se les aconseja que examinen detenidamente si se necesitan garantías y, de ser así, en qué circunstancias, cuáles son los riesgos o pérdidas específicos que deberían cubrirse con ellas y cuál es la garantía idónea para cada caso. La capacidad de la sociedad del proyecto para obtener financiación para este podría verse comprometida si se le exigieran excesivas garantías.

c) Duración de las garantías

127. Un problema que afecta específicamente a las APP es la duración de la garantía. La autoridad contratante puede tener interés en obtener una garantía de cumplimiento que sea válida durante toda la vida del proyecto y que cubra tanto la etapa de construcción como la de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que pueden surgir, el garante puede tener problemas para otorgar una fianza de cumplimiento que abarque toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro del riesgo cubierto por la fianza de cumplimiento otorgada. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas según las cuales la no renovación de una fianza de cumplimiento constituye un motivo para reclamar su pago, por lo que

permitir simplemente que la sociedad del proyecto otorgue fianzas por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para las etapas de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. Este sistema puede mejorarse definiendo exactamente el riesgo que ha de cubrirse durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir el importe total de la fianza. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir garantías de cumplimiento para ciertas etapas decisivas en lugar de garantías que abarquen toda la duración del proyecto. Por ejemplo, podría exigirse una fianza que abarcase toda la etapa de construcción e incluyese un período apropiado tras su conclusión a fin de cubrir los posibles vicios ocultos. Esa fianza se podría sustituir entonces por otra que cubriera un número determinado de años de explotación, lo que daría margen para que la sociedad del proyecto demostrase su capacidad de explotación de la infraestructura conforme a las normas aplicables. Si el desempeño de la sociedad del proyecto es satisfactorio, se podría renunciar a exigir una fianza para el resto de la etapa de explotación, hasta cierto período previo al término del período de vigencia del contrato de participación público-privada, momento en el que se podría exigir a la sociedad del proyecto otra fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de entrega de bienes y otras medidas para la liquidación ordenada del proyecto, según proceda (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 55 a 69).

d) Planes de seguros

128. Los planes de seguros para APP suelen variar según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros solo se toman durante ciertas etapas del proyecto. El socio privado puede tomar en su propio interés algunas formas de seguro, como el seguro de interrupción de la actividad, mientras que otras le son exigidas por el derecho interno del país anfitrión. Entre las formas de seguro que suelen ser exigidas por ley cabe citar el seguro de daños a la infraestructura, el seguro de responsabilidad civil, el seguro de accidentes laborales y el seguro de contaminación y daños medioambientales.

129. Las pólizas de seguro obligatorias conforme al derecho interno del país anfitrión a menudo deben suscribirse con una compañía aseguradora local u otra entidad autorizada para operar en el país, lo que en algunos casos plantea varias dificultades de índole práctica. En algunos países, el tipo de cobertura que se suele ofrecer puede ser más reducido que la cobertura que habitualmente se ofrece en el mercado internacional, en cuyo caso el socio privado puede quedar expuesto a determinados riesgos que excedan de su capacidad de autoseguro. Ese riesgo es particularmente grave en relación con el seguro de daños medioambientales. Otra dificultad que puede plantearse en algunos países es que la capacidad limitada de

las aseguradoras locales para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales de seguros y reaseguros obliga a menudo a la sociedad del proyecto a tomar un seguro adicional fuera del país, lo que eleva el costo global de financiación del proyecto.

4. Cambios de circunstancias

130. Dado que las APP suelen tener una larga duración, muchas de las circunstancias que influyen en el proyecto pueden cambiar con el paso del tiempo. Es posible que las repercusiones de muchos de esos cambios queden automáticamente resueltas en el contrato de participación público-privada, ya sea mediante algún arreglo financiero, como una cláusula de indexación de la tarifa (véanse los párrs. 43 a 50), o la asunción de ciertos riesgos por una de las partes, expresamente o por exclusión (por ejemplo, si en el mecanismo de indexación no se ha contemplado el precio del suministro de combustible o de electricidad, el riesgo de que ese precio sea superior a lo previsto será asumido por el socio privado). Sin embargo, quizás no sea factible incluir algunos de esos cambios en un mecanismo de ajuste automático, o las partes tal vez prefieran excluir la posibilidad de ajuste automático y dejar en sus manos la modificación del contrato de mutuo acuerdo cuando convengan en que las circunstancias así lo requieren. Aunque por lo general se considera una buena práctica que el contrato contenga mecanismos de ajuste a largo plazo que supriman la necesidad de renegociarlo, no se aconseja que los legisladores traten de formular una lista de todas las circunstancias en que resulta pertinente el ajuste automático del contrato. En los apartados *a)* y *b)* se tratan situaciones que a menudo llevan a modificar el contrato, con independencia de que tal cambio resulte de un mecanismo automático (ajuste), de la negociación entre las partes (enmienda) o de un mecanismo externo, como la solución de controversias (adaptación). Desde la perspectiva de los legisladores, hay dos categorías específicas que merecen particular atención: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados de la coyuntura económica.

a) Cambios legislativos y reglamentarios

131. Dada la larga duración de las APP, el socio privado puede tener que hacer frente a costos adicionales para cumplir las obligaciones contraídas en el contrato de participación público-privada debido a cambios imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En casos extremos, la legislación puede incluso imposibilitar financiera o físicamente la continuación del proyecto por el socio privado. A fin de determinar cuál sería la respuesta apropiada a esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legislativos que afecten particularmente a las APP o a un proyecto concreto, por un lado, y cambios legislativos generales que afecten también a otras actividades económicas y no solo a la explotación de la infraestructura, por otro.

132. Todas las entidades empresariales, tanto del sector público como del privado, están expuestas a cambios en la normativa aplicable y, en general, deben afrontar las consecuencias que esos cambios puedan tener para sus actividades, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los ejemplos cabría citar los siguientes: cambios en la estructura de desgravación sobre bienes de capital que se apliquen a categorías enteras de bienes, de propiedad tanto pública como privada, relacionados o no con los proyectos de infraestructura; reglamentaciones relativas a la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción aplicables a todos los proyectos de esta índole, y no solo a los de infraestructura, y cambios en las reglamentaciones relativas a la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse un riesgo empresarial ordinario y no un riesgo específico de las actividades del socio privado, y puede ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a las empresas explotadoras de infraestructuras frente a las consecuencias económicas y financieras de los cambios legislativos que afecten por igual a otras entidades empresariales. Lo anterior es particularmente cierto en los casos en que participa en la APP una autoridad local que no está sometida a la supervisión directa de la administración central, la cual mantiene la facultad de regular el sector en cuestión. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el socio privado no deba afrontar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que sus costos aumenten como resultado de cambios legislativos aplicables a todo el sector empresarial.

133. Cuando en el contrato de participación público-privada se prevén mecanismos de control de las tarifas, el socio privado trata de que la autoridad contratante y el organismo regulador, según proceda, le ofrezcan garantías de que se le permitirá resarcirse de todo costo adicional imputable a cambios en la legislación elevando la tarifa. Cuando eso no sea posible, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para negociar con el socio privado la indemnización a que este pueda tener derecho en el supuesto de que las medidas de control de las tarifas no le permitan resarcirse plenamente del costo adicional imputable a los cambios legislativos generales. Es aconsejable incluir esta hipótesis económica y financiera en los documentos preparatorios elaborados en la etapa de planificación (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 14) y en el documento contractual.

134. La situación es distinta cuando los costos del socio privado aumentan como consecuencia de un cambio legislativo específico que afecta al proyecto en cuestión, a una clase de proyectos similares o a las APP en general. Esos cambios no pueden considerarse riesgos empresariales ordinarios y pueden alterar considerablemente las premisas económicas o financieras en que se basó la negociación del contrato de participación público-privada. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional derivado de toda ley específica que afecte al proyecto en cuestión, una clase de proyectos similares o las APP en general. Por ejemplo, en los proyectos de autopistas, la legislación que afecte a un determinado proyecto de

carretera, a la empresa explotadora de la carretera o a esa clase de proyectos de explotación privada de carreteras podría dar lugar a un reajuste de las tarifas con arreglo a la cláusula pertinente del contrato. Cuando la APP incluye inversión extranjera, el socio privado tal vez pueda recurrir también a los mecanismos de solución de controversias previstos en un tratado de promoción o protección de las inversiones que sea aplicable (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párr. 5).

b) Cambios en la coyuntura económica

135. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten modificar el contrato de participación público-privada en función de los cambios que se produzcan en la coyuntura económica o financiera que, sin impedir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes, lo hagan financieramente más arriesgado en comparación con la previsión inicial en el momento en que se concertó el contrato. En algunos ordenamientos jurídicos, la posibilidad de modificar las condiciones del acuerdo suele estar implícita en todo contrato público o está expresamente prevista en la legislación pertinente. En algunos países, los tribunales también pueden ordenar que se modifique el contrato. Al mismo tiempo, es importante velar por que estas teorías jurídicas generales no se traduzcan en obligaciones sin límites claros para las autoridades contratantes.

i) Circunstancias que llevan a la modificación del contrato

136. Las consideraciones financieras y económicas pertinentes a la inversión del socio privado se negocian a la luz de premisas basadas en las circunstancias del momento en que se negoció el contrato y de expectativas razonables de las partes sobre la evolución de esas circunstancias durante la vida del proyecto. En cierta medida, en las hipótesis económicas y financieras de los documentos de licitación expedidos por la autoridad contratante y en las premisas de las propuestas financieras presentadas por los licitantes suelen incluirse las proyecciones de los parámetros económicos y financieros, e incluso a veces un cierto margen de riesgo (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 73). No obstante, pueden producirse hechos que las partes no podían haber previsto razonablemente cuando se negoció el contrato de participación público-privada y que, de haberse tenido en cuenta, se habrían traducido en otra distribución de los riesgos o en un tratamiento distinto de la inversión del socio privado. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, es importante prever mecanismos para hacer frente a las consecuencias financieras y económicas de estos hechos. Algunos países han aplicado normas relativas a la modificación de los contratos que se han considerado útiles al ayudar a las partes a encontrar soluciones equitativas que salvaguardan la viabilidad económica y financiera de los proyectos de infraestructura, evitando así los trastornos que se derivarían del incumplimiento del socio privado. Sin embargo, esas normas pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

137. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios en la coyuntura económica son riesgos a que están expuestas la mayoría de las entidades empresariales si no pueden recurrir a una garantía pública general que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. Si la autoridad contratante asume sin reservas la obligación de indemnizar al socio privado por todo cambio en la coyuntura económica, una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al socio privado puede revertir en el sector público, creándole una obligación financiera sin límites claros. Además, hay que señalar que el nivel de las tarifas propuesto y los rasgos esenciales de la distribución de los riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del socio privado (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 84 a 87). Si se recurre en exceso a la renegociación del proyecto se da pie a que se presenten propuestas a la baja poco realistas durante el proceso de selección, confiando en que se elevará la tarifa una vez adjudicado el proyecto. Por ello, a la autoridad contratante le puede interesar imponer límites razonables a las modificaciones del contrato de participación público-privada por razón de cambios en la coyuntura económica que estén permitidas conforme a las disposiciones legales o cláusulas contractuales.

138. Sería aconsejable estipular en el contrato de participación público-privada que, para que un cambio de coyuntura justifique la modificación del contrato, ese cambio debe estar fuera del control del socio privado y ser de naturaleza tal que no sea razonable esperar que el socio privado lo hubiera tenido en cuenta al negociar el contrato o que pueda evitar o superar sus consecuencias. Por ejemplo, no cabría esperar que la empresa que explota una carretera de peaje en régimen de concesión exclusiva tenga en cuenta y asuma el riesgo de un descenso del tráfico imputable a la apertura ulterior de una carretera alternativa de uso gratuito por una entidad distinta de la autoridad contratante. Sin embargo, sí cabría esperar que un socio privado considere la posibilidad de que el costo de la mano de obra aumente razonablemente durante la vida del proyecto. Por ello, en circunstancias normales, el hecho de que los salarios resulten superiores a lo previsto no es razón suficiente para modificar el contrato.

139. Puede ser conveniente también que en el contrato de participación público-privada se prevea que, para atender una solicitud de modificación del contrato, hace falta que los cambios en la coyuntura económica o financiera aducidos representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto que se defina en los documentos de licitación (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 73) o a los ingresos del socio privado. Esta regla de mínimo exigible podría resultar útil para evitar tener que abrir engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de que se produzcan pequeños cambios, mientras estos no se acumulen y en conjunto representen una cifra importante. En algunos países hay normas que limitan el número total de revisiones periódicas del contrato. La finalidad de esas normas es evitar que se abuse del mecanismo de revisión para obtener un balance financiero

global que no guarde relación con el previsto en el contrato original. Sin embargo, desde la perspectiva del socio privado y de los prestamistas, ese límite puede exponerlos a un riesgo considerable en el supuesto de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio extraordinariamente radical de la coyuntura. Por ello, es preciso examinar detenidamente la conveniencia y la magnitud de ese límite.

ii) Modificaciones contractuales admitidas

140. Las autoridades contratantes deberían tener la posibilidad de prever modificaciones del contrato de participación público-privada dentro de unos límites razonables. Lo mejor que pueden hacer las partes a tal fin es insertar en el contrato cláusulas específicas sobre la revisión o el derecho de opción en las que se establezcan, por ejemplo, mecanismos claros para reajustar o indexar los precios (véanse los párrs. 43 a 50 *supra*) o se determine con precisión el alcance de otras adaptaciones del contrato que se requieran a la luz de las dificultades técnicas que surjan durante la explotación de la infraestructura, como intervenciones de mantenimiento extraordinarias que pudieran ser necesarias para garantizar que se siga prestando un determinado servicio público (véanse los párrs. 95 y 96 *supra*).

141. Además de las modificaciones previstas en un mecanismo contractual de variación, indexación o ajuste, las autoridades contratantes también pueden hacer frente a circunstancias externas que no estaban previstas inicialmente en el momento en que adjudicaron el contrato de participación público-privada. Puede ser aconsejable permitir modificaciones contractuales que garanticen en todo momento la sostenibilidad económica y práctica de un contrato cuando el cumplimiento del contrato en vigor se haga considerablemente más oneroso por acontecimientos o novedades que la autoridad contratante no haya podido prever a pesar de haber preparado de forma razonablemente diligente la adjudicación inicial, teniendo en cuenta la naturaleza y las características del proyecto específico y las buenas prácticas en el ámbito correspondiente. No obstante, también debería limitarse al mismo tiempo el derecho de las partes a modificar el contrato para evitar situaciones en las que la modificación prevista produzca una alteración fundamental de la naturaleza del contrato en su conjunto. Esto podría suceder, por ejemplo, si las partes sustituyeran las obras que han de ejecutarse o los servicios que han de prestarse por algo diferente o cambiaran fundamentalmente el tipo de acuerdo de participación público-privada (es decir, transformaran una APP que realiza sus actividades bajo la modalidad de concesión en un acuerdo de reparto de riesgos que entraña importantes pagos directos por la autoridad contratante).

142. La razón para evitar modificaciones de envergadura del contrato es garantizar la transparencia, la integridad y la economía en la adjudicación y gestión de los contratos de participación público-privada. De hecho, al menos hipotéticamente,

el resultado del proceso de adjudicación del contrato podría haber sido diferente si en el momento de la licitación se hubieran conocido o previsto las condiciones que posteriormente se modificaron, de modo que quizás otro licitante podría haber presentado una propuesta más ventajosa que la efectivamente seleccionada, en el sentido de aportar a la autoridad contratante una mejor relación general entre calidad y precio. Por principio, la legislación debería exigir la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato cuando se hagan cambios sustantivos al contrato inicial, especialmente en cuanto al alcance y el contenido de los derechos y las obligaciones de las partes o cualquier modificación de la distribución de los riesgos contemplada inicialmente.

143. No obstante, debería ser posible hacer modificaciones en el contrato de participación público-privada que se tradujeran en un cambio leve en el valor del contrato hasta un determinado nivel sin tener que llevar a cabo un nuevo procedimiento de adjudicación. A tal fin, y con miras a garantizar la seguridad jurídica, la legislación podría prever niveles máximos por encima de los cuales solo sería posible modificar un contrato en casos excepcionales y previstos expresamente. Con miras a fijar el umbral máximo por encima del cual sería necesario adjudicar un nuevo contrato, la legislación podría remitir al valor actual del contrato definido en la propuesta ganadora (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 77). Un ejemplo de caso excepcional en que podría modificarse un contrato sería la necesidad de atender las solicitudes de una autoridad contratante en relación con obligaciones medioambientales, de seguridad y de otra índole previstas en la legislación que podrían evolucionar con el tiempo. Otro ejemplo podría ser la necesidad de refinanciar el contrato. Esa situación no es inusual en proyectos de participación público-privada de gran envergadura, por lo que la administración pública tal vez desee facilitar arreglos financieros que permitan que el proyecto prosiga.

144. A fin de evitar que se eluda el umbral máximo establecido, la legislación también podría disponer que, en caso de realizarse modificaciones sucesivas, el valor debería evaluarse sobre la base del valor acumulado neto de las modificaciones sucesivas. Ese cálculo acumulado podría aplicarse únicamente durante un período determinado y no durante todo el período de vigencia del contrato de participación público-privada.

5. Impedimentos exonerantes

145. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir hechos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los hechos que ocasionan ese impedimento son normalmente ajenos al control de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como guerras, tumultos o atentados terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumpla una obligación

contractual como consecuencia de ciertos tipos de hechos queda exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento. Este concepto, a veces denominado "fuerza mayor", es de larga data y tiene una definición clara, lo cual acarrea importantes consecuencias para las partes en el contrato de participación público-privada.

a) Definición de los impedimentos exonerantes

146. Los impedimentos exonerantes tienen una doble vertiente: consisten por lo general en hechos que escapan al control de una de las partes y no le permiten cumplir su obligación y que esa parte no puede superar pese a ejercer la diligencia debida. Entre los ejemplos más comunes se citan los siguientes: los desastres naturales (por ejemplo, ciclones, inundaciones, sequías, terremotos, tormentas, incendios o rayos); las guerras (declaradas o no) u otras actividades militares, incluidos los tumultos y disturbios civiles; las averías o los sabotajes de la infraestructura, los actos de terrorismo, los daños en bienes ajenos o la amenaza de tales daños; la contaminación radiactiva o química o la radiación ionizante; los efectos de elementos naturales, incluidas las condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse, y las huelgas laborales de alcance excepcional.

147. Algunas leyes se refieren solo en términos generales a los impedimentos exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de circunstancias que eximen a las partes del cumplimiento del contrato de participación público-privada. Esta última técnica puede servir para garantizar un tratamiento coherente de la cuestión en todos los proyectos desarrollados con arreglo a la legislación pertinente, evitando así que un socio privado obtenga una distribución de los riesgos más favorable que la prevista en otros contratos de participación público-privada. Sin embargo, es importante tener presentes las posibles desventajas de enunciar en normas legislativas o reglamentarias una lista de hechos que se consideren impedimentos exonerantes en todos los casos. Se corre el riesgo de que la lista sea incompleta y se omitan impedimentos importantes. Además, algunos desastres naturales, como las tormentas, los ciclones y las inundaciones, pueden ser condiciones normales en ciertas épocas del año en el emplazamiento del proyecto. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que debería asumir toda empresa que preste servicios públicos en la región.

148. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de autoridades públicas distintas de la autoridad contratante pueden constituir impedimentos exonerantes y en qué medida. Es posible que se exija al socio privado que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por lo tanto, en el contrato de participación público-privada se podría prever que, si se deniega la licencia o la aprobación, o si se concede, pero luego se retira porque el socio privado no cumple los criterios requeridos para obtenerla, el socio privado no puede aducir esa denegación como impedimento

exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniega o retira por motivos indebidos o ajenos al caso, sería equitativo prever que el socio privado pudiera aducir la denegación como impedimento exonerante. Otro impedimento podría ser una interrupción del proyecto causada por una autoridad o un órgano público distinto de la autoridad contratante, por ejemplo, como consecuencia de cambios de planes o políticas públicas que requieran la interrupción o la revisión a fondo del proyecto y que alteren sustancialmente el diseño original. En tales situaciones es importante considerar la relación institucional existente entre la autoridad contratante y la autoridad pública que cause el impedimento, así como el grado de dependencia entre ellas. Un hecho clasificado como impedimento exonerante puede constituir en algunos casos un claro incumplimiento del contrato por la autoridad contratante si es razonable que esta pueda controlar los actos de la otra autoridad pública o influir en ellos.

b) Consecuencias para las partes

149. Durante la etapa de construcción, el hecho de que se produzcan impedimentos exonerantes suele justificar la prórroga del plazo concedido para concluir la obra de infraestructura. A este respecto, es importante examinar las repercusiones que tiene una prórroga en la duración general del proyecto, especialmente cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período de vigencia del contrato de participación público-privada. Las demoras en la conclusión de la obra de infraestructura reducen el período de explotación y pueden perjudicar la estimación global de los ingresos del socio privado y los prestamistas. En vista de ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justifica prorrogar el período de vigencia del contrato a fin de tener en cuenta las posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción.

150. También es importante preguntarse si el socio privado tiene derecho a una indemnización por lucro cesante o por daños en los bienes imputables a un impedimento exonerante. La respuesta a esa pregunta radica en la distribución de los riesgos prevista en el contrato de participación público-privada. Salvo en supuestos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo, las APP se emprenden normalmente por cuenta y riesgo del socio privado, lo que incluye el riesgo de las pérdidas imputables a desastres naturales y a otros impedimentos exonerantes, contra las cuales el socio privado suele tener la obligación de obtener una cobertura de seguro adecuada. Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al socio privado por pérdidas o daños resultantes de impedimentos exonerantes. Sin embargo, esto no significa necesariamente que un hecho calificado de impedimento exonerante no pueda justificar, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del contrato a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (véanse también los párrs. 135 a 144).

151. No obstante, a veces se prevé una distribución de los riesgos distinta en el caso de proyectos relacionados con la construcción de infraestructuras que vayan a ser desde un principio propiedad de la autoridad contratante o que le hayan de ser traspasadas al concluir el período de vigencia del proyecto. En algunos países, la autoridad contratante está facultada para adoptar medidas de asistencia al socio privado a fin de que repare o reconstruya infraestructuras dañadas por desastres naturales o por hechos similares definidos en el contrato de participación público-privada, siempre que se haya previsto la posibilidad de prestar esa ayuda en la solicitud de propuestas. En ocasiones, la autoridad contratante está facultada para acceder a pagar una indemnización al socio privado en el caso de que las obras se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un máximo, si la interrupción es imputable a un hecho del que el socio privado no sea responsable.

152. Si el socio privado no puede cumplir sus obligaciones debido a uno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato de participación público-privada, el derecho interno de algunos países autoriza al socio privado a rescindir el contrato, sin perjuicio de la indemnización que proceda pagar en esas circunstancias (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párr. 53).

153. Las disposiciones legales y las cláusulas contractuales sobre los impedimentos exonerantes deben considerarse también a la luz de otras normas aplicables a la prestación del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos se exige a los proveedores de servicios públicos que hagan lo posible por seguir prestándolos, aun cuando sucedan ciertos hechos definidos como impedimentos contractuales (véanse los párrs. 95 y 96). En esos casos es aconsejable examinar en qué medida es razonable imponer esa obligación al socio privado y qué indemnización se le debe pagar por los costos y las dificultades adicionales que afronte.

154. Además de los mecanismos que se describen a continuación, algunos de los riesgos (fundamentalmente, conflictos armados y tumultos civiles) pueden ser cubiertos en parte por instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, a través del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), siempre que el país reúna los requisitos de cobertura del OMGI y las demás condiciones aplicables (véase "Introducción e información general sobre las APP", párr. 7).

6. Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto

155. En general, existe una amplia variedad de medidas que pueden convenir las partes para afrontar las consecuencias del incumplimiento, que pueden llegar hasta la rescisión del contrato de participación público-privada. En los siguientes párrafos se hacen algunas consideraciones generales respecto del incumplimiento por alguna de las partes y las medidas aplicables en ese supuesto (véanse los párrs. 156 y 157).

Se estudian las consecuencias legislativas de determinadas medidas destinadas a rectificar las causas del incumplimiento y preservar la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad contratante (véanse los párrs. 158 a 161) o la sustitución del socio privado (véanse los párrs. 162 a 165). La medida más radical consistente en la rescisión del contrato y sus posibles consecuencias se examinan en otra parte de la *Guía* (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", seccs. D y E).

a) Consideraciones generales

156. Las medidas aplicables en caso de incumplimiento del socio privado suelen ser las habituales en los contratos de obras o de servicios a largo plazo, como la pérdida de las garantías, las penalizaciones contractuales y las indemnizaciones pactadas[7]. En la mayoría de los casos, esas medidas son típicamente contractuales y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para determinar que se ha producido un incumplimiento y ofrecer la oportunidad de rectificarlo. En algunos países, la imposición de penalizaciones contractuales requiere inspecciones oficiales y otros requisitos de procedimiento, entre ellos que los altos funcionarios de la autoridad contratante examinen el caso antes de que se impongan sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse con disposiciones que distingan entre los defectos subsanables y los no subsanables y prescriban los procedimientos y medidas pertinentes. Aunque no siempre es posible cursar una notificación previa, en particular en situaciones de emergencia, por norma general se tendría que exigir que la autoridad contratante notificara al socio privado que debe rectificar el incumplimiento en un período razonable. También puede ser aconsejable prever el pago por el socio privado de penalizaciones o indemnizaciones pactadas en caso de incumplimiento de obligaciones esenciales y dejar claro que no se impondrá penalización alguna en supuestos de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares para los cuales se dispone de otras medidas con arreglo al derecho interno. Además, cabe complementar el régimen de vigilancia del cumplimiento que prevea penalizaciones o indemnizaciones pactadas con un plan de primas pagaderas al socio privado por resultados superiores a los convenidos.

157. La autoridad contratante puede protegerse de las consecuencias de un incumplimiento del socio privado recurriendo a diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, mientras que las medidas de que dispone el socio privado frente a un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar sujetas a diversas limitaciones de conformidad con la ley aplicable. Las reglamentaciones nacionales o internacionales que reconozcan la inmunidad de las autoridades públicas

[7] Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, cap. XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento".

frente a todo proceso o medida de ejecución judiciales pueden plantear importantes limitaciones. En función de la condición jurídica reconocida a la autoridad contratante o a otras entidades públicas que adquieren obligaciones frente al socio privado, se podría privar a este de la posibilidad de aplicar ciertas medidas de ejecución para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 41 a 43). Por ello, es importante prever mecanismos para proteger al socio privado contra las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran supuestos específicos de incumplimiento o garantías otorgadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (véase también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 88 a 98).

b) Derecho de intervención de la autoridad contratante

158. La ley de algunos países autoriza expresamente a la autoridad contratante a hacerse cargo temporalmente de la explotación de la infraestructura, normalmente en casos de incumplimiento por el socio privado, en particular cuando la autoridad contratante esté obligada por ley a garantizar la prestación efectiva en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa está implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente ni en la legislación ni en el contrato de participación público-privada.

159. Cabe señalar que el derecho de la autoridad contratante a intervenir ("*step in right*") es una medida extrema. Es posible que los inversionistas privados teman que la autoridad contratante recurra a esa facultad o amenace con recurrir a ella para imponer sus propios criterios sobre la forma de prestar el servicio o incluso para lograr el control de los bienes del proyecto. Por consiguiente, es aconsejable definir con la mayor claridad posible las circunstancias en que se puede ejercer ese derecho. Es importante limitar el derecho de intervención de la autoridad contratante a los supuestos de grave deficiencia en el servicio y no hacerlo extensivo a los simples casos de insatisfacción con el desempeño del socio privado. Puede ser útil que la ley deje claro que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el socio privado no haya podido resolver. Una vez remediada la situación de emergencia, el socio privado debería volver a hacerse cargo de la prestación del servicio.

160. La capacidad de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada por la dificultad que puede haber para encontrar y contratar inmediatamente un subcontratista que subsane la deficiencia que motivó la intervención. Además, las intervenciones frecuentes pueden hacer que reviertan a la autoridad contratante

los riesgos que se habían traspasado al socio privado en el contrato de participación público-privada. El socio privado no debería confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a determinado riesgo en vez de afrontarlo él mismo como se exige en el contrato.

161. Es aconsejable que en el contrato de participación público-privada se aclare cuál de las partes asumirá el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el socio privado debería sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención de esta haya sido provocada por un incumplimiento atribuible a una falta del propio socio privado. En algunos casos, para evitar controversias sobre la responsabilidad y sobre el nivel de gastos apropiado, el acuerdo puede facultar a la autoridad contratante para adoptar medidas a fin de remediar por sí misma el problema y repercutir posteriormente el costo efectivo de esas medidas (incluidos sus propios gastos administrativos) al socio privado. Sin embargo, cuando la intervención se produzca a raíz de un impedimento exonerante (véanse los párrs. 145 a 154), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se haya asignado ese riesgo específico en el contrato.

c) Derecho de intervención de los prestamistas

162. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, pese a un incumplimiento del socio privado o a algún hecho extraordinario que esté fuera del control del socio privado, pueda interesar a las partes evitar que se ponga fin al proyecto, permitiendo que continúe bajo la responsabilidad de un socio privado diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos derivados del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción del proyecto o la rescisión del contrato antes de que se hayan reembolsado los préstamos. En los casos de incumplimiento o de un impedimento que afecte al socio privado, a los prestamistas les interesa que las obras no queden inconclusas y que el contrato de participación público-privada siga ejecutándose de forma rentable. Por su parte, la autoridad contratante puede tener interés en que el proyecto pase a manos de un nuevo socio privado, en vez de hacerse ella cargo y tener que continuarlo bajo su responsabilidad.

163. En varios acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con el consentimiento de la autoridad contratante, seleccionar un nuevo socio privado que actúe con arreglo al contrato de participación público-privada en vigor. Esas cláusulas se complementan normalmente con un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al socio privado. Ese acuerdo directo tiene por finalidad principal que los prestamistas eviten que la autoridad contratante rescinda el contrato en caso de incumplimiento por el socio privado, sustituyéndolo por otro socio privado que siga actuando con arreglo al contrato. A diferencia del

derecho a intervenir de la autoridad contratante, que se refiere a una deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, los derechos de intervención de los prestamistas están previstos para los casos en que el incumplimiento por el socio privado de su obligación de prestar el servicio sea habitual o haya motivos razonables para considerarlo irremediable. En la experiencia de países que han hecho uso reciente de esos acuerdos directos se ha visto que la posibilidad de impedir la rescisión y ofrecer un socio privado alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del socio privado. Al mismo tiempo, da a la autoridad contratante la oportunidad de evitar la perturbación que supone la rescisión del contrato, salvaguardándose así la continuidad del servicio.

164. Sin embargo, en algunos países puede resultar difícil aplicar esas cláusulas a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del socio privado para cumplir sus obligaciones suele ser motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de la infraestructura o rescinda el contrato (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 16 a 26). A fin de seleccionar a un nuevo socio privado que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante debe seguir a menudo los mismos procedimientos que se siguieron para seleccionar al socio privado original, y tal vez no le sea posible contratar, en consulta con los prestamistas, a un nuevo socio privado que no haya sido seleccionado de acuerdo con esos procedimientos. Por otra parte, aunque la autoridad contratante esté autorizada a negociar con un nuevo socio privado en situaciones de emergencia, tal vez sea necesario concertar un nuevo contrato de participación público-privada con el nuevo socio privado y quizás este no sea capaz de asumir plenamente las obligaciones de su predecesor.

165. Por lo tanto, tal vez convenga reconocer por ley el derecho de la autoridad contratante a concertar acuerdos con los prestamistas que les permitan nombrar, con el consentimiento de la autoridad contratante, a un nuevo socio privado que cumpla el contrato de participación público-privada en vigor cuando el socio privado haya incumplido gravemente su obligación de prestar el servicio con arreglo al contrato o se hayan producido otros hechos concretos que pudieran justificar la rescisión del contrato. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se deberían especificar, entre otros, los siguientes elementos: las circunstancias en que se permite a los prestamistas recurrir a un nuevo socio privado, los procedimientos para la sustitución del socio privado, los motivos por los que la autoridad contratante puede denegar una sustitución propuesta y las obligaciones de los prestamistas de mantener el servicio al mismo nivel y en las mismas condiciones exigidas por el contrato.

V. Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los contratos de participación público-privada se celebran por un plazo determinado al término del cual, según el tipo de proyecto, el socio privado traspasa a la autoridad contratante la responsabilidad de prestar el servicio o explotar la infraestructura, o bien la autoridad contratante opta por licitar de nuevo el contrato. La sección B trata sobre los elementos que han de tenerse en cuenta al fijar la duración del contrato de participación público-privada. En la sección C se abordan las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del contrato de participación público-privada. En la sección D se examinan las circunstancias que pueden justificar la rescisión del contrato de participación público-privada antes de que se extinga por vencimiento del plazo. Por último, en la sección E se tratan las consecuencias de la extinción o la rescisión del contrato de participación público-privada, incluidos el traspaso de los bienes del proyecto y la indemnización a la que pueda tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión, así como la liquidación del proyecto, fundamentalmente la clausura de la infraestructura.

B. Duración del contrato de participación público-privada

2. En algunos países, la ley limita la duración de las concesiones de infraestructuras o las APP a un determinado número de años. En algunos casos, la ley establece un límite general para la mayoría de los proyectos de infraestructura o proyectos de participación público-privada y límites especiales para los proyectos ejecutados en determinados sectores de la infraestructura. En otros, ese límite de duración máxima solo rige para determinados sectores de la infraestructura.

3. Desde la perspectiva del socio privado, la duración del contrato de participación público-privada debería ser suficiente para recuperar su inversión y obtener unos beneficios razonables. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, el contrato debería durar en principio tanto como se prevea que se puede requerir el

servicio, pero también debería ser coherente con la estrategia de inversiones y la política en materia de competencia del país en el sector en cuestión, teniendo en cuenta que los proyectos de participación público-privada de larga duración y en régimen de exclusividad pueden dar lugar a un cierre de los mercados. Además de estas dos consideraciones básicas, la duración conveniente de un contrato puede depender de varios factores, entre los cuales se encuentran fundamentalmente:

a) *Los factores de ingeniería*. Los factores de ingeniería y otros factores técnicos tienen un peso importante al determinar la duración ideal de un contrato de participación público-privada. Es en la etapa de construcción, que normalmente se corresponde con la financiación inicial, cuando mayor es el riesgo de que se produzcan hechos perturbadores (como que la obra no pueda completarse, que se generen sobrecostos y otros riesgos analizados en el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 30 a 32), que deben ser tenidos en cuenta al fijar la duración total del proyecto. A su vez, la duración de la etapa de explotación debería reflejar también el funcionamiento que se espera de los equipos o bienes fundamentales o esenciales por medio de una estimación de los años durante los cuales es probable que se sigan explotando dichos equipos o bienes con el fin de generar ingresos al menor costo posible, incluida la probabilidad de que la tecnología necesaria para el proyecto cambie;

b) *Los factores financieros*. Desde el punto de vista financiero, la duración óptima del proyecto viene definida por diversos métodos de presupuestación de la inversión, como el plazo de recuperación, el valor actual neto, la tasa interna de rentabilidad o el valor temporal del dinero. Un elemento clave es el tiempo que requiere el socio privado para saldar sus deudas y amortizar la inversión inicial. En este contexto, el concepto de "amortización" económica se refiere a la recuperación gradual de la inversión con los ingresos del proyecto suponiendo que la infraestructura carecerá de valor residual cuando finalice el proyecto.

4. Dado que es difícil establecer un único límite legal a la duración de los proyectos de participación público-privada, es aconsejable dar cierto margen a la autoridad contratante para negociar, en cada caso, un plazo adecuado para el proyecto de que se trate. En algunos casos, la duración del contrato es un factor de una fórmula ("el menor valor actual de los ingresos") utilizada como base para determinar cuál es el licitante ganador durante el proceso de selección (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 84). Cuando se emplea este sistema, las partes convienen en una duración del contrato que permita al socio privado alcanzar el nivel total de ingresos previsto en su oferta. Todas estas opciones exigen un enfoque legislativo flexible con respecto a la duración de los contratos. Los países que han implantado mecanismos institucionales para hacer un seguimiento de los contratos de participación público-privada y han creado capacidad para la negociación y gestión de las APP (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 47) pueden elaborar directrices destinadas a las autoridades contratantes o

asesorarlas con respecto a la duración conveniente o adecuada de los contratos en función de la naturaleza del proyecto teniendo en cuenta experiencias anteriores.

5. Algunos ordenamientos jurídicos logran la flexibilidad deseada mediante leyes que exigen que en todos los contratos de participación público-privada se prevea una duración máxima, sin especificar el número de años. A veces la ley se limita a indicar los elementos que deben tenerse en cuenta al fijar la duración de la APP, que pueden ser la naturaleza y el importe de la inversión que deba hacer el socio privado y el período normal de amortización de las infraestructuras e instalaciones en cuestión. En las leyes que regulan determinados proyectos o sectores se establece un sistema combinado que fija la duración máxima del contrato, ya sea al término de cierto plazo o una vez que las deudas del socio privado hayan sido totalmente saldadas y se haya obtenido un determinado nivel de ingresos, de producción o de utilización, según sea lo que se logre primero. Si se adopta un criterio legislativo flexible con respecto a la duración de los contratos, es posible dar soluciones adaptadas a las necesidades y los parámetros financieros particulares del proyecto, por ejemplo, cuando la autoridad contratante y el socio privado pactan una duración variable o fluctuante del proyecto que permita prórrogas automáticas si concurren determinadas circunstancias (véase el párr. 10).

6. Ahora bien, si se juzga necesario imponer un límite legal, el plazo máximo debe ser lo bastante largo para que el socio privado pueda saldar sus deudas por completo y obtener un beneficio razonable. Además, tal vez convenga permitir que la autoridad contratante acepte en casos excepcionales plazos más largos si el volumen de la inversión y el período requerido para su recuperación lo justifican y si se observan ciertos trámites especiales para su aprobación.

C. Prórroga del contrato de participación público-privada

7. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el socio privado pueden convenir en una o más prórrogas del período de vigencia de la APP. No obstante, lo más frecuente es que el derecho interno solo autorice la prórroga del contrato en circunstancias excepcionales. En esos casos, al extinguirse el contrato de participación público-privada por vencimiento del plazo, por lo general la autoridad contratante tiene la obligación de seleccionar a un nuevo socio privado, para lo que normalmente aplicará los mismos procedimientos que siguió para seleccionar al socio privado anterior (véase un análisis de los procedimientos de selección en el cap. III, "Adjudicación de contratos").

8. Algunos países han juzgado conveniente disponer que todos los contratos de participación público-privada, en particular los que implican una concesión otorgada en régimen de exclusividad para la prestación de un servicio público, sean

periódicamente sometidos a una nueva licitación y no meramente prorrogados por las partes. Esta relicitación periódica puede ser un fuerte incentivo para que el socio privado cumpla sus obligaciones. El plazo que medie entre la adjudicación inicial y la primera relicitación (y las subsiguientes) deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión requerida y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el socio privado. Por ejemplo, para una APP de recolección de residuos sólidos que no requiera una inversión sustancial en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitan plazos más largos para las APP que requieren mayores niveles de inversión, como las APP de distribución de energía eléctrica o de agua, en las cuales el socio privado ha construido nuevas infraestructuras o redes o ha llevado a cabo una importante labor de expansión y remodelación de las ya existentes. En la mayoría de los países, la relicitación coincide con el final del proyecto, pero en otros se puede adjudicar un contrato por un período largo (por ejemplo, de 99 años), en combinación con relicitaciones periódicas (por ejemplo, cada 10 o 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera relicitación tiene lugar antes de que el socio privado haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa que viene encargándose de la explotación, algunas leyes dan cierta preferencia al socio privado sobre los demás licitantes en la adjudicación de nuevos contratos para una misma actividad. Ahora bien, si no consigue ganar la siguiente relicitación, el socio privado puede tener derecho a ser indemnizado. Si se exige que el licitante ganador indemnice al socio privado anterior por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada, se reduce el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrece una vía de salida atractiva (véanse los párrs. 42 y 43).

9. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del período de vigencia de la APP en supuestos expresamente indicados. La duración de un proyecto de infraestructura es un elemento central para valorar la viabilidad del proyecto y la idoneidad de la relación entre calidad y precio (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 6 a 14). La duración es también uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras y tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el socio privado. Las partes pueden estimar que la prórroga del contrato de participación público-privada (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos indemnizatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertos impedimentos u otros cambios imprevistos de circunstancias que pudieran surgir durante la vida del proyecto. A continuación se enumeran algunos de estos supuestos: prórroga a título de indemnización por la suspensión del proyecto o el lucro cesante como consecuencia de algún impedimento (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 145 a 154); prórroga a título de indemnización por la caída inesperada en el flujo de efectivo, también cuando sea

consecuencia de medidas reguladoras que establezcan controles de los precios y tarifas más allá del margen contemplado en el contrato (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 49 y 50); prórroga a título de indemnización por una suspensión del proyecto decretada por la autoridad contratante o alguna otra autoridad pública (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 148), o prórroga que permita al socio privado recuperar el costo generado por los retrasos en la construcción o el sobrecosto derivado de condiciones adversas inesperadas en el emplazamiento de la construcción (por ejemplo, geológicas o meteorológicas) o de las obras adicionales que sea preciso hacer en la infraestructura y que el socio privado no pueda recuperar en el plazo ordinario estipulado en el contrato sin un incremento excesivo de las tarifas (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 81 a 84).

10. En esas situaciones, la prórroga del contrato puede ser objeto de un mecanismo automático incluido en el propio contrato o puede ser convenida por las partes, cuando el contrato contemple esa posibilidad. La primera opción, particularmente cuando el contrato vincula la prórroga a un nivel del valor actual de los ingresos a lo largo de la vida de la APP previamente acordado, puede tener la ventaja de limitar el alcance de la discrecionalidad o el juicio subjetivo al determinar la duración apropiada de la prórroga. En cualquier caso, en aras de la transparencia y con miras a reducir las posibilidades de incurrir en prácticas corruptas, en el contrato deberían indicarse claramente las circunstancias que pueden justificar una prórroga del contrato y debería haberse hecho el debido seguimiento del cumplimiento del contrato por el socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 91 y 92). Por esas mismas razones, en algunos países la prórroga del período de vigencia de la APP está sujeta a un límite global acumulativo o debe ser aprobada por alguna autoridad pública expresamente designada al efecto.

D. Rescisión

11. La legislación nacional a menudo establece los motivos que permiten rescindir un contrato de participación público-privada antes de que se extinga por vencimiento del plazo y las consecuencias de tal rescisión. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el contrato a raíz de ciertos hechos. El interés principal de todas las partes que intervienen en una APP está en asegurar la terminación de las obras y la debida explotación de la infraestructura y, en el caso de las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, la prestación ordenada y continua del servicio público correspondiente. En la práctica, la rescisión es una causa frecuente de controversias y litigios y un argumento recurrente en las

demandas internacionales en materia de inversiones (véanse el cap. VI, "Solución de controversias", párr. 5, y el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 4 a 6). Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del contrato, que puede interrumpir la prestación del servicio o incluso ponerle fin, y del costo del consiguiente litigio, la rescisión debería ser contemplada en la mayoría de los casos como último recurso. Deberían ponderarse cuidadosamente los requisitos para que una u otra parte ejerza este derecho. Aun cuando no sea preciso que sean idénticos, suele ser conveniente que haya un equilibrio equitativo entre el derecho de una u otra parte a rescindir el acuerdo y las condiciones impuestas a cada una de ellas para el ejercicio de ese derecho.

12. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden amparar el derecho de rescisión del contrato de participación público-privada, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el contrato. Reviste particular importancia la cuestión de si el contrato puede rescindirse unilateralmente o si la rescisión requiere el pronunciamiento de un órgano judicial o algún otro órgano de solución de controversias.

13. El socio privado no suele poder rescindir el contrato de participación público-privada sin motivo y, en algunos ordenamientos jurídicos, la rescisión por el socio privado, incluso en caso de incumplimiento de la autoridad contratante, requiere una resolución judicial firme. Sin embargo, en algunos países, conforme a las reglas aplicables a los contratos suscritos con entidades públicas, ese derecho puede ser ejercido por las autoridades públicas, a condición de que se pague una indemnización al socio privado. En otros países, no obstante, se hace una excepción respecto de las concesiones de servicios públicos, cuyo carácter contractual se considera incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. Por último, existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las autoridades públicas el derecho de rescisión unilateral. Con todo, a los inversionistas y prestamistas puede preocuparles el riesgo de que la autoridad contratante rescinda el contrato de manera prematura o injustificada, aun cuando quepa recurrir la decisión de rescindir el contrato ante el mecanismo de solución de controversias. Cabe también observar que, aun cuando se faculte a la autoridad contratante para rescindir unilateralmente el contrato, no se debe prescindir de unos buenos mecanismos contractuales de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 88 a 104 y 117 a 129).

14. Por consiguiente, el régimen de la rescisión debería estar en consonancia con las medidas habilitadas en el contrato de participación público-privada en caso de incumplimiento. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones para rescindir el contrato de las condiciones para que la autoridad contratante pueda

intervenir (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 158 a 161). Es igualmente importante considerar el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato a la luz de los acuerdos de financiación negociados por el socio privado con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que pueden dar lugar a una rescisión del contrato constituyen asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, por lo que puede vencer de inmediato la totalidad de la deuda pendiente del socio privado. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de rescisión permitiendo que los prestamistas propongan otro socio privado cuando parezca inminente la rescisión del contrato con el socio privado inicial (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 162 a 165).

15. Habida cuenta de lo que antecede, es en general aconsejable supeditar la rescisión del contrato de participación público-privada al pronunciamiento definitivo del órgano de solución de controversias designado en el contrato. Ese requisito reduciría la inquietud ante una rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría que se fueran adoptando medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano de solución de controversias adoptara una decisión definitiva, siempre que en el contrato se hayan previsto las medidas que pueden adoptarse en el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser el derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas. En los países en que ese requisito sea contrario a los principios generales de derecho administrativo aplicables a los contratos públicos, sería importante velar al menos por que el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato no menoscabe el derecho del socio privado a presentar un recurso judicial contra la decisión de la autoridad contratante de rescindir el contrato.

1. *Rescisión por la autoridad contratante*

16. El derecho de rescisión de la autoridad contratante suele corresponder a tres tipos de supuesto: incumplimiento grave del socio privado, insolvencia del socio privado y rescisión por motivos de interés público.

a) Incumplimiento grave del socio privado

17. Cuando en el contrato se estipule que el socio privado prestará un servicio público bajo alguna forma de "concesión" (véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 18 y 19), la autoridad contratante ha de velar por que los servicios públicos se presten de conformidad con las leyes, reglamentaciones y cláusulas contractuales aplicables. Por lo tanto, algunos ordenamientos jurídicos reconocen expresamente el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato en el supuesto de incumplimiento del socio privado. Dado el efecto

perturbador de la rescisión y el interés en mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento por parte del socio privado. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir a una opción tan extrema sino en supuestos de incumplimiento "particularmente graves" o "reiterados", y especialmente en supuestos en los que ya no sea razonable prever que el socio privado estará en condiciones de cumplir el contrato o que estará dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos jurídicos se emplean determinados tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes es tal que la otra parte puede rescindir su relación contractual antes de extinguirse por vencimiento del plazo (por ejemplo, "incumplimiento esencial", "incumplimiento básico" o expresiones similares). Esas situaciones son calificadas en la *Guía* de "incumplimiento grave".

18. El hecho de restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas e inversionistas de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o injustificada de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el contrato de participación público-privada en supuestos de incumplimiento grave del socio privado y dejar que sea el contrato el que defina con más detalle el concepto de incumplimiento grave y ofrezca, en su caso, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica, no es aconsejable tratar de enumerar, en la ley o en el contrato, los supuestos que justifican la rescisión. Normalmente, la gravedad y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del socio privado dependen de la etapa del proyecto en la que haya tenido lugar el incumplimiento (véanse los párrs. 21 a 26).

19. Una categoría de incumplimiento que el derecho interno suele calificar de suficientemente grave para justificar la rescisión del contrato de participación público-privada, con independencia de la etapa del proyecto en que se detecte, son las infracciones graves de la legislación penal del país por parte del socio privado y sus agentes o cualquier otra condena penal impuesta en aplicación de la legislación del país del socio privado o de un tercer país. En general, la corrupción y el soborno de funcionarios públicos en relación con la adjudicación o la gestión de un contrato público o la concesión de licencias y permisos, guarden o no relación específicamente con el contrato de participación público-privada, son motivos reconocidos de rescisión del contrato. Desde la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[1], los Estados han contraído la obligación internacional de combatir esas prácticas y muchos Estados persiguen la corrupción y el soborno aunque se cometan en el extranjero si los autores de esos delitos son nacionales

[1] La Convención fue aprobada por la resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

suyos o si las prácticas corruptas perjudican los intereses nacionales. Entre otros delitos que a menudo justifican la rescisión del contrato de acuerdo con la legislación nacional figuran los siguientes: *a)* participación en una organización criminal, *b)* fraude, *c)* delitos de terrorismo o vinculados a actividades terroristas, *d)* blanqueo de dinero o financiación del terrorismo y *e)* otros delitos graves en el sentido del artículo 2, apartado *b)*, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[2]. La rescisión en esos casos está justificada siempre que el socio privado como persona jurídica haya cometido tales delitos, pero también cuando la persona condenada por sentencia firme sea miembro del órgano de administración, gestión o supervisión del socio privado o tenga atribuidas funciones de representación, decisión o control en él.

20. Además de la situación descrita en el párrafo precedente, que puede exigir la imposición de una sanción inmediata, por regla general es aconsejable que la autoridad contratante otorgue al socio privado un plazo adicional para que cumpla sus obligaciones y eluda las consecuencias de su incumplimiento antes de recurrir a las medidas que tiene a su disposición. Por ejemplo, se debería dar aviso mediante notificación al socio privado de las circunstancias pertinentes y exigirle rectificación en un plazo determinado. También se puede ofrecer a los prestamistas y garantes, según proceda, la posibilidad de evitar las consecuencias del incumplimiento del socio privado, por ejemplo, contratando temporalmente a un tercero que neutralice las consecuencias del incumplimiento del socio privado, conforme a lo estipulado en las fianzas de cumplimiento que hayan entregado a la autoridad contratante o en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 117 a 129 y 162 a 165). En el contrato de participación público-privada también se puede disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá rescindir el contrato, una vez que haya notificado su intención a los prestamistas y les haya dado la oportunidad, entre dicha notificación a los prestamistas y la fecha en que la rescisión surta efectos, de ejercer su derecho a buscar un sustituto del socio privado, a tenor de lo que hayan acordado directamente con la autoridad contratante. En el contrato también se puede prever el aplazamiento de la fecha en que la rescisión surtirá efectos si la autoridad contratante y los prestamistas convienen en ello. Ahora bien, deben establecerse unos plazos razonables, ya que

[2] Es decir, "la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave" (la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003). Algunos ejemplos comunes de delitos graves tipificados en la legislación nacional son el asesinato, la violación, el secuestro, el robo, el robo con violencia, el robo con fuerza, el comercio de bienes robados, la extorsión, el tráfico de drogas, la malversación o peculado, el soborno, el fraude, la falsificación de moneda, el blanqueo de dinero, el contrabando de armas, el trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos.

no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo que comporta el incumplimiento del contrato por el socio privado. Además, la aplicación de esos procedimientos no debería menoscabar el derecho de la autoridad contratante a intervenir para evitar el riesgo de perturbación del servicio por el socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 158 y 159).

i) Incumplimiento grave antes del inicio de la construcción

21. Entre los supuestos que a menudo justifican que se rescinda un contrato de participación público-privada antes de que se inicie la construcción cabe citar los siguientes ejemplos de incumplimiento por el socio privado:

a) no haber emprendido las obras de construcción;

b) no haber emprendido la preparación del proyecto; o

c) no haber presentado los planos y diseños requeridos en un plazo contado a partir de la adjudicación del contrato.

22. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda prever razonablemente que el socio privado seleccionado vaya a adoptar las medidas requeridas para dar comienzo a la ejecución del proyecto. A ese respecto, es importante que la autoridad contratante tenga en cuenta cualquier circunstancia que pueda excusar la demora del socio privado en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el socio privado no debería cargar con las consecuencias de cualquier omisión o error en que incurra la autoridad contratante u otra autoridad pública. Por ejemplo, la rescisión del contrato de participación público-privada normalmente no está justificada si el socio privado no ha obtenido las licencias y los permisos públicos requeridos en el plazo convenido por alguna razón que no le sea imputable.

ii) Incumplimiento grave durante la etapa de construcción

23. Entre los supuestos que pueden justificar la rescisión del contrato de participación público-privada durante la etapa de construcción cabe citar los siguientes:

a) la inobservancia de los reglamentos de construcción, las especificaciones y las normas mínimas de diseño o ejecución de las obras, así como el incumplimiento inexcusable de la obligación de terminar las obras dentro del calendario convenido;

b) el incumplimiento de las leyes laborales y las leyes de seguridad social de obligado cumplimiento y las normas de orden público conexas;

c) la no aportación o renovación de las garantías requeridas en las condiciones acordadas;

d) la contravención de otra obligación legal o contractual esencial.

24. La rescisión debe ser proporcional al grado de incumplimiento del socio privado y a las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que se deberán concluir las obras, por lo que puede tener motivos para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento que justifica la rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en relación con las especificaciones del contrato de participación público-privada, puede no ser tenida por motivo suficiente de rescisión si, por otra parte, la autoridad contratante dispone de pruebas convincentes de que el socio privado tiene capacidad para terminar las obras de conformidad con las normas de calidad requeridas y cumplirá con su compromiso.

iii) Incumplimiento grave durante la etapa de explotación

25. Como supuestos de incumplimiento que suelen justificar la rescisión del contrato durante la etapa de explotación cabe citar los siguientes:

a) el incumplimiento grave de la obligación de prestar servicios de conformidad con las normas de calidad legal y contractualmente exigibles, incluida la inobservancia de las medidas de control de precios aplicables a las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión;

b) la suspensión o la interrupción inexcusable del servicio prestado en virtud del contrato sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;

c) el incumplimiento grave por el socio privado de su obligación de mantener la infraestructura, su equipo y sus accesorios de conformidad con las normas de calidad convenidas o la demora inexcusable en las operaciones de mantenimiento conforme a los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;

d) la inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el organismo regulador, según corresponda, a raíz de alguna infracción de los deberes del socio privado.

26. La posibilidad de rescindir el contrato de participación público-privada si el socio privado no se atiene a las decisiones del organismo regulador o a las sanciones impuestas por la autoridad contratante pone de relieve la necesidad de que en el contrato se prevean mecanismos efectivos para evitar y solucionar las controversias (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 5 a 9). Lo mismo puede decirse de la rescisión del contrato cuando el socio privado es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados

en el soborno de funcionarios públicos o en otras prácticas corruptas (véase el párr. 18 *supra*). Esta última situación también pone de relieve la importancia de prever mecanismos eficaces para combatir la corrupción y el soborno y abrir vías para que el socio privado pueda denunciar las exigencias de pagos ilegales o las amenazas provenientes de cargos públicos del país anfitrión (véase también el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 55 a 57).

b) Insolvencia del socio privado

27. Por lo general, la prestación de servicios de infraestructura exige continuidad, por lo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos obligan a rescindir el contrato de participación público-privada si el socio privado es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se pueden excluir del procedimiento de insolvencia los bienes y terrenos que hayan de ser entregados a la autoridad contratante y la ley puede supeditar a la aprobación pública previa todo acto de enajenación acordado por el liquidador o administrador de la insolvencia que se refiera a ciertas categorías de bienes que sean propiedad del socio privado en el marco del proyecto de participación público-privada.

28. En los ordenamientos jurídicos que permiten constituir garantías reales sobre la propia concesión (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 64 y 65), la ley dispone que la autoridad contratante puede, previa consulta con los acreedores garantizados, designar a un administrador provisional que garantice la continuidad del servicio en cuestión hasta que los acreedores garantizados que participen en el procedimiento de insolvencia decidan, por recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguir la actividad comercial o si debe someterse a licitación el derecho a explotar la concesión.

c) Rescisión por motivos de interés público

29. En la práctica contractual de algunos países, las autoridades públicas que contratan obras acostumbran a reservarse el derecho a rescindir el contrato de obras por motivos de interés público (es decir, sin tener que dar otra justificación más que la rescisión obedece al interés público). En algunos países de tradición jurídica anglosajona, ese derecho, que a veces se denomina de "rescisión por conveniencia", solo puede ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el correspondiente contrato. Varios ordenamientos jurídicos de tradición romanista también reconocen a las autoridades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de "interés público" o de "interés general". En algunos países, ese derecho puede estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de una mención legal o contractual al efecto. El derecho de la administración pública a rescindir el contrato por motivos de interés público es considerado, en los ordenamientos que

lo reconocen, un factor esencial para preservar su potestad irrestricta de ejercer sus funciones al servicio del bien común.

30. No obstante, convendría sopesar debidamente las condiciones para ejercer este derecho y sus consecuencias. La administración pública puede tener la facultad discrecional de determinar qué constituye un interés público, de modo que la decisión de la autoridad contratante de rescindir el contrato de participación público-privada solo puede impugnarse en determinados supuestos (por ejemplo, por motivo improcedente o "abuso de poder"). Sin embargo, el derecho general e incondicional a rescindir el contrato por motivos de interés público puede constituir un riesgo imponderable que ni el socio privado ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán sin demora una indemnización por toda pérdida que les sea ocasionada. Por ello, si se contempla la posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, esta se debe poner en conocimiento de los posibles inversionistas desde el primer momento y se debe mencionar expresamente en el borrador de contrato de participación público-privada que se distribuya con la solicitud de propuestas (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 76). La indemnización prevista en el supuesto de rescisión por motivos de interés público puede abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización prevista en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase el párr. 51; véanse las disposiciones financieras en caso de rescisión por motivos de interés público en el párr. 54). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho a rescindir el contrato a situaciones en que la rescisión sea necesaria por motivos imperiosos de interés público, lo cual debería interpretarse restrictivamente (por ejemplo, cuando una importante modificación ulterior de las políticas y los planes públicos exija la integración del proyecto en una red más amplia o cuando los cambios en los planes de la autoridad contratante exijan una revisión del proyecto de gran calado que modifique sustancialmente el diseño inicial o prive al proyecto de viabilidad financiera como explotación comercial privada). En particular, no es aconsejable considerar el derecho de rescisión por motivos de interés público como una alternativa a otras medidas previstas en el contrato en caso de que el desempeño del socio privado sea insatisfactorio (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 155 a 165).

2. Rescisión por el socio privado

31. Mientras que en algunos ordenamientos jurídicos la autoridad contratante puede reservarse un derecho incondicional a rescindir el contrato de participación público-privada, los motivos de rescisión alegables por el socio privado suelen estar limitados al incumplimiento grave de la autoridad contratante o a alguna otra situación excepcional sin que se prevea un derecho general de rescisión del contrato al

arbitrio del interesado. Además, algunos ordenamientos jurídicos no reconocen el derecho del socio privado a rescindir unilateralmente el contrato y únicamente prevén el derecho a solicitar que un tercero, como, por ejemplo, el tribunal competente, se pronuncie sobre la rescisión del contrato.

a) Incumplimiento grave de la autoridad contratante

32. Generalmente, el derecho del socio privado a rescindir el contrato de participación público-privada se limita a situaciones en que la autoridad contratante ha incumplido una parte sustancial de sus obligaciones (por ejemplo, no ha hecho los pagos convenidos al socio privado o no ha expedido las licencias necesarias para la explotación de la infraestructura por razones no imputables al propio socio privado). En los ordenamientos jurídicos en los que la autoridad contratante está facultada para solicitar variaciones o alteraciones en el proyecto, el socio privado puede tener el derecho a rescindir el contrato si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto inicial de forma tal que provoca un aumento notable de la inversión requerida y si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 81 a 84).

33. Además del supuesto de incumplimiento grave de la propia autoridad contratante, por razones de equidad tal vez deba facultarse al socio privado para rescindir el contrato de participación público-privada si le resulta imposible cumplir sus obligaciones a causa de actos de otras autoridades públicas que no sean la autoridad contratante, tales como la denegación de determinadas medidas de respaldo que sean necesarias para la ejecución del contrato (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 61 a 86).

34. Si bien la rescisión por el socio privado no siempre requiere un pronunciamiento definitivo de un órgano judicial o de otro órgano de solución de controversias, los recursos de que dispone el socio privado frente a un incumplimiento de la autoridad contratante pueden estar limitados. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, una parte contratante puede interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que la otra parte incumpla una parte sustancial de sus obligaciones. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos esa regla no es aplicable a los contratos públicos, ya que la ley dispone expresamente que los contratistas públicos no pueden excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante, a menos que el contrato sea anulado en virtud de una decisión judicial o arbitral.

35. Las limitaciones del derecho del socio privado a interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones suelen tener la finalidad de asegurar la continuidad de los

servicios públicos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 95 y 96). No obstante, cabe observar que, si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del socio privado haciendo valer su derecho de intervención, este no suele disponer de un recurso comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el socio privado puede tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, en función del tiempo que haga falta para obtener una decisión firme que libere al socio privado de sus obligaciones contractuales. Estos elementos ponen de relieve la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las autoridades contratantes (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 71 a 76) y la necesidad de que las partes puedan optar por mecanismos rápidos y eficaces de solución de controversias (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 3 a 49).

b) Cambios en la coyuntura

36. La legislación nacional a menudo permite que el socio privado rescinda el contrato de participación público-privada si sus obligaciones se han vuelto considerablemente más onerosas de resultas de un cambio imprevisto en la coyuntura y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del contrato para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 135 a 144). El socio privado también tiene derecho a rescindir el contrato si la autoridad contratante no cumple las disposiciones contractuales encaminadas a preservar el equilibrio económico del contrato (como las cláusulas de ajuste e indexación).

3. Rescisión por alguna de las partes

a) Impedimento del cumplimiento

37. Algunas leyes prevén que las partes puedan rescindir el contrato de participación público-privada si el cumplimiento de sus obligaciones se ve impedido permanentemente por alguna circunstancia definida en el contrato como impedimento exonerante (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 146 a 148). A este respecto, es aconsejable que en el contrato se prevea que, si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes excede cierto plazo, el contrato pueda ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente por cambios legislativos o por una decisión judicial que afecte a la validez del contrato, por ejemplo, ese derecho de rescisión no requiere plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el obstáculo jurídico de que se trate.

b) Acuerdo mutuo de las partes

38. Algunas leyes facultan a las partes para rescindir el contrato de participación público-privada de común acuerdo, habitualmente a condición de que esa rescisión sea aprobada por una autoridad superior. La autoridad contratante puede precisar de una atribución legislativa específica a esos efectos en los ordenamientos jurídicos que equiparen la rescisión de común acuerdo al cese de un servicio público del que podría ser responsable la autoridad contratante.

E. Consecuencias de la extinción por vencimiento del plazo o de la rescisión del contrato de participación público-privada

39. Las consecuencias de la extinción por vencimiento del plazo o de la rescisión del contrato varían en función del tipo y la estructura de la APP (es decir, APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión o APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión) y la naturaleza del proyecto (para conocer a grandes rasgos los diversos tipos de acuerdos de participación público-privada, véase "Introducción e información general sobre las APP", párrs. 14 a 16). En el caso de las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura, a prestar el servicio especificado y a recibir los pagos correspondientes suele extinguirse al extinguirse o rescindirse el contrato. En esos casos, a menos que la infraestructura quede indefinidamente en manos del concesionario, la extinción o rescisión del contrato conlleva a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a otro concesionario que se haga cargo de la explotación de la infraestructura. La situación puede variar en el caso de las APP que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en particular cuando el socio privado mantiene la titularidad de los bienes del proyecto. Las partes pueden tener que hacer frente a importantes consecuencias financieras que deben regular en detalle en el contrato, particularmente en el supuesto de rescisión por alguna de las partes. Las partes deben convenir asimismo en diversas medidas de liquidación que faciliten la transmisión ordenada de la responsabilidad de explotar la infraestructura y prestar el servicio.

1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto

40. En la mayoría de los casos, los bienes y terrenos facilitados inicialmente al socio privado, así como los demás bienes vinculados a la APP, deben revertir a la autoridad contratante cuando se extinga por vencimiento del plazo o se rescinda el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 22 a 28). En un proyecto típico de "construcción explotación-traspaso", el socio

privado tiene también la obligación de traspasar a la autoridad contratante la infraestructura física y otros bienes vinculados al proyecto al extinguirse o rescindirse el contrato. Los bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante son a veces activos intangibles, como créditos pendientes de cobro y otros derechos existentes en el momento del traspaso. Según el proyecto de que se trate, pueden traspasarse algunos sistemas tecnológicos concretos o conocimientos técnicos (véanse los párrs. 56 a 60). Cabe señalar que en algunas APP los bienes se traspasan directa y automáticamente al nuevo socio privado que suceda al anterior en la prestación del servicio.

a) Traspaso de bienes a la autoridad contratante

41. Pueden requerirse diversas disposiciones, según el tipo de bien que deba traspasarse (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 27):

a) Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante. La tradición jurídica de algunos países exige al socio privado que, al término del proyecto de participación público-privada, traspase esos bienes sin ninguna carga o gravamen y sin costo alguno para la autoridad contratante, salvo la indemnización que se le adeude en concepto de mejoras o modernizaciones efectuadas en dichos bienes para asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya recuperado todavía. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un período de vigencia del contrato lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el socio privado pueda amortizar plenamente su inversión y saldar la totalidad de sus deudas. En otros ordenamientos jurídicos se concede mayor flexibilidad a la autoridad contratante para que indemnice al socio privado por el valor residual que puedan tener los bienes construidos o las inversiones en infraestructuras o instalaciones realizadas por el socio privado;

b) Bienes que la autoridad contratante puede comprar si ejerce la correspondiente opción. Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el socio privado normalmente tiene derecho a ser indemnizado por un importe equivalente a su justo valor de mercado en ese momento. Ahora bien, si se ha previsto la amortización íntegra de esos bienes (es decir, si en las previsiones financieras del socio privado no se contempla que esos bienes posean un valor residual), entonces las partes suelen convenir en que el precio abonado sea nominal. En la práctica contractual de algunos países es habitual que se constituya una garantía real sobre dichos bienes en favor de la autoridad contratante que asegure su traspaso efectivo;

c) Bienes que seguirán siendo propiedad del socio privado. En general, estos bienes pueden ser libremente retirados o enajenados por el socio privado.

b) Traspaso de bienes a un nuevo socio privado

42. Como se ha indicado anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee proceder a una nueva licitación al término del contrato de participación público-privada, en vez de explotar la infraestructura directamente (véase el párr. 7). A tal fin, puede ser conveniente exigir por ley que el socio privado ponga los bienes a disposición del nuevo socio privado. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, debería exigirse al socio privado que coopere con el nuevo socio privado en la entrega. El traspaso de los bienes a sucesivos socios privados puede requerir el pago de una indemnización al socio privado anterior, según se hayan o no amortizado los bienes.

43. Un elemento importante que debe tenerse en cuenta a este respecto es la estructura de la propuesta financiera formulada por el socio privado durante el proceso de selección (véase también el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 76). En las APP de infraestructuras públicas, una de las suposiciones básicas de las propuestas financieras de los licitantes es que durante la vida de la APP se amortizarán por completo todos los bienes que deban construirse o adquirirse para la APP (es decir, se recuperarán totalmente los costos). Así pues, las propuestas financieras no suelen prever la posibilidad de que exista un valor residual de los bienes al final del período de vigencia de la APP. En tales casos es posible que no haya a simple vista ninguna razón para obligar al socio privado sucesor a indemnizar al socio privado inicial, al que se puede exigir que entregue todos los bienes disponibles al sucesor sin costo alguno para este o solo a cambio de una contraprestación nominal. En efecto, si el socio privado ha logrado el rendimiento previsto, todo pago de traspaso que haya de abonar su sucesor supone un costo adicional para este que tendrá que acabar recuperando con el precio que cobre en el marco del segundo contrato. No obstante, si el nivel de las tarifas previsto en la propuesta inicial del socio privado daba por supuesto que los bienes tendrían algún valor residual al final del período de vigencia de la APP, o si la propuesta financiera preveía notables ingresos provenientes de terceros, el socio privado podría tener derecho a percibir una indemnización por los bienes traspasados a su sucesor.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

44. Al entregar los bienes a la autoridad contratante o al traspasarlos directamente al nuevo socio privado una vez vencido el período de vigencia de la APP, el socio privado suele estar obligado a traspasarlos libres de toda carga o gravamen y en condiciones que permitan el funcionamiento normal de la infraestructura, habida cuenta de las necesidades del servicio. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento viene acompañado en algunos países de la obligación legal impuesta al socio privado de mantener y traspasar los bienes en el estado que exige un mantenimiento prudente y de aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP:

marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 127). Cuando la autoridad contratante obligue a devolver los bienes en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto deberían ser razonables. Aun cuando sea razonable que la autoridad contratante exija que los bienes tengan una determinada vida residual, no sería razonable esperar que estuvieran en las mismas condiciones que si fueran nuevos. Además, esos requisitos pueden no ser aplicables en caso de que se rescinda el contrato de participación público-privada, sobre todo si se rescinde antes de que concluya con éxito la etapa de construcción.

45. Es aconsejable idear un procedimiento claro para evaluar y determinar el estado de los bienes que deben ser traspasados a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del socio privado para determinar si la infraestructura está en el estado prescrito y si cumple los requisitos enunciados en el contrato de participación público-privada. Asimismo, en el contrato se puede establecer el procedimiento de designación de los miembros y el mandato del comité, que puede estar facultado para exigir al socio privado que adopte medidas razonables para subsanar y eliminar todo defecto o deficiencia que se detecte en la infraestructura. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial en un momento apropiado con mucha antelación respecto de la rescisión del contrato (al menos un año, pero en algunos casos incluso antes), tras la cual la autoridad contratante puede exigir al socio privado que tome medidas adicionales de mantenimiento a fin de garantizar que los bienes se encuentren en un estado adecuado en el momento del traspaso. La autoridad contratante podría tal vez exigir en el contrato que el socio privado dé alguna garantía especial del correcto traspaso de la infraestructura. La autoridad contratante podría recurrir a esa garantía para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones dañadas.

2. Disposiciones financieras en caso de rescisión

46. La rescisión del contrato de participación público-privada puede producirse antes de que el socio privado haya podido recuperar su inversión, saldar sus deudas y obtener los beneficios previstos, lo que le puede suponer una pérdida considerable. La autoridad contratante también puede sufrir pérdidas porque puede verse obligada a efectuar una inversión adicional o afrontar importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o seguir prestando el servicio de que se trate. Por todo ello, en los contratos se suelen regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. Los pasivos contingentes resultantes de la rescisión de un contrato pueden ser significativos y pueden requerir una valoración adecuada en la matriz de riesgos de la autoridad contratante en las etapas iniciales de la planificación del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 15 y 16). Además, es posible que los pagos efectivos abonados por la autoridad contratante, ya sea como indemnización por

la rescisión o como pago ordinario por el traspaso de bienes, requieran una dotación presupuestaria suficiente, que la autoridad contratante puede tener que solicitar antes de que venzan esos pagos.

47. En los párrafos siguientes se exponen los diversos factores que las autoridades contratantes y los socios privados suelen tener en cuenta al determinar los niveles de indemnización a los cuales una u otra parte puede tener derecho en el supuesto de rescisión del contrato de participación público-privada. En este sentido, resulta importante hacer una distinción entre las normas de la indemnización contractualmente convenida y los daños y perjuicios que deban abonarse en caso de rescisión improcedente. En este último caso, los pagos sustituyen la plena restitución y tienen por finalidad reponer a la parte lesionada fundamentalmente en la misma situación en la que se habría encontrado si la otra parte no hubiera rescindido de manera improcedente el contrato[3]. En cambio, las indemnizaciones contractualmente convenidas no suelen tener carácter restitutivo o punitivo, sino que suelen reflejar lo que las partes consideran una indemnización equitativa por las inversiones realizadas y el posible lucro frustrado con la rescisión anticipada del contrato.

48. Existen básicamente tres criterios para determinar la cuantía de las indemnizaciones: *a)* el criterio basado en los ingresos valora una empresa a partir de sus ingresos actuales y previsibles utilizando el método del flujo de caja actualizado, el método del valor actual ajustado o el método del flujo de caja capitalizado; *b)* el criterio basado en el mercado conlleva comparar el proyecto en cuestión con el valor de mercado de una empresa similar, o de las participaciones en la propiedad de una empresa similar, reflejado en su precio de venta; *c)* por último, el criterio basado en los bienes utiliza el valor contable o el valor de reposición de los bienes por los que se debe abonar la indemnización. Los tres criterios pueden utilizarse para fijar los parámetros de cálculo de la indemnización por rescisión de un contrato de participación público-privada y, por lo general, varían según la etapa en que tiene lugar la rescisión y los distintos motivos de esta. No obstante, los siguientes factores suelen tener un papel central al determinar los parámetros de la indemnización:

[3] La norma sobre daños y perjuicios que rige en el derecho internacional consuetudinario fue definida con carácter general por la Corte Permanente de Justicia Internacional en los siguientes términos: "El principio esencial contemplado en la noción real de un acto ilegal —principio que parece haber sido consagrado por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de tribunales arbitrales— es que la reparación debe, en la medida de lo posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, probablemente, habría existido si el acto no se hubiera cometido. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una reparación en especie; el reconocimiento, de ser necesario, del pago de una indemnización por la pérdida sufrida que no podría recuperarse por medio de la restitución en especie o el eventual pago de su correspondiente valor: estos son los principios que deben servir para determinar la cuantía de la indemnización adeudada por un acto contrario al derecho internacional" (*Factory at Chorzow* (*Germany* v. *Poland*) (fondo), 1928 PCIJ (Ser. A), núm. 17 (13 de septiembre), pág. 125).

a) La deuda pendiente, la inversión en el capital social y el lucro previsto. La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del socio privado. Dado que los acuerdos de préstamo normalmente incluyen una denominada "cláusula de aceleración" por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la deuda pendiente al rescindirse el contrato de participación público-privada se puede contabilizar como pérdida inmediata del socio privado. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice al socio privado por esa pérdida y la magnitud de esa posible indemnización suelen depender del motivo por el que se rescinde el contrato. Una indemnización parcial puede limitarse a la suma correspondiente al valor de las obras que el socio privado haya concluido de manera satisfactoria, mientras que una indemnización completa cubre el importe íntegro de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que a veces se tiene en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas del socio privado por concepto de inversiones en el capital social, en la medida en que no se hayan recuperado esas inversiones al rescindirse el contrato. Por último, la rescisión priva también al socio privado de los beneficios que pudiese reportar la infraestructura en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión improcedente por parte de la autoridad contratante, el valor actual de los beneficios futuros previstos puede ser contabilizado a efectos de la indemnización adeudada al socio privado;

b) El grado de terminación de las obras, el valor residual de estas y la amortización de los bienes. La indemnización contractual prevista por diversos motivos de rescisión suele ser proporcional al grado de terminación de las obras al rescindirse el contrato. Normalmente, el valor de las obras se calcula en función de la inversión requerida para la construcción (particularmente si el contrato se rescinde durante la etapa de construcción), el costo de reposición o el valor "residual" de la infraestructura. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse el contrato. Es posible que el valor de mercado de ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o de infraestructuras cuya vida funcional esté cercana a su fin sea inexistente o, al menos, de difícil estimación. En ocasiones, el valor residual puede calcularse habida cuenta de la utilidad prevista de la infraestructura para la autoridad contratante. Ahora bien, puede resultar difícil determinar el valor de las obras no acabadas, particularmente cuando la inversión que haya de efectuar la autoridad contratante para que la infraestructura llegue a ser operativa sea superior a la suma ya invertida por el socio privado. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que los ingresos que genera el proyecto son la única fuente de que dispone el socio privado para recuperar su inversión. Por ello, a menudo el socio privado no recibe una indemnización íntegra por el valor de la infraestructura, sino una indemnización únicamente por el valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión.

a) Rescisión por incumplimiento del socio privado

49. El socio privado no suele tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios en el supuesto de una rescisión del contrato que sea imputable a su incumplimiento. De hecho, el socio privado puede estar obligado a pagar dicha indemnización a la autoridad contratante, aunque, en la práctica, una empresa que haya incumplido el contrato y cuyas deudas sean declaradas vencidas por sus acreedores al rescindirse el contrato rara vez dispone de otros medios financieros suficientes para abonar esa indemnización, lo cual pone de relieve la importancia de las fianzas y otras garantías de cumplimiento que el socio privado puede tener que proporcionar (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 118 y 119).

50. Conviene señalar que la rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por un incumplimiento grave, no debe ocasionar un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, incluso en las APP en que el socio privado construye una infraestructura que a la larga va a ser traspasada a la autoridad contratante, la rescisión del contrato no entraña necesariamente el derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de los bienes sin efectuar pago alguno al socio privado. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según el destino que se les haya asignado en el contrato de participación público-privada (véase el párr. 40):

a) Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante. Cuando el contrato de participación público-privada requiera el traspaso automático de los bienes del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el contrato, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al socio privado por dichos bienes, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras debidamente finalizadas, en la medida en que no hayan sido amortizadas todavía por el socio privado;

b) Bienes que la autoridad contratante puede comprar si ejerce la correspondiente opción. La indemnización financiera puede resultar adecuada cuando la autoridad contratante tiene la opción de comprar los bienes a valor de mercado al extinguirse el contrato de participación público-privada por vencimiento del plazo o el derecho a exigir que esa opción sea ofrecida al ganador de un nuevo concurso de adjudicación del proyecto. Sin embargo, puede preverse legítimamente una indemnización financiera inferior al valor íntegro de esos bienes a fin de alentar al socio privado a cumplir el contrato. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el monto total que requiere el socio privado para saldar su deuda pendiente. Convendría pormenorizar la fórmula para calcular la indemnización financiera en el contrato (es decir, determinar si se abonará ya sea el valor de liquidación del bien en cuestión o el importe de la deuda pendiente o, de ser inferior, el valor de uso alternativo del bien);

c) Bienes que seguirán siendo propiedad del socio privado. Los bienes que son propiedad del socio privado y que no quedan comprendidos en los párrafos *a)* o *b) supra* suelen ser retirados y enajenados por el socio privado, con lo cual raras veces se requieren mecanismos de indemnización. Sin embargo, puede plantearse una situación diferente en el caso de proyectos plenamente privatizados, en los que todos los bienes, incluidos los bienes esenciales para la prestación de los servicios, son propiedad del socio privado. En tales casos, para asegurar la continuidad de los servicios, la autoridad contratante tal vez estime necesario hacerse con esos bienes, aun cuando esto no se haya previsto en el contrato de participación público-privada. En esos casos se acepta por regla general que la autoridad contratante indemnice al socio privado por el justo valor de mercado de dichos bienes. No obstante, en el contrato se puede estipular que se deduzcan de esa indemnización los costos que haya afrontado la autoridad contratante para explotar la infraestructura o para contratar a otra empresa encargada de la explotación.

b) Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante

51. Normalmente, el socio privado tiene derecho a ser plenamente indemnizado por las pérdidas que sufra debido a la rescisión del contrato por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización que se ha de pagar al socio privado suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que estas no hayan sido amortizadas, así como las pérdidas ocasionadas al socio privado, incluido el lucro cesante. Este último suele calcularse a partir de los ingresos del socio privado en los ejercicios financieros anteriores, cuando la rescisión tiene lugar durante la etapa de explotación, o a partir de una proyección de ingresos durante el período de vigencia del contrato inicialmente previsto. El socio privado puede tener derecho a recibir la indemnización íntegra por las deudas contraídas y sus aportaciones al capital social, incluidos el costo asociado al servicio de la deuda y el lucro cesante.

c) Rescisión por otros motivos

52. Al considerar posibles mecanismos de indemnización en el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir la rescisión por impedimentos exonerantes de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) Rescisión por impedimentos exonerantes

53. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que escapan al control de las partes y que, por regla general, no confieren a ninguna de ellas el derecho a ser indemnizada por daños y perjuicios. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea equitativo otorgar alguna indemnización al socio privado, por ejemplo, una indemnización justa por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, este no puede retirar los bienes o utilizarlos

con provecho, mientras que la autoridad contratante sí puede utilizarlos para prestar el servicio en cuestión (por ejemplo, un puente). Sin embargo, puesto que en tales casos la rescisión no es imputable a la autoridad contratante, la indemnización que se pague al socio privado no tiene por qué ser una indemnización "íntegra" (es decir, reembolso de las deudas contraídas, sus aportaciones al capital social y el lucro cesante).

ii) Rescisión por motivos de interés público

54. Cuando en el contrato de participación público-privada se reconoce a la autoridad contratante el derecho a rescindirlo por motivos de interés público (véase el párr. 30), la indemnización abonable al socio privado suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase el párr. 51), aunque no necesariamente de manera íntegra. A fin de calcular la indemnización equitativa que se adeuda al socio privado, conviene distinguir entre la rescisión por motivos de interés público durante la etapa de construcción y la rescisión durante la etapa de explotación:

a) Rescisión durante la etapa de construcción. Si se rescinde el contrato de participación público-privada durante la etapa de construcción e inversión, los mecanismos de indemnización pueden basarse en la práctica habitual seguida en los grandes contratos de obras que prevén su rescisión por conveniencia. En tales casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras satisfactoriamente ejecutadas, así como a los gastos y pérdidas que haya afrontado como consecuencia de la rescisión. Sin embargo, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el socio privado, el principal criterio para calcular la indemnización suele ser la suma total efectivamente invertida por el socio privado hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada en virtud del préstamo concedido al socio privado para realizar las obras estipuladas en el contrato, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. La posibilidad de que el contrato se rescinda durante la etapa de construcción constituye un riesgo considerable para la financiación de los proyectos de participación público-privada. Algunos países tratan de mitigar ese riesgo y aumentar las perspectivas de financiación de los proyectos en los que la autoridad contratante paga las obras realizadas por el socio privado emitiendo periódicamente certificados negociables que reflejan el importe de la inversión realizada en el período correspondiente (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 51 y 52). De acuerdo con ese sistema, los importes reconocidos pero no abonados por la autoridad contratante se incluyen automáticamente en la suma residual adeudada por la autoridad contratante como pago de la inversión no amortizada en caso de rescisión anticipada del contrato de participación público-privada. Las consecuencias financieras generales de esta forma de asunción indirecta del riesgo de construcción por parte de la autoridad contratante, observada en algunos modelos de APP, deben ser analizadas

detenidamente en la etapa de planificación del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 30 a 32). También conviene preguntarse hasta qué punto el socio privado puede reclamar el lucro cesante por la parte no ejecutada del contrato rescindido por motivos de interés público. Por una parte, es posible que el socio privado haya dejado pasar otras oportunidades comerciales en previsión de poder concluir y explotar la infraestructura durante el período de vigencia previsto del contrato. Por otra parte, si la autoridad contratante tiene la obligación de indemnizar al socio privado por su lucro cesante, le puede resultar prohibitivo desde el punto de vista financiero ejercer su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería que en el contrato se fijara una escala de los pagos adeudados por la autoridad contratante en concepto de indemnización por lucro cesante y se cuantificaran los pagos en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el contrato por conveniencia;

b) Rescisión durante la etapa de explotación. En lo que respecta a las obras satisfactoriamente ejecutadas por el socio privado, los mecanismos de indemnización pueden ser los mismos que en la etapa de construcción. Sin embargo, para que la indemnización sea equitativa en un supuesto de rescisión por conveniencia durante la etapa de explotación tal vez haya que prever una indemnización justa por el lucro cesante. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto puede estar justificada porque, a diferencia de la rescisión durante la etapa de construcción, en la que es posible que la autoridad contratante tenga que asumir el costo de la conclusión de las obras, en el supuesto de rescisión durante la etapa de explotación la autoridad contratante puede recibir una infraestructura acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente. La indemnización por lucro cesante se calcula a menudo sobre la base de los ingresos percibidos por el socio privado durante ejercicios anteriores, pero en algunos casos quizás deban tenerse en cuenta otros elementos, como los beneficios previstos en función de las tarifas convenidas, puesto que los ingresos previstos son un elemento esencial en los estudios de viabilidad y el diseño de la estructura financiera del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 33 y 34). El motivo es que en algunos proyectos de infraestructura, como carreteras de peaje y proyectos similares, que se caracterizan por elevados costos financieros e ingresos relativamente bajos durante las primeras etapas de explotación, puede rescindirse el contrato antes de que el proyecto haya empezado a registrar beneficios.

3. Medidas de liquidación y transición

55. Cuando se traspasa la infraestructura a la autoridad contratante al finalizar el plazo de vigencia del contrato, las partes tal vez deseen disponer lo necesario para que la autoridad contratante esté en condiciones de explotar la infraestructura conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. En el contrato de participación público-privada se puede imponer al socio privado la obligación de

transferir la tecnología o los conocimientos técnicos necesarios para explotar la infraestructura. El contrato puede también prorrogar, durante un determinado plazo de transición, ciertas obligaciones del socio privado relativas a la explotación y al mantenimiento de la infraestructura. Incluso puede prever que el socio privado esté obligado a suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que pueda necesitar la autoridad contratante para reparar la infraestructura. Sin embargo, cabe señalar que es posible que el socio privado no esté en condiciones de emprender por su cuenta algunas de las medidas de transición que se mencionan a continuación, ya que en la mayoría de los casos se designa al socio privado con el único fin de llevar a cabo el proyecto, por lo que tiene que comprar a terceros la tecnología y los repuestos pertinentes.

a) Transferencia de tecnología y conocimientos técnicos

56. En algunos casos, la infraestructura traspasada a la autoridad contratante incorpora diversos procesos tecnológicos necesarios para obtener ciertos bienes, como electricidad o agua potable, o prestar determinados servicios, como servicios de telefonía. La autoridad contratante desea a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para explotar y mantener la infraestructura. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios básicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de explotación y mantenimiento (por ejemplo, en materia de construcción o de ingeniería civil), es posible que precise conocimientos sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para la adecuada explotación de la infraestructura traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia suele denominarse "transferencia de tecnología". Las obligaciones de transferencia de tecnología no pueden imponerse unilateralmente al socio privado, y, en la práctica, estas cuestiones son objeto de amplias negociaciones entre las partes interesadas. Si bien el país anfitrión tiene un interés legítimo en obtener la tecnología necesaria para explotar la infraestructura, hay que tener debidamente en cuenta los intereses comerciales y las estrategias empresariales de los inversionistas privados.

57. Se pueden concertar diversos arreglos contractuales para la transferencia de tecnología y el cumplimiento de otras obligaciones necesarias para la construcción o explotación de la infraestructura. La transferencia de tecnología en sí suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo, concediendo licencias de la propiedad industrial, creando una empresa conjunta entre las partes o suministrando información técnica confidencial. En la *Guía* no se pretende dar una visión completa de la negociación y redacción de los contratos relacionados con la concesión de licencias de la propiedad industrial o con el suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de

otros órganos de las Naciones Unidas[4]. En los párrafos siguientes se señalan solamente algunas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para explotar y mantener la infraestructura mediante la capacitación del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

58. El método más importante para traspasar a la autoridad contratante la información y los conocimientos técnicos requeridos para la correcta explotación y mantenimiento de la infraestructura es el de capacitar al personal de la autoridad contratante. Para estar en condiciones de decidir sobre las necesidades de formación de su personal, convendría que la autoridad contratante pidiera, en su solicitud de propuestas o durante la negociación del contrato, que el socio privado presentara un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura y se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración del socio privado debería ser lo suficientemente explícita para que la autoridad contratante pudiera determinar el alcance de la capacitación requerida para el personal disponible. El socio privado cuenta a menudo con los medios necesarios para impartir esa formación. En algunos casos, no obstante, resulta más eficaz que la imparta un ingeniero externo o una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

59. La información y los conocimientos técnicos requeridos para la correcta explotación y mantenimiento de la infraestructura pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada consta normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de explotación y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga enumerar en el contrato de participación público-privada la documentación que ha de facilitar el socio privado, que debe ser completa y clara y estar escrita en el idioma convenido. También puede ser aconsejable exigir que el socio privado, a petición de la autoridad contratante, haga demostraciones prácticas de los procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para su adecuada comprensión.

---

[4] La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de la propiedad industrial y de suministro de conocimientos técnicos en la *Guía de licencias para los países en desarrollo* (publicación de la OMPI, núm. 620 (S), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en unas directrices para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología (*Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements*, Development and Transfer of Technology Series, núm. 12 (ID/233, 1979)) y en una guía de uso en la redacción de contratos sobre la transferencia internacional de conocimientos en el sector de la ingeniería (*Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.70.II.E.15)). Otra publicación de interés al respecto es el manual sobre la adquisición de tecnología por los países en desarrollo (*Handbook on the Acquisition of Technology by Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.78.II.D.15)). Véase un examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10), cap. VI, "Transferencia de tecnología".

60. Se pueden especificar las fechas en que se ha de entregar la documentación. En el contrato de participación público-privada se puede estipular que toda la documentación debe entregarse antes de la fecha fijada para la terminación de las obras. Las partes tal vez deseen acordar asimismo que no se dará por concluido el traspaso de la infraestructura hasta que no se haya facilitado toda la documentación relativa a su explotación que conforme al contrato haya de ser remitida antes de que terminen las obras. Puede ser aconsejable estipular asimismo que algunos documentos, como los manuales de explotación, deben ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permite que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante su instalación.

b) Asistencia para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura prestada con posterioridad a su traspaso

61. La asistencia necesaria que debe prestar el socio privado depende de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si esta carece del personal suficientemente formado que se requiere para la explotación técnica de la infraestructura, tal vez desee obtener la asistencia técnica del socio privado, al menos durante el período inicial. En algunos casos, la autoridad contratante tal vez desee que el socio privado le facilite especialistas que ocupen la mayoría de los puestos técnicos de la infraestructura, mientras que en otros casos es posible que solo desee que el socio privado ponga a su disposición expertos técnicos que colaboren con su propio personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

62. A fin de ayudar a la autoridad contratante en la explotación y el mantenimiento de la infraestructura, en el contrato de participación público-privada se puede exigir que el socio privado presente, con anterioridad al traspaso de la infraestructura, un programa de explotación y mantenimiento que asegure su funcionamiento durante el resto de su vida útil al nivel de eficiencia estipulado en el contrato. En ese programa cabría incluir aspectos como un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para la explotación técnica de la infraestructura y sus respectivas funciones; el calendario de inspecciones y de las operaciones de lubricación, limpieza y ajuste, y el plan de reposición de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento también puede incluir funciones de carácter administrativo, como establecer un calendario de mantenimiento o llevar un registro de las operaciones de mantenimiento. La autoridad contratante también puede exigir al socio privado que presente manuales de explotación y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deben estar en un formato y en un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante.

63. Una forma eficaz de capacitar al personal de la autoridad contratante en los procedimientos de explotación y mantenimiento de la infraestructura puede consistir en acordar en el contrato de participación público-privada que dicho personal debe colaborar con el personal del socio privado en las tareas de explotación y mantenimiento durante un determinado período previo o posterior a su traspaso. Acto seguido se pueden definir los puestos que ocupará el personal empleado por la autoridad contratante, así como las calificaciones y experiencias requeridas. A fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describan claramente las relaciones de subordinación entre el personal de cada una de las partes durante ese período.

c) Suministro de piezas de repuesto

64. En los proyectos que prevean el traspaso de la infraestructura a la autoridad contratante, esta deberá procurarse los repuestos de las piezas desgastadas o dañadas necesarios para explotar, mantener y reparar la infraestructura. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del socio privado para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios que harán falta una vez traspasada la infraestructura se ve notablemente facilitada si las partes prevén y estipulan en el contrato de participación público-privada o en un acuerdo posterior las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Sin embargo, dada la larga duración de la mayoría de las APP, tal vez sea difícil para las partes prever en el contrato las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la infraestructura.

65. Una solución posible es que las partes concierten por separado otro contrato en que se regulen estas cuestiones[5]. Ese contrato puede ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la infraestructura, cuando la autoridad contratante tenga mayor certeza sobre sus posibles necesidades. Si quien fabrica esos repuestos no es el socio privado, sino sus proveedores, la autoridad contratante tal vez prefiera suscribir contratos con esos proveedores en lugar de conseguirlos por medio del socio privado, aunque también es posible que prefiera que el socio privado actúe como su agente para la compra de esos repuestos.

66. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la capacidad técnica requerida para instalar los repuestos. A tal fin, en el contrato de participación público-privada se puede exigir que el socio privado suministre los manuales

[5] La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a la redacción de contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y explotación de instalaciones industriales y de otra índole (*Guide on Drawing Up International Contracts for Services Relating to Maintenance, Repair and Operation of Industrial and Other Works*, ECE/TRADE/154) que, *mutatis mutandis*, puede ayudar a las partes a redactar uno o varios contratos independientes relativos al mantenimiento y la reparación de una instalación que haya de traspasarse a la autoridad contratante.

de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan ser necesarios. Los manuales de instrucciones deberían estar en un formato y un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante. En el contrato se puede exigir asimismo que el socio privado facilite los diseños de montaje en los que se vean las interconexiones entre las diversas piezas del equipo y se muestre la vía de acceso a ellas para la instalación de los repuestos y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos tal vez sea necesario exigir que el socio privado enseñe al personal de la autoridad contratante a instalar por sí solo las piezas de repuesto.

d) Reparaciones

67. A la autoridad contratante le conviene concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la infraestructura si se produce una avería. En muchos casos es posible que la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones sea el propio socio privado. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el contrato de participación público-privada a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el socio privado, en virtud de esa cláusula solo se puede contratar para esa tarea a terceros que ofrezcan al socio privado una garantía satisfactoria de confidencialidad respecto de su tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del socio privado han sido fabricados por sus proveedores, es posible que la autoridad contratante prefiera concertar con ellos acuerdos de reparación independientes. Al definir la naturaleza y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al socio privado, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el socio privado, a título de garantía contractual de la calidad, de subsanar todo defecto de la infraestructura.

e) Clausura

68. En los párrafos anteriores se han analizado diversas medidas de liquidación y transición que son necesarias para el traspaso ordenado de los bienes o las infraestructuras a la autoridad contratante (o un socio privado sucesor, según el caso). Para clausurar una infraestructura o una instalación obsoleta o que no puede funcionar de acuerdo con los objetivos medioambientales o de desarrollo sostenibles marcados por el país anfitrión son necesarias otras medidas de liquidación. En este contexto, por "clausura" se entiende retirar del servicio la infraestructura con carácter permanente. La clausura puede comportar el desmantelamiento y la retirada de la infraestructura de la zona en la que se ubicaba el proyecto de participación público-privada, y en ningún momento este proceso debería causar daños personales o materiales ni representar un peligro para el medio ambiente. Se requiere una planificación cuidadosa, y en el contrato de participación público-privada se deberían establecer los procedimientos y los métodos para clausurar la infraestructura. Por ejemplo, es posible que las partes tengan que realizar estudios

independientes para valorar la posible obsolescencia o los riesgos que supone la infraestructura para el medio ambiente o la seguridad. También es aconsejable que se incluyan los costos y el procedimiento de la clausura en las evaluaciones del impacto ambiental que se lleven a cabo durante la preparación del proyecto (véase el cap. II, Planificación y preparación de proyectos", párrs. 19 y 20).

69. La clausura de una infraestructura conlleva frecuentemente unos elevados costos. Por ello, en el contrato de participación público-privada se deberían fijar las obligaciones de cada una de las partes respecto de las diversas medidas que deban adoptarse para proceder a una clausura adecuada, así como los costos de esas medidas y la posible responsabilidad (y el correspondiente seguro u otras medidas de mitigación de los riesgos) que se derive del peligro para el medio ambiente u otros daños que se puedan ocasionar en el emplazamiento y los terrenos aledaños o de cualquier forma de daños personales. Cabe señalar que la legislación general en materia de medio ambiente o de gestión de residuos puede suplementar las cláusulas del contrato de participación público-privada, en particular en el supuesto de clausura imprevista de la infraestructura, e incluso invalidarlas, como sucede habitualmente cuando la normativa medioambiental se endurece después de que se haya adjudicado el contrato.

VI. Solución de controversias

A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de las APP es el marco jurídico vigente en el país anfitrión para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas tendrán un incentivo para participar en proyectos si están seguros de que toda controversia surgida de los contratos que se celebren en el marco del proyecto se resolverá de forma imparcial y eficiente. De igual modo, la aplicación de procedimientos eficientes para prevenir las controversias o resolverlas rápidamente facilitará el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirá sus gastos administrativos generales. A fin de crear un entorno favorable para las inversiones, el marco jurídico del país anfitrión debería materializar principios básicos como los siguientes: se debería garantizar a las empresas nacionales y extranjeras el acceso a los tribunales de justicia en condiciones sustancialmente idénticas; las partes en contratos privados deberían tener derecho a elegir la ley aplicable a sus contratos; las sentencias judiciales y los laudos arbitrales extranjeros deberían ser ejecutables, y la ley debería dar a las partes la posibilidad de escoger los mecanismos judiciales o no judiciales de prevención y solución de controversias que estimen más adecuados y eficientes.

2. Las APP requieren normalmente el establecimiento de una red de contratos relacionados entre sí y de otras relaciones jurídicas entre las diversas partes. Las disposiciones legales relativas a la solución de las controversias surgidas en el marco de esos proyectos deben tener en cuenta la diversidad de relaciones, que pueden requerir métodos de solución de controversias distintos según la etapa del proyecto, el tipo de controversia y las partes de que se trate. Las controversias pueden surgir en una etapa tan temprana como durante el proceso de adjudicación del contrato, por ejemplo, en forma de reclamaciones o de impugnaciones de las decisiones adoptadas por la autoridad contratante en el curso del proceso, especialmente durante la selección final del socio privado. Estas controversias suelen tramitarse de conformidad con los procedimientos de recurso contra las decisiones adoptadas y de solución de controversias previstos con carácter general en la legislación sobre contratación pública del país (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 142 y 143). Este capítulo se centra en las principales controversias que pueden surgir durante la etapa de ejecución y una vez terminado el proyecto. Esas controversias pueden agruparse en tres grandes categorías:

a) Controversias surgidas en el marco de acuerdos entre el socio privado y la autoridad contratante y otros organismos públicos. En la mayoría de los países de tradición romanista, el contrato de participación público-privada se rige por el derecho administrativo (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 25 a 28), mientras que en otros países se rige en principio por el derecho contractual general, complementado por disposiciones especiales aplicables a los contratos públicos de prestación de servicios públicos. Este régimen puede tener repercusiones en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el contrato de participación público-privada puedan convenir. También pueden hacerse consideraciones similares respecto de determinados contratos celebrados entre el socio privado y organismos o empresas públicas que suministran bienes o servicios al proyecto o compran bienes o servicios generados por la infraestructura;

b) Controversias surgidas en el marco de contratos y acuerdos concertados por los promotores del proyecto o el socio privado con otras partes requeridas para la ejecución del proyecto. Esta categoría de contratos suele incluir al menos los siguientes: i) contratos entre partes con participación en el capital de la sociedad del proyecto (por ejemplo, acuerdos de accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de préstamo y acuerdos conexos, en los que participen, además de la sociedad del proyecto, entidades como bancos comerciales, instituciones públicas de crédito, instituciones internacionales de crédito y aseguradores de créditos a la exportación; iii) contratos entre la sociedad del proyecto y contratistas, que tal vez sean, a su vez, consorcios de contratistas, proveedores de equipo y proveedores de servicios; iv) contratos entre la sociedad del proyecto y las partes que explotan o mantienen la infraestructura del proyecto, y v) contratos entre el socio privado y empresas privadas para el suministro de los bienes y servicios requeridos para la explotación y el mantenimiento de la infraestructura;

c) Contratos entre el socio privado y otras partes interesadas. Entre esas partes cabe citar a los usuarios o clientes de la infraestructura, que pueden ser, por ejemplo, una empresa pública de servicios que compra electricidad o agua a la sociedad del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas mercantiles, como navieras o líneas aéreas que contratan la utilización de un puerto o aeropuerto, y personas particulares que pagan por utilizar una carretera de peaje. Es posible que las partes en esas controversias no estén vinculadas por una relación jurídica anterior de carácter contractual o similar. También pueden surgir controversias entre el socio privado y terceros, como personas residentes en zonas adyacentes, grupos indígenas afectados por el proyecto o representantes de la sociedad civil. Esas controversias se suelen resolver por los cauces de la justicia interna. Es aconsejable que la legislación prevea mecanismos de consulta para que ya en las etapas de planificación puedan tenerse en cuenta las opiniones de esas partes. Los Estados también pueden estudiar la posibilidad de contar con un mecanismo de solución de las controversias que puedan suscitarse entre esos terceros y el socio privado (véase el cap. VII, "Otros ámbitos

pertinentes del derecho", párrs. 50 y 51; véase también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 18).

B. Controversias entre la autoridad contratante y el socio privado

3. Los contratos de participación público-privada, en particular los que versan sobre proyectos de infraestructura, se ejecutan durante un largo período y con la intervención, en las etapas de construcción y de explotación, de diversas empresas. En esos proyectos, que atraen en alto grado el interés público, participan normalmente organismos públicos. Todo ello hace más imperiosa la necesidad de disponer de mecanismos que, en lo posible, permitan evitar la intensificación de los desacuerdos entre las partes y preserven su relación comercial, que impidan la interrupción de las obras o la prestación de los servicios y que se adapten a las características particulares de las controversias que puedan surgir.

4. En la presente sección se examinan algunas de las principales consideraciones propias de las distintas etapas de la ejecución de las APP. La solución de las reclamaciones presentadas por el socio privado en relación con las decisiones de los organismos reguladores se examina en el contexto de las facultades de regulación de los servicios de infraestructura (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 56 y 57). La solución de las controversias surgidas durante el proceso de selección de un socio privado (es decir, las controversias precontractuales) también se ha examinado anteriormente en la *Guía* (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 142 y 143).

1. Consideraciones generales sobre los métodos de prevención y solución de controversias

5. Las cuestiones que con más frecuencia dan lugar a controversias durante la vida del contrato de participación público-privada son las relacionadas con posibles incumplimientos del acuerdo en la etapa de construcción, la explotación de la infraestructura o la extinción por vencimiento del plazo o la rescisión del contrato. Esas controversias pueden ser muy complejas y a menudo implican cuestiones sumamente técnicas que deben resolverse con rapidez a fin de no perturbar la construcción o la explotación de la infraestructura. Por esas razones, es aconsejable que las partes prevean mecanismos que permitan elegir expertos competentes que las ayuden a resolver las controversias.

6. A fin de alcanzar los objetivos mencionados, los contratos de participación público-privada contienen a menudo cláusulas complejas de solución de controversias cuya finalidad es impedir, en lo posible, que surja la controversia, propiciar

soluciones pactadas y establecer métodos eficaces para la solución de las controversias que se generen a pesar de todo. Esas cláusulas prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada para alertar de las cuestiones que pueden derivar en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. De surgir una controversia, el contrato suele obligar a las partes a intercambiar información y discutir las cuestiones controvertidas para darles una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas puede solicitar la participación de un tercero independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. En la mayoría de los casos solo se acude a mecanismos contenciosos cuando no se ha logrado resolver la controversia utilizando esos métodos conciliatorios.

7. Sin embargo, puede haber límites a la autonomía de las partes para convenir en la utilización de ciertos métodos de prevención o solución de controversias, ya sea por la materia objeto de controversia o, en algunos ordenamientos jurídicos, por el carácter público de la autoridad contratante. Algunos ordenamientos jurídicos acostumbran a limitar la facultad de la administración pública y sus organismos para acordar el recurso a ciertas vías de solución de controversias, en particular al arbitraje, en función de la materia objeto del contrato. En algunos países, esta limitación no es aplicable a las empresas públicas industriales o mercantiles, que, en sus relaciones con terceros, actúan con arreglo al derecho privado, en general, o al derecho mercantil, en particular.

8. Esas restricciones a la autonomía para convenir en los métodos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje, pueden dimanar también de la índole jurídica del contrato de participación público-privada. En algunos ordenamientos jurídicos de tradición romanista en que estos contratos son considerados contratos administrativos, es posible que las controversias conexas tengan que resolverse ante los tribunales judiciales o administrativos del país anfitrión. En otros ordenamientos jurídicos puede haber prohibiciones expresas similares en la legislación o en la jurisprudencia directamente aplicable a estos contratos o puede suceder que esas prohibiciones sean consecuencia de prácticas contractuales establecidas, basadas por lo general en normas legales o reglamentarias.

9. Las autoridades contratantes deberían sopesar detenidamente las ventajas y los inconvenientes de los diversos métodos de solución de controversias que se analizan en la *Guía*. Para los países que deseen recurrir a métodos alternativos de solución de controversias, incluidos los distintos métodos descritos en la *Guía*, en sustitución de la intervención de los tribunales nacionales o como complemento a esta, es importante que, a los efectos de resolver las controversias a que den lugar las APP, se eliminen los posibles obstáculos jurídicos y se otorguen claras facultades a las autoridades contratantes nacionales para que convengan en los métodos de solución de controversias que estimen más apropiados y eficientes. A falta de esa

autorización legislativa, pueden surgir dudas acerca de la validez de la cláusula sobre solución de controversias y puede haber demoras en la solución de la controversia. Si, por ejemplo, un tribunal arbitral determina que el acuerdo de arbitraje se ha concertado válidamente, aunque posteriormente se haya alegado como defensa que la autoridad contratante no estaba autorizada para suscribirlo, la cuestión podría volver a plantearse en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo ante un tribunal judicial del país anfitrión o de un tercer país donde deba reconocerse o ejecutarse ese laudo.

2. Métodos comúnmente utilizados para prevenir y resolver controversias

10. En los párrafos que siguen se exponen las características esenciales de los métodos que se utilizan para prevenir y resolver controversias, y se examina su idoneidad en las distintas etapas de los grandes proyectos de infraestructura, es decir, en la etapa de construcción, en la de explotación y en la etapa posterior a la rescisión del contrato de participación público-privada. Aunque en el contrato se suelen prever mecanismos compuestos de prevención y solución de controversias, es preciso procurar que los procedimientos no sean excesivamente complejos y que no se impongan demasiados procedimientos sucesivos. En los siguientes párrafos se presentan sucintamente algunos métodos de prevención y solución de controversias con el ánimo de informar a los legisladores de sus características y utilidad. Ello no debe entenderse como una recomendación de utilizar una determinada combinación de esos métodos.

a) Notificación anticipada

11. La inclusión de cláusulas de notificación anticipada puede ser un medio muy útil para prevenir controversias. Conforme a esas cláusulas, cuando una de las partes contratantes estime que los hechos ocurridos, o las reclamaciones que se propone presentar, pueden ser causa de controversias, esos hechos o reclamaciones deben señalarse a la atención de la otra parte lo antes posible. La demora en interponer una reclamación puede no solo ser fuente de conflictos, ya que sorprenderá probablemente a la otra parte, creando resentimiento y animosidad, sino que también dificultará la tarea de sustentar la reclamación. Por esa razón, las cláusulas de notificación anticipada normalmente requieren que la parte demandante presente una reclamación cuantificada, junto con las pruebas necesarias, dentro del plazo establecido. Para dotar de eficacia a esa disposición suele preverse una sanción en caso de incumplimiento, como la pérdida del derecho a presentar esa reclamación o un aumento de la carga de la prueba. En los proyectos de infraestructura la notificación anticipada suele referirse a los hechos que puedan perjudicar la calidad de las obras o de los servicios públicos, aumentar su costo, causar demoras o poner

en peligro la continuidad del servicio. Por ello, las cláusulas de notificación anticipada pueden ser útiles a lo largo de todo el proyecto de infraestructura.

b) Mediación y conciliación

12. El término "mediación" se utiliza en la *Guía* en sentido amplio para hacer referencia a los procedimientos en que una persona o un grupo de personas ayudan a las partes de forma independiente e imparcial en su intento de solucionar amistosamente su controversia. La mediación se distingue de la mera negociación entre las partes en una controversia (que las partes suelen iniciar a raíz de esa controversia) en que en la mediación interviene una tercera persona independiente e imparcial para ayudar a resolver la controversia, mientras que en una negociación entre las partes para resolver su controversia no está prevista la ayuda de un tercero. La diferencia entre la mediación y el arbitraje radica en que la mediación termina con una solución de la controversia pactada entre las partes o concluye de manera infructuosa, mientras que en el arbitraje el tribunal arbitral impone a las partes una decisión vinculante, a menos que estas hayan resuelto la controversia antes de que se dicte el laudo arbitral. En la práctica, esos procedimientos de mediación se designan con diversos términos, entre ellos el de "conciliación". En ocasiones, los profesionales del derecho hacen distinciones entre esos conceptos en función del método empleado por el tercero o del grado en que el tercero interviene en el proceso. Sin embargo, con frecuencia los términos "mediación" y "conciliación" se utilizan como sinónimos.

13. La mediación se usa cada vez más en diversas partes del mundo, incluso en regiones en las cuales no se utilizaba habitualmente hasta ahora. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en la promulgación de leyes sobre mediación en un número cada vez mayor de Estados, a menudo sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[1] (a la que ha sucedido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018))[2], y en la creación de diversos órganos privados y públicos que ofrecen servicios de mediación a las partes interesadas. La ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación depende en la actualidad de las leyes procesales y sustantivas nacionales, que aún presentan considerables variaciones en lo que respecta a los efectos de un acuerdo de transacción y el proceso de ejecución. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales

[1] El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I.

[2] El texto oficial de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/73/17), anexo II.

Resultantes de la Mediación[3] aborda esta cuestión habilitando un régimen uniforme y eficaz para el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los acuerdos de transacción que se basa en la ampliamente aplicada Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958[4].

14. El procedimiento de mediación suele ser oficioso y sencillo, lo que en general redunda en su rapidez y bajo costo. El procedimiento también suele ser privado y confidencial, aunque algunos países promueven la transparencia en la mediación mediante la intervención de organismos públicos, por ejemplo, dando publicidad a los acuerdos de transacción. El mediador puede asumir funciones múltiples y, en general, es más activo que un facilitador. Con frecuencia puede cuestionar la posición de las partes para poner de relieve puntos débiles que normalmente facilitan el acuerdo y, si está facultado para ello, puede sugerir posibles soluciones. El procedimiento no es en general vinculante, y la tarea del mediador consiste en facilitar la solución, orientando la atención de las partes hacia los problemas y sus posibles soluciones, y no en imponer una decisión. El procedimiento resulta especialmente útil cuando sea difícil llegar a un acuerdo mediante negociaciones directas debido a la intervención de numerosas partes. Dadas las posibles consecuencias financieras y prácticas de un acuerdo de transacción, y en aras de la transparencia y la rendición de cuentas, tal vez sea aconsejable supeditar la aplicación del acuerdo por la autoridad contratante a la aprobación previa de un órgano superior.

15. Si las partes estipulan la mediación en el contrato de participación público-privada, estas tendrán que resolver varias cuestiones de procedimiento a fin de aumentar las probabilidades de llegar a una solución. Esas cuestiones de procedimiento se resuelven con mayor facilidad si el contrato remite a algún reglamento, como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[5]. Diversas organizaciones internacionales y nacionales han preparado sus propios reglamentos de mediación.

---

[3] Véase el texto oficial de la "Convención de Singapur sobre la Mediación", como se la conoce, en la resolución 73/198 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018.

[4] Véase el texto oficial de la "Convención de Nueva York", como se la conoce, en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739, reproducido en el *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.73.V.3).

[5] Véase el texto oficial del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/35/17), párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI, 1980, primera parte, cap. II, secc. A (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI también se ha publicado en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que reza así: "Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, esta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor". El uso del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980.

c) Examen de controversias técnicas por expertos independientes

16. Para la etapa de construcción, las partes tal vez deseen prever que determinados tipos de controversia sean sometidos al examen de un experto independiente designado por ambas. Este método puede ser especialmente útil para resolver desacuerdos relativos a los aspectos técnicos de la construcción de la infraestructura (por ejemplo, si las obras cumplen las especificaciones contractuales o las normas técnicas).

17. Las partes, por ejemplo, pueden designar a un inspector de diseño o a un ingeniero supervisor para que examinen los desacuerdos relativos a la inspección y aprobación del diseño y el progreso de las obras, respectivamente (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 77 a 87). Esos expertos independientes deberían poseer conocimientos técnicos en materia de diseño y construcción de proyectos similares. En el contrato de participación público-privada deberían especificarse las facultades de los expertos independientes (por ejemplo, para formular recomendaciones o dictar decisiones vinculantes), así como las circunstancias en que las partes pueden solicitar su asesoramiento o dictamen. En algunos proyectos de infraestructura de gran envergadura, por ejemplo, el socio privado puede solicitar el asesoramiento de un experto independiente cuando esté en desacuerdo con la autoridad contratante respecto de si ciertos aspectos del diseño o de las obras se ajustan a las especificaciones u obligaciones contractuales que sean aplicables. Puede ser especialmente pertinente someter un asunto al dictamen de un inspector de diseño o un ingeniero supervisor, según proceda, cuando se trate de cláusulas del contrato por las que se requiera el consentimiento previo de la autoridad contratante para determinados actos del socio privado, como la autorización definitiva para la explotación de la infraestructura (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 86).

18. Con frecuencia se han utilizado expertos independientes para resolver controversias técnicas en contratos de obras, y los diversos mecanismos y procedimientos creados en la práctica de la industria de la construcción pueden utilizarse, *mutatis mutandis*, en relación con las APP. Sin embargo, cabe observar que el alcance de las controversias entre la autoridad contratante y el socio privado no es necesariamente el mismo que el de las controversias que suelen producirse en el marco de un contrato de obras. Ello se debe a que las posiciones respectivas de la autoridad contratante y del socio privado con arreglo al contrato de participación público-privada no son plenamente comparables a las del propietario ni a las de quien ejecuta las obras en un contrato de obras. Por ejemplo, las controversias relativas a los pagos adeudados al contratista por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, frecuentes en los contratos de obras, no son habituales en las relaciones

entre la autoridad contratante y el socio privado, ya que no es habitual que este último reciba pagos de la autoridad contratante por las obras realizadas.

d) Juntas de examen de controversias

19. Los contratos de participación público-privada relativos a grandes proyectos de infraestructura establecen a menudo juntas compuestas por expertos designados por ambas partes, posiblemente con la ayuda de alguna autoridad nominadora, a fin de que presten asistencia en la solución de las controversias que puedan surgir en las etapas de construcción y explotación (llamadas en la *Guía* "juntas de examen de controversias"). Estas juntas pueden constituirse con carácter permanente o *ad hoc*, según el volumen de controversias previsto y la estimación que hagan las partes del costo y la eficiencia de cada alternativa. El procedimiento que se tramita ante una junta de examen de controversias puede ser oficioso y rápido y adaptarse a las características de la controversia que la junta tenga que resolver. El nombramiento de una junta de examen de controversias puede evitar que los malentendidos o las diferencias entre las partes deriven en controversias formales que tendrían que dirimirse en un proceso arbitral o judicial. De hecho, su eficacia como instrumento para prevenir controversias es una de las ventajas especiales de este procedimiento, aunque las juntas de examen de controversias también pueden servir de mecanismo de solución de controversias, en particular si están facultadas para dictar decisiones vinculantes.

20. Conforme al procedimiento de la junta de examen de controversias, las partes seleccionan normalmente, al inicio del proyecto, tres expertos reconocidos por sus conocimientos en la esfera del proyecto, a fin de que integren la junta. Los expertos pueden ser sustituidos si el proyecto comprende diferentes etapas que requieran conocimientos diferentes (por ejemplo, para la construcción de la infraestructura se requieren conocimientos distintos de los requeridos para la administración ulterior del servicio público); sin embargo, es posible que se pierda conocimiento institucional si se sustituye frecuentemente a los expertos. En algunos proyectos de infraestructura de envergadura se ha creado más de una junta. Por ejemplo, una junta de examen de controversias puede ocuparse exclusivamente de controversias relativas a cuestiones de naturaleza técnica (como diseño técnico, idoneidad de determinada tecnología, cumplimiento de normas ambientales), mientras que otra puede ocuparse de las controversias de naturaleza contractual o financiera (como las relativas a la cuantía de la indemnización adeudada por demoras en la expedición de licencias o a los desacuerdos en la aplicación de fórmulas de ajuste de precios). Todos los miembros de la junta deberían tener experiencia en el tipo particular de proyecto de que se trate, así como en la interpretación y administración de contratos de participación público-privada, y deberían comprometerse a ser imparciales e independientes frente a las partes. Cabe facilitar a los miembros de la junta informes periódicos sobre el progreso de las obras o sobre la explotación

de la infraestructura, según proceda, e informarles inmediatamente de toda diferencia surgida entre las partes. La junta podrá reunirse con las partes, a intervalos regulares o cuando surja la necesidad, a fin de examinar las diferencias planteadas y sugerir posibles formas de resolverlas.

21. En su calidad de agentes encargados de evitar las controversias, los miembros de la junta pueden realizar visitas periódicas al emplazamiento del proyecto, reunirse con las partes y mantenerse informados del progreso de las obras. Esas reuniones pueden ayudar a detectar los posibles conflictos con prontitud, antes de que se agraven y se conviertan en controversias en toda regla. Cuando se identifican posibles conflictos, la junta propone soluciones que, dados los conocimientos y el prestigio de sus miembros, probablemente sean aceptadas por las partes. Cuando se le presenta una controversia, la junta procede a su evaluación, que se realiza de manera oficiosa, normalmente debatiéndola con las partes en el curso de una visita ordinaria al emplazamiento. La junta modera el debate, pero cada una de las partes tiene ocasión de exponer sus opiniones, y la junta puede formular preguntas y solicitar documentos u otras pruebas. Las ventajas de celebrar las vistas en el emplazamiento de las obras, poco después de que hayan tenido lugar los hechos y antes de que las posiciones contenciosas se endurezcan, son evidentes. La junta se reúne luego en privado y trata de formular una recomendación o una decisión. Si las partes no aceptan las propuestas que les son presentadas y se genera efectivamente una controversia, la junta está en una posición ideal para resolverla sin demora, si cuenta para ello con la autorización de las partes, gracias a su conocimiento de los problemas y de los documentos contractuales.

22. Dado que la duración de las APP suele ser larga, muchas de las circunstancias pertinentes para su ejecución pueden cambiar antes de que expire el plazo de la concesión. Aunque las repercusiones de algunos cambios quizás estén directamente contempladas en el contrato de participación público-privada (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 135 a 144), hay cambios que tal vez no se presten fácilmente a ser resueltos por un mecanismo de ajuste automático o que las partes quizá prefieran no resolver de ese modo. Por consiguiente, es importante que las partes establezcan mecanismos para resolver las controversias que puedan surgir debido a un cambio de circunstancias. Esto tiene especial importancia en la etapa de explotación del proyecto. Cuando las partes hayan estipulado reglas que permitan la revisión de las cláusulas del contrato de participación público-privada en el supuesto de que concurran determinadas circunstancias, puede plantearse la cuestión de si se han producido esas circunstancias y, en tal caso, cómo deberían adaptarse o complementarse las cláusulas contractuales pertinentes. A fin de facilitar la resolución de las posibles controversias y evitar que la situación se estanque si las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la revisión del contrato, es aconsejable que las partes indiquen claramente si la junta de examen de controversias puede modificar

o complementar ciertas cláusulas contractuales y, de ser así, en qué medida. Cabe señalar, al respecto, que las partes no siempre pueden recurrir a un tribunal arbitral o a un órgano judicial nacional a tal fin. De hecho, en algunos ordenamientos jurídicos, los tribunales judiciales y arbitrales no tienen competencia para modificar o complementar las cláusulas contractuales; en algunos otros solo pueden hacerlo si las partes los autorizan expresamente, mientras que en otros los árbitros pueden hacerlo, pero los tribunales judiciales no.

23. Es posible que el derecho aplicable a los procesos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes pueden facultar a los árbitros o a un tribunal judicial para que revisen la decisión de la junta de examen de controversias. La ventaja de excluir esa posibilidad es que la decisión de la junta de examen de controversias inmediatamente tendrá carácter firme y vinculante. En cambio, si se permite tal revisión, las partes tienen mayores seguridades de que la decisión será correcta. Las primeras cláusulas contractuales por las que se establecían juntas de examen de controversias no preveían que sus recomendaciones adquirieran fuerza vinculante si no eran impugnadas en un proceso arbitral o judicial. En la práctica, sin embargo, la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes avalados por las propias partes ha impulsado tanto a las autoridades contratantes como a las sociedades de proyectos a aceptar voluntariamente las recomendaciones en lugar de litigar o someter la controversia a arbitraje. Las cláusulas contractuales recientes sobre juntas de examen de controversias prevén normalmente que la decisión de la junta, aunque no directamente vinculante para las partes, adquiere tal condición a menos que una o ambas partes sometan la controversia a arbitraje o inicien actuaciones judiciales en un plazo determinado. Además de evitar litigios o arbitrajes que pueden prolongarse, a menudo las partes tienen en cuenta la posible dificultad de impugnar con éxito una decisión que el tribunal judicial o arbitral podría considerar una recomendación convincente, por cuanto ha sido formulada por expertos independientes que conocen el proyecto desde un principio y se ha basado en una observación del proyecto anterior y simultánea al inicio de la controversia.

24. Aunque no ocurre con frecuencia, las partes pueden convenir en que la decisión de la junta de examen de controversias sea firme y vinculante. Sin embargo, cabe recordar que, pese al acuerdo de las partes en quedar vinculadas por la decisión de la junta, en muchos ordenamientos jurídicos la decisión de la junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, puede no ser ejecutable por vía de un procedimiento sumario, como podría ser el procedimiento de ejecución de un laudo arbitral, puesto que no se le reconoce el valor jurídico de un laudo. Si las partes desean poder recurrir a los buenos oficios de una junta de examen de controversias, es necesario que regulen los diversos aspectos de ese tipo de procedimiento en el contrato de participación público-privada. Sería conveniente que en el contrato se definieran con la mayor precisión posible las facultades

conferidas a la junta. Con respecto a la naturaleza de las funciones de la junta, en el contrato se la puede autorizar a determinar los hechos y a adoptar medidas cautelares. En el contrato se pueden especificar las funciones que desempeñará la junta y el tipo de cuestiones de las que podrá conocer. Si se permite a las partes iniciar un proceso arbitral o judicial en un plazo determinado después de que se haya dictado la decisión, las partes podrían especificar que las conclusiones sobre cuestiones de hecho a que haya llegado la junta serán consideradas definitivas en un proceso arbitral o judicial. En el contrato también se podría obligar a las partes a cumplir la decisión que la junta dicte sobre la adopción de medidas cautelares o sobre ciertas cuestiones de fondo; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual. Con respecto a la duración del mandato de la junta, en el contrato se puede prever que esta siga funcionando durante cierto tiempo después de que el contrato se haya extinguido por vencimiento del plazo o se haya rescindido, a fin de ocuparse de las controversias que puedan surgir en esa etapa (por ejemplo, controversias sobre el estado de los bienes entregados a la autoridad contratante y la indemnización adeudada por ellos).

e) Juntas de solución de controversias

25. En los grandes proyectos de infraestructura, los contratos de participación público-privada pueden prever algún mecanismo específico de solución de controversias que resuelva las reclamaciones de las partes. Uno de esos mecanismos es la junta de solución de controversias, que utilizan las partes para dirimir sus controversias mediante un procedimiento convenido según el cual un decisor (a menudo denominado miembro de la junta de solución de controversias) o una junta formada por tres decisores resuelve la reclamación. Las partes que desean zanjar las controversias por conducto de una junta de solución de controversias suelen concluir un acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido; normalmente celebran este acuerdo las dos partes en el contrato de participación público-privada inicial y el decisor o la junta de solución de controversias integrada por tres decisores. Por regla general, en el acuerdo también se describe el procedimiento rápido de solución de controversias, incluidas las obligaciones de las partes en dicho acuerdo; las condiciones remunerativas de los miembros de la junta o del decisor, y las controversias que se planteen en relación con la resolución dictada por estos. En ocasiones, las controversias que surgen en el marco del contrato de participación público-privada pueden guardar relación con cuestiones delicadas de orden público y es posible que haya terceros con un interés legítimo en el resultado del proceso rápido de solución de controversias. Por ello, es aconsejable que la autoridad contratante y el socio privado lo tengan presente y establezcan procedimientos apropiados que permitan a esos terceros exponer su

opinión o acceder al proceso[6]. El acuerdo puede surtir efectos en una fecha convenida o en el momento en que las partes y el decisor (o los miembros de la junta) hayan suscrito el acuerdo, si ese momento fuera posterior.

26. Al igual que las juntas de examen de controversias, las juntas de solución de controversias pueden ser permanentes o, en aras de la contención de costos, pueden constituirse con carácter *ad hoc*, en función de las necesidades. Las partes escogen a un decisor unipersonal o a una junta de tres decisores que resolverá la controversia. Si se elige a una junta, cada parte propone a un decisor y lo somete a la aprobación de la otra parte y, tras consultar a esos dos decisores, las partes se ponen de acuerdo sobre un tercero, que preside la junta. Al escoger al decisor unipersonal, las partes han de tener en cuenta varios factores, como su experiencia declarada en la labor que vaya a desempeñar el contratista en virtud del contrato, su experiencia en la interpretación de la documentación contractual y su nivel de conocimiento del idioma de comunicación acordado en el contrato de participación público-privada. El nombramiento del decisor es personal, y normalmente el decisor tiene que garantizar y aceptar que será imparcial e independiente y poner en conocimiento de las partes cualquier hecho o circunstancia que pueda parecer incompatible con su imparcialidad o independencia.

27. Las partes en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido pueden impugnar el nombramiento del decisor por falta de independencia, a pesar de que este haya o no revelado esos hechos o circunstancias. La parte que impugna el nombramiento puede alegar la supuesta falta de independencia ante una institución designada en el contrato de participación público-privada o, si se estima necesario o prudente, remitir el asunto a un profesional u órgano independiente para que revise y evalúe la impugnación. Si dicho profesional u órgano considera que el decisor ya no es independiente según el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, el decisor debe ser separado del cargo y la institución designada debe nombrar a otro sin demora. Los costos de la impugnación suelen ser compartidos por las partes.

28. Asimismo, el decisor debe cumplir con varias obligaciones generales. Entre las obligaciones que las partes pueden acordar y estipular en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido suelen incluirse los requisitos de que el decisor no tenga ningún interés económico ni de otra índole en el proyecto, no haya sido empleado previamente como consultor ni en ninguna otra calidad

[6] Estos procesos pueden basarse, *mutatis mutandis*, en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (véase el texto oficial del "Reglamento sobre la Transparencia" en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/68/17), anexo I. El Reglamento sobre la Transparencia también se ha publicado en forma de folleto. El uso del Reglamento sobre la Transparencia fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 68/109, de 16 de diciembre de 2013.

por las partes y haya comunicado cualquier relación profesional o personal previa con el proyecto o el empleador. En algunos casos, las partes también pueden convenir en no exigir determinados requisitos, como, por ejemplo, que el decisor no haya sido empleado previamente como consultor ni en ninguna otra calidad por las partes, si dicha información ha sido puesta en conocimiento de la otra parte por escrito.

29. Del mismo modo, las partes también deben cumplir obligaciones de carácter general en virtud del acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido. Entre otras obligaciones se puede estipular que ninguna de las partes solicite asesoramiento ni consulte al decisor en relación con el contrato de participación público-privada, salvo en el normal transcurso de las actividades llevadas a cabo por la junta de solución de controversias de conformidad con lo establecido en el contrato de participación público-privada y en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido, o cuando ambas partes acuerden remitir conjuntamente un asunto a la junta de acuerdo con lo dispuesto en dicho contrato. Asimismo, las partes suelen comprometerse a que el decisor no sea nombrado árbitro en ningún arbitraje que se inicie en el marco del contrato de participación público-privada ni sea citado como testigo para prestar declaración en ningún arbitraje en relación con el contrato ni sea considerado responsable de las reclamaciones formuladas ni de las acciones u omisiones que se hayan producido en ocasión del desempeño o supuesto desempeño de sus funciones, salvo si se demuestra que la acción u omisión fue fruto de la mala fe. Normalmente, las partes también exoneran de responsabilidad al decisor frente a las reclamaciones formuladas, de modo que lo eximen de responsabilidad y suelen acordar resarcirlo solidariamente. Si el decisor debe hacer una visita al emplazamiento y acudir a una vista, la parte que solicita someter la cuestión al decisor tiene que prestar la garantía necesaria por un importe equivalente a los gastos razonables a los que aquel deba hacer frente.

30. En el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido se puede estipular asimismo la remuneración del decisor. En el acuerdo se suele fijar la divisa en que se abonará la remuneración; el adelanto de honorarios, los honorarios diarios; el pago de los gastos razonables, como los desplazamientos necesarios, y los impuestos aplicables. El adelanto de honorarios y los honorarios diarios se consignan de forma detallada y las partes pueden convenir en mantenerlos fijos durante un período determinado. Las partes también tienen la obligación de pagar sin demora, y los decisores deben emitir facturas en las que describan en grado suficiente las actividades llevadas a término. El acuerdo permite además que las partes dispongan el modo en que se efectuará el pago al decisor. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre la suma que se ha de abonar al decisor, la entidad nominadora o el funcionario designado en el proyecto toma una decisión al respecto; si no se paga al decisor en un plazo determinado a partir de la fecha en que se haya presentado una factura válida, este puede optar por suspender sus

servicios sin notificación alguna o dimitir de su cargo notificando su decisión en forma válida.

31. Los miembros de la junta de solución de controversias también tienen la obligación de atenerse a las normas procesales específicas previstas en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido. Dichas normas regulan cuestiones relacionadas con las visitas de la junta a los emplazamientos, como el calendario, el contenido y la frecuencia de esas visitas; la junta debe además familiarizarse con los avances del proyecto y con los problemas o reclamaciones reales o posibles y seguir informada al respecto. Asimismo, estas normas también detallan lo que deben hacer las partes durante una vista o reclamación, en particular la obligación de poner a disposición de la junta una copia de todos los documentos que esta pueda solicitar, poniendo en copia a la otra parte en todas las comunicaciones con la junta, y, en el caso de que la junta esté formada por tres personas, enviar copias de los documentos solicitados a cada una de ellas.

32. Las normas procesales también regulan el desarrollo de las vistas en que se dilucidarán las controversias y el modo de despejar la ambigüedad y solventar los errores de hecho o de principio que tengan su origen en la junta de solución de controversias. Por ejemplo, si hay errores de hecho o de principio y si los miembros de la junta convienen dentro de un período establecido en que la decisión contenía dichos errores, la junta debe comunicarlos a las partes y dictar por escrito una decisión complementaria. En caso de detectarse una ambigüedad, se sigue un procedimiento similar. Si alguna de las partes cree que la decisión contiene una ambigüedad, puede solicitar que la junta la aclare y, dentro de un plazo establecido a partir de la recepción de la solicitud, la junta debe responder con copia a la otra parte. Si la junta estima que la decisión contenía un error o una ambigüedad, puede corregir su decisión emitiendo una decisión que complemente su decisión inicial.

33. Las facultades de la junta de solución de controversias son las previstas en las normas procesales. Normalmente, la junta puede seguir un procedimiento inquisitorial, denegar la admisión a las vistas o la intervención en ellas de personas que no sean los representantes de las partes y proseguir con las vistas en ausencia de alguna de las partes que, según estime la junta, haya recibido la notificación de su celebración. Sin embargo, cabe tener presente que esas facultades pueden ser limitadas en función del acuerdo celebrado entre las partes. La junta puede tener otras facultades convenidas por las partes, como, por ejemplo, facultades para establecer el procedimiento que se seguirá para resolver una controversia y pronunciarse sobre su propia competencia para conocer de la controversia que se le haya remitido y sobre su alcance.

34. En el transcurso de la vista que se celebra para examinar el fondo de los argumentos esgrimidos por las partes, la junta de solución de controversias no debería expresar opinión alguna. La junta también debería reunirse a puerta cerrada después de la vista, a fin de deliberar y preparar su decisión, que debería tratar de adoptar por unanimidad. De no ser posible adoptar la decisión por unanimidad, debería tomarse una decisión por mayoría, la cual puede exigir al decisor que apoye la opinión minoritaria que prepare un informe escrito que se suele adjuntar a la decisión de la junta. Por último, en una junta formada por tres decisores, la ausencia de uno de ellos no es impedimento para que los otros dos adopten una decisión, salvo cuando las partes se opongan a ello y, en caso de que la persona ausente ocupe la presidencia, cuando esta dé instrucciones a los otros miembros de no tomar una decisión.

35. Las partes pueden hacer que el decisor cese en sus funciones por varios mecanismos, por ejemplo, notificándole el cese de conformidad con el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido o en caso de que el decisor no cumpla el acuerdo. En estos supuestos de cese, ambas partes deben acordar el cese para que tenga validez. El decisor también puede poner fin a su participación en la junta si alguna de las partes no cumple el acuerdo. No obstante, si el decisor no cumple con alguna de las obligaciones descritas en el acuerdo, no tiene derecho a percibir los honorarios ni el reembolso de los gastos y es posible que tenga que devolver a las partes los honorarios recibidos o los gastos pagados por las actuaciones o las decisiones que hayan quedado anuladas o se hayan vuelto ineficaces a raíz del incumplimiento del decisor. En el caso de que surja una controversia o una reclamación por el incumplimiento, la rescisión o la invalidez del acuerdo, las partes pueden convenir en dirimir dicha controversia o reclamación por la vía del arbitraje institucional. Las partes pueden pactar de antemano en el acuerdo de someter una controversia a un proceso de solución rápido el procedimiento por el que se nombrará la institución arbitral o el árbitro o se determinará el reglamento de arbitraje.

36. La función de la junta de solución de controversias no se limita únicamente a las controversias que le son remitidas a través del mecanismo formal por el que se solicita su intervención. La junta también puede ayudar a resolver las cuestiones que las partes le hayan remitido conjuntamente. Estas pueden pedir a la junta que les preste asistencia o que examine y trate de resolver de manera oficiosa todo descuerdo que surja entre ellas durante la ejecución del contrato de participación público-privada. Esta asistencia oficiosa puede prestarse durante las reuniones, las visitas al emplazamiento o en cualquier otro momento siempre que ambas partes estén presentes en la reunión, salvo pacto en contrario. Sin embargo, las partes no están obligadas a acatar el asesoramiento prestado durante las reuniones oficiosas, y las opiniones expresadas durante el proceso de asistencia oficioso no son

vinculantes para la junta en futuros procesos de resolución de controversias ni en las decisiones que dicte en el futuro.

37. En los contratos de participación público-privada en que se establecen juntas de solución de controversias como forma preferente para dirimir las controversias se suele estipular que las decisiones de la junta son firmes y vinculantes. En algunos contratos se confiere a las partes el derecho a notificar su disconformidad o presentar alguna otra notificación similar en un plazo determinado. Transcurrido dicho plazo, la decisión adoptada por la junta será firme y vinculante. Si se ha notificado la disconformidad, las partes tienen la obligación de tratar de zanjar la controversia de manera amistosa; si no lo logran, pueden incoar un arbitraje para resolverla. Sin embargo, el proceso arbitral puede comenzar el último día del plazo establecido para que una parte notifique su disconformidad aun cuando no se haya intentado resolver la controversia de manera amistosa.

f) Arbitraje

38. Se recurre cada vez más al arbitraje para resolver controversias surgidas en el marco de las APP. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley exige que se sometan a arbitraje las controversias que surjan en el marco de contratos públicos, incluidas las APP. El arbitraje se utiliza normalmente tanto para la solución de controversias surgidas durante la construcción o explotación de la infraestructura como para resolver las disputas relacionadas con la extinción por vencimiento del plazo o la rescisión del contrato de participación público-privada. Los inversionistas y prestamistas privados prefieren, y en muchos casos exigen, que se prevea la vía arbitral porque las partes pueden organizar el procedimiento de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a los rasgos peculiares de las controversias que probablemente se planteen a raíz de un contrato de participación público-privada. Las partes pueden seleccionar como árbitros a personas que posean conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate y pueden elegir el lugar y el idioma o los idiomas en que se sustanciará el proceso arbitral. Es posible que este perturbe menos las relaciones comerciales entre las partes que un proceso judicial. Además, la ejecución de los laudos arbitrales en países distintos de aquel en que se dictan se ve facilitada por la amplia aceptación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. La posibilidad de mantener la confidencialidad del proceso arbitral, a diferencia de lo que ocurre con los procesos judiciales, que por naturaleza son en general accesibles para el público, fue otra de las razones esgrimidas habitualmente en el pasado para justificar que las partes optaran por el arbitraje en controversias comerciales.

39. Con respecto, en particular, a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros, cabe señalar que la adhesión al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros

Estados[7] puede ofrecer un marco para la solución de las controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras que participan en el consorcio de un proyecto. Mediante el Convenio, al que se han adherido hasta la fecha 154 Estados, se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este Centro es una organización internacional autónoma estrechamente vinculada con el Banco Mundial. El CIADI ofrece servicios de mediación y arbitraje en controversias entre países miembros e inversionistas que sean nacionales de otros países miembros. El recurso a la mediación y al arbitraje del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o una controversia han consentido en someterse a arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI, ninguna de ellas puede retirar unilateralmente su consentimiento. Según el Convenio, todos los países miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar los laudos del CIADI. El consentimiento de las partes en someterse al arbitraje del CIADI puede prestarse con respecto a una controversia existente o a una clase definida de controversias futuras. Sin embargo, no es preciso expresar el consentimiento de las partes en relación con un proyecto concreto: un país anfitrión podría ofrecer en su normativa de promoción de inversiones que las controversias derivadas de determinadas clases de inversiones se sometan a la jurisdicción del CIADI y el inversionista podría dar su consentimiento aceptando esa oferta por escrito. A menudo, también se utiliza el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en el arbitraje en materia de inversiones. Sin embargo, en los últimos años se ha ido tendiendo cada vez más hacia la transparencia en materia de solución de controversias entre inversionistas y Estados, alentada por la aprobación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el "Reglamento sobre la Transparencia")[8] en 2013 y por la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (la "Convención de Mauricio sobre la Transparencia")[9].

40. Los tratados bilaterales de inversión (TBI) pueden ofrecer también un marco para la solución de controversias suscitadas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras en relación con la materia regulada por los TBI. En esos tratados, el Estado anfitrión ofrece normalmente a los inversionistas que sean nacionales de otros Estados signatarios diversas seguridades y garantías (véase el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 4 a 6) y expresa su consentimiento

[7] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, núm. 8359.

[8] Véase la nota 6 de este capítulo.

[9] Aprobada por la Asamblea General en su resolución 69/116, de 10 de diciembre de 2014. Entró en vigor el 18 de octubre de 2017; Naciones Unidas, núm. 54749 (véanse la situación actual y el texto oficial de la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/transparency).

en someterse al arbitraje, por ejemplo, del CIADI o de un tribunal arbitral que aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[10].

i) Inmunidad soberana

41. Los legisladores tal vez deseen revisar las leyes de su país en materia de inmunidad soberana para aclarar, en la medida que lo consideren conveniente, cuáles son las esferas en las que una autoridad contratante puede alegar inmunidad soberana. Cuando las partes convengan en el contrato de participación público-privada que podrá recurrirse al arbitraje, la aplicación del acuerdo de someter una controversia a arbitraje puede verse frustrada u obstaculizada si le está permitido a la autoridad contratante alegar inmunidad soberana, ya sea para impedir la iniciación de un proceso arbitral o como defensa oponible a la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo. A veces, la legislación en esta materia no es clara, lo que puede suscitar inquietud entre las partes interesadas (por ejemplo, el socio privado, los promotores del proyecto y los prestamistas) por la posibilidad de que el acuerdo de someter una controversia a arbitraje resulte ineficaz. Para responder a esa inquietud es aconsejable revisar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante está autorizada a alegar inmunidad soberana.

42. Además, la autoridad contratante contra la que se haya dictado un laudo puede alegar su inmunidad contra toda medida de ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques en relación con esta clase de inmunidad. Por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales la inmunidad no se extiende a las entidades públicas que se dedican a actividades mercantiles. En otras se requiere que exista una vinculación entre el bien objeto de ejecución y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se permite alegar inmunidad con respecto a fondos asignados a actividades económicas o mercantiles que se rijan por el derecho privado en que se base la reclamación, o no se puede alegar inmunidad con respecto a bienes que el Estado reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes objeto de ejecución se destinan a usos no mercantiles.

[10] El texto oficial del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/43/17), anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XLI, 2010, primera parte, cap. I, secc. A, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, ISSN 0251-4273)). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, también se ha reproducido en formato de folleto (Naciones Unidas, Nueva York, 2011). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula compromisoria para los contratos, que reza así: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI". El uso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue recomendado por la Asamblea General en su resolución 65/22, de 6 de diciembre de 2010.

43. En algunos contratos en que son parte entidades que podrían aducir inmunidad soberana se han incluido cláusulas por las cuales la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Ese consentimiento o renuncia puede incluirse en el contrato de participación público-privada o en un acuerdo internacional, y tal vez se limite a reconocer que determinados bienes se utilizan con fines mercantiles o que se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas escritas pueden ser necesarias en la medida en que no quede claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje por la entidad pública y su participación en un proceso arbitral constituyen una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

ii) Eficacia del acuerdo de arbitraje y ejecutabilidad del laudo

44. La eficacia de un acuerdo de someter una controversia a arbitraje depende del régimen jurídico aplicable donde tenga la sede el tribunal arbitral. Si el régimen jurídico del arbitraje en ese país se considera insatisfactorio, por ejemplo, porque impone restricciones irrazonables a la autonomía de las partes, puede que alguna de estas desee estipular un lugar de arbitraje fuera del país anfitrión. Por ello, es importante que el país anfitrión se asegure de que su régimen jurídico en materia de arbitraje resuelve adecuadamente las principales cuestiones procesales que se suscitan en un arbitraje internacional. Un régimen adecuado sería el de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley Modelo sobre Arbitraje")[11]. Si el arbitraje se realiza fuera del país anfitrión o si el laudo dictado en este debe ejecutarse en el extranjero, la eficacia del acuerdo de arbitraje depende también de la legislación aplicable al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (véase el párr. 13) trata, entre otras cosas, del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo. En general, se considera que la Convención ofrece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. El hecho de que el país anfitrión sea parte en la Convención probablemente se considere un elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la

[11] El texto oficial de la Ley Modelo sobre Arbitraje, aprobada originariamente en 1985, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XVI, 1985, tercera parte, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.4)). El texto oficial de los artículos revisados de la Ley Modelo sobre Arbitraje, aprobados en 2006, se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/43/17), anexo I. El texto consolidado de la Ley Modelo sobre Arbitraje también se ha reproducido en formato de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4). En su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. La Asamblea General reiteró dicha recomendación en su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006.

fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias con partes sitas en dicho país. También facilita la ejecución en el extranjero de un laudo arbitral dictado en el país anfitrión.

g) Vía judicial

45. Como se ha indicado anteriormente, hay ordenamientos jurídicos en los que la solución de las controversias surgidas de acuerdos relativos a la prestación de servicios públicos es competencia exclusiva de los tribunales judiciales o administrativos nacionales. En algunos países, los organismos públicos carecen de facultades para acordar someter sus controversias a arbitraje, salvo en supuestos bien definidos (véanse los párrs. 7 a 9), mientras que en otros ordenamientos jurídicos las partes pueden elegir libremente entre la vía judicial y la arbitral.

46. En los casos en que las partes pueden elegir entre la vía judicial y la arbitral, la autoridad contratante tal vez estime razonable que toda controversia sea resuelta por los tribunales judiciales del país anfitrión. Esos tribunales conocen bien el derecho interno del país, que con frecuencia contiene normas que han sido expresamente dictadas para el contrato de participación público-privada. Además, la autoridad contratante u otros organismos públicos que son parte en la controversia pueden preferir la vía judicial interna por conocer su procedimiento y el idioma que utiliza. Aunque tal vez no haya en todos los países jueces con formación o experiencia en los tipos de controversias técnicas que surgen en los proyectos de participación público-privada, algunos países cuentan con tribunales especializados que conocen de casos relativos a contratos mercantiles o públicos complejos y es posible que sus normas procesales civiles o administrativas permitan a los jueces recabar asesoramiento pericial cuando sea necesario. También cabe considerar que, en la medida en que los contratos de participación público-privada afecten a cuestiones de orden público y de protección del interés público, los tribunales nacionales son los más indicados para salvaguardar esos valores.

47. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante puede no ser compartida por los posibles inversionistas, financistas y otras partes privadas. Esas partes pueden considerar que el arbitraje es preferible a un proceso judicial porque, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes que un proceso judicial, el arbitraje permite que las partes adapten el proceso a sus necesidades particulares. Además, dadas las cuestiones sumamente técnicas y complejas que suscitan los proyectos de infraestructura, las partes pueden tener interés en que sus controversias sean resueltas por árbitros seleccionados por sus particulares conocimientos y experiencia. Los inversionistas privados, en particular los extranjeros, pueden mostrarse también renuentes a someterse a la jurisdicción de tribunales nacionales que apliquen un derecho que los inversionistas no conozcan. En algunos países se ha observado que al dejar que las partes elijan el mecanismo de solución de

controversias se ayuda a atraer la inversión extranjera para el desarrollo de las infraestructuras.

48. Al considerar si una controversia debería resolverse por la vía judicial o si debería concertarse un acuerdo de arbitraje, cuando el derecho aplicable permita la elección, los factores que normalmente tienen en cuenta las partes incluyen, por ejemplo, su confianza en que los tribunales judiciales competentes para dirimir una controversia actuarán sin prejuicios y la controversia se resolverá sin demoras injustificadas. La eficiencia del sistema judicial interno y la disponibilidad de vías de recurso judicial que sean adecuadas para las controversias que puedan surgir del contrato de participación público-privada son otros factores que han de considerarse. Las partes también tendrán que considerar qué órgano de solución de controversias está en mejores condiciones para abordar las cuestiones técnicas que sean objeto de las controversias que puedan surgir en el marco del contrato.

C. Controversias entre los promotores del proyecto y entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores

49. El derecho interno reconoce por lo general que, en las operaciones comerciales, en particular en las internacionales, las partes tienen derecho a elegir libremente el foro que dirimirá, mediante una decisión vinculante, toda controversia que surja entre ellas. El arbitraje ha pasado a ser el método preferido en las operaciones comerciales internacionales, en ocasiones precedido de la mediación o combinado con ella. Los contratos entre el socio privado y sus prestamistas, contratistas y proveedores, concertados en el marco de los proyectos de infraestructura, suelen considerarse mercantiles. Por consiguiente, las partes en esos contratos suelen tener libertad para seleccionar su método preferido de solución de controversias, que en la mayoría de los casos incluye el arbitraje. En cambio, los prestamistas, pese a preferir en la mayoría de los casos el arbitraje para resolver las controversias que surgen del contrato de participación público-privada (y cada vez más las controversias entre prestamistas), a menudo prefieren la vía judicial para resolver las controversias que surjan entre ellos y el socio privado en relación con los acuerdos de préstamo. Cuando el método preferido es el arbitraje, las partes desean normalmente ser ellas quienes elijan el lugar del arbitraje y quienes determinen si el caso en cuestión ha de ser dirimido por una institución arbitral. Los países anfitriones que deseen crear un marco jurídico propicio para las APP harán bien en revisar su legislación relativa a esos contratos mercantiles a fin de eliminar toda incertidumbre respecto del derecho de las partes a acordar el mecanismo de solución de controversias que prefieran.

D. Controversias con clientes o usuarios de la infraestructura

50. En función del tipo de proyecto, el socio privado tal vez suministre bienes o servicios a diversas personas y entidades, como, por ejemplo, a una empresa pública de servicios que compre electricidad o agua al socio privado para revenderla a los usuarios finales; a empresas mercantiles, como líneas aéreas o navieras que contraten la utilización de un puerto o aeropuerto, o a particulares que paguen por utilizar una carretera de peaje. Las consideraciones y políticas relativas a la solución de las controversias surgidas de esas relaciones jurídicas pueden variar en función de las partes en esas relaciones, las condiciones en que se presten los servicios y el régimen regulador aplicable.

51. Además de los requisitos particulares previstos en la legislación específica, cuando los usuarios finales del servicio prestado por el socio privado son personas físicas, es posible que también sean aplicables las normas especiales de protección del consumidor (en relación con las leyes de protección del consumidor, véase también el cap. VII, "Otros ámbitos pertinentes del derecho", párrs. 50 y 51). Por consiguiente, en algunos países la ley exige que las empresas de servicios públicos establezcan una vía especial, simplificada y eficiente para cursar las reclamaciones presentadas por sus clientes. Este régimen especial suele aplicarse únicamente a las compras de bienes y servicios que realicen los clientes en ciertos sectores. La obligación legal de ofrecer ese mecanismo de solución de controversias puede ser aplicable en general a toda reclamación presentada por los clientes del socio privado o puede limitarse a las reclamaciones de particulares que no actúen en calidad de empresarios. La obligación del socio privado quizás consista solamente en establecer un mecanismo para recibir y tramitar las reclamaciones de los consumidores particulares. Este mecanismo tal vez sea una dependencia o departamento especial de la propia sociedad del proyecto que se encargue de recibir y tramitar sin demora las reclamaciones, por ejemplo, poniendo a disposición de los clientes formularios normalizados en línea o números de teléfono gratuitos para que estos comuniquen sus quejas. Si la cuestión no se resuelve satisfactoriamente, es posible que el cliente tenga derecho a presentar una reclamación ante el organismo regulador, en caso de existir, que en algunos países puede estar facultado para adoptar una decisión vinculante al respecto. Esos mecanismos son a menudo optativos para el consumidor y normalmente no excluyen la posibilidad de que las personas perjudicadas acudan a los tribunales.

52. Si los clientes son empresas de servicios (como empresas de distribución de electricidad) o empresas mercantiles (por ejemplo, una gran fábrica que adquiera electricidad directamente a un productor independiente) que eligen libremente los servicios prestados por el socio privado y negocian las condiciones de su respectivo contrato, las partes resuelven normalmente las controversias por los métodos

habituales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. En consecuencia, quizás no sea necesario ocuparse de la solución de esas controversias en la legislación relativa a las APP. Sin embargo, cuando los clientes del socio privado sean entidades públicas, es posible que su libertad para acordar métodos de solución de controversias esté limitada por las normas de derecho administrativo que rijan la solución de controversias en que intervengan entidades públicas. En el caso de los países que deseen permitir el recurso a métodos no judiciales, incluido el arbitraje, para resolver controversias entre el socio privado y sus clientes públicos, es importante eliminar los posibles obstáculos jurídicos y facultar claramente a esas entidades para que puedan convenir en el recurso a esos métodos de solución de controversias (véanse los párrs. 7 a 9).

VII. Otros ámbitos pertinentes del derecho

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las leyes pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de recursos adecuados al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco jurídico general de las APP. Al examinar y, según proceda, mejorar sus leyes en los ámbitos de interés directo para las APP, el país anfitrión hace una importante contribución al logro de un clima propicio para las inversiones del sector privado en infraestructuras y servicios públicos. Una mayor seguridad jurídica y un marco jurídico favorable se traducen en una mejor evaluación por los prestamistas e inversionistas de los riesgos que presenta el país. Esto ejerce una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reduce la necesidad de respaldo o garantías públicos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 56 a 86).

2. Las APP, cuando se preparan y planifican adecuadamente, pueden tener efectos positivos en el desarrollo económico y social de un país y desempeñan un papel importante en su estrategia en materia de infraestructura (véase un análisis de los principios generales que rigen la estrategia de un país en materia de APP en el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 2 a 20). Las APP también pueden contribuir a que los Estados logren muchos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párr. 3). No obstante, la envergadura de los proyectos de participación público-privada y la cuantiosa financiación que precisan pueden influir de manera considerable en el marco económico, social y ambiental del país anfitrión, por lo que convendría que el país estudiara detenidamente la posibilidad de introducir cambios en sus leyes. A ese respecto, en la sección B se señalan algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a las APP, pueden repercutir en su implementación (véanse los párrs. 3 a 60). En la sección C se indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales fundamentales para la implementación de las APP en el país anfitrión (véanse los párrs. 61 a 65).

B. Otros ámbitos pertinentes del derecho

3. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a las APP, todo marco jurídico favorable también debe incluir disposiciones auxiliares en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva y proteja la inversión privada en actividades económicas favorece la inversión privada en infraestructuras y servicios. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden influir en la ejecución de proyectos de infraestructura. La existencia de disposiciones legales adecuadas en esas otras ramas puede facilitar ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y puede contribuir a reducir la percepción del riesgo jurídico derivado de las inversiones en el país anfitrión.

1. Promoción y protección de las inversiones

4. Una cuestión que preocupa especialmente a los promotores de proyectos y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a las inversiones en el país anfitrión. Los inversionistas extranjeros en el país anfitrión exigen garantías de protección contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin posibilidad de recurso legal o sin indemnización adecuada de conformidad con las reglas vigentes en el país anfitrión y con las normas de derecho internacional. Asimismo, a los promotores de proyectos les interesa, entre otras cosas, introducir en el país, sin restricciones irrazonables, al personal cualificado requerido para el proyecto, importar los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias y transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de participación público-privada. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 71 a 76), la legislación sobre promoción y protección de inversiones puede desempeñar un importante papel en relación con las APP. En los países que ya dispongan de una legislación adecuada de protección de las inversiones tal vez convenga estudiar la posibilidad de hacer expresamente extensiva esa protección a los proyectos de participación público-privada. Los países que deseen elaborar una política coherente y eficiente destinada a promover y proteger las inversiones pueden inspirarse en los principios fundamentales para la formulación de políticas de inversión que figuran en el Marco de Políticas de Inversión aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)[1].

[1] El Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3) y sus "Principios para la formulación de políticas de inversión" pueden consultarse en la siguiente dirección: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-framework.

5. Un número cada vez mayor de países han concertado acuerdos bilaterales de inversión cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente cláusulas relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras, la transferencia de capital entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones), la disponibilidad de divisas para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión, el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias relativas a las inversiones fuera del país anfitrión (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 38 a 40). La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de la decisión de estos de invertir en el país anfitrión. Asimismo, las condiciones ofrecidas en dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías públicas que se reclaman en relación con cada proyecto de infraestructura. La guía de la UNCTAD sobre el Marco de Políticas de Inversión (véase el párr. 4) también sigue esa línea: contiene recomendaciones para definir y aplicar una estrategia en la red sumamente compleja y fragmentada de tratados multilaterales existentes.

6. Además, en la legislación de ciertos países existen reglas encaminadas a facilitar y proteger la corriente de inversiones (que se reflejan también en las leyes de inmigración, el control de las importaciones y la reglamentación del cambio de divisas) que no dimanan necesariamente de tratados bilaterales o multilaterales.

2. Legislación en materia de propiedad

7. Es aconsejable que la legislación relativa a la propiedad del país anfitrión refleje normas internacionales aceptables, contenga disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como de bienes muebles e incorporales, y faculte al socio privado para comprar, vender y traspasar bienes y para autorizar su empleo, según lo requiera el caso. Se ha observado que las disposiciones constitucionales que hacen efectivo el derecho de propiedad han sido un factor importante para atraer y fomentar la inversión privada en muchos países.

8. Cuando el socio privado sea propietario de los terrenos en los que se construya la infraestructura, es importante que la propiedad o el derecho de utilización de los terrenos pueda demostrarse nítida e inequívocamente mediante su debida inscripción en el registro y los procedimientos de publicidad adecuados. El socio privado y los prestamistas necesitan contar con pruebas claras de que la propiedad o el derecho de utilización del terreno no será objeto de controversia. Por lo tanto, se muestran renuentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno o quién tiene derecho a utilizarlo a largo plazo.

9. En algunos países, los derechos de propiedad que puedan haberse otorgado al socio privado pueden estar limitados por la legislación aplicable a la propiedad pública, lo que sucede de manera particular cuando el proyecto de participación público-privada se ejecuta en terrenos de propiedad del Estado o de alguna autoridad pública. En la práctica, la legislación relativa a la propiedad pública normalmente evita que el socio privado utilice esos terrenos para fines ajenos al proyecto, como el subarriendo de parte de los terrenos a terceros con el fin de generar ingresos adicionales. De existir ese régimen especial, en el contrato de participación público-privada se otorga al socio privado el derecho de utilizar los terrenos durante el período de vigencia del contrato con la condición de que los terrenos cedidos se utilicen para el fin público específico determinado en el contrato (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 24).

10. Es asimismo necesario ofrecer mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y de posesión que se otorguen al socio privado y evitar que sean vulnerados por terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servidumbres y derechos de paso que el socio privado pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (como la colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 32 a 34).

3. Garantías reales

11. Como se indicó anteriormente (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 60 a 69), los mecanismos de garantía en proyectos de participación público-privada pueden ser complejos y consistir en diversas formas de garantía, como la garantía fija sobre bienes físicos del socio privado (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), la pignoración de acciones del socio privado y la cesión de bienes incorporales (créditos por cobrar) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo suelen regirse por la ley aplicable elegida por las partes, en la mayoría de los casos la ley del país anfitrión es la que determina el tipo de garantía que se puede ejecutar sobre los bienes ubicados en el país anfitrión y los recursos legales disponibles.

12. La diversidad de los tipos de garantía o las limitaciones de los recursos que se ofrezcan en las leyes del país anfitrión pueden ser motivo de inquietud para los posibles prestamistas. Por consiguiente, es importante velar por que el derecho interno ofrezca una protección jurídica idónea a los acreedores garantizados y no impida que las partes establezcan mecanismos de garantía apropiados. Por razón de las grandes diferencias que existen entre unos ordenamientos jurídicos y otros en lo que respecta al régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle

las particularidades técnicas de la legislación necesaria, sino que, en los siguientes párrafos, se limita a presentar un esbozo de los principales elementos de un régimen moderno de operaciones garantizadas.

13. En algunos ordenamientos jurídicos pueden constituirse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros solo pueden constituirse sobre ciertas categorías de bienes, como los terrenos y los edificios. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (bienes futuros) y estas pueden abarcar todos los bienes de una sociedad, permitiendo a la vez que la sociedad siga empleándolos en el curso normal de sus negocios. Algunos ordenamientos permiten que se constituya una garantía real no posesoria, por lo que se pueden gravar ciertos bienes sin traspaso físico de su posesión; en otros ordenamientos no cabe constituir garantías reales sobre bienes no inscritos en el registro de la propiedad sin tomar posesión física o ficta de esos bienes. Algunos ordenamientos permiten que se ejecute la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que otros solo permiten ejecutar la garantía por vía judicial. Algunos países prevén medidas de ejecución que permiten no solo la venta de los bienes, sino también su explotación por el prestamista garantizado, ya sea tomando posesión de ellos o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial de los bienes constituye la vía primaria de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros estos acreedores gozan de prelación sobre cualquier tipo de garantía. En algunos países, la constitución de una garantía real es económica, habiéndose de abonar una tasa o un derecho mínimo, mientras que en otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado en caso de ejecución de la garantía, como la de velar por que los bienes se vendan por su justo valor de mercado.

14. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías fijas (por ejemplo, una hipoteca) sean registrables y que, una vez inscrita una garantía en el registro de la propiedad o en algún otro registro público, cualquier comprador del bien gravado por dicha garantía reciba la propiedad de ese bien sujeta a esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que muchos países no disponen de un registro especializado de la propiedad. Además, esas garantías deberían ser oponibles a terceros, lo cual puede requerir que se consideren un derecho real y no una mera obligación, y deberían facultar a la persona a favor de la cual se constituyan para vender los bienes gravados en un proceso de ejecución.

15. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que se otorgan en garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para determinar los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir rehabilitar una empresa en dificultades financieras a la vez que aumenta la cuantía disponible para reembolsar el crédito garantizado. Sin embargo, otros ordenamientos permiten únicamente la constitución de una garantía sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la libertad del deudor para negociar con bienes gravados. Este tipo de limitaciones y restricciones hace difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus actividades.

16. Dada la larga duración de las APP, es posible que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sean precisos o ya sean genéricos los bienes dados en garantía. Tal vez deseen asimismo que dicha garantía abarque los bienes presentes o futuros, así como los bienes susceptibles de sufrir alguna alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá convenga revisar la normativa vigente en materia de garantías reales a fin de incluir disposiciones que permitan a las partes pactar acuerdos de garantía adecuados.

17. Varios órganos internacionales intergubernamentales, como la CNUDMI, han elaborado instrumentos que pueden utilizarse como modelos para formular o modernizar la legislación en materia de garantías reales. Cabe destacar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias[2], que ofrece un marco legislativo transparente, integral y moderno de la financiación garantizada que puede atender las necesidades de los operadores que participan en las APP, como se ha descrito anteriormente (véanse los párrs. 11 a 15). La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[3] constituye también otra herramienta útil para eliminar los obstáculos a las operaciones transfronterizas fundamentales para la financiación de los proyectos de participación público-privada. Forman otro conjunto de instrumentos internacionales pertinentes para las garantías mobiliarias internacionales el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil[4]

[2] La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016) puede consultarse en https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions.

[3] La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) puede consultarse en https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/conventions/receivables.

[4] Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Convenio de Ciudad del Cabo, 2001).

y los protocolos posteriores (Protocolo Aeronáutico[5], Protocolo Ferroviario[6], Protocolo Espacial[7] y Protocolo Agrícola, de Construcción y de Minería[8]), elaborados bajo los auspicios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que prevén garantías sólidas y fácilmente ejecutables, fundamentalmente mediante el establecimiento de un registro internacional electrónico, sobre bienes muebles que podrían incluirse en las operaciones realizadas en el marco de las APP.

4. *Régimen de la propiedad intelectual*

18. Las APP entrañan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también suponer la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información de dominio privado y amparada por derechos de autor. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que introduzcan tecnología nueva o avanzada en el país anfitrión o ideen soluciones originales deben tener la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y de que podrán hacerlos valer frente a toda infracción, lo cual puede requerir la aprobación de alguna norma de derecho penal para combatir la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Esa protección debería garantizarse en todas las etapas del proyecto de participación público-privada, desde el proceso de adjudicación del contrato, momento en que los licitantes proporcionan a la autoridad contratante información confidencial en los documentos de licitación (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 132), hasta las etapas de construcción y explotación, en las que el socio privado puede usar conocimientos o tecnología de dominio privado y necesita garantías de la protección de sus derechos de propiedad intelectual.

19. La adhesión a algún acuerdo internacional relativo a la protección e inscripción en un registro de los derechos de propiedad intelectual podría ofrecer un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1883[9]. El Convenio se aplica

[5] Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Ciudad del Cabo, 2001).

[6] Protocolo de Luxemburgo sobre Cuestiones Específicas del Material Rodante Ferroviario, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Luxemburgo, 2007).

[7] Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Bienes Espaciales, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Berlín, 2012).

[8] Protocolo sobre Cuestiones Específicas del Equipo Agrícola, de Construcción y de Minería, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Pretoria, 2019).

[9] Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington D. C. el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

a la propiedad industrial en el sentido más amplio y abarca las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que, por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante deberá otorgar todas las ventajas que sus respectivas leyes concedan a sus nacionales (trato nacional). Regula asimismo el derecho de prioridad para las patentes, marcas y dibujos y modelos industriales y establece algunas reglas comunes que todos los Estados contratantes deben observar en materia de patentes, marcas, dibujos y modelos industriales, nombres comerciales, indicaciones de procedencia, competencia desleal y prácticas administrativas internas. Otro marco de protección internacional de patentes es el ofrecido por el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, de 1970, que permite solicitar simultáneamente, en un gran número de países, la protección de una patente de invención presentando una única solicitud internacional. En algunos países, las normas internacionales se complementan con legislación encaminada a proteger jurídicamente las novedades tecnológicas, como la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual en el diseño de equipo y programas informáticos. Asimismo, el Tratado sobre el Derecho de Patentes[10] tiene por objeto armonizar los procedimientos formales respecto de las patentes y las solicitudes de patente nacionales y regionales.

20. Otros instrumentos importantes que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 1891[11]; el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, de 1989, y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y del Protocolo concerniente a ese Arreglo, de 1998. El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de productos como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1994, simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después del registro y la renovación de este.

[10] Tratado sobre el Derecho de Patentes (Ginebra, 1 de junio de 2000).

[11] Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington D. C. el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

21. En el ámbito de los dibujos y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales, de 1925[12], prevé el registro internacional de los dibujos y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMPI. El registro internacional surte, en cada uno de los Estados contratantes designados por el solicitante, los mismos efectos que si el solicitante hubiera cumplido todas las formalidades exigidas por el derecho interno para la concesión de protección y que si la oficina del país en cuestión hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

22. El acuerdo multilateral más amplio en materia de propiedad intelectual concertado hasta la fecha es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el "Acuerdo sobre los ADPIC"), que fue negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y entró en vigor el 1 de enero de 1995. El Acuerdo sobre los ADPIC regula los siguientes aspectos de la propiedad intelectual: los derechos de autor y los derechos conexos (es decir, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión); las marcas de fábrica o de comercio, incluidas las marcas de servicio; las indicaciones geográficas, entre ellas las denominaciones de origen; los dibujos y modelos industriales; las patentes, incluida la protección de nuevas variedades vegetales; los esquemas de trazado de los circuitos integrados, y la información no divulgada, como los secretos comerciales y los datos de pruebas. Con respecto a cada uno de los principales ámbitos de propiedad intelectual que abarca, el Acuerdo sobre los ADPIC fija las normas mínimas de protección que debe ofrecer cada parte contratante exigiendo, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones sustantivas de, entre otros instrumentos, el Convenio de París en su versión más reciente. Las principales disposiciones sustantivas del Convenio de París se incorporan por remisión y pasan a ser así obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC. El Acuerdo agrega también un importante número de obligaciones relativas a cuestiones que las convenciones anteriores de propiedad intelectual no regulan explícita o adecuadamente. Además, el Acuerdo establece ciertos principios generales aplicables a todos los procedimientos para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, el Acuerdo contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, así como sobre medidas provisionales, prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera y los procedimientos penales, que especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos de que deben disponer los titulares de derechos de propiedad intelectual para hacer valer eficazmente tales derechos.

[12] Con el Acta Adicional de Mónaco de 1961; el Acta Complementaria de Estocolmo de 1967, enmendada el 28 de septiembre de 1979, y el Reglamento del Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales de 1998.

5. Reglas y procedimientos en materia de adquisición forzosa de propiedad privada

23. Cuando la administración pública asume la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, puede hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su adquisición forzosa mediante el pago de una indemnización adecuada por una vía denominada a veces "adquisición forzosa" o "expropiación" (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 29 a 31). Muchos países han regulado por ley la adquisición forzosa de bienes de propiedad privada y esas leyes son probablemente aplicables a toda medida de adquisición forzosa de bienes que se requieran para los proyectos de participación público-privada.

24. La adquisición forzosa puede efectuarse por vía judicial o administrativa o por medio de una ley especial. En la mayoría de los casos, los procedimientos entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por lo tanto, la administración pública tal vez desee estudiar la posibilidad de revisar la normativa vigente en materia de adquisición forzosa por motivos de interés público para garantizar que se ajuste a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura que se consideran prioridad nacional o interna y que podrían beneficiar tanto a la población como a la economía. Esa revisión debería determinar, entre otras cosas, si la normativa aplicable permite un procedimiento rápido y rentable que al mismo tiempo proteja adecuadamente los derechos de los propietarios. En la medida en que lo permita la ley, y en el marco del estudio del impacto ambiental y social que se haya realizado en la etapa inicial del proyecto (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 17 a 20), es importante que la administración pública pueda tomar posesión de los bienes sin demoras innecesarias a fin de que no aumenten los costos del proyecto.

6. Contratos públicos[13]

25. En muchos ordenamientos jurídicos, la prestación de los servicios públicos puede regirse por un conjunto de normas conocido como "derecho administrativo", aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos ordenamientos aplican el principio de que la administración pública puede ejercer sus facultades y funciones por medio de un acto administrativo o un contrato administrativo. Se suele

[13] Los lectores tal vez deseen tener presente que, en la mayoría de los países, con independencia de su tradición jurídica, los contratos de participación público-privada se rigen por procedimientos de licitación, en ocasiones inspirados en la legislación sobre contratación pública. Véase la referencia a la legislación sobre contratación pública, incluidas las normas elaboradas por la CNUDMI, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011), en el cap. III, "Adjudicación de contratos".

entender que la administración pública también puede celebrar contratos privados, con arreglo a la ley aplicable a los contratos mercantiles privados. Puede haber diferencias notables entre uno y otro tipo de contrato.

26. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y autonomía de que gozan las partes en un contrato privado está subordinada al interés público. La administración pública tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho a modificar el alcance y las cláusulas de los contratos administrativos e incluso a rescindirlos por motivos de interés público, normalmente con la obligación de indemnizar al socio privado por las pérdidas ocasionadas (véase el cap. V, "Duración, prórroga y rescisión del contrato de participación público-privada", párrs. 29, 30 y 54). La administración pública puede gozar también de extensas facultades de vigilancia e inspección, así como del derecho a imponer sanciones por incumplimiento al socio privado. Esto a menudo se compensa con el requisito de introducir en el contrato otros cambios necesarios a fin de restablecer el equilibrio financiero inicial entre las partes y de mantener el valor global del contrato para el socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 135 a 144). En algunos ordenamientos jurídicos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, son independientes del sistema judicial o conforman un orden jurisdiccional propio (véase el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 45 a 48).

27. En otros ordenamientos jurídicos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de respetar el estado de derecho es que la administración pública se someta al derecho privado ordinario. En general, se reconoce que la administración no puede restringir por vía contractual el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futuro poder ejecutivo en el ejercicio de las funciones públicas que afecten al interés público. Conforme al principio de los actos soberanos, aplicable en algunos países de tradición jurídica anglosajona, la administración pública, en calidad de contratista, está excusada de la ejecución de su contrato si, en el ejercicio de su soberanía, promulga alguna ley, reglamento o decreto en defensa del interés público que impida esa ejecución. Por ende, la ley puede permitir que una autoridad pública interfiera en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, esa intervención se limita a fin de que los cambios no sean tan grandes que impidan que la otra parte pueda adaptarse razonablemente a ellos. En tales casos, la parte privada normalmente tendrá derecho a algún tipo de indemnización o ajuste equitativo. En previsión de esas eventualidades, en algunos países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme de previsión de "cambios" que faculta a la administración pública para modificar unilateralmente las condiciones o para introducir cambios como resultado de un acto de intervención soberana.

28. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por motivos de interés público. No obstante, se reconoce que esas prerrogativas especiales, en particular la facultad de modificar unilateralmente las cláusulas de los contratos, de utilizarse incorrectamente, pueden perjudicar los derechos adquiridos de quienes han celebrado contratos con la administración pública. Por esta razón, los países con una tradición arraigada de APP han concebido una serie de mecanismos de control y recursos legales para proteger a esos contratistas de los actos arbitrarios o indebidos de las autoridades públicas, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias y sistemas de indemnización completa por actuaciones públicas perjudiciales. De no ofrecerse una protección de este tipo, toda norma legal por la que se confiera a las autoridades públicas prerrogativas especiales puede ser considerada por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizás los desaliente a la hora de invertir en determinadas jurisdicciones. Por ello, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos con miras a ofrecer el grado de protección requerido para fomentar la inversión privada y eliminar toda norma que suscitara dudas sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura. Se puede lograr mayor claridad y confianza si, en la etapa de licitación, se proporciona a los licitantes toda la información necesaria relativa a las reglas sobre contratos públicos y derecho administrativo, a fin de garantizar que estén informados de las prerrogativas especiales que pueden ejercer los organismos públicos (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párrs. 14 y 76).

7. Contratos privados

29. El derecho aplicable a los contratos privados desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el socio privado con los subcontratistas, proveedores y otras entidades privadas. El derecho interno aplicable a los contratos privados debería ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades de las partes contratantes, incluida la flexibilidad para negociar los contratos necesarios para la construcción y explotación de una obra de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de las partes, la exigibilidad judicial de las obligaciones contractuales y la existencia de recursos legales adecuados para los supuestos de incumplimiento de contrato, la legislación del país anfitrión puede crear condiciones favorables para las APP facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto adecuado de normas de derecho internacional privado, dado que es muy probable que los contratos celebrados por el socio privado contengan elementos internacionales.

30. Cuando haya de construirse una nueva infraestructura, es posible que el socio privado necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Hay mayor seguridad jurídica en esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene

disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacional. Se dispone de un marco jurídico particularmente idóneo si el país anfitrión es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[14] o en otros instrumentos internacionales relativos a contratos específicos, como el Convenio sobre el Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988)[15], elaborado por el UNIDROIT.

8. Derecho de sociedades

31. En la mayoría de los proyectos que entrañan el desarrollo de un nuevo proyecto de participación público-privada, los promotores del proyecto crean la sociedad del proyecto como persona jurídica independiente en el país anfitrión (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 13 a 20). Se reconoce que la sociedad del proyecto puede adoptar distintas formas según el país y que no será necesariamente una sociedad de capital. Como en la mayoría de los casos se opta por un tipo societario, es particularmente importante que el país anfitrión cuente con un derecho de sociedades adecuado que incluya disposiciones modernas sobre cuestiones fundamentales como la constitución y administración de la sociedad, la emisión de acciones y su venta o transmisión, la contabilidad y los estados financieros y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear personas jurídicas independientes que sirvan de sociedad instrumental para fines de financiación y desembolso de fondos puede facilitar el cierre de las operaciones de financiación del proyecto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 67).

32. Aunque cabe utilizar diversos tipos societarios, es característica común que los propietarios (o accionistas) de la entidad del socio privado quieran que se limite su responsabilidad al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que la sociedad del proyecto haga una oferta pública de sus acciones, la responsabilidad ha de ser limitada, ya que los posibles inversionistas compran únicamente, en general, las acciones de la sociedad por razón de su valor a título de inversión y no intervienen de cerca en su gestión. Por lo tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada en materia de emisión de bonos, obligaciones u otros títulos por las sociedades mercantiles permitirá al socio privado obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos.

---

[14] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.82.V.5), parte I.

[15] *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft UNIDROIT Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9-28 May 1988*, vol. I.

33. La legislación debería definir las responsabilidades del personal directivo y de los administradores de la sociedad del proyecto, en particular los casos en que pueden tener responsabilidad penal. Asimismo, puede prever la protección de todo tercero afectado por un incumplimiento de la responsabilidad corporativa. El derecho de sociedades moderno contiene a menudo disposiciones específicas que regulan la conducta de los administradores con miras a evitar conflictos de intereses. En esas disposiciones se exige que los administradores actúen de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad y que no utilicen su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda disposición destinada a evitar conflictos de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el socio privado tal vez desee que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 109 y 110).

34. Es importante que la ley regule de manera adecuada el proceso decisorio, tanto en las asambleas de accionistas como en las de los órganos de administración de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de supervisión). La protección de los derechos de los accionistas y, en particular, la protección de los accionistas minoritarios contra los abusos de los accionistas con participaciones mayoritarias o preponderantes en el capital social son un elemento importante del derecho de sociedades moderno. Son también decisivos los mecanismos para resolver controversias entre accionistas. Es útil reconocer el derecho de los accionistas a reglamentar otras cuestiones relativas a la gestión del socio privado mediante acuerdos entre ellos mismos o contratos de gestión con los titulares de los cargos directivos del socio privado.

9. Derecho tributario y cuestiones tributarias transfronterizas

35. Además de los posibles incentivos fiscales que puedan ofrecerse en el país anfitrión o que puedan concederse expresamente a las APP en general o a proyectos determinados (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 77 a 80), el régimen tributario general del país anfitrión desempeña un papel importante en las decisiones de las empresas privadas en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinan cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejercen las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones dadas a los contribuyentes y la objetividad de los criterios utilizados para calcular la deuda tributaria de la empresa. Este asunto puede ser complejo, particularmente en países en los que se haya descentralizado la competencia de imponer o de elevar los impuestos o de hacer cumplir la legislación tributaria.

36. Los proyectos de participación público-privada, que suelen financiarse mediante préstamos concedidos por bancos comerciales o bancos internacionales de desarrollo o mediante la emisión de acciones de los patrocinadores, requieren un flujo de efectivo predecible. Por ello, es crucial poder evaluar con facilidad el importe de la carga tributaria total durante toda la vida del proyecto. Toda modificación imprevista de los impuestos que reduzca el flujo de efectivo puede tener graves consecuencias para el proyecto. En algunos países, la administración pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar que el flujo de efectivo del proyecto no se vea perjudicado por incrementos fiscales imprevistos. Esos arreglos se denominan a veces "acuerdos de estabilización fiscal". No obstante, la administración pública tal vez no pueda, por razones constitucionales o políticas, otorgar ese tipo de garantía, en cuyo caso las partes pueden acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a todo aumento del costo imputable a cambios fiscales (véase también el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 131 a 134).

37. El aspecto internacional de las APP, pues a menudo estas se suscriben con inversionistas extranjeros, también conlleva importantes consecuencias en materia de fiscalidad, dependiendo del sistema tributario que rija en el país anfitrión y en el país de origen. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales responden a uno de tres criterios generales. Conforme al criterio de la tributación universal con deducciones, todos los ingresos obtenidos en cualquier lugar se gravan en el país de origen del inversionista y se evita la doble imposición utilizando un sistema de deducciones de los impuestos satisfechos en el extranjero, de modo que se reducen los impuestos del país de origen en el importe de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este criterio, la deuda tributaria del inversionista no puede ser inferior a la que habría de satisfacer en su país. Conforme a un segundo criterio, los ingresos obtenidos en el extranjero que ya hayan tributado en los respectivos países quedan exentos de los tributos del país de origen del inversionista. En tercer lugar, con arreglo a un criterio territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero están totalmente exentos de tributación en el país del inversionista. Los inversionistas cuyo país de origen utilice los dos últimos criterios de tributación se benefician de la exención o reducción temporal de impuestos ofrecida por el país anfitrión, así como de todo tipo impositivo inferior aplicable en ese país, pero esas ventajas fiscales no suponen ningún incentivo para un inversionista con sede en un paraíso fiscal.

38. Las partes que intervienen en el proyecto pueden albergar diversas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la tributación de los beneficios obtenidos en el país anfitrión y de los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, así como el trato fiscal de las ganancias (o pérdidas) de capital al liquidarse el socio privado. Los

inversionistas pueden encontrarse con que ciertos pagos utilizados para aminorar los impuestos en su país de origen (como los pagos de intereses por las sumas tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de licitación y las pérdidas en divisas) no tienen ese efecto en el país anfitrión, o viceversa. Análogamente, la sociedad del proyecto puede ser tratada a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los bienes pasan a ser propiedad pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

39. Un problema propio de los proyectos de participación público-privada en que intervienen inversionistas extranjeros es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir, imposición sobre los beneficios, regalías e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención también pueden plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales, a menudo basados en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE[16], para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición; estos acuerdos, de haberse celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los promotores del proyecto, con frecuencia influyen en sus consideraciones fiscales.

40. En definitiva, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos a más de un nivel tributario; además de tributar a la administración pública central, el socio privado también puede verse obligado al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también existan ciertos gravámenes además de los impuestos sobre la renta, a menudo devengados y pagaderos antes de que el socio privado haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos el impuesto sobre las ventas, llamado a veces "impuesto sobre el tráfico comercial", el impuesto sobre el valor añadido, el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto del timbre y los derechos de importación. Asimismo, a veces se pueden hacer ofertas especiales de exoneración total o parcial de estos pagos en el marco de los programas de incentivo de las inversiones.

[16] Se aconseja al lector consultar el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio preparado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que actualiza periódicamente la institución para tener en cuenta las novedades en el derecho tributario y en la práctica de la doble imposición (www.oecd.org/tax/treaties/).

10. Despacho de aduanas y derechos aduaneros

41. La administración pública a menudo ofrece ventajas fiscales y aduaneras al socio privado para respaldar un proyecto de participación público-privada (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 77 a 80). Esas ventajas suelen reducir el nivel de impuestos y derechos de importación que el socio privado ha de abonar. Además de la decisión política de conceder (o no) esas ventajas, es aconsejable que la administración pública vele por que su legislación en materia de aduanas permita la importación de los bienes necesarios para la construcción y explotación del proyecto. También es importante garantizar que las aduanas dispongan de los recursos adecuados para realizar las verificaciones y despachar los bienes sin demoras innecesarias. Se prevén mecanismos a tal efecto, por ejemplo, en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio[17], aprobado por la OMC en 2013, cuyo fin es agilizar el movimiento, el levante y el despacho de aduana de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito, y que establece medidas para una cooperación efectiva entre las autoridades de aduanas y otras autoridades pertinentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

11. Reglas y prácticas contables

42. En el capítulo II de la *Guía* se han analizado las opciones presupuestarias a disposición de las autoridades públicas para registrar el costo del respaldo público prestado a las APP (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 60). La valoración de la situación financiera del socio privado resulta igualmente importante en el contexto de las APP. En varios países se exige por ley a las empresas que apliquen prácticas contables estandarizadas y aceptadas internacionalmente y que contraten los servicios de contables o auditores profesionales. Una de las razones para hacerlo radica en que la adopción de prácticas contables estandarizadas es una medida con la que se fomenta la uniformidad en la valoración de las empresas. En relación con la selección del socio privado, la utilización de prácticas contables estandarizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la solvencia financiera de los licitantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el cap. III, "Adjudicación de contratos", párr. 39). El empleo de prácticas contables estandarizadas es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el organismo regulador pueda aplicar la escala de tarifas y supervisar el desempeño del socio privado (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 43 a 50).

[17] Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, Decisión Ministerial WT/MIN(13)36, de 7 de diciembre de 2013. Entró en vigor el 22 de febrero de 2017. Se puede consultar el texto íntegro en el sitio web de la OMC: www.wto.org/indexsp.htm.

43. En algunos países se han implantado reglas especiales de contabilidad para las empresas explotadoras de infraestructuras a fin de tener en cuenta las características específicas de los ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos de construcción de infraestructuras, en particular carreteras y otras obras relacionadas con los transportes, suelen caracterizarse por una fase de inversión relativamente breve con altos costos financieros y sin ingresos, seguida por una fase más larga de ingresos crecientes y costos financieros cada vez menores y, en circunstancias normales, gastos de explotación estables. En consecuencia, si se aplicaran reglas de contabilidad tradicionales, la estructura financiera peculiar de esos proyectos tendría que reflejarse en las cuentas de la sociedad del proyecto como una fase de resultados negativos continuos seguida por otra más larga de beneficios netos. Esto no solo tendría consecuencias negativas, por ejemplo, para la calificación crediticia de la sociedad del proyecto durante la fase de construcción, sino que además podría dar lugar a que le fuera impuesta una desproporcionada carga fiscal durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar tal distorsión, algunos países han adoptado normas de contabilidad especiales para las empresas que llevan a cabo proyectos de infraestructura que tienen en cuenta el hecho de que los resultados financieros de los proyectos de participación público-privada solo pueden ser positivos a mediano plazo. Estas reglas especiales suelen permitir que las empresas de infraestructuras difieran la inscripción de una parte de los costos financieros desembolsados durante la fase deficitaria a ejercicios financieros ulteriores, de conformidad con los calendarios financieros previstos en el acuerdo de proyecto. No obstante, estas reglas especiales de contabilidad suelen aplicarse sin perjuicio de otras normas que tal vez prohíban la distribución de dividendos durante los ejercicios financieros clausurados con resultados negativos.

12. Normas de contabilidad y consignación presupuestaria

44. La planificación y preparación adecuadas son condiciones indispensables para el éxito de los proyectos de participación público-privada. Durante las etapas de planificación y preparación deberían estudiarse detenidamente los posibles efectos fiscales del proyecto y sus consecuencias presupuestarias para la autoridad contratante o la administración pública, según el caso (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 15 y 16). El respaldo público y otros pasivos contingentes que pudiera generar el proyecto durante el período de vigencia del contrato de participación público-privada deberían ajustarse a las normas presupuestarias. En particular, la autoridad contratante debería aprobar una consignación presupuestaria suficiente para financiar los pagos adeudados al socio privado y asignarla de modo que se pudieran efectuar en el plazo convenido entre las partes.

45. De hecho, en la mayoría de los países, la consignación presupuestaria es un proceso anual en el que no se prevén de manera automática los pasivos contingentes

que puedan tener que desembolsarse de manera imprevista en virtud de un contrato de participación público-privada. Además, requiere a menudo la autorización de un órgano legislativo u otra autoridad responsable de la gestión de los medios públicos. La autoridad contratante o la administración pública podría tener dificultades para solicitar la autorización pertinente en el plazo negociado en el contrato. En la práctica se pueden establecer diversos mecanismos para asegurar el pago oportuno de las cantidades comprometidas. Por ejemplo, la creación de un fondo para obligaciones contingentes puede posibilitar que se efectúen los pagos al socio privado sin necesidad de solicitar una autorización específica. No obstante, un fondo de ese tipo habría de gestionarse conforme a normas estrictas y ser lo suficientemente transparente para que permitiera justificar los pagos realizados.

46. Las APP se han venido utilizando cada vez más para complementar la falta de financiación pública y compensar el pasivo generado en virtud de proyectos de participación público-privada en el balance de la administración pública. Esta práctica puede tener consecuencias desfavorables para el presupuesto de las autoridades contratantes y otros organismos públicos, por ejemplo, cuando las obligaciones contingentes se materializan en obligaciones de pagar una indemnización o realizar otros pagos al socio privado (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 58 a 60). A fin de evitar ese arriesgado uso de las APP, se recomienda registrar y publicar todas las obligaciones contraídas por la autoridad contratante, sean directas o contingentes. Además, la administración pública tal vez desee encomendar a la entidad central encargada de coordinar las APP a nivel nacional la misión de reunir toda la información financiera relativa a los proyectos de participación público-privada vigentes y evaluar el número total de compromisos (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 46 y 47).

13. Protección del medio ambiente y las APP

47. La protección del medio ambiente abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde el tratamiento de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos de reordenación de territorio. Las autoridades públicas recurren cada vez más a las APP para desarrollar las infraestructuras necesarias para cumplir con sus objetivos de protección medioambiental y de desarrollo sostenible (como las instalaciones y los sistemas de tratamiento de aguas y residuos o los generadores de energías "limpias"). En el otro lado de la balanza se colocan las preocupaciones de carácter social y ambiental que generan este tipo de proyectos de gran envergadura (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 17 a 20). Hace años que se viene reconociendo ampliamente que la protección del medio ambiente es un requisito esencial del desarrollo sostenible, consagrado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párrs. 3 y 4). Es probable que la legislación sobre protección del medio ambiente ejerza en diversos planos un

efecto directo sobre la ejecución de proyectos de participación público-privada. Por ello, las disposiciones legislativas relacionadas con la gestión de los riesgos ambientales exigen a menudo una autorización previa para diversas actividades empresariales, con requisitos particularmente estrictos para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, el tratamiento y la recogida de residuos, las líneas de transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles). El marco legislativo en materia medioambiental también tiene por objeto controlar las repercusiones negativas que pudieran tener los proyectos en el medio ambiente y la población, que son las causas más frecuentes de conflictos y retrasos en los proyectos. Dicho marco puede establecer diferentes obligaciones, como la realización de estudios sociales y ambientales, que den lugar al compromiso de aplicar medidas de mitigación del riesgo o a un plan de acción de reasentamiento que prevea indemnizaciones y medidas de apoyo para las poblaciones desplazadas o las poblaciones cuyos medios de subsistencia hayan sufrido repercusiones negativas como consecuencia del proyecto.

48. Es, por lo tanto, aconsejable incluir en la legislación medidas que den transparencia a las obligaciones derivadas de las leyes medioambientales. Es importante garantizar el mayor grado posible de claridad en las disposiciones que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades competentes, los requisitos de documentación y de otro tipo que deban cumplir los solicitantes, las condiciones impuestas para la expedición de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que aseguran el acceso de los solicitantes a mecanismos de impugnación y recursos judiciales expeditivos, según corresponda. Asimismo, puede ser aconsejable cerciorarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del contrato, de que se cumplen las condiciones impuestas para la obtención de las licencias ambientales pertinentes. En algunos países, las autoridades públicas especializadas o determinados grupos defensores del medio ambiente pueden tener derecho a acudir a los tribunales para tratar de evitar que se causen daños al medio ambiente, lo que puede comprender el derecho a solicitar la retirada de una licencia si esta se considera contraria a las normas ambientales aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que los representantes de la población participen en los procedimientos conducentes a la expedición de licencias ambientales (véase el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párrs. 19 y 20). La ley tal vez prevea también la escala de sanciones imponibles y determine quiénes han de responder por los daños ocasionados.

49. Con la adhesión a tratados de protección del medio ambiente se puede contribuir a reforzar el régimen internacional de la protección medioambiental. Durante los últimos decenios se han elaborado numerosos instrumentos internacionales encaminados a establecer normas internacionales comunes. Entre esos

instrumentos cabe destacar: el Programa 21[18] y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[19], aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992; la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo); el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989; el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, de 1991[20], y el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de 1992[21]. Del mismo modo, el desarrollo de la financiación para el clima, tras la entrada en vigor del Acuerdo de París en 2016[22], está considerado una forma de cumplir con los objetivos fijados por cada país en materia de mitigación del calentamiento global. A ese respecto, la mayoría de las instituciones financieras que participan en la financiación para el clima aplican las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional[23] o los "Principios del Ecuador"[24] para determinar y gestionar el impacto social y ambiental de los proyectos que estudian financiar. El incumplimiento de esas normas por un país receptor provocaría que se le solicitara la preparación de un plan de acción correctivo y, en última instancia, podría dar lugar al cese de la financiación por parte de la institución.

14. Leyes de protección del consumidor

50. El hecho de que cada vez se preste mayor atención al interés público en las APP repercute en la importancia de evaluar las leyes de protección del consumidor del país anfitrión (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párr. 6). Varios países tienen normas especiales para la protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de un país a otro, tanto en la forma en que están estructuradas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del

[18] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia,* resolución 1, anexo II.

[19] *Ibid.*, anexo I.

[20] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. I-34028.

[21] *Ibid.*, vol. 1936, núm. I-33207.

[22] Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015 (núm. 54113). El Acuerdo de París fue aprobado en el 21er período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015. Se ha publicado en el sitio web de la Sección de Tratados de las Naciones Unidas (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr).

[23] Para obtener información sobre las Normas de la Corporación Financiera Internacional, véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párr. 91.

[24] Principios del Ecuador, junio de 2013. Los Principios del Ecuador son un marco de gestión de riesgos, aprobado por las instituciones financieras, cuyo fin es determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos. Se aplican a todos los sectores económicos y a cuatro productos financieros: 1) Servicios de Asesoramiento Financiero de Proyectos, 2) Financiación de Proyectos, 3) Préstamos Corporativos Vinculados a Proyectos y 4) Préstamos Puente. Puede consultarse más información en https://equator-principles.com/about/.

consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y exigir el cumplimiento de los derechos contractuales, reglas especiales para la interpretación de todo contrato cuyas condiciones no suelan negociarse con el consumidor (denominados a veces "contratos de adhesión"), garantías contractuales más amplias para los consumidores, facultades especiales de rescisión, acceso a vías simplificadas para la solución de las controversias (véase también el cap. VI, "Solución de controversias", párrs. 50 a 52) u otras medidas protectoras. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor[25], aprobadas en 1985 bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y revisadas posteriormente a través de un proceso de consultas impulsado por la UNCTAD, pueden servir de inspiración para los países que deseen mejorar su marco jurídico en materia de protección de los consumidores. En particular, la directriz 76 relativa a la energía y la directriz 77 relativa a los servicios públicos son pertinentes para el desarrollo de los proyectos de participación público-privada.

51. Desde el punto de vista del socio privado, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar su capacidad para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que incumplan cláusulas esenciales de sus contratos o condiciones indispensables para la prestación de los servicios. Es un aspecto particularmente relevante en el contexto de las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión, en las que el socio privado cobra al usuario final un derecho por el uso, además del pago recibido de la autoridad pública (véase "Introducción e información general sobre las APP", párr. 15).

15. Régimen de la insolvencia

52. La insolvencia de una empresa explotadora de infraestructura o de un proveedor de servicios públicos plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a la autoridad contratante adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el cap. IV, "Implementación de las APP: marco jurídico y contrato de participación público-privada", párrs. 158 a 161). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita rehabilitar empresas en dificultades financieras, por ejemplo, mediante procedimientos de reorganización o análogos. En el caso de que resulte inevitable la apertura de un procedimiento de insolvencia, a los prestamistas garantizados les

[25] La resolución puede consultarse en la página https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf, así como en la página de la UNCTAD dedicada a la cuestión (http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx).

preocuparán especialmente las disposiciones relativas a los créditos garantizados, y en particular si los acreedores garantizados podrán ejecutar la garantía pese a la apertura de un procedimiento de insolvencia, si los acreedores garantizados tendrán prioridad para resarcirse con el producto obtenido con la ejecución de la garantía y cómo se determinará el orden de prelación de los créditos de los acreedores garantizados. Como se señaló anteriormente, una parte sustancial de la deuda del socio privado adopta la forma de préstamos privilegiados, en que los prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del socio privado (véase "Introducción e información general sobre las APP", párr. 60). La medida en que los prestamistas podrán exigir el cumplimiento de esos arreglos de subordinación dependerá del régimen de prelación aplicable a los acreedores en los procedimientos de insolvencia conforme a las normas y disposiciones legales nacionales. El reconocimiento legal de la autonomía de las partes para establecer una subordinación contractual entre diversas clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

53. Entre las cuestiones de que debería ocuparse la legislación figuran las siguientes: el orden de prelación de los acreedores, la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, los mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, las normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del socio privado y las disposiciones sobre la anulación de las operaciones concertadas por el deudor poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. La *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*[26] y sus textos explicativos[27] son herramientas útiles para modernizar el régimen de la insolvencia de un país.

54. En los grandes proyectos de infraestructura, es probable que la insolvencia de la sociedad del proyecto afecte a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por lo tanto, puede ser conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la *Guía para su incorporación al*

[26] *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (2004); *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, tercera parte: trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia* (2010), y *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, cuarta parte: obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia* (2013) (se pueden consultar todas ellas en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency).

[27] *Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza* (2009) y *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (1997) y *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación* (2013) (pueden consultarse en https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency).

derecho interno e interpretación[28], suplementadas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y la *Guía para su incorporación al derecho interno*[29], ofrecen un modelo idóneo para los países que deseen promulgar leyes a tal fin.

16. Medidas contra la corrupción

55. También pueden propiciarse las inversiones y los negocios en el país anfitrión con medidas para luchar contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Es particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas concretas y eficaces para combatir el soborno y las prácticas ilícitas conexas, en particular para aplicar de manera efectiva la normativa en vigor contra el soborno.

56. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad en la gestión de los asuntos públicos puede ser un paso significativo en esa dirección. En ese sentido, el único instrumento universal de lucha contra la corrupción jurídicamente vinculante es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (véase el cap. I, "Marco jurídico e institucional general", párr. 4), que obliga a los países a tipificar como delitos una amplia gama de actos de corrupción, entre los que destaca el soborno, si no están ya tipificados como tales en el derecho interno. Otro instrumento importante es la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997, negociada bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos[30].

57. Además, es importante que las reglas aplicables a la actuación de las autoridades contratantes y a la supervisión de los contratos públicos garanticen el nivel requerido de transparencia y de integridad y permitan especialmente la publicación de las oportunidades de contratación y los contratos adjudicados, así como de los informes de evaluación de la ejecución de los contratos. La normativa sobre licencias y permisos también se puede incluir en la lista de la información que haya de

[28] El texto oficial de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/52/17), anexo I (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XXVIII, 1997, tercera parte, anexo I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.6)). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación* también se han reproducido en formato de folleto (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.14.V.2). En su resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General recomendó el uso de la Ley Modelo.

[29] El texto oficial de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y la *Guía para su incorporación al derecho interno* (2018) se reproduce en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/73/17), anexo III. En su resolución 73/200, de 20 de diciembre de 2018, la Asamblea General recomendó el uso de la Ley Modelo.

[30] www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm.

publicarse. Si no existen reglas de este tipo, convendría preparar y aprobar normas legales o reglamentarias apropiadas. Otros elementos que deben tomarse en consideración en este contexto son la simplicidad y la coherencia, además de la eliminación de todo trámite innecesario que prolongue o haga engorrosos los trámites administrativos.

17. Leyes y normas laborales

58. Los trabajadores y empleados desempeñan un papel esencial en el diseño, la construcción y la explotación de una infraestructura e, indudablemente, son de vital importancia para el éxito de las APP. El hecho de que las APP tengan un componente internacional no supone que puedan ignorarse las leyes y normas locales aplicables a los derechos laborales. A su vez, esas leyes y normas deberían ajustarse también a las normas internacionales básicas, no solo porque la mayor parte de los países han contraído obligaciones internacionales mediante su participación en la labor de organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo de las Naciones Unidas especializado en el sector de la justicia social y las condiciones laborales. También interesa a los inversionistas extranjeros que se cumplan las normas internacionales, ya que pueden estar expuestos a demandas en sus jurisdicciones de origen si se descubre que invierten en negocios que infringen normas laborales reconocidas internacionalmente. Otro problema común en las APP que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión son las denuncias de que las condiciones de empleo de los trabajadores del proyecto empleados por el socio privado son menos favorables que las que tenían previamente cuando trabajaban para una autoridad pública. La inclusión de cláusulas sobre salarios equitativos y unas condiciones laborales justas en el contrato de participación público-privada puede garantizar la protección de los derechos de los trabajadores. En esas cláusulas se especifican las condiciones mínimas de trabajo y otras normas obligatorias que el socio privado debe incluir en sus contratos laborales con los trabajadores. El Convenio núm. 94 de la OIT sobre las Cláusulas de Trabajo en los Contratos Celebrados por las Autoridades Públicas, que entró en vigor el 20 de septiembre de 1952, tiene como fin impedir que las empresas que participen en procesos de licitación de contratos públicos recorten los costos de mano de obra y ofrezcan condiciones menos favorables a los trabajadores y exige que los Estados que lo hayan ratificado incluyan cláusulas de salarios equitativos en los contratos públicos, incluidos los contratos de participación público-privada.

18. Participación de las partes interesadas en las APP

59. La celebración de consultas con las comunidades afectadas por un proyecto de participación público-privada contribuye a garantizar la sostenibilidad del proyecto al fomentar un debate sobre la forma de limitar sus consecuencias sociales y

ambientales negativas, como los desplazamientos forzosos, la modificación o la destrucción del medio ambiente o cualquier otra medida necesaria para la construcción del proyecto (véase también el cap. II, "Planificación y preparación de proyectos", párr. 20). Dichas consultas también pueden contribuir a mejorar el diseño, por ejemplo, determinando otras formas mejores de facilitar el acceso a las personas con discapacidad, o mejorar la asequibilidad de los servicios. Las comunidades que viven en el emplazamiento donde se prevé llevar a cabo el proyecto son partes interesadas fundamentales y deben ser consultadas. Especialmente, este es el caso de los pueblos indígenas, como se ha reconocido en algunos instrumentos internacionales (por ejemplo, en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo[31]). El proceso de consulta puede llevarse a cabo de diversos modos, dependiendo del marco jurídico vigente en el país, pero a menudo incluye la realización de estudios del impacto, la difusión de dichos estudios y otra información pertinente sobre el proyecto, la organización de diálogos con las comunidades afectadas y la garantía de obtener su consentimiento previo, según proceda.

60. Existen normas sectoriales útiles que protegen la participación de la comunidad en la preparación y ejecución de los proyectos[32]. Sin embargo, también es aconsejable que los encargados de formular leyes y políticas a nivel nacional estudien la posibilidad de aprobar normas relativas al proceso de consulta, de no existir, para facilitar la organización y supervisión del proceso (por ejemplo, por conducto de un *ombudsman* o de juntas de revisión). Para que un proceso de consulta sea efectivo debería seguir principios bien establecidos. Por ejemplo, la participación de las comunidades afectadas debería comenzar lo antes posible en la etapa de elaboración del proyecto, debería basarse en una política de divulgación de información completa, debería estar libre de influencias externas y debería documentarse. Asimismo, se debería adaptar a las comunidades afectadas y al proyecto, por ejemplo, mediante el uso de la lengua utilizada por la comunidad en cuestión.

C. Acuerdos internacionales

61. Además de depender del derecho interno del país anfitrión, las APP pueden verse afectadas por los acuerdos internacionales celebrados por este. A continuación, se examinan brevemente las consecuencias de ciertos acuerdos internacionales, no debiéndose olvidar otros acuerdos internacionales mencionados a lo largo de la *Guía*.

[31] El Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su art. 17, impone a los Estados la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones sobre infraestructuras que afecten a sus tierras y, en algunos casos específicos, la obligación de lograr su consentimiento previo, libre e informado.

[32] El principio 5 de los Principios del Ecuador se refiere a la "participación de los grupos de interés".

1. Participación en instituciones financieras internacionales

62. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento, la Corporación Financiera Internacional, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y los bancos regionales de desarrollo es necesaria para crear un clima favorable para las APP. Primeramente, la participación del país anfitrión en esas instituciones suele ser un requisito para que los proyectos en ese país reciban la financiación y las garantías que otorgan esas instituciones. En segundo lugar, los reglamentos aplicables a los instrumentos de financiación y de garantía otorgados por esas instituciones contienen normalmente diversas condiciones que tienen una incidencia directa sobre las condiciones del acuerdo de proyecto y de los acuerdos de préstamo negociados por el socio privado (por ejemplo, la cláusula de no pignorabilidad de los bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera multilateral). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales suelen perseguir cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (como la observancia de normas medioambientales de aceptación internacional, la sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial y la transparencia y la integridad en la selección del socio privado y en el desembolso de sus préstamos).

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

63. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y posteriormente de la OMC. En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y la facilitación del comercio de mercaderías (como la cláusula de la nación más favorecida o la prohibición de las restricciones cuantitativas y de otras barreras comerciales discriminatorias) y sobre la promoción de prácticas comerciales leales (como la prohibición del *dumping* y la restricción de las subvenciones). Algunos acuerdos específicos tienen por objeto eliminar los obstáculos que impiden a los extranjeros prestar servicios en los Estados contratantes o promover la transparencia y evitar la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Esos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre APP que prevea limitaciones de la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura o que prime a las entidades nacionales o a la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. Acuerdos internacionales sobre sectores concretos

64. En lo que se refiere a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas celebradas como parte del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), varios Estados miembros de la OMC que representan la mayor parte del mercado mundial de los servicios de telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de esos servicios. Cabe señalar que todos los Estados miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos específicos en materia de telecomunicaciones) están obligados por las normas generales sobre servicios del AGCS, en particular por determinados requisitos relativos a la cláusula de la nación más favorecida, la transparencia, la reglamentación, los monopolios y las prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la OMC agrega compromisos específicos por sectores y por países al AGCS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura, a la competencia y a las inversiones extranjeras, de diversos sectores del mercado, como, por ejemplo, la telefonía, la transmisión de datos y los servicios mejorados. Por lo tanto, los legisladores de los actuales o futuros Estados miembros de la OMC deberían asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones sean coherentes con el AGCS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

65. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito internacional es el Tratado sobre la Carta de la Energía, celebrado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que tiene por objeto promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En el Tratado se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para materias y productos energéticos y la facilitación del tránsito y la transferencia de tecnología energética y del acceso a esa tecnología. Asimismo, el Tratado intenta evitar las distorsiones en los mercados y las barreras a la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital para alentar el flujo de capital a fin de financiar el comercio de materias y productos. El Tratado contiene asimismo normas para el fomento y la protección de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas; transferencias monetarias relacionadas con las inversiones; indemnizaciones por pérdidas debidas a guerras, disturbios y otros acontecimientos similares, e indemnizaciones en caso de expropiación.

Índice

En el presente índice se utiliza la numeración romana para los capítulos y la arábiga para los párrafos. Por ejemplo, "III, 67" designa el capítulo III, "Adjudicación de contratos", párrafo 67. El símbolo "__" sustituye al texto del epígrafe principal para evitar repetir su texto en cada uno de los subepígrafes.

Adjudicación de contratos (véanse *Adjudicación sin un procedimiento competitivo, Preselección de los licitantes, Procedimientos de adjudicación, Propuestas no solicitadas*)

Adjudicación sin un procedimiento competitivo
circunstancias que autorizan la__ III, 101
consideraciones de política general en la__ III, 99–100
medidas para aumentar la transparencia en la__ III, 102–109

Administración pública
definición de__ *Introducción*, 20

Adquisición forzosa
__de los terrenos necesarios para el emplazamiento del proyecto IV, 29–31
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 23–24

Agua y saneamiento
desagregación en el sector del__ *Introducción*, 39–40

APP
definición de__ *Introducción,* 14
principios rectores de un marco de las__ I, 2–20

Asistencia técnica
__en caso de rescisión o extinción por vencimiento del plazo del acuerdo sobre el proyecto V, 61–63

Autoridad contratante
aprobación y variación de los planes del proyecto exigida por la__ IV, 80–84
__como parte en el proyecto *Introducción*, 71–72
definición de__ *Introducción*, 21
obligaciones financieras de la__ IV, 47–51
vigilancia de las obras de construcción por la__ IV, 77–78

Autoridades públicas
definición de__ *Introducción,* 20

Banco Mundial (véase también *Instituciones financieras internacionales*) *Introducción,* 1 (nota de pie de página 1), 66–67, 76; I, 39; II, 87–98; III, 1, 17; VI, 39; VII, 62

Bancos regionales de desarrollo (véase *Instituciones financieras internacionales)*

Bienes (véase *Emplazamiento y bienes del proyecto)*

Bienestar e impacto social
evaluación del__ II, 17–18

Capital social (véase también *Respaldo público)*
función general del__ en los proyectos de participación público-privada *Introducción*, 59
__requerido para constituir la sociedad del proyecto IV, 16–17
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (véase *CNUDMI)*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
función del__ VI, 39

CNUDMI
Ley Modelo de la__ sobre Arbitraje Comercial Internacional VI, 36
Ley Modelo de la__ sobre Garantías Mobiliarias VII, 17
Ley Modelo de la__ sobre la Contratación Pública III, 2, 25, 38 (nota de pie de página 6), 39 (nota de pie de página 7), 44, 51, 59 (nota de pie de página 10), 65 (nota de pie de página 11), 81, 104, 121, 124, 127
Ley Modelo de la__ sobre la Insolvencia Transfronteriza VII, 49
Reglamento de Arbitraje de la__ VI, 39
Reglamento de Conciliación de la__ VI, 15
Reglamento de la__ sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado VI, 25 (nota de pie de página 6)

Competencia
__como principio rector de las APP I, 19–20
evaluación del impacto en la__ II, 21–22
margen para la__ en diferentes sectores *Introducción*, 32
política de__ y monopolios *Introducción*, 28–31
protección frente a la__ (como forma de respaldo público) II, 81–83

Concesión
definición de__ y expresiones conexas *Introducción*, 18–19

Construcción
examen y aprobación de los planes de__ IV, 80
período de garantía en las obras de__ IV, 87
variaciones exigidas por la autoridad contratante, etc. IV, 81–84
vigilancia de la__ IV, 85–86

Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso (CAET)
definición de__ *Introducción*, 23 *c)*

Construcción-arrendamiento-financiación-explotación-traspaso (CAFET)
definición de__ *Introducción*, 23 *c)*

Construcción-explotación-traspaso (CET)
definición de__ *Introducción*, 23 *a)*
traspaso de bienes en proyectos de__ V, 40

Construcción-propiedad-explotación (CPE)
definición de__ *Introducción*, 23 *e)*

Construcción-propiedad-explotación-traspaso (CPET)
definición de__ *Introducción*, 23 *d)*

Construcción-traspaso-explotación (CTE)
definición de__ *Introducción*, 23 *b)*

Contratos de compraventa anticipada (off-take agreements), véase también *Respaldo público* (garantías estatales)
__celebrados por la autoridad contratante u otra autoridad pública IV, 58–59

Contratos de participación público-privada
ámbitos de los__ I, 32
cesión de__ IV, 70–71
concertación de__ IV, 9–12

contenido de los__ y legislación IV, 1–4
definición de__ *Introducción,* 14
derecho aplicable a los__ IV, 5–8
duración de los__ V, 2–6
organismos autorizados a adjudicar__ I, 30–32
prórroga de los__ V, 7–10
relicitación de los__ V, 8
rescisión de los__ (véase *Rescisión*)

Contratos privados
__del país anfitrión VII, 29–30

Contratos públicos
__como principio de la legislación del país anfitrión en materia de APP VII, 24–27

Coordinación administrativa
__de las medidas preparatorias II, 49–52
dependencia encargada de las APP II, 46–47
expedición de licencias y permisos II, 53–55
general II, 46–55

Corrupción
__como motivo de rescisión V, 19
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (resolución 58/4 de la Asamblea General) VII, 56
Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE VII, 56
medidas del país anfitrión contra la__ II, 13–15; VII, 55–57
__y la adjudicación del contrato III, 12

Coyuntura económica
cambios ulteriores en la__ IV, 135–139

Derecho constitucional (véase *Marco jurídico e institucional*)

Derecho de intervención (véase *Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto*)

Derecho de sociedades
__del país anfitrión VII, 31–34

Derecho tributario
__del país anfitrión VII, 35–40

Diseño-construcción-financiación-explotación (DCFE)
definición de__ *Introducción*, 24

Economía y eficiencia
__como objetivo general de los procedimientos de adjudicación de contratos III, 16
__como principio rector de las APP I, 16

Electricidad
desagregación en el sector de la__ *Introducción*, 37–38
Tratado sobre la Carta de la Energía VII, 65

Emplazamiento y bienes del proyecto
adquisición de terrenos IV, 29–31
amortización y valor residual de__ V, 3, 43, 48 *b)*
hipoteca o pignoración de__ IV, 62–63
propiedad de__ IV, 22–26
traspaso de__ (véase *Rescisión*)

Equidad, estabilidad y previsibilidad
__como principio rector de las APP I, 10–12

Exclusividad (véase también *Competencia*)
__y alcance del contrato de participación público-privada I, 19–20

Exenciones fiscales y aduaneras
__como forma de respaldo público II, 77–80

Expertos y asesores
función en el procedimiento de selección III, 29
función general en el proyecto *Introducción,* 78–79

Explotación de la infraestructura
ampliación de los servicios IV, 93–94
continuidad del servicio IV, 95–96
Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE VII, 56
cumplimiento de las normas de uso IV, 105–106
igualdad del trato otorgado a los clientes o usuarios IV, 97–98
interconexión y acceso a redes de infraestructura IV, 99–102
normas de desempeño IV, 91–92
obligación de informar IV, 103–104

Facilitación y fomento del comercio
acuerdos internacionales generales sobre__ VII, 63

Facultad
__de adjudicar contratos de participación público-privada II, 46–52
__de regular infraestructuras y servicios en régimen de APP (véase *Organismo regulador*)

Financiación en función del proyecto
concepto de__ *Introducción,* 56–57
deuda subordinada *Introducción,* 61
financiación de los mercados de capitales *Introducción*, 63–64
financiación pública y privada combinadas *Introducción,* 69
préstamos comerciales *Introducción,* 60
__y evaluación del riesgo (en general) II, 13–14

Fuentes de ingresos auxiliares (véase *Respaldo público*)

Fuerza mayor (véase *Impedimentos exonerantes*)

Garantías de cumplimiento
duración de las__ IV, 127
tipos, funciones y naturaleza de las__ IV, 118–119
ventajas y desventajas de los diversos tipos de__ IV, 120–126

Garantías de préstamo (véase *Respaldo público*)

Garantías estatales (véase *Respaldo público*)

Garantías reales
en general IV, 60–61
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias VII, 17
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 11–17
__sobre bienes corporales IV, 62–63
__sobre bienes incorporales IV, 64–65
__sobre las acciones de la sociedad del proyecto IV, 69
__sobre los créditos comerciales IV, 66–68

Gestión adecuada, integridad y rendición de cuentas
__como principio rector de las APP I, 13–15

Guía legislativa
objetivo de la__ *Introducción,* 4, 6
proyectos comprendidos dentro de la__ *Introducción,* 4
terminología utilizada en la__ *Introducción,* 10–24

Hipoteca (véase *Garantías reales*)

Impedimentos exonerantes
consecuencias de los__ IV, 149–154
definición de__ IV, 146–148

Incumplimiento (véase *Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto*)

Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto
consideraciones generales IV, 156–157
definición de "incumplimiento grave" V, 17
derecho de intervención de la autoridad contratante IV, 158–161
derecho de intervención de los prestamistas IV, 162–165; V, 14, 20
notificación para rectificar las consecuencias del incumplimiento V, 20

Indemnización
__adeudada en caso de rescisión (véase *Rescisión*)
__por aumento del costo IV, 49–50, 130–144
__por obras adicionales IV, 83
__por suspensión o demoras IV, 85
__y medidas de control de las tarifas IV, 49–50
__y prórroga del contrato de participación público-privada V, 9

Infraestructura
definición de__ pública *Introducción,* 11–13
desagregación de los sectores de la__ *Introducción,* 35–36
evolución histórica de los servicios de__ *Introducción,* 1–3
medidas de transición en los sectores de la__ *Introducción,* 45–47
política en materia de__ *Introducción,* 27–32
reestructuración de los sectores de la__ *Introducción,* 33–44

Infraestructura pública
definición de__ *Introducción,* 11

Infraestructuras enmarcadas en APP
propiedad pública y explotación privada de__ *Introducción,* 51–52
propiedad y explotación privadas de__ *Introducción,* 53–55
propiedad y explotación públicas de__ *Introducción,* 49–50

Insolvencia
__del socio privado V, 27–28
régimen de la__ del país anfitrión VII, 52–54

Instituciones financieras internacionales
__como partes interesadas *Introducción*, 76
función general en la financiación de los proyectos de infraestructura *Introducción*, 66–67
garantías emitidas por__ II, 87–98
normas de contratación pública de las__ III, 17
participación del país anfitrión en__ VII, 62

Instituciones financieras islámicas
función general en la financiación de los proyectos de infraestructura *Introducción*, 65

Integridad
promoción de la__ del proceso de adjudicación y de la confianza en él III, 10–13

Interés público
__como principio rector de las APP I, 5–6

Inversionistas institucionales
función general en la financiación de proyectos de infraestructura *Introducción*, 62

Laudos arbitrales (véase también *Solución de controversias*)
convención sobre el reconocimiento y la ejecución de__ VI, 13, 38

Legislación (véase también *Marco jurídico e institucional*)
cambios ulteriores de__ IV, 131–134
__general y sectorial I, 14–28

Legislación en materia de propiedad
__del país anfitrión VII, 7–10

Licitación (véanse *Adjudicación sin un procedimiento competitivo, Preselección de los licitantes, Procedimientos de adjudicación, Propuestas no solicitadas*)

Marco jurídico e institucional
derecho constitucional y APP I, 21–23
equidad, estabilidad y previsibilidad del__ I, 10–12
estructura legislativa I, 24–28
gestión adecuada, integridad y rendición de cuentas I, 13–15
__y proyectos de participación público-privada I, 3–4
__y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos I, 17–18
transparencia del__ I, 7–9

Modernización-explotación-traspaso (MET)
definición de__ *Introducción,* 24

Modernización-propiedad-explotación (MPE)
definición de__ *Introducción,* 24

Monopolio
__y política de competencia *Introducción,* 28–31

Naciones Unidas
Convención de las__ sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) VII, 17 (nota de pie de página 3)
Convención de las__ sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) VI, 39 (nota de pie de página 9)
Convención de las__ sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018) VI, 13 (nota de pie de página 3)
Convención de las__ sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) VII, 30

Objetivos de Desarrollo Sostenible
__en el marco jurídico de las APP I, 3
__y protección del medio ambiente VII, 47

ONUDI
Directrices de la__ para el desarrollo de la infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET) *Introducción,* 10; III, 1

Organismo regulador
atribuciones del__ I, 46–49
competencia sectorial y mandato del__ I, 40–42
composición, personal y presupuesto del__ I, 50–52
definición de__ *Introducción,* 22
independencia y autonomía del__ I, 44–45
mecanismos institucionales I, 43–45
proceso regulatorio y procedimiento a seguir I, 53–55
recurso contra las decisiones del__ I, 56–57
solución de controversias entre proveedores de servicios públicos I, 58–60

Organismos de crédito a la exportación y de promoción de inversiones
__como partes interesadas *Introducción,* 76
función general en la financiación de proyectos de infraestructura *Introducción,* 68
seguros y garantías emitidas por__ II, 99–101

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) VII, 21

Organización Mundial del Comercio (OMC) VII, 22
acuerdo de telecomunicaciones de la__ VII, 56–64
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) VII, 64
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio VII, 22
acuerdos negociados bajo los auspicios de la__ VII, 63

Pagos
__por la autoridad contratante IV, 51–59

Piezas de repuesto
suministro de__ tras la rescisión o la extinción por vencimiento del plazo del acuerdo sobre el proyecto V, 64–66

Pignoración (véase *Garantías reales*)

Poder legislativo
definición de__ *Introducción,* 20

Precios (véase *Tarifas*)

Preselección de los licitantes
convocatoria a participar en la__ III, 36–37
criterios de preselección III, 38–41
participación de consorcios de licitantes III, 42–43
proceso de__ III, 46–47
__y preferencias nacionales III, 44–45

Prestamistas
__como partes interesadas *Introducción,* 74–75
derecho de intervención de los__ (véase *Incumplimiento y medidas aplicables en ese supuesto*)

Préstamos públicos (véase *Respaldo público*)

Procedimientos de adjudicación (véanse también *Adjudicación sin un procedimiento competitivo, Preselección de los licitantes, Propuestas no solicitadas*)
aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas III, 80–81
anuncio de la adjudicación del contrato III, 109
calificación de los licitantes (véase también *Preselección de los licitantes*) III, 69
comité de adjudicación III, 28–29
condiciones contractuales III, 75–79
confidencialidad de las negociaciones en los__ III, 132
contribución a los gastos de participación en los__ III, 46–47
criterios de evaluación III, 22–23, 82–87
definición de los requisitos del proyecto III, 20–21
diálogo con los licitantes III, 92–94
documentación III, 32–33
economía y eficiencia en los__ III, 6–9
__en una única etapa y en dos etapas III, 53–58
especificaciones del proyecto e indicadores de desempeño III, 70–74
estudios de viabilidad III, 30–31, 67
expediente de los__ III, 134–141
garantía de la oferta III, 68
integridad de los__ III, 10–13
negociaciones con los licitantes III, 24–25
número de licitantes que se convocará III, 19
preparativos de los__ II, 49–52; III, 26–33
presentación y apertura de las propuestas III, 88–91
__que abarca la *Guía* III, 3–4
revisión de los__ III, 142–143
solicitud de propuestas con diálogo III, 59–64
transparencia de las leyes y los procedimientos III, 14–16

Promoción y protección de las inversiones (véase también *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*)
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 4–6

Promotores del proyecto
función general como partes en el proyecto *Introducción,* 73

Propiedad industrial e intelectual
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio VII, 22
Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales de 1925 VII, 21
Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas VII, 20
Protocolo concerniente a la__ VII, 20
Reglamento Común de la__ VII, 20
Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 VII, 19
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 18–22
Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 1970 VII, 19
Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994 VII, 20
Tratado sobre el Derecho de Patentes de 2000 VII, 19

Propuestas no solicitadas (véanse también *Adjudicación sin un procedimiento competitivo, Preselección de los licitantes, Procedimientos de adjudicación*)
consideraciones de política general III, 111–119
procedimientos para gestionar__ III, 120–131, 138

Protección del consumidor
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 50–51

Protección del medio ambiente
Acuerdo de París VII, 49
Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, anexo) VII, 49
Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 VII, 49
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989 VII, 49
Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 1991 VII, 49
Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales de 1992 VII, 49
Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo VII, 49

estudio del impacto ambiental en la etapa de planificación II, 19–20; VII, 47–49
leyes del país anfitrión en materia de__ VII, 47–49
Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional VII, 44
Programa 21 VII, 49

Proyectos de participación público-privada
fuentes de financiación de los__ *Introducción,* 58–69
principales partes en los__ *Introducción,* 70–79

Reacondicionamiento-explotación-traspaso (RET)
definición de__ *Introducción,* 24

Reacondicionamiento-propiedad-explotación (RPE)
definición de__ *Introducción,* 24

Reglas y prácticas contables
__del país anfitrión VII, 42–43

Relación entre calidad y precio
evaluación de la__ II, 6–14

Reparaciones
__necesarias tras la rescisión o la extinción por vencimiento del plazo del acuerdo sobre el proyecto V, 67

Repercusiones fiscales
evaluación de las__ II, 15–16

Rescisión
acuerdo mutuo de las partes V, 38
cambios en la coyuntura V, 36
consideraciones generales sobre la__ V, 11–15
impedimento del cumplimiento V, 37
incumplimiento grave de la autoridad contratante V, 32–35
incumplimiento grave del socio privado V, 32–35
indemnización adeudada en caso de__ V, 46–48
insolvencia del socio privado V, 27–28
medidas de liquidación y transición en caso de__ V, 50–69
__por alguna de las partes V, 37–38
__por el socio privado V, 31–36
__por la autoridad contratante V, 16–30
__por motivos de interés público V, 29–30

traspaso de bienes vinculados al proyecto en caso de__ V, 40
__a la autoridad contratante V, 41
__a un nuevo socio privado V, 42–43
estado de los bienes en el momento del traspaso V, 44–45

Respaldo público
definición de__ II, 58–59
formas de__:
consideraciones de política II, 58–60
exenciones fiscales y aduaneras II, 77–80
fuentes de ingresos auxiliares II, 84–86
garantías estatales II, 71–76
participación en el capital social II, 66–67
préstamos públicos y garantías públicas de préstamo II, 63–65
subvenciones II, 68–70
presupuestación del__ II, 60; VII, 46

Responsabilidad
__del socio privado frente a los usuarios y terceros IV, 114–116

Riesgos
__cambiarios y otros tipos de__ financieros II, 35–36
__causados por sucesos fuera del control de las partes II, 43
__comerciales II, 33–34
__de construcción y de explotación II, 30–32
__del proyecto y distribución de los__ II, 23–26
distribución legal de los__ II, 37
distribución y atenuación de los__ del proyecto II, 37–45
garantías frente a__ específicos II, 71–76, 87–98
__políticos II, 29

Riesgos del proyecto (véase *Riesgos*)

Seguro
__exigido durante la explotación de la infraestructura IV, 128–129
función de las aseguradoras como partes interesadas *Introducción*, 77

Servicios públicos
definición de__ *Introducción,* 13

Servidumbres
__exigidas por el proyecto IV, 32–34

Sociedad del proyecto (véase también *Socio privado*)
alcance de las actividades de la__ IV, 19
definición de__ *Introducción,* 16
estatutos y reglamentos de la__ IV, 20
función general como parte en el proyecto *Introducción,* 73
pignoración de acciones de la__ IV, 69
traspaso del control de la__ IV, 64–68, 72–76

Socio privado (véase también *Sociedad del proyecto*)
definición de__ *Introducción,* 16
organización del__ IV, 13–20

Solicitud de propuestas (véanse *Adjudicación sin un procedimiento competitivo, Preselección de los licitantes, Procedimientos de adjudicación, Propuestas no solicitadas*)

Solución de controversias
arbitraje VI, 28–44
conciliación y mediación VI, 12–15
controversias comerciales VI, 2 *b),* 42
controversias con clientes o usuarios de la infraestructura VI, 2 *c),* 50–52
controversias entre el socio privado y la autoridad contratante VI, 2 *a),* 3–48
controversias entre proveedores de servicios públicos I, 58–60
ejecución de laudos arbitrales VI, 38–39
examen de controversias técnicas por expertos independientes VI, 16–18
importancia de mecanismos de__ eficientes VI, 1
inmunidad soberana y arbitraje VI, 41–43
juntas de examen de controversias VI, 19–24
libertad para convenir en la__ VI, 6–9
negociación facilitada VI, 13
notificación anticipada VI, 11
objetivos de la__ VI, 5–6
vía judicial VI, 45–48

Sostenibilidad a largo plazo
__como principio rector de las APP I, 17–18

Subcontratación
ley aplicable a los subcontratos IV, 111–113
selección de los subcontratistas IV, 109–110

Subvenciones
__como forma de respaldo público II, 68–70

Tarifas
ajustes de las__ por cambios en la coyuntura IV, 130, 140–144
consideraciones de política relativas al control de las__ IV, 49–50
facultad del socio privado para cobrar__ IV, 41–42
fijación y control de las__ IV, 39
métodos de control de las__ IV, 43–48

Transferencia de tecnología
__en caso de rescisión o extinción por vencimiento del plazo del acuerdo sobre el proyecto V, 56–60

Transparencia
__como principio rector de las APP I, 7–9
__de las leyes y los procedimientos III, 14–16

Transporte
desagregación en el sector del__ *Introducción,* 41–44

UNIDROIT
Convenio del__ relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil VII, 17 (nota de pie de página 4)
Convenio del__ sobre el Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988) VII, 30

V.19-10875